

**e-ISSN: 2667-6117**



**ANKARA SOSYAL BİLİMLER  
ÜNİVERSİTESİ**

**Hukuk Fakültesi Dergisi  
(ASBUHFD)**

**Cilt: 4**

**Vol.: 4**

**Sayı: 2**

**no.: 2**

**Aralık-2022**

**December-2022**

**Aralık - 2022**

**ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**  
**(ASBUHFD)**

e-ISSN: 2667-6117

Cilt: 4 Sayı: 2

Vol.:4 no.: 2

Aralık-2022

December-2022

**Dergi İletişim Bilgileri/ ASBUHFD Contact Information:**

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Hükümet Meydanı No: 2, 06030 Ulus, Altındağ, ANKARA

Tel: +90 312 596 44 44-45 Fax: +90 312 311 86 00

e-mail: asbuhfd@asbu.edu.tr <https://dergipark.org.tr/asbuhfd>

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir.

Yayımlanan eserlerden doğan sorumluluk yazara/yazarlara aittir.

*ASBUHFD is a peer-reviewed journal.*

*The liability of the published work is on the author/authors.*

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi aşağıda belirtilen indekslerde/veritabanlarında taranmaktadır.

*ASBUHFD is scanned the indexes/databases as demonsrated below.*



**Basım Tarihi:**

Aralık, 2022

**İMTİYAZ SAHİBİ****Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı****Prof. Dr. Bülent KENT****Editör Kurulu****Dr. Öğr. Üyesi İsmail YAZICIOĞLU**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Arş. Gör. Mehmet BARUTÇU**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Arş. Gör. Esin GÜRSEL DÜĞMECİ**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Arş. Gör. Celil ŞAHİN**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Arş. Gör. M. Mansur KARADAĞ**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü****İsmail ÖZCAN**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Danışma Kurulu****Prof. Dr. Bülent KENT**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Mustafa AVCI**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Cemil KAYA**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Refik KORKUSUZ**

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Ali Cengiz  
KÖSEOĞLU**

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Mustafa ATEŞ**

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Mustafa Serdar  
ÖZBEK**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR**

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Bilgin  
TİRYAKİOĞLU**

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Rauf KARASU**

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK**

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Ömer ANAYURT**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Doğan SOYASLAN**

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

<b>Prof. Dr. Yücel OĞURLU</b>	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ</b>	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Prof. Dr. Yusuf AKSAR</b>	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
<b>Doç. Dr. Süleyman YILMAZ</b>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## YAZIM KURALLARI

### Başlangıç

1. Makale başlığı: Amerigo Md BT, 15 pt., Tüm harfler büyük, Kalın, Ortalanmış.
2. Yazar adı: Amerigo Md BT, 13 pt., Kalın, Sağa yaslı, İlk harfler büyük, yıldız ile dipnotta yazarın mesleği.
3. Öz, Abstract ve Anahtar Kelimeler: Kalın, İlk harfler büyük.

### Metin

1. Metin içi başlıklar: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Başlık başındaki işaretler için yeni liste stili tanımlanması (Word'de Giriş sekmesinde paragraf kutucuğunun içinde üst sıradaki liste işareti/numaralandırma işaretlerinden çok düzeyli liste başlığı altında yeni liste stili tanımla daha sonra sol alttan biçimden numaralandırma seçeneği seçilecek) sıralaması:
  1. **Seviye:** Numaralandırma stili: **I, II, III**... Kalın, Tümü büyük harfler
  2. **Seviye:** Numaralandırma stili: **A, B, C**... Kalın, İlk harfler büyük
  3. **Seviye:** Numaralandırma stili: **1, 2, 3**... Kalın, İlk harfler büyük
  4. **Seviye:** Numaralandırma stili: **a, b, c**... Kalın, İlk harfler büyük
  5. **Seviye:** Numaralandırma stili: *i, ii, iii*... Normal, İlk harfler büyük, İtalik.
3. Ana metin: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Metin paragrafları: İlk satır 0,75 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 5nk paragraf sonrası 0 nk aralık, satır aralığı 1.

### Dipnotlar

1. Dipnot: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Dipnot paragrafları: Asılı 0,5 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 2 nk paragraf sonrası 0 nk aralık, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1. Ancak aynı dipnotta birden çok paragraf verilecekse bu durumda söz konusu iki paragraf arasında aralık 0 olmalıdır (üstteki paragrafın paragraf ayarlarından "sonra" kısmı 0 nk, alttaki paragrafın ise "önce" kısmı 0 nk yapılmalıdır).
3. Dipnottaki cümle ile dipnotta sol baştaki numara arasında 1 boşluk bırakılmalıdır.
4. Dipnotta sonu nokta ile biten bir ifade varsa tekrar nokta konulmasına gerek yoktur, bunun haricinde herhangi bir işaretten sonra mutlaka nokta konulmalıdır.
5. Metin içerisinde gösterilen dipnot numaraları şayet bir noktalama işareti varsa onun hemen ardından boşluk bırakılmaksızın belirtilmektedir.

➤ **Yanlış:** verilecektir<sup>1</sup>. **Doğru:** verilecektir.<sup>1</sup>

### Kaynakça

1. Kaynakça ayrı sayfada başlayacaktır.
2. Alfabetik sıralı, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Kaynakça paragrafları: 0,75 cm asılı (ilk satırdan sonraki satırlar 0,75 cm içeride), her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi aralık 3 nk paragraf sonrası aralık 0 nk, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1.

**Yazım şekline ilişkin yukarıdaki kurallara uygun olarak hazırlanmış örnek word formu için bkz.** <http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

### Yazım-İmla Kuralları ve Atıf Usulü

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları ve kararları esas alınmaktadır.
2. Dipnot ve kaynakçalarda "The Chicago Manual of Style" atıf sistemi benimsenmiştir. Atıf sistemine ilişkin detaylı bilgi için bkz. <https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>  
<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>
3. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;
  - "and" yerine "ve"
  - "unpublished" yerine "yayımlanmamış" veya "yayınlanmamış"
  - "Anonymous" yerine "Anonim"
  - birden fazla ciltten oluşan eserlerde "volume/vol." yerine "Cilt."
  - "see" yerine "bkz."
  - "in" yerine "iç."
  - "accessed" yerine "erişim tarihi"
  - "trans." yerine "çev."
  - "edited by" yerine "editör"
  - "translated by" yerine "çeviren"
  - "interview by" ifadesi yerine "röportajı yapan"
  - "PhD diss." yerine "doktora tezi"
  - "thesis" yerine "tez"
  - "last modified" yerine "son değiştirilme"
  - "filmed" yerine "çekim" ifadeleri kullanılmalıdır.
  - Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçeleştirilmiştir ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; Mayıs 8, 2019 şeklinde yazılmalıdır.
  - Dergi sayısını ifade eden "no." ifadesi korunmuştur. Keza "ed." ifadesi aynen korunmuştur.
  - Sayfa numarasında "vd." kullanılmamalıdır. Bunun yerine ilgili numara ile arasına boşluk konulmaksızın "ff." İfadesi kullanılmalıdır. Eğer "ff."dan sonra "." gelecekte kullanılmaz ancak ";", "?" vb. gelecekte onlar "ff."deki noktaya bitişik yazılır.

4. Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:
- Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih[gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
  - Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atıf usulü kullanılabilir. Eğer tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi sistematik kullanılmışsa diğer kararlarında aynı sistematığın kullanılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi	AYM
Bireysel Başvuru	BB
Bölge Adliye Mahkemesi	BAM
Ceza Dairesi	CD
Ceza Genel Kurulu	CGK
Daire	D
Danıştay	Dan.
Esas	E.
Hukuk Bölümü	HukukB
Hukuk Dairesi	HD
Hukuk Genel Kurulu	HGK
İçtihadı Birleştirme Kurulu	İBK
İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu	İBK
İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı	İDDK
Karar	K.
Uyuşmazlık Mahkemesi	UM
Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı	VDDK
Yargıtay	Yar.

Örnekler:

AYM, E.2017/172, K.2018/32, 28.03.2018.

Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017, (Kazanıcı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Ankara BAM 2. HD, E.2016/113, K.2017/21, 23.01.2017, (<https://legalbank.net/belge/ankara-bolge-adliye-mahkemesi-2-hd-e-2016-113-k-2017-21-t-23-01-2017-bosanmadan-kaynaklanan-tazminat/3040600>).

Rekabet Kurulu, K.19-12/136-60, 13.3.2019,

(<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c4268558-edce-48b5-996d-152defb6a7e4>).

5. Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 02.01.2019, S. 30643.

## WRITING FORM

### Beginning

1. Title of the works: Amerigo Md BT, 15 pt., bold and capital letter, centered paragraph style.
2. Names(s) of author(s): Amerigo Md BT, 13 pt., bold, first letter capital, right justified. job of author(s) shall be written with an actinoid footnote.
3. Abstract and Keywords: Bold and first letter capital.

### Text

1. Titles in the text: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Authors should arrange the text utmost with five-degree heading and the number of the titles has a style as follows:

**First level:** Numbering style: **I, II, III**... Title: bold and capital letter.

**Second level:** Numbering style: **A, B, C**... Title: bold and first letter capital.

**Third level:** Numbering style: **1, 2, 3**... Title: bold and first letter capital.

**Fourth level:** Numbering style: **a, b, c**... Title: bold and first letter capital.

**Fifth level:** Numbering style: *i, ii, iii*... Title: italic and first letter capital.

3. Main text: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Paragraphs: 0,75 cm first line indent, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 5/0 nk, 1 line spacing.

### Footnotes

1. Style: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Footnotes paragraphs: 0,5 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 2/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled. If there are more than one paragraph in a footnote, pre/post-paragraph space should be 0 nk in this footnote.
3. Between the footnote number and footnote text one character space should be left.
4. All footnotes should be completed with a dot.
5. Footnotes numbers should be demonstrated after punctuations.

➤ **False:** ... given<sup>1</sup>.                      **True:** ... given.<sup>1</sup>

### Bibliography

1. Bibliography should start on a separate page.
2. Style: alphabetically ordered, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Bibliography paragraphs: 0,75 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 3/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled.

For the sample word form edited aptly *writing form rules* of the Journal, please see at <http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

### Spelling and Footnotes Rules

1. The works should be prepared aptly the spelling and orthographic rules of Turkish Language Association. See at <http://tdk.gov.tr/>

2. " The Chicago Manual of Style" is accepted for footnotes and bibliography. For further information please see at

<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>

<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>





## **İÇİNDEKİLER/CONTENTS\***

- ECRİMİSİL DAVALARINDA İNTİFADAN MEN ŞARTI..... 440***  
*Mehmet AKÇAAL*
- FROM THE PAST TO THE FUTURE OF EXTRADITION: THE RISE OF  
A NEW OBLIGATION AS REVERSE EXTRADITION..... 494***  
*Burak BOZ*
- METaverse AVATARLARLARININ TELİF HAKKI ..... 540***  
*Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM*
- TERÖRİZMİN TANIMLANMASI SORUNU BAĞLAMINDA  
BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ'NİN ULUSLARARASI  
TERÖRİZME KARŞI MÜCADELEDEKİ ROLÜ..... 581***  
*Selcen Nur KIŞLA*
- ULUSLARARASI CEZA HUKUKU BAKIMINDAN SOYKIRIM  
SUÇUNUN MANEVİ UNSURU (MENS REA) VE MANEVİ  
UNSURUN YORUMLANMASINA DAİR YAKLAŞIMLAR ..... 635***  
*Selin BAŞER*
- KORUYUCU AİLE VE ÇOCUK ARASINDA KİŞİSEL İLİŞKİ  
KURULMASI..... 680***  
*Hayrunnisa ALTIN ŞAHİN*
- İŞLENEMEZ SUÇ..... 717***  
*Hakan GÜNDÜZ*
- FRANSIZ VERİ KORUMA OTORİTESİNİN (CNIL) GOOGLE KARARI  
VE TÜRK HUKUKU BAĞLAMINDA ÇEREZLER..... 762***  
*Alper IŞIK*
- ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA YÜKLEMENİN YERİNE  
GETİRİLMESİ TALEBİNİN İLERİ SÜRÜLEBİLECEĞİ SÜRE..... 798***  
*Reyhan TUHAN BOZ*
- SAİD HALİM PAŞA'DA HUKUK VE TOPLUM İLİŞKİSİ..... 823***  
*Ahmet Selim KADIOĞLU*

**TÜRKİYE VE AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE ÜST DÜZEY KAMU GÖREVLİLERİNİN GÖREVDEN ALINMA USULÜ VE DAVALARI.....856**

*Ahmet Yusuf YILMAZ*

**THE ENDLESS CONTROVERSIES OF THE NILE RIVER BASIN IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL TRANSBOUNDARY WATERCOURSE DOCTRINES ..... 895**

*Yusuf Ali MOHAMMED*

**ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU ÖZELİNDE YAPAY ZEKÂNIN İSLÂM VE TÜRK HUKUKU ÜZERİNDEN MUKAYESELİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ ..... 931**

*Emrah GÖKMEN*

**KÖLELİĞİN KILIF DEĞİŞTİRMIŞ HALİ: MODERN KÖLELİK..... 993**

*Hüseyin Ali KUDRET*

*Semra Nubihar MENTE*

**ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞU KAPSAMINDA DOĞRUDAN VE YANSIMA ZARAR (ÖZELLİKLE USÛL VE TAKİP HUKUKU YÖNÜNDEN) . 1067**

*Ali Fuat ÇİÇEKLİ*

**DENEME SÛRESİ İÇİNDE İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKININ İŞVEREN YÖNÜNDEN SINIRLARI..... 1155**

*Burcu EZER*

**DİPLOMATİK DOKUNULMAZLIĞI OLAN ŞAHISLAR İLE ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER KAPSAMINDA GÖREV YAPAN YABANCI ASKER KİŞİLER HAKKINDA ARAMA..... 1221**

*Burhan ATALIK*

**YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA BOŞANMA DAVASI AÇILDIKTAN SONRA EŞLERİN SADAkat YÛKÛMLÛLÛĞÛNÛN DEĞERLENDİRİLMESİ..... 1275**

*Özlem SARI FİDAN*

**BÖLGE İDARE MAHKEMELERİNİN DOSYAYI İLK DERECE MAHKEMESİNE İADESİ VE BUNUN YARGILAMA İLKELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ..... 1312**

*Enis KUŞCU*

*Aişe Sena DOĞAN*

**ALMAN FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 26.2.2020- 2 BVR 23347/16, 651/16, 1593/16, 2354/16, 2527/16 KARARINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME ..... 1357**

*Gunnar DUTTGE*

*Meral EKİCİ*

\*Makale sıralamasında akademik unvan ve makale gönderim tarihi esas alınmaktadır.



# ECRİMİSİL DAVALARINDA İNTİFADAN MEN ŞARTI

## *Prohibition From Usufruct in The Lawsuit For Mesne Profits*

**Mehmet AKÇAAL\***

### Öz


Uygulamada en sık karşılaşılan dava türlerinden biri ecrimisil davasıdır. Ecrimisil paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyetinde malikler tarafından birbirini aleyhine de istenebilir. Bu takdirde, Yargıtay'a göre, kural olarak intifadan men şartının varlığı aranır. Başka bir deyişle, esas itibarıyla, malikin yararlanmanın engellendiğine yönelik diğer malike bildirimde bulunmuş olmasına ihtiyaç vardır. Üstelik, intifadan men şartı, hukukî niteliği itibarıyla dava şartıdır. Bazı hallerde ise istisnaen intifadan men şartına gerek yoktur. Meselâ, dava konusu taşınmazdan doğal veya hukukî ürün elde edilmesinde durum böyledir. Ne var ki, Yargıtay'ın intifadan men şartının arandığı

\* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı. (mehmetakcaal@hotmail.com) ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3228-8486>.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 19.08.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 20.10.2022.

**Atıf/Citation:** Akcaal, Mehmet. "Ecrimisil Davalarında İntifadan Men Şartı." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 440-493.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

ve aranmadığı hallere ilişkin yerleşik içtihatları eleştiriye açıktır. İşte, çalışmanın esas araştırma sorusu da söz konusu şartın aranmasının gerçekten isabetli olup olmadığı hususudur.

**Anahtar Kelimeler:** Ecrimisil, Paylı Mülkiyet, Elbirliği Mülkiyeti, İntifadan Men, Dava Şartı.

## **Abstract**

One of the most common types of cases is the lawsuit for mesne profits. Mesne profits request can also be claimed against each other by the owners in co-ownership or joint ownership. In this case, according to the Court of Appeal, it is a condition of prohibition from usufruct. Principally, there is a need for the owner to notify the other. The condition of prohibition from usufruct is a condition of litigation. In some cases, there is no need for it. Obtaining a product from the immovable is an example. However, the jurisprudence of the Court of Appeal is open to criticism. The research question is whether it is appropriate to search for the condition.

**Keywords:** Mesne Profits, Co-ownership, Joint Ownership, Prohibition from Usufruct, Conditions of Litigation.

## **GİRİŞ**

Ecrimisil istemini konu alan davalarla uygulamada oldukça sık karşılaşılmaktadır. Bu kapsamda, paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti gereğince maliklerin birbirine karşı açtıkları ecrimisil davaları da oldukça yaygındır. Hem paylı mülkiyette hem de elbirliği mülkiyetinde malikler arasındaki ecrimisil istemlerinin en temel şartlarından biri intifadan men (yararlanmadan engelleme) şartıdır. Dolayısıyla, bu unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesi oldukça önem arz eder. Daha da önemli olan mesele ise, böyle bir unsurun aranmasına gerçekten ihtiyaç olup olmadığıdır.

Çalışma kapsamında öncelikle intifadan men şartı kavramı ve bunun hukukî niteliği hakkında açıklamada bulunulmuştur. Ayrıca, intifadan men şartının hangi hallerde arandığı da belirlenmiştir. Daha sonra, intifadan men şartının usulü ve ispatı meseleleri incelenmiştir. Son olarak da, intifadan men şartının aranmadığı haller ortaya konulmuştur.

## I. KAVRAM

Mülkiyet, hak sahibinin sayısına göre iki türlüdür. Bunlar, “tek kişi mülkiyeti” ve “birlikte mülkiyet”tir.<sup>1</sup> Tek kişi mülkiyetinde eşya üzerinde mülkiyet hakkından doğan yetkiler bir tek kişiye aittir. Birlikte mülkiyet ise kendi içinde ikiye ayrılır. Bunlar, “paylı mülkiyet” ve “elbirliği mülkiyeti”dir.

İster paylı mülkiyet ister elbirliği mülkiyeti tarzında olsun, birlikte mülkiyetin söz konusu olduğu hallerde ecrimisil istemiyle uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Yine, intifadan men kavramı da ecrimisil davalarında sıkça karşılaşılan bir ifadedir.

İntifadan men şartı ifadesinde geçen “intifa” kelime anlamı itibarıyla yararlanma, faydalanma, asılanma anlamına gelir.<sup>2</sup> Ama, hemen belirtilmelidir ki burada geçen intifa ifadesinin intifa hakkıyla bir ilgisi yoktur. Çünkü, intifa hakkı, sahibine, konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlayan bir irtifak

<sup>1</sup> Mustafa Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 22 Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), N. 1214; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atillâ Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, C. 1, 5. Baskı (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989), 564; Ayşe Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 300; Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı (İstanbul: Beta, 2018), 388; Hâluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), N. 676; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 6. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 84; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Eşya Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), N. 1423.

<sup>2</sup> Erişim tarihi Ekim 29, 2021, <https://sozluk.gov.tr/>.



hakkıdır (TMK m. 794/II). Dolayısıyla, bu hak sağladığı yetkiler bakımından en geniş kapsamlı sınırlı aynî hak türüdür. Şu halde, ecrimisilin intifa hakkıyla herhangi bir bağlantısı bulunmayıp, ecrimisil istemi tek kişi mülkiyetinde veya birlikte mülkiyette ileri sürülebilir. Birlikte mülkiyet durumunda ecrimisil malik veya maliklerden istenebileceği gibi, malik veya malikler dışındaki başka haksız zilyetlerden de istenebilir. İnceleme kapsamında üzerinde durulan husus ise birlikte mülkiyette eşyayı haksız biçimde kullanan malik veya malikler aleyhine açılan ecrimisil davalarındaki intifadan men şartıdır.

İntifadan men kavramından ne anlaşılması gerektiği hakkında doktrinde çeşitli tanımlar yer almaktadır. Nitekim, bir görüşe göre, intifadan men (yararlanmanın engellenmesi), ecrimisil (haksız elatmaya dayalı tazminat) davasında davacının birlikte mülkiyete konu olan eşyadan yararlanma ve onu kullanma hakkının herhangi bir sebeple engellendiği haksız durumdur.<sup>3</sup> Başka bir tanıma göre ise, bir paydaş veya ortağın, hakından fazlasını işgal eden diğer paydaşın ya da ortağın fazladan işgal ettiği yerin kullanımına itiraz etmesi, bu kullanımı engellemesidir.<sup>4</sup> Diğer bir tanıma göre, intifadan men, istemde bulunan paydaşın taşınmazı kullanma arzusunu işgalde bulunan kimseye bildirmesidir.<sup>5</sup>

Kanaatimizce, intifadan men, paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti konusu eşyayı maliklerden birinin haksız kullanmasının engellenmesi demektir. Şu halde, intifadan menden söz edebilmek için öncelikle haksız bir elatmanın varlığı şarttır. Bu takdirde, paydaş veya ortak, birlikte mülkiyet konusu

---

<sup>3</sup> Cem Akbıyık, “Yargıtay Uygulamasında İntifadan Men Koşulu ve İstisnaları,” *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 1.

<sup>4</sup> İrem Durğun Şanlı, “Haksız İşgal – Ecrimisil Tazminatı,” *Yüksek Lisans Tezi*, (İstanbul Üniversitesi, 2019), 118.

<sup>5</sup> Seçil Figen, “Ecrimisil Talepleri,” *Yüksek Lisans Tezi*, (İstanbul Üniversitesi, 2022), 145-146.

eşyanın haksız bir şekilde kullanılmasına yönelik istemini muhatap malike ya da maliklere iletir. Böylece, maliklerden biri tarafından gerçekleşen haksız kullanıma yönelik ecrimisil istemi için aranan intifadan men şartı yerine getirilmiş olur. Keza, Yargıtay'a göre, birlikte mülkiyette maliklerden birisinin taşınmazı kullanan diğerlerinden ecrimisil talep edebilmesi için taşınmazdan yararlanma istemini karşı tarafa iletmiş olması gerekir. İşte, Yüksek Mahkeme'ye göre buna intifadan men koşulu denilmektedir.<sup>6</sup>

Ecrimisil kavramı gibi, paydaşların veya ortakların birbirinden nasıl ve hangi şartlar altında ecrimisil isteyebileceği hakkında da özel bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla, maliklerin birbirine yönelik ecrimisil isteminde bulunmalarının şartları içtihatlarla şekillenmiştir. Böylece, intifadan men şartının aranmasına yönelik içtihatlar giderek yerleşik bir hal almıştır.<sup>7</sup> Bu sebeple, paydaşların veya ortakların birbirine karşı açtıkları ecrimisil davalarında aranan intifadan men şartının ortaya konulması bakımından söz konusu uygulama göz önünde bulundurularak açıklamalarda bulunulmuştur.

Çalışmanın devamında önce intifadan men şartının hukukî niteliği, arandığı haller, usulü ve ispatı ortaya konulmuştur. Sonra da, intifadan men şartının aranmadığı haller açıklanmıştır.

<sup>6</sup> Yar. 3. HD, E. 2005/9300, K. 2005/9884, 11.10.2005, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2002/3800, K. 2002/6451, 4.6.2002, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>7</sup> Mustafa Fikri Gemici, "Türk Özel Hukuku'nda Ecrimisil Tazminatı", Yüksek Lisans Tezi, (Hasan Kalyoncu Üniversitesi, 2018), 79; Durğun Şanlı, "Haksız İşgal", 118; Ceren Yavuzarslan, "Ecrimisil," Yüksek Lisans Tezi, (Galatasaray Üniversitesi, 2014), 175.

## II. HUKUKÎ NİTELİĞİ

### A. Teknik Anlamda Şart Niteliğinde Olmaması

Her ne kadar intifadan men şartı kavramında şart (koşul) ifadesi yer alsada, bu aslında teknik anlamda bir şart olarak değerlendirilemez. Çünkü, şart, hukukî işlemin sonuç doğurması veya bunun ortadan kalkması kendisinin gerçekleşmesine bağlı kılınan gelecekteki belirsiz olaydır. Üstelik, şarta bağlı borç taraf iradelerinden doğar. Taraflar istemediği takdirde, şarta bağlı bir işlemde söz edilemez. Başka bir deyişle, kanuna dayanan şarta bağlı bir işlem yaktır.<sup>8</sup>

Görüldüğü üzere, şart sayesinde hukukî işlemler gelecekteki olayların gerçekleşmesine bağlı kılınır. Meselâ, geciktirici şartın varlığı halinde bunun gerçekleşmesiyle birlikte sözleşme hüküm ifade etmeye başlar. Oysa, intifadan men şartında ecrimisil isteminin (haksız işgal tazminatının) varlığı buna yönelik bir bildirimle bağlı kılınmaktadır. Burada hukukî işlemin hüküm ve sonuç doğurması değil, kötüniyetli haksız ziyedin tazminat ödemesi söz konusudur.

### B. İtiraz Niteliğinde Olması

İntifadan men şartının itiraz olup olmadığına ilişkin değerlendirmeden önce belirtmelidir ki uygulamaya göre intifadan men şartı bir dava şartıdır.<sup>9</sup> Nitekim, Yargıtay'a göre, söz konusu şart dava şartı niteliğinde olduğundan gerçekleşip gerçekleşmediğinin mahkemece resen araştırılarak saptanması

---

<sup>8</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020), N. 3617, 3629.

<sup>9</sup> Yar. 3. HD, E. 2008/20352, K. 2008/21331, 15.12.2008, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

gereklidir.<sup>10</sup> Görüldüğü üzere, intifadan men şartının dava şartı olarak ele alınmasının en önemli sonuçlarından biri bunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin mahkeme tarafından kendiliğinden belirlenmesidir. Başka bir deyişle, intifadan men şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin bir defî olarak ileri sürülmesine gerek yoktur.<sup>11</sup> Dolayısıyla, mahkeme, intifadan men şartının var olup olmadığını davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Üstelik, taraflar da söz konusu dava şartının bulunmadığını her zaman ileri sürebilirler. Şayet mahkeme dava şartının noksan olduğunu tespit ederse davanın usulden reddine karar verir (HMK. m. 115/I-II). Dava şartı yokluğundan reddedilen dava bu şart tamamlandıktan sonra yeniden açılabilir.

Nelerin dava şartı olduğu hususu esas itibarıyla HMK. m. 114/I hükmünde sayılmaktadır. Ne var ki, burada intifadan men şartı ayrıca sayılmamaktadır. Bunun dışında, diğer kanunlarda yer alan dava şartları da saklı tutulmuştur (HMK. m. 114/II). İntifadan men şartına yönelik böyle bir açık düzenleme de yoktur. O halde, intifadan men şartı olsa olsa dava şartlarından hukukî yarar kapsamında düşünülebilir (HMK. m. 114/I, h). Çünkü, intifadan men şartının dava şartı olarak kabul edilmesine yönelik herhangi bir açık kanunî dayanak yoktur.

Bunun yerine, intifadan men şartının hukukî niteliğinin itiraz olduğu ifade edilebilir. Çünkü, itiraz, davacı veya alacaklının hakkının var olmadığını ispatlayan bir olaydır. İtiraz sayesinde ileri sürülen hakkın hiç doğmadığını veya sona erdiğini gösteren olaylar ileri sürülür. Nitekim, uygulamaya

---

<sup>10</sup> Yar. 3. HD, E. 2012/5326, K. 2012/9392, 9.4.2012, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2005/10499, K. 2005/12874, 29.11.2005, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 6794, K. 7150, 24.06.2004, (Nihat Yavuz, *Uygulamada Ecrimisil (Haksız İşgal Tazminatı) Davaları*, 3. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2010), 454-455).

<sup>11</sup> Yar. 3. HD, E. 1994/2017, K. 1994/3813, 28.2.1994, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

bakıldığında intifadan men şartının olmaması da alacak hakkının doğumuna engel kabul edilmektedir. O halde, bunu kanunî dayanağı olmamasına rağmen bir dava şartı şeklinde değil de bir itiraz olarak değerlendirmek daha isabetli olur. İntifadan men şartı ister dava şartı isterse itiraz olarak nitelendirilsin, her iki halde de hâkim tarafından resen dikkate alınır. Aradaki fark ise, dava şartının yokluğu halinde davanın usulden; itirazın varlığı halinde ise esastan reddedilecek olmasıdır. Sonuçta mesele aslında yine bunun açık bir kanunî dayanağının olmamasından kaynaklanmaktadır.

### C. Hukukî İşlem Benzeri Fiil Niteliğinde Olması

Tasavvur açıklamasında kişi bir olay veya konu hakkında bir bilgi ortaya koyar.<sup>12</sup> Bu sebeple, intifadan men şartı kapsamında yararlanma isteğinin bildirilmesi, hukukî niteliği itibarıyla bir tasavvur (bilgi) açıklaması değildir.

Söz konusu irade açıklaması bir hukukî sonuca da yönelmez; burada aslında malike hakkıyla bağdaşmayan kullanmasını sona erdirmeye isteği ihtar edilmektedir. Uygulamadan çıkan sonuç söz konusu kullanmadan vazgeçmeyen borçlunun (malikin) artık temerrüde düştüğünün kabul edildiği yönündedir. Dolayısıyla uygulamadaki bakış açısı çerçevesinde bu, bir hukukî işlem benzeri fiil olarak nitelendirilebilir. Ancak, kanaatimizce intifadan men şartının aranmasına gerek olmayıp burada aslında haksız zilyetliğin kurulmasıyla (yetkisiz kullanmanın başlamasıyla) birlikte alacak ve talep hakkı doğmaktadır. Çünkü burada esasen bir haksız fiil söz konusudur (TBK m. 49 vd.).

---

<sup>12</sup> Eren, *Genel*, N. 433.

### III. İNTİFADAN MEN ŞARTININ ARANDIĞI HALLER

Ecrimisil kapsamında intifadan men şartının arandığı hallere ilişkin açıklamada bulunmadan önce, bunun aslında aranmasının gerekip gerekmediğine yönelik tartışmalardan söz edilmesinde yarar vardır. Çünkü, intifadan men şartının aranmasının gerekip gerekmediği hususu ile bunun kapsamı doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, intifadan men (yararlanmayı engelleme) şartının aranmasına gerek yoktur. Davalının diğer paydaşların izni olmaksızın eşyayı kullanıp yararları kendisine özgülemesi yeterlidir.<sup>13</sup> Keza, aynı yöndeki başka bir görüşe göre, bu çözüm TMK m. 693 (EMK. m. 625) hükmünde sağlam bir dayanağa sahiptir. Buna göre, paylı mülkiyet konusu bir eşyanın paydaşı diğer paydaşların hakları ile bağdaşmayacak şekilde yararlanma ve kullanma yetkisine sahip değildir. Başka bir deyişle, bir paydaşın paylı mülkiyet konusu eşyayı tek başına kullanması ve onun ürünlerinden yararlanması, daha doğrusu bunları kendisine özgülemiş olması diğerlerinin haklarıyla hiçbir şekilde bağdaşmaz. Dolayısıyla, paylı mülkiyet konusu eşyadan sadece gelir ve kazanç sağlayan değil, onu tek başına kullanan paydaş da tazminat ödemelidir. Keza, aynı çözüm elbirliği mülkiyeti bakımından da kabul edilmelidir. Sonuç olarak, eşyayı tek başına kullanan veya onun ürünlerinden yararlanan paydaş ya da ortak, bu konularda diğer maliklerin rızasını almadığı takdirde tazminatla yükümlü tutulmalıdır. Diğer maliklerin rızasının varlığını ispat yükü ise eşyayı kullanan malike düşer.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Mustafa Reşit Karahasan, *Gayrimenkul Hukuk Davaları* (İstanbul: İstanbul Matbaası, 1974), 412-413.

<sup>14</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 225. Ayrıca, aynı yazarlara göre, paydaşlardan biri eşyanın tamamını anlaşma olmaksızın, münhasıran kendisi kullanırsa, diğerlerine tazminat ödemekle yükümlüdür. Bunun için, onun kullanmayı kendisine hasretmiş olması aranır, (Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 594)

Diğer bir görüşe göre ise, yukarıdaki ilk görüş, paylı mülkiyet konusu eşyanın ürünlerinden yararlanma bakımından uygun görülebilir. Başka bir deyişle, ürünlerden yararlanmanın izinsiz olarak bir malike özgülenmesi halinde tazminat istemi için ayrıca yararlanmanın engellenmiş olması (intifadan men) şartını aramaya gerek yoktur. Bununla birlikte, eşyayı kullanma bakımından ise ecrimisil istenebilmesi için intifadan men (kullanmayı engelleme) şartının gerçekleşmiş olması aranmalıdır. Dolayısıyla, bir malik diğerlerinin kullanma yetkisini engellemeksizin eşyayı kullandığı takdirde, bu durum onun tazminat ödemesini gerektirmez.<sup>15</sup>

Başka bir görüşe göre, burada Yargıtay'ın 4.6.1958 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı<sup>16</sup> yol gösterici olmalıdır. Söz konusu karardan hareketle, bir paydaş diğerinin izni olmaksızın eşyayı kullanıp yararını kendisine özgülerse, bunu gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeden (TBK m. 530) kaynaklanan ve zarar şartından bağımsız olan menfaatlerin devri davası olarak nitelendirmek gerekir. Böylece, somut olaya on yıllık genel zamanaşımı uygulanmalıdır. Bu itibarla, meselâ inşaat yasağı olan bir arsada yazlık ev inşa edip orada oturan malike yönelik istem söz konusu davayla ileri sürülebilir. Yine, kullanılmayan (boş) bir arsayı kendi ticarî kabiliyeti sayesinde otopark alanı olarak işleyen malik de haksız kazancını aynı dava sonucunda geri vermek zorunda kalır.<sup>17</sup>

Kanaatimizce bunlardan ilk görüşe katılmak mümkündür. Gerçekten de, davalı malikin kötüniyetli haksız zilyet olduğundan söz edebilmek için intifadan men şartının aranması bakımından ne bir kanunî dayanak ne de buna ihtiyaç vardır.

<sup>15</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1248, dpn. 144; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 309-310; Burak Ak, "Haksız Kullanma Tazminatı (Ecrimisil)," Yüksek Lisans Tezi, (Ankara Üniversitesi, 2020), 177-178.

<sup>16</sup> Yar. İBK, E. 1958/15, K. 1958/6, 4.6.1958, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>17</sup> Akbıyık, *İntifadan Men*, 5.

Haksız kullanma veya yararlanma bakımından diğer maliklerin açık veya örtülü bir rızasının bulunmaması ecrimisil istemi için yeterli kabul edilmelidir. Zira, intifadan men şartının aranması, istenebilecek tazminat miktarını kanunî dayanaktan yoksun bir şekilde daraltmaktadır. Meselâ mirasbırakandan kalan bir konutta oturan davalı malikten ecrimisil istenirken intifadan men şartının sağlanıp sağlanmadığına yönelik bir araştırma yapılmamalıdır. Çünkü, diğer maliklerin buna yönelik bir rızası yoksa, o aslında intifadan men edilmeden önce de gerçek durumu bilen veya bilmesi gereken, yani kötüniyetli bir haksız zilyet konumundadır. Dolayısıyla, maliklerin oybirliğiyle yapmış oldukları bir anlaşma olmaksızın kullanma veya yararlanmayı kendisine özgülemiş durumda bulunan kötüniyetli malikin tazminat ödemesi gerekir. Burada rızanın, daha doğrusu bir anlaşmanın varlığına yönelik ispat yükü ise davalı malike ait olmalıdır.

O, diğer maliklerin uzun süreden beri ses çıkarmamasının dayanağının bir kullanım ödünçü sözleşmesi olduğunu ileri sürebilir. Kullanım ödünçü sözleşmesinde, ödünç veren, taşınır veya taşınmaz bir şeyin kullanılmasını ya da bununla birlikte ondan yararlanılmasını karşılık almaksızın belirli veya belirsiz bir süreyle ödünç alana devretmeyi üstlenir. Ödünç alan da eşyayı kullandıktan sonra geri vermeyi taahhüt eder (TBK m. 379). Tarafların irade açıklaması açık olabileceği gibi, bunun örtülü bir şekilde gerçekleşmesi de mümkündür. Ancak, sözleşmenin kurulmadığı bir noktada onun yorumundan söz etmek zaten mümkün değildir. Dolayısıyla, örtülü de olsa böyle bir irade açıklamasının gerçekten var olup olmadığı konusunda oldukça titiz yaklaşılmalıdır. Her halde örtülü bir irade açıklamasının (rızanın) var olduğundan hareketle bir çözüme gidilmemelidir. Tam tersine, böyle bir irade açıklamasının ve sonuçta kullanım ödünçü sözleşmesinin varlığını davalı taraf ispatlamalıdır. Bunu ispatlayamadığı takdirde başka bir hukukî dayanak da yoksa, o kötüniyetli haksız zilyet konumundadır ve ecrimisil ödemek zorunda kalır. Çünkü, durumun gereklerine



göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen malik iyiniyet iddiasında bulunamaz (TMK m. 3/II).<sup>18</sup>

Uygulamada ise intifadan men şartının arandığı görülmektedir. Nitekim, Yargıtay'a göre, ancak intifadan men şartının gerçekleştiği tarihten sonrası için ecrimisile hükmedilebilir.<sup>19</sup> Bunun için ise öncelikle bazı şartların bir arada bulunması gerekir. İlk olarak, eşya üzerinde çok kişi mülkiyeti bulunmalıdır. İkinci olarak da, maliklerin birbirine karşı ecrimisil istemini ileri sürmüş olmaları gerekir.

## A. Çok Kişi Mülkiyetinin Olması

### 1. Paylı Mülkiyet

Paylı (müşterek=hisseli) mülkiyet, maddî olarak bölünmemiş bir eşyanın tamamı üzerindeki mülkiyet hakkının belli paylarla birden fazla kişiye ait olmasıdır (TMK m. 688/I).<sup>20</sup> Paylı mülkiyet konusu bir eşya üzerinde her paydaş yararlanma ve kullanma yetkisine sahiptir. Nitekim, TMK m. 693/I'e göre, paydaşlardan her biri, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilir ve onu kullanabilir. Bu anlamda yararlanma yetkisi, eşyadan elde edilen doğal ve hukukî

<sup>18</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020), N. 1645 ff.

<sup>19</sup> Yar. 3. HD, E. 1991/15727, K. 1992/11676, 8.6.1992, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>20</sup> Max Baumann, *Sachenrecht*, 2. Baskı (Zürich/St. Gallen: Dike Verlag, 2011), 41; Thomas Geiser ve Stephan Wolf, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB*, 6. Baskı (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag 2019), Art. 646 N. 1; Wolfgang Ernst ve Samuel Zogg, *Sachenrecht*, 3. Baskı (Zürich / St. Gallen: Dike Verlag, 2020), 27; Jörg Schmid ve Bettina Hürlimann-Kaup, *Sachenrecht*, 5. Baskı (Zürich: Schulthess Verlag, 2017), 195; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1225; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 565; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 389; Eren, *Mülkiyet*, 85.

ürünlerden yararlanmaya katılma anlamına gelir. Söz konusu ürünler kural olarak paydaşlar arasında payları oranında aynen bölüştürülür.<sup>21</sup>

Her paydaş, eşyayı diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde kullanma yetkisine de sahiptir. Başka bir deyişle, diğer paydaşların kullanmasına engel bir davranış olmadıkça, bir tek paydaş tarafından eşya kullanılabilir. Meselâ, paylı mülkiyete konu yaya yolunda durum böyledir. Bu takdirde, kullanma yetkisi bakımından herhangi bir sınırlama yoktur. Kullanma yetkisinin sınırsız olmadığı hallerde ise, her bir paydaşın kullanma yetkisi bakımından sınır, bunun diğerlerinin kullanmasına yönelik bir saldırı teşkil etmemesidir.<sup>22</sup>

Ayrıca, paydaşlar yararlanma veya kullanma konusunda oybirliğiyle farklı bir karar da alabilirler (TMK m. 689/I). Meselâ, paylı mülkiyet konusu bir binada her paydaşa bir kat özgülenebilir.<sup>23</sup>

Her bir paydaş, kendi payına yönelik saldırılar karşısında istihkak veya elatmanın önlenmesi davasını açma gibi koruma imkânlarından yararlanabilir. Bu davalar, üçüncü kişilere karşı yöneltilebileceği gibi, birlikte zilyetliği engelleyen veya payına saldırıda bulunan diğer bir paydaşa karşı da elatmanın önlenmesi istenebilir.<sup>24</sup> Böyle bir durumda yararlanmayı

---

<sup>21</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 596; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1272.

<sup>22</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1274-1275; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 592ff.; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N. 739.

<sup>23</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 596; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1277; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N. 741.

<sup>24</sup> Yar. 1. HD, E. 2014/8231, K. 2015/8460, 8.6.2015 “...O halde, paydaşlar arasındaki elatmanın önlenilmesi davalarında öncelikle tüm paydaşları bağlayan harici bir taksim sözleşmesi ve özel bir parselasyon planının olup olmadığı veya fiili

engelleyip (intifadan men edip) zarara yol açan diğer paydaş aleyhine tazminat isteminde de bulunulabilir.<sup>25</sup> Ancak, uygulama gereğince bunun için intifadan men şarttır. Nitekim, Yargıtay'a göre, "paydaşlar kural olarak intifadan men edilmedikçe birbirlerinden ecrimisil isteyemezler...".<sup>26</sup>

---

*kullanma biçiminin oluşup oluşmadığı üzerinde özenle durulmalı, varsa çekişmeli yerin kimin kullanımına terk edildiği saptanılmalı, harici veya fiili taksim yoksa uyumsuzluk yukarıda değinildiği gibi, TMK'nın müşterek mülkiyet hükümlerine göre çözümlenmelidir.... Taşınmazda fiili kullanma biçiminin oluşup oluşmadığının, oluşmuş ise çekişmeli bölümün kimin kullanımına bırakıldığıının saptanması, davacıya bırakıldığıının saptanması halinde davanın kabul edilmesi, aksi halde davacının taşınmazda çekişmesiz olarak kullandığı ya da kullanabileceği bir bölümünün olup olmadığına açıklığa kavuşturulması, kullandığı ya da kullanabileceği yer varsa paylı mülkiyet hükümleri gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekir...", (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2015/10187, K. 2015/11551, 8.10.2015, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/6930, K. 2020/6899, 9.11.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).*

<sup>25</sup> Yar. 3. HD, E. 1995/7901, K. 1995/10063, 19.9.1995 "...Paydaşlar (kural olarak) intifadan men edilmedikçe birbirlerinden ecrimisil isteyemezler. İntifadan men koşulunun gerçekleşmesi de; ecrimisil istenen süreden önce davacı paydaşın, davaya konu taşınmaz ya da gelirinden yararlanmak isteğinin davalı paydaşa bildirilmiş olmasına bağlıdır...", (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. HGK, E. 2002/3-131, K. 2002/114, 27.2.2002 "...Ancak bağ, bahçe gibi doğal ürün veren veya başkalarına kiralanmak suretiyle hukuksal semere veren taşınmazlarda intifadan men koşulu aranmaz...", (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019), 212; Yar. 1. HD, E. 2012/8880, K. 2012/12394, 6.11.2012 "bu taşınmazda isabet edecek ecrimisilden davacıların payı oranında ecrimisile hükmedilmesi gerekir...", (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>26</sup> Yar. 3. HD, E. 2004/1585, K. 2004/1770, 8.3.2004, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2004/12577, K. 2004/13278, 6.12.2004 "Zeminde fiilen her iki tarafın da kullandığı yer olduğu, davalının kullanımının davacının yararlanmasına engel teşkil etmediği, intifadan (yararlanmadan) men olgusunun gerçekleşmediği sabittir...", (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

## 2. Elbirliği Mülkiyeti

Elbirliği mülkiyeti, birden fazla kişinin aralarında önceden var olan bir topluluk ilişkisi sebebiyle eşyaya birlikte malik olmasıdır (TMK m. 701/I). Mal ortaklığı, aile malları ortaklığı, miras ortaklığı ve adi ortaklık elbirliği mülkiyetine vücut verir.<sup>27</sup>

Yararlanma ve kullanma yetkisi, kural olarak bütün ortaklara aittir. Dolayısıyla, ortaklar eşyadan hep birlikte yararlanırlar ve onu aynı şekilde kullanırlar.<sup>28</sup>

Oybirliği esasının (TMK m. 702/II) istisnası ise, yeni bir hükümlerle koruma yetkisi bakımından öngörülmektedir. Buna göre, ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır (TMK m. 702/IV). Meselâ, bir tek ortak, eşyaya yönelik bir elatmanın önlenmesi için dava açabilir. Bu durumda, davanın kaybedilmesi diğer ortakların haklarını etkilemez.<sup>29</sup>

Ortaklar birbirine karşı da dava açabilir. Meselâ, bir ortak eşyayı kullanma veya ondan yararlanma yetkisine engel olan diğer ortak aleyhine istihkak veya elatmanın önlenmesi davası açabilir.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Peter Breitschmid ve Alexandra Jungo, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Baskı (Zürich / Basel / Genf: Schulthess Verlag, 2016), Art. 652 ZGB N. 1; Heinz Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, Bd. 1, 3. Baskı (Bern: Stämpfli Verlag, 2007), 254; Stephanie Hrubesch-Millauer, Barbara Graham-Siegenthaler ve Vito Roberto, *Sachenrecht*, 5. Baskı (Bern: Stämpfli Verlag, 2017), 174.

<sup>28</sup> Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 414.

<sup>29</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1355; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 413.

<sup>30</sup> Eren, *Mülkiyet*, 141; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 643-644; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N. 804ff. Ayrıca bkz. Yar. HGK, E. 2018/16-643, K. 2019/888, 17.9.2019 "Eldeki dosya davacıları O.K. terekisi adına davayı açmış, mahkemece kesin hüküm olarak kabul edilen ilk dosyada O.K.'nin

Buna ek olarak, diğer ortak aleyhine ecrimisil isteminde de bulunulabilir.<sup>31</sup> Bu konuda Yargıtay'ın içtihadı aynen şöyledir: “elbirliği mülkiyetinde de paydaşlardan biri öteki paydaşların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan tek başına ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine ecrimisil davası açabilir. Ancak, o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa açacağı ecrimisil davasının dinlenme olanağı yoktur. Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir”.<sup>32</sup>

Uygulama gereğince, paylı mülkiyette olduğu gibi, burada da ortakların birbirine karşı açtığı ecrimisil davasında intifadan men şartı aranır.<sup>33</sup> Gerçekten de, Yüksek Mahkemeye göre, paydaşlar kural olarak intifadan men edilmedikçe birbirlerinden

---

*diğer bir kısım mirasçuları taraf olarak gösterilmemiştir. Bir başka anlatımla, kesin hüküm olarak kabul edilen ilk dosyanın terekeye karşı açılan bir dava olmadığı, böyle bir davada diğer mirasçılar taraf olmadığı için verilecek hüküm o kişiler aleyhlerine kesin hüküm teşkil etmeyecektir. Yine tescil davasında, O.K. mirasçılarının taraf olarak yer almadığı dikkate alındığında, eldeki bu dava bakımından maddi anlamda kesin hükmün varlığından söz etme imkânı da bulunmamaktadır...”*, (Mehmet Kürtül, 2017-2020 Yılları Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları ve İçtihadı Birleştirme Kararları, C. II (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020), 2221-2222).

<sup>31</sup> Yar. 3. HD, E. 2004/1539, K. 2004/1788, 9.3.2004 “Mahkemece; dava konusu taşınmaz üzerindeki binanın davalılar tarafından yapılıp yapılmadığı araştırılmalı, binanın davalılarca yapıldığı saptanır ise sadece arsa üzerinden ecrimisil hesaplanmalı aksi takdirde şimdiki gibi dükkân ve daire olmalarına göre ecrimisil belirlenmelidir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>32</sup> Yar. 8. HD, E. 2018/15161, K. 2018/19950, 10.12.2018, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/5518, K. 2020/5312, 23.9.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>33</sup> Yar. 1. HD, E. 2015/4241, K. 2016/8851, 29.9.2016, (lexpera).

ecrimisil isteyemezler.<sup>34</sup> Burada paydaşlar ile kast edilen doğru bir ifadeyle ortaklardır.

Diğer taraftan, doktrindeki bir görüşe göre ise, intifadan men şartının elbirliği mülkiyetinde aranmaması gerekir. Çünkü, paylı mülkiyetten farklı olarak, elbirliği mülkiyetinde maliklerden her birinin eşyayı diğerlerinden bağımsız kullanma yetkisi yoktur.<sup>35</sup>

## **B. Paydaşlar veya Ortaklar Arasında Ecrimisil İsteminin Bulunması**

Yukarıda açıklananlardan da anlaşıldığı üzere, intifadan men şartı, birlikte mülkiyet türleri kapsamında paydaşlar veya ortaklar arasında bir ecrimisil isteminin bulunması halinde söz konusu olur.<sup>36</sup> Malik olmayan bir kimseden ecrimisil istenmesi için intifadan men şartına gerek yoktur.<sup>37</sup> Bu noktada öncelikle ecrimisil kavramı üzerinde kısaca durulmalıdır.

<sup>34</sup> Yar. 3. HD, E. 6794, K. 7150, 24.06.2004, (Yavuz, *Ecrimisil*, 454); Yar. 3. HD, E. 2005/12280, K. 2005/13149, 5.12.2005 “Somut olayda ise, gerek davacı gerekse davalı tanıklarının beyanlarına göre 2004 yılı Haziran ayına kadar evin kullanımı hususunda taraflar arasında bir uyumsuzluğun bulunmadığı, ancak 2004 yılı Haziranında davacının taşınmazdan yararlanma isteğini davalıya bildirdiği anlaşılmaktadır...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2006/11630, K. 2006/13613, 19.10.2006 “Davalılar murisin ölümünden önce ve sonra taşınmazın kendileri tarafından kullanılmasına davacının açık ya da örtülü rızası bulunduğunu savunmuştur. Bu nedenle savunma ve gerçekleşen maddi olgular karşısında intifadan men koşulunun araştırılması gerekmektedir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>35</sup> Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N. 809.

<sup>36</sup> Yar. 3. HD, E. 2012/5326, K. 2012/9392, 9.4.2012 “Kural olarak, müşterek veya iştirak halindeki mülkiyet durumunda taşınmazı kullanan paydaştan ecrimisil istenebilmesi intifadan men koşulunun gerçekleşmesi şartına bağlıdır...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>37</sup> Yar. 3. HD, E. 2012/10365, K. 2012/15136, 14.6.2012 “Davalının ise, taşınmazda herhangi bir payı bulunmamaktadır. Bu durum karşısında mahkemece, taşınmazda

Ecrimisil (haksız işgal=kullanma tazminatı), kötüniyetli haksız zilyedin (fuzulî şagilin) eşyayı bizzat kullanmak suretiyle elde ettiği yarar karşılığı ödeyeceği tazminattır.<sup>38</sup> Nitekim, paylı mülkiyette veya elbirliği mülkiyetinde maliklerden biri yetkisi olmamasına rağmen eşyayı bizzat kullanırsa, onun diğerlerine ecrimisil ödemesi gerekir. Çünkü, zilyetliğinin haksız olduğunu bilen veya somut olayın şartları itibarıyla bilmesi gereken kimse kötüniyetli zilyettir (TMK m. 995).<sup>39</sup>

Bizzat kullanarak sağlanan yararlanmanın bir tazminatı gerektirip gerektirmeyeceği ve bunun hukukî dayanağı ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ecrimisil bir haksız fiil

---

*kendisinin payı olmadığını bilen davalının kullanımı iyiniyetli kabul edilemeyeceğinden intifadan men koşulu aranmaksızın, ihtarname öncesi kullanımına göre ecrimisile hükmedilmesi gerekir...*", (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2004/12573, K. 2004/13479, 8.12.2004, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/6435, K. 2020/7096, 11.11.2020 *"paydaş olan davalılar yönünden intifadan men aranması gerektiği halde, paydaş olmayanlar yönünden böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır..."*, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2004/11869, K. 2004/11140, 18.10.2004, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2005/171, K. 2005/409, 31.1.2005 *"Somut olayda, murisin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla yaptığı muvazaaya dayanan devir ve temlikler geçersiz olduğundan, davaya konu taşınmaz o şekilde iktisap eden davalının bu taşınmazı işgali iyiniyetli sayılmaz ve dolayısıyla kendisinden murisin ölüm tarihinden başlayarak ecrimisil istenebilir. Bu durumda intifadan men şartı da aranmaz..."*, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2010/10578, K. 2010/12076, 6.7.2010, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>38</sup> Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 220; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 126; Yar. 3. HD, E. 1992/1641, K. 1992/16890, 19.10.1992, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>39</sup> Haklı zilyetten böyle bir istemde bulunulması ise zaten mümkün değildir. Nitekim bkz. Yar. 1. HD, E. 2014/9768, K. 2014/13742, 8.9.2014 *"muris A. Y. davadan hemen önce 10.06.2011 tarihinde ölmesine karşın, geriye doğru gidilerek murisin sağ olduğu dönemi de kapsayacak şekilde beş yıl süre için belirlenen ecrimisilin hüküm altına alınmış olması da isabetsizdir..."*, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

sorumluluğudur.<sup>40</sup> İkinci görüşe göre ise, dayanak sebepsiz zenginleşmedir.<sup>41</sup> Üçüncü görüşe göre ise, bizzat kullanma, elde edilen ürün tazminatına dâhildir.<sup>42</sup> Dördüncü görüşe göre, burada bir hukuk boşluğu vardır ve bu haksız fiildeki zamanaşımı (TBK m. 72) ile doldurulmalıdır.<sup>43</sup> Ancak beşinci görüşe göre hukuk boşluğu on yıllık genel zamanaşımının uygulanmasını gerektirir.<sup>44</sup>

Ecrimisile ilişkin 9.12.1931 tarihli ilk İçtihadı Birleştirme Kararı'nda<sup>45</sup> haksız fiil görüşü ile iki ve on yıllık süre (TBK m. 72) reddedilmiştir; bunun sonucu on yıllık genel zamanaşımının uygulanmasıdır. Hâlbuki, 25.5.1938 tarihli İçtihadı Birleştirme

<sup>40</sup> Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, 10. Baskı (İzmir: Barış Yayınları, 2012), 80; Y. Ümit Doğanay, *Adi Şirket Akdi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968), 493. Bunun haksız fiil benzeri olduğuna yönelik görüş için bkz. Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, 3. Baskı (İstanbul: Der Yayınları, 2013), 32-33.

<sup>41</sup> Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Türk Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), 298-299; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), N. 751.

<sup>42</sup> İlhan Kutay, "Çözümlememiş Bir Sorun, Haksız İşgal Tazminatı – Ecrimisil," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 5 (1976), 868. Elde edilen ürün kapsamında olduğu hakkında bkz. Sefa Reisoğlu, *Türk Eşya Hukuku, Zilyetlik Tapu Sicili – Kadastro*, 7. Baskı (Ankara: Sevinç Matbaası, 1984), 106; Sefa Reisoğlu, "İade Halinde Hüsnüniyetli ve Suiniyetli Zilyetlerin Sorumluluğu", *Adalet Dergisi*, 56, no. 1 (1965): 61-62. Genişletici bir yorumla aynı sonuca varılabileceği hakkında bkz. Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978), 162; Aydın Aybay ve Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 3. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), § 9 N. 10.

<sup>43</sup> Sirmen, *Eşya Hukuku*, 110. Burada örtülü boşluk söz konusu olduğuna yönelik bkz. Osman Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Eşya Hukuku, C. IV/1*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), N. 2018.

<sup>44</sup> Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 223-224. Hatta, yazarlara göre on yıllık genel zamanaşımı elde edilen ve elde edilmesi ihmal eylenen bütün ürünleri kapsamaktadır.

<sup>45</sup> Yar. İBK, E. 1931/23, K. 1931/44, 9.12.1931, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).



Kararı<sup>46</sup> gereğince tıpkı kira bedeli (TBK m. 147, b. 1) gibi ecrimisilin de beş yıllık zamanaşımına tâbi olduğu kabul edilmiştir. 8.3.1950 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre<sup>47</sup> ise, kötüniyetli haksız zilyetliğin (fuzuli işgalin) kiraya benzetilemeyeceği, haksız fiil niteliğinde olduğu, dolayısıyla ancak bir zarar varsa tazminat istenebileceği kabul edilmiştir. Söz konusu kararda zamanaşımı konusuna ise değinilmemiştir. Nitekim, uygulamada hâlen bir önceki İçtihadı Birleştirme Kararı'nda benimsenen beş yıllık zamanaşımı esas alınmaktadır.<sup>48</sup> Bu yerleşik uygulama oldukça çelişkilidir. Bunun yerine, diğer zarar kalemlerinde olduğu üzere ecrimisil davasına da haksız fiile ilişkin iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanması her anlamda tutarlılığı sağlar.<sup>49</sup>

Doktrindeki bir görüşe göre, bizzat kullanarak yararlanmanın tazmin edilebilmesi için eşyanın kiraya elverişli olması gerekir. Aksi takdirde ise, kötüniyetli zilyetten hiçbir tazminat istenemez.<sup>50</sup> Katıldığımız görüşe göre ise, bizzat kullanılmış bir eşya için kötüniyetli zilyetten tazminat istenmesi için ürüne elverişlilik aranmamalıdır.<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> Yar. İBK, E. 1937/29, K. 1938/10, 25.5.1938, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>47</sup> Yar. İBK, E. 1949/22, K. 1950/4, 8.3.1950, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>48</sup> Yar. HGK, E. 2014/5-39, K. 2015/1718, 19.6.2015, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>49</sup> Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, 10. Baskı (Ankara: Savaş Yayıncılık, 2018), 265 ff.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Eşya Hukuku*, 238-239; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* N. 583, 587.

<sup>50</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 585. Benzer görüş için bkz. Akipek, Akıntürk ve Ateş, *Eşya Hukuku*, 220-221.

<sup>51</sup> Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 161. Bu kapsamdaki başka bir görüşe göre ise, ecrimisil ürün değil, haksız zilyetten kullanma karşılığı istenen bir yaptırımdır. Ece Baş Süzel, *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme – Menfaat Devri Yaptırımı-* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 259.

Yargıtay'ın bir kararına konu olayda, davacı, maliki olduğu konutu kullanmaları için dava dışı oğlu ile davalı gelinine tahsis etmiştir. Ancak, daha sonra davacının oğlu ile davalı ayrı yaşamaya, konutu da tek başına gelini kullanmaya başlamıştır. Bunun üzerine, davacı bir ihtarnameyle taşınmazdan el çekilmesini ve ecrimisil istediğini bildirmiştir. İşte, bu karara göre, *“hal böyle olunca yerinde uzman bilirkişi marifiyetiyle keşif yapılarak ihtarnamenin tebliğ edildiği tarihe yedi gün eklenmesiyle tespit edilecek tarihten anahtarın teslim edildiği tarihe kadar olan dönem için belirlenecek ecrimisilin hüküm altına alınması gerekir”*.<sup>52</sup>

Bununla beraber, Yüksek Mahkeme'ye göre bazı haller ecrimisil istemine engeldir. Nitekim, başka bir kararda, *“ne var ki taşınmazın kullanma biçimi tüm paydaşlar arasında varılan bir anlaşma ile belirlenmiş ya da fiilî bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre paydaşlar bu durumu benimsemişler ise kayıta paylı, eylemsel olarak (fiilen) bağımsız bu oluşumun tapuda yapılacak resmî taksime veya şûyuun satış suretiyle giderilmesine yahut o yerde bir imar uygulaması yapılmasına kadar korunması, “ahde vefa” kuralının yanında TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen iyi niyet kuralının da bir gereğidir. O halde payına karşılık taşınmazda çekişmesiz kullandığı yer bulunan paydaşın açacağı ecrimisil davasının dinlenilme olanağı yoktur...”* diye bunlardan söz edilmektedir.<sup>53</sup>

Diğer taraftan, ecrimisille birlikte faiz istenmesi de mümkündür. Yargıtay'a göre, davacı her dönem için tahakkuk etmiş olan ecrimisil alacağının dönem sonlarından itibaren kademeli kanunî faiziyle birlikte tazminini isteyebilir.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Yar. HGK, E. 2017/1-1205, K. 2018/1947, 18.12.2018, (Mehmet Kürtül, 2017-2020 Yılları Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları ve İçtihadı Birleştirme Kararları C. I, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020), 311-312).

<sup>53</sup> Yar. HGK, E. 2017/1235, K. 2018/1386, 2.10.2018, (Kürtül, I, 318).

<sup>54</sup> Yar. HGK, E. 2017/3-1053, K. 2019/1236, 28.11.2019 *“ecrimisil alacağı haksız eylemden doğduğundan, davacı her dönem için tahakkuk etmiş olan ecrimisil*

#### IV. USULÜ

Uygulamada intifadan men şartının yerine getirilmiş olması bakımından malikin eşyadan veya gelirinden yararlanmaya yönelik istemini davalıya yöneltmiş olması aranmaktadır. Nitekim, Yargıtay'a göre, intifadan men koşulunun gerçekleşmesi de, ecrimisil istenen süreden önce veya süre içinde davacı paydaşın davaya konu taşınmazdan ya da gelirinden yararlanma isteğini davalı paydaşa bildirmiş olmasına bağlıdır.<sup>55</sup>

---

*alacağıın dönem sonlarından itibaren kademeli yasal faiziyle birlikte tahsilini talep edebilir. Ancak mahkemece bu şekilde kademeli faize karar verilebilmesi için bu hususta davacının talepte bulunması gerektiği açıktır. Öte yandan, davacı vekilince kısmi dava şeklinde açılan davada belirtilen alacağına dava tarihinden itibaren yasal faize hükmedilmesi talep edilmiş olup ıslah dilekçesinde ise ıslah edilen miktar bakımından yasal faizin hangi tarihten itibaren hükmedileceği belirtilmemiştir. Bu durumda talep gibi dava dilekçesinde talep edilen miktara dava tarihinden itibaren, ıslah ile arttırılan miktara ise ıslah tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesi gerekir...”, (Kürtül, I, 571-572); Yar. 3. HD, E. 2009/1172, K. 2009/5591, 31.3.2009, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).*

<sup>55</sup> Yar. 8. HD, E. 2018/5550, K. 2020/5200, 21.9.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2004/1585, K. 2004/1770, 8.3.2004 “İhtarnamenin davalıya tebliği tarihinden itibaren intifadan men şartının gerçekleşmiş olduğu gözetilmeden, murisin (babanın) ölüm tarihinden itibaren ecrimisil hesabı yapılması doğru görülmemiştir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 15. HD, E. 2005/5448, K. 2005/5451, 14.10.2005 “tapu iptal ve tescil kararının kesinleştiği tarihten dava tarihine kadar geçen süre için ecrimisile hükmedilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 6794, K. 7150, 24.06.2004, (Yavuz, Ecrimisil, 454); Yar. 8. HD, E. 2018/6919, K. 2020/6866, 5.11.2020 “davacının taşınmazdaki payına yönelik kullanım iradesini ve davalıların bu pay kadar olan kısmı kullanmamalarına yönelik intifadan men iradesini davalılara yansıtmadığı bu nedenle taşınmazda tarafların paylı malik olmaları ve davacının, davalı tarafı ecrimisil talep ettiği süreden önce intifadan men etmemiş olması nedeniyle ecrimisil talebi yönünden davanın reddi gerekir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2012/21517, K. 2012/26013, 18.12.2012 “İntifadan men koşulunun oluşması, bir tarafın diğer tarafa kullanma ile ilgili muvafakatinin bulunmadığının iletilmesi ile gerçekleşir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Görüldüğü üzere, intifadan men şartının usulü, kendisinden ecrimisil istenen malike yönelik bir bildirimde bulunulmasıdır. Bu da genellikle ihtarname gönderilerek gerçekleştirilir. Ancak, yararlanma isteminin iletilmesi belli bir geçerlilik şekline tâbi değildir.<sup>56</sup> Nitekim, Yargıtay'a göre, zilyetliğin korunmasına yönelik idareye yapılan başvurudan davalının haberdar olduğu tarih itibarıyla intifadan men şartı gerçekleşmiş sayılır.<sup>57</sup> İspat şeklinin olup olmadığı hususu ise aşağıda ayrıca açıklanmıştır.

İntifadan men şartının yerine getirilmiş olması için bildirim yeterlidir. Bunun için kuvvet kullanmaya veya taşınmazın bir kısmı üzerinde hâkimiyeti ele geçirmeye ya da fiilen davalıyı men etmeye gerek yoktur.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Yar. 3. HD, E. 2007/991, K. 2007/1294, 6.2.2007, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2004/11593, K. 2004/11931, 1.11.2004, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2007/5071, K. 2007/5673, 10.4.2007, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2005/5289, K. 2005/5892, 26.5.2005 "ihtarnameden önce kullanım iradesi engellenmiş ise bu tarih, aksi halde ihtarnamenin tebliğ tarihi olan (24.3.2003) esas alınmak suretiyle hüküm kurulması gerekir...", (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2012/10492, K. 2012/15586, 19.6.2012 "Davacının 02/12/2008 tarihinde davalıların murisi İsmail aleyhine delil tespiti istediği ve ecrimisil hesabına ilişkin bilirkişi raporunun adı geçene 05/02/2009 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. Tespit raporunun tebliği üzerine intifadan men koşulu gerçekleşmiş sayılacağından işin esası incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir...", (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2012/23288, K. 2013/85, 14.1.2013 "Somut olayda davalı; davacıya iadeli taahhütlü mektup göndererek; ecrimisil talebinde bulunmuş, tebligat davacının kızına tebliğ edilmiştir. Davalının, davacıya gönderdiği ecrimisil istemli bu mektupla intifadan men koşulu yerine gelmiştir...", (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>57</sup> Yar. 8. HD, E. 2020/4640, K. 2021/848, 3.2.2021 "Somut olayda davalı-karşı davacı ... tarafından 3091 Sayılı Kanun uyarınca ... Kaymakamlığına başvuruda bulunulduğu anlaşılmıştır. Davalı-karşı davacının bu başvurusundan asıl dosyada davacı ...'un haberdar olduğu tarih itibarıyla intifadan men şartının gerçekleştiğinin kabulü gerekir...", (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>58</sup> Yar. 3. HD, E. 323, K. 467, 7.2.1984 "Taşınmaz malın tamamını elinde bulunduran paydaşa karşı diğer paydaşların zor kullanmaları ve taşınmaz malın

İntifadan men şartı, eşlerden birinin diğer eşle birlikte paydaşı oldukları aile konutu niteliğindeki taşınmazdan kovulması şeklinde de gerçekleşebilir. Bu durumda, ecrimisil daha sonraki bir tarihte açılan boşanma davasının kesinleşme tarihinden değil, davacının söz konusu evden yararlanmasının engellendiği tarihten itibaren istenebilir.<sup>59</sup>

Bununla birlikte, davacının da taşınmaz üzerinde kullandığı kısım bulunması mümkündür. Bu takdirde, intifadan men şartının oluştuğundan söz edilemez.<sup>60</sup>

---

*bir bölümünü işgal etmeleri gerekmez. Taşınmaz malın tamamını kullanan paydaş kendi paylarını talep eden paydaşlara talep gününden başlayarak hisselerine düşeni vermek veya hisse karşılığı yeri onların kullanmalarına hazır etmek zorundadır...”, (Nihat Yavuz, “Paydaşlar Arasındaki Haksız İşgal Tazminatı (Ecrimisil) Davasında Yararlanmadan Alıkoyma (İntifadan Men) Sorunu,” Yargıtay Dergisi, 15, no. 1-4 (1989), 731-732; Yar. 3. HD, E. 2002/473, K. 2002/1145, 5.2.2002 “Bir taşınmazın paydaşları arasında intifadan men koşulunun gerçekleşmesi için, talepte bulunan paydaşın taşınmazdan yararlanma isteğini karşı tarafa ilemiş olmasına rağmen, karşı tarafın taşınmazdaki payını aşan oranda taşınmaz üzerinde tasarrufa devam etmesi yeterli olup, fiilen men edilme eyleminin varlığının subutu gerekmez...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).*

<sup>59</sup> Yar. 3. HD, E. 1992/1641, K. 1992/16890, 19.10.1992 “Davacı paydaşın bu evden davalı tarafından (boşanma davasından çok önce) kovulmak suretiyle intifadan men koşulu gerçekleşmiştir. O halde davacının bu evden yararlanmasına mani bulunduğu tarihten itibaren ecrimisilin hesabı yapılması gerekirken (geriye doğru beş yıllık zamanaşımı göz önünde tutularak) tarafların boşanma davasının kesinleşme tarihi esas alınmasında isabet görülmemiştir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>60</sup> Yar. 1. HD, E. 2014/19857, K. 2015/5641, 16.4.2015, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2004/10046, K. 2004/10479, 4.10.2004 “tarafların çekişmeli 3956 sayılı taşınmazda paydaş buldukları, taraflar arasında fiili kullanma biçiminin oluşmadığı ayrıca davacının da taşınmazda kullanmakta olduğu yer bulunduğu başka bir deyişle intifadan (kullanılmaktan) men edilmediği anlaşılmaktadır...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2016/6120, K. 2017/225, 16.1.2017, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/6208, K. 2018/16930, 8.10.2018, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2015/9995, K. 2015/11555, 8.10.2015 “davacının kayyum tayin edildiği paydaşlar adına tasarruf ettiği veya edebileceği bölüm

## V. İSPATI

İntifadan men şartının sağlandığı hususu ecrimisil isteyen kimse tarafından ispatlanmalıdır.<sup>61</sup> Bu şart uygulamada sıklıkla noter aracılığıyla ihtarname gönderilerek yerine getirilir. Ancak, Yargıtay'a göre, ispat biçimi yalnızca ihtarnameye bağlı değildir.<sup>62</sup> İntifadan men şartının gerçekleştiği iddiası, tanık dâhil her türlü delille ispatlanabilir.<sup>63</sup>

*bulunup bulunmadığının belirlenmesi, kullandığı veya kullanabileceği bölümün bulunmadığının belirlenmesi halinde, kayımla idare edilen yerler için intifadan men şartına gerek olmadığı da gözetilerek...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2005/4106, K. 2005/4713, 28.4.2005, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/12751, K. 2021/961, 8.2.2021, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2003/6067, K. 2003/6723, 4.6.2003, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).*

<sup>61</sup> Yar. HGK, E. 1995/3-736, K. 1995/1020, 22.11.1995, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2005/921, K. 2005/1378, 15.2.2005, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2017/3287, K. 2017/4726, 27.9.2017 “Somut olaya gelince; davacılar dava dilekçelerinde, taşınmazların 1984 yılından beri davalı tarafından kullanıldığını ileri sürerek eldeki davayı 2012 yılında açmış olup intifadan men olgusunun gerçekleştiği davacı tarafca kanıtlanmış değildir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2019/2405, K. 2021/2311, 15.3.2021 “Bir başka ifade ile dava konusu taşınmazın davalının kullanımında olduğunu, intifadan men koşulunun gerçekleştiği ve davacının payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yerin bulunmadığı hususlarının ispat külfeti davacı tarafa aittir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>62</sup> Yar. 3. HD, E. 1992/17405, K. 1993/771, 26.1.1993, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>63</sup> Yar. 3. HD, E. 2011/8347, K. 2011/15974, 20.10.2011 “İntifadan men koşulu tanık dâhil her türlü delille ispatlanabilir. Dinlenen davacı tanıkları satın aldığı 2006 tarihinden itibaren davacının davalıdan kiralarnı istediğini bildirmişlerdir. Bu durumda intifadan men koşulunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/4290, K. 2019/10548, 26.11.2019 “intifadan men koşulunun gerçekleştiği iddiası, her türlü delille kanıtlanabilecektir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2003/9467, K. 2003/10136, 15.9.2003 “Somut olayımızda; davacı tarafından davalıya çekilmiş bir ihtarname bulunmamaktadır. Davacının, intifadan men

İntifadan men şartının ispatı konusunda ilk olarak kesin deliller göz önünde bulundurulmalıdır. Bunlar, ikrar (HMK. m. 188), kesin hüküm (HMK. m. 303), senet (HMK. m. 199 vd.) ve yemindir (HMK. m. 225 vd.).<sup>64</sup> Nitekim, intifadan men için gönderilen ihtarname bu kapsamdadır. Hâkim kesin delillerle bağlıdır. Diğer taraftan, gönderilen ihtarnameye rağmen ecrimisilin şartlarının aslında oluşup oluşmadığı hususu ise ayrıca değerlendirilir.

---

*koşulunun gerçekleştiği iddiasını ispat bakımından dinlettiği tanık beyanlarından ise; intifadan men'in gerçekleştiği hususu anlaşılammaktadır. Mahkemece yapılacak iş; dava dilekçesinde yemin deliline de dayanıldığı dikkate alınarak, davacı tarafa yemin teklif etme hakkı olduğunu hatırlatmak, sonucu dairesinde hüküm kurmaktan ibaret olmalıdır...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2012/5937, K. 2012/10679, 19.4.2012, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2012/22165, K. 2013/4570, 18.3.2013, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 6794, K. 7150, 24.06.2004, (Yavuz, Ecrimisil, 454-455); Yar. 8. HD, E. 2018/5922, K. 2020/695, 9.11.2020 “davacının dava konusu taşınmazı 2012 yılında kullanmadığı ziraat bilirkişisi raporundan anlaşılmıştır. Her ne kadar mahkemece 2010-2011 yıllarında ÇKS kayıtlarına göre dava konusu taşınmazın davacının kullanımında olduğu gerekçesi ile 2010 ve 2011 yılı için ecrimisil isteminin reddine karar verilmiş ise de ÇKS kayıtları her ne kadar resmi niteliği olsa da beyana göre düzenlenen kayıtlar olması nedeniyle aksi ispat edilebilecek kayıtlardan olup, davalı cevap dilekçesinde dava konusu taşınmazı 2011 yılı ürünü aldıktan sonra davacının hissesini kullanmadığını beyan ettiğinden ÇKS kayıtlarının aksi, davalı beyanı ile ispatlanmıştır...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2014/13422, K. 2014/17204, 10.11.2014, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).*

<sup>64</sup> Yar. HGK, E. 2002/3-131, K. 2002/114, 27.2.2002 “Somut olayda, davacılar iddialarını sadece ihtarnameye dayandırmamışlar “her türlü kanuni delil” deyimini ile zimnen yemin delilini de ileri sürmüşlerdir. Bu nedenle mahkemece, yemin hakkının hatırlatılması gerekir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2010/9599, K. 2010/12216, 6.7.2010, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Takdirî deliller ise, tanık (HMK. m. 240 vd.),<sup>65</sup> bilirkişi (HMK. m. 266 vd.),<sup>66</sup> keşif (HMK. m. 288 vd.), uzman görüşü ile kanunda düzenlenmeyen diğer delillerdir (HMK. m. 192). Kesin delillerin aksine, hâkim takdiri delilleri serbestçe takdir eder.<sup>67</sup> Meselâ, paydaş eşin, diğeri tarafından konuttan kovulduğu iddiası tanıkla ispatlanabilir.

O halde, yerleşik uygulama gereğince, öncelikle tarafların gösterdikleri her türlü delil toplanıp incelenerek, intifadan men şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin, şayet gerçekleşmişse bunun başlangıcının belirlenmesi gerekir. Daha sonra da haksız işgal süresi ve hak edilen ecrimisil miktarının tespiti gibi diğer hususlar usulünce değerlendirilmelidir.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> Yar. 3. HD, E. 2005/10499, K. 2005/12874, 29.11.2005 “Somut olayda; taşınmazın davalı tarafından kiraya verildiği hususu kanıtlanamamıştır. Davacı tanıklarının intifadan men’e ilişkin beyanları da davacıdan duyduklarına dairdir. O halde, mahkemece yapılacak iş; davacı tarafa iddiasını ispat bakımından yemin teklif etme hakkı hatırlatılıp, oluşacak sonuç dairesinde hüküm kurmak olmalıdır...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2011/8347, K. 2011/15974, 20.10.2011 “Dinlenen davacı tanıkları satın aldığı 2006 tarihinden itibaren davacının davalıdan kiralarnı istediğini bildirmişlerdir. Bu durumda intifadan men koşulunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>66</sup> Yar. 3. HD, E. 1994/4528, K. 1994/5891, 11.4.1994 “ecrimisil tayini konusunda uzmanlığı belli olmayan polis memurundan alınan bilirkişi raporunun hükme dayanak yapılması usul ve yasaya aykırıdır...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>67</sup> Yar. 8. HD, E. 2018/5940, K. 2020/7048, 11.11.2020 “tek tek dava konusu taşınmazlar başında keşif yapılarak taraf tanıkları ve mahal bilirkişiler dinlenmek suretiyle intifadan men, taşınmazların hangi tarihte işgal edildiği, karşılıklı talep edilen zararların hangi tarihte ve ne şekilde oluştuğu, kesin olarak belirlendikten sonra her iki dava hakkında olumlu veya olumsuz karar verilmesi gerekir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>68</sup> Yar. 3. HD, E. 1992/17405, K. 1993/771, 26.1.1993, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).



## VI. İNTİFADAN MEN ŞARTININ ARANMADIĞI HALLER

Maliklerin birbirinden ecrimisil istemesi için ilke olarak intifadan men şartının varlığı aranır. Ancak, uygulamada bunun bazı istisnaları kabul edilmektedir. Gerçekten de, Yargıtay'a göre, bu kuralın bazı istisnaları vardır. Yüksek Mahkeme'ye göre bunlar; ecrimisil istenen taşınmazın (bağ, bahçe gibi) doğal ürün veren ya da kiraya verilerek hukukî ürün elde edilen yerlerden olması, paylı taşınmazı işgal eden paydaşın bu taşınmazın tamamında hak iddia etmesi ve diğerlerinin paydaşlığını inkâr etmesi, paydaşlar arasında yapılan kullanım anlaşması sonucu her paydaşın yararlanacağı ortak taşınmaz veya bölümlerinin belli bulunması, davacı paydaş tarafından davalı paydaş aleyhine daha evvel bu taşınmaza ilişkin elatmanın önlenmesi, ortaklığın giderilmesi, ecrimisil ve benzeri davalar açılması halleridir.<sup>69</sup>

Ayrıca, intifadan men şartının aranıp aranmayacağı hususu dava konusu her bir eşya bakımından ayrı ayrı

---

<sup>69</sup> Yar. 3. HD, E. 6794, K. 7150, 24.06.2004, (Yavuz, *Ecrimisil*, 454-455); Yar. 1. HD, E. 2014/7383, K. 2014/10676, 29.5.2014, (Kazancı *İçtihat ve Bilgi Bankası*).

değerlendirilmelidir.<sup>70</sup> Hatta, gerekirse her bir davalının durumu da münferiden incelenmelidir.<sup>71</sup>

Diğer taraftan, intifadan men şartının aranmadığı hallerde de yerleşik uygulama gereğince zamanaşımı süresinin varlığı göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre, ecrimisil istemi bakımından beş yıllık zamanaşımı süresi söz konusudur.<sup>72</sup>

İntifadan men şartının aranmadığı münferit hallerde geçmeden önce bir husus daha ortaya konulmalıdır. Şöyle ki intifadan men şartının kendisi gibi, bunun aranmadığı haller de tamamen Yargıtay'ın yerleşik uygulamasının bir sonucudur. Ama, bunların da herhangi bir açık kanunî dayanağı bulunmamaktadır. Kanaatimizce, intifadan men şartının aranması diye bir kural açıkça mevzuatta yer almadığına göre, bunun istisnalarından zaten söz edilemez.

### **A. Taşınmazın Kendisinden Ürün Elde Edilen Bir Eşya Olması Halinde**

Ecrimisil için intifadan men şartının aranmadığı ilk hal, taşınmazın bağ, bahçe gibi kendiliğinden doğal ürün veren veya

<sup>70</sup> Yar. 8. HD, E. 2018/4438, K. 2020/188, 15.1.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/4275, K. 2019/10618, 27.11.2019, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2013/8146, K. 2013/13382, 25.9.2013 *"tarafklar arasında görölmekte olan B... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/.. esas sayılı benzer nitelikte dava dosyası bulunmakta ise de; çekışmeli taşınmaza yönelik açılmış bir dava olmadığı ve davalıya yapılmış bir ihtarın varlığının da kanıtlanmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davalının muvafakate dayalı olarak taşınmazı kullandığı, dava açılmakla muvafakatin geri alındığı dikkate alınarak, dava tarihine kadar kullanımın haksızlığından söz edilemeyeceği kuşkusuzdur..."*, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2012/17820, K. 2012/23208, 12.11.2012, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>71</sup> Yar. 3. HD, E. 2012/22505, K. 2013/1062, 24.1.2013, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>72</sup> Yar. İBK, E. 1937/29, K. 1938/10, 25.5.1938, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

işyeri, konut gibi kiraya verilerek hukukî ürün elde edilen bir yer olmasıdır.<sup>73</sup>

Öyleyse, ilk olarak taşınmazın bağ, bahçe gibi kendiliğinden meyve, sebze gibi doğal ürün veren bir durumda olması bu kapsamdadır.<sup>74</sup> Meselâ, elma bahçesi,<sup>75</sup> zeytinlik,<sup>76</sup> fıstıklık,<sup>77</sup> kivi

---

<sup>73</sup> Yar. 3. HD, E. 1992/17672, K. 1993/48, 18.1.1993 “bu taşınmazlar üzerinde taraflarca yaptırılmış, davalı tarafından ticari amaçla kullanılan ve kısmen de kiraya verilerek gelir elde edilen dükkân ve atölye gibi binaların da bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu şekilde hukuksal semere getiren ticari amaçlı ortak yerler için ise intifadan men koşulu aranmaz...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>74</sup> Yar. HGK, E. 2002/3-131, K. 2002/114, 27.2.2002 “bağ, bahçe gibi doğal ürün veren veya başkalarına kiralanmak suretiyle hukuksal semere elde edilen taşınmazlarda intifadan men koşulu aranmamakta olup, tapu kayıtlarında bazı taşınmazlar bağ, bahçeli kerpiç ev olarak belirtildiğine göre bu hususlar da keşif yolu ile tespit edilip hasil olacak sonuç dairesinde bir karar oluşturulması gerekir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2005/188, K. 2005/437, 31.1.2005 “ancak, tabii ürün veren (meyve veren ağaçlar) taşınmazlar hakkında intifadan men’in gerçekleşmesi lüzumu aranmaz...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>75</sup> Yar. 1. HD, E. 2015/3030, K. 2016/5021, 25.4.2016, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/8256, K. 2019/6620, 27.6.2019 “her ne kadar taşınmaz tarla nitelikli olsa da ziraat bilirkişisi raporuna göre fiilen kapama elma bahçesidir, bu bahisle yukarıda ifade edilen intifadan men hususundaki istisnalar kapsamında bulunmakta olup...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>76</sup> Yar. 3. HD, E. 2005/9106, K. 2005/11130, 7.11.2005, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>77</sup> Yar. 8. HD, E. 2018/12067, K. 2020/2010, 2.3.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

bahçesi,<sup>78</sup> çaylık,<sup>79</sup> incir<sup>80</sup> ve fındık bahçesi<sup>81</sup> böyledir. Ama, tarla niteliğindeki taşınmaz bakımından intifadan men şarttır.<sup>82</sup> Ayrıca, burada değerlendirme yapılırken taşınmazın tapu

<sup>78</sup> Yar. 8. HD, E. 2021/721, K. 2021/1868, 3.3.2021, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/5550, K. 2020/5200, 21.9.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>79</sup> Yar. 3. HD, E. 2012/12653, K. 2012/18354, 10.9.2012, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/8136, K. 2021/97, 14.1.2021 “*dava konusu taşınmazların öncesinde muris tarafından tarla olarak kullanıldığı ve davalılarca işgalden sonra çaylık haline getirildiği, bu sebeple davacı paydaşların ecrimisil isteminde bulunabilmesi için intifadan men koşulunu sağlaması gerektiği...*”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>80</sup> Yar. 3. HD, E. 1990/2609, K. 1990/9339, 19.11.1990 “*taşınmazlardaki incir ağaçlarının (yalnızca davalı paydaşlarca dikilip yetiştirilmesi durumu müstesna olmak üzere) ortak muris tarafından ya da taraflarca müştereken dikilip yetiştirildiği belirlenirse, intifadan men koşulu aranmayacağından...*”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>81</sup> Yar. 1. HD, E. 2014/20155, K. 2017/1418, 23.3.2017, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2004/9712, K. 2004/9603, 23.9.2004, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>82</sup> Yar. 8. HD, E. 2018/15948, K. 2021/2752, 25.3.2021 “*Somut olayda, Mahkemece, davaya konu 31 parsel sayılı tarla niteliğindeki taşınmaz yönünden intifadan men koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmadan işin esasa bakımından karar verilmesi hatalı olmuştur...*”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/12067, K. 2020/2010, 2.3.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/5799, K. 2020/5659, 1.10.2020 “*tarla niteliği ile tapuya kaydedilen taşınmazın öncesinde davalının babası tarafından bağ vasfı ile kullanıldığı, bilahare 1990’lı yıllarda davalı tarafça zeytin ağaçları dikildiği, hali hazırda ise zeytinlik vasfında olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, davalı kullanımında olan taşınmazın öncesinde tarla niteliğinde iken davalı ve babası tarafından doğal ürün veren yer haline getirildiği, taşınmazın başlangıçtaki niteliğine göre intifadan men şartının gerçekleşmediği, dolayısıyla ecrimisil talep edilmesinin mümkün olmadığı kabulü gerekmektedir...*”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2014/4046, K. 2015/3141, 3.3.2015, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2008/19760 K. 2009/1385, 5.2.2009, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

sicilindeki niteliği değil, fiilî durumu göz önünde bulundurulur.<sup>83</sup>

İkinci olarak, taşınmaz işyeri, konut gibi kiraya verilerek hukukî ürün (kira bedeli) elde edilen bir yer niteliğinde ise, bu takdirde de intifadan men şartı aranmaz.<sup>84</sup> Meselâ, petrol istasyonu olarak kiraya verilen taşınmaz bu kapsamdadır.<sup>85</sup> Ama, dava ecrimisilin ödenmesi değil de, sebepsiz zenginleşmenin iadesi için açılırsa, böyle bir durumda intifadan men şartı zaten uygulama alanı bulmaz.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> Yar. 1. HD, E. 2014/6520, K. 2014/12930, 3.7.2014, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>84</sup> Yar. 3. HD, E. 2012/12282, K. 2012/16614, 2.7.2012 “Mahkeme tarafından kiraya verilen daire ile ilgili olarak intifadan men koşulu aranmayacağından; kira ilişkisinin ayrıntılarının ve döneminin araştırılarak, davacının talep tarihi gözönünde bulundurularak, aksinin davalılarca iddia ve ispat edilmemesi durumunda kiraya verilen daireye ilişkin olarak davacı payına göre belirlenecek haksız işgal tazminatına karar verilmesi gerekir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2014/13884, K. 2014/16892, 4.11.2014, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2013/21924, K. 2014/7385, 8.4.2014 “Somut uyuşmazlıkta, taraflar çekişmeli taşınmazlarda elbirliği halinde malik olup davalının dükkanların birinci katında 31.12.2008 tarihine kadar ticari faaliyette bulunarak sonraki yıllarda ise kiraya vermek suretiyle gelir elde ettiği anlaşıldığından intifadan men koşulunun gerçekleşmesine gerek yoktur...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>85</sup> Yar. 8. HD, E. 2018/4950, K. 2020/3864, 23.6.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>86</sup> Yar. 8. HD, E. 2019/4326, K. 2021/2961, 31.3.2021 “davalı tarafından bizzat kullanıldığı tespit edilen bağımsız bölümler dışındaki bağımsız bölümlere ilişkin uyuşmazlık, paydaşlar arasında ecrimisil isteğine ilişkin olmayıp, paydaş malikin, diğer paydaş kiraya verenden, kira bedeli olarak tahsil ettiği bedelin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde tahsili isteğine ilişkindir. Bu nedenle, davacı tarafın bu bağımsız bölümlere yönelik alacak talebinin değerlendirilmesinde intifadan men koşulunun uygulama alanı bulunmamaktadır...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Bunun dışında, ayrıca bkz. Yar. 3. HD, E. 2012/5330, K. 2012/9388, 9.4.2012 “Gerçekten de dosyada mevcut kira sözleşmesi içeriğinden taşınmazın sadece davalı tarafından değil, davacı da dahil tüm paydaşlar tarafından

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, intifadan men şartının aranmaması için eşyanın sadece kiraya elverişli olması yeterli değildir.<sup>87</sup> Nitekim, kimsenin kullanmadığı (boş) bir konut için intifadan men şarttır.<sup>88</sup> Dolayısıyla, eşyanın üçüncü kişilere kiraya verilip ondan fiilen kira bedeli elde edilmiş olması da aranır. Eşyadan ürün elde edildiğini ispat yükü ecrimisil isteminde bulunan davacı tarafa aittir.<sup>89</sup>

Yüksek Mahkeme'ye göre, kiraya verilen kata ilişkin ecrimisil alacağından, davalının taşınmaza yaptığı faydalı ve

---

*kiraya verildiği anlaşılmaktadır. Davacı taraf tüm kiralarmın davalı paydaş tarafından tahsil edildiğini ileri sürerek payı oranında alacak isteminde bulunduğuna göre davanın bu niteliği uyarınca delillerin değerlendirilmesi ve sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekmektedir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).*

<sup>87</sup> Yar. 8. HD, E. 2018/15258, K. 2018/20041, 12.12.2018, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2006/11941, K. 2007/846, 30.1.2007 “Ancak, taşınmazın sadece gelir getirebilecek bir konumda olması, kiraya verilip gelir elde edilmediği müddetçe (davalı paydaşların kendilerinin kullanımında olması durumunda) intifadan men olgusunun gerçekleştiği anlamına gelmez...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2009/2910, K. 2009/5215, 26.3.2009, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>88</sup> Yar. 8. HD, E. 2018/14560, K. 2018/19716, 5.12.2018, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/3628, K. 2019/4229, 17.4.2019, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2005/248, K. 2005/529, 1.2.2005, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>89</sup> Yar. 14. HD, E. 2016/9000, K. 2018/8511, 3.12.2018 “Yar.’ın yerleşmiş içtihatlarına göre, intifadan men şartı istisnai olarak hukuki ve tabii semere veren taşınmazlar yönünden aranmaz. Ancak, bunun için taşınmazın kira getiren bir yer (dükkân) olması yeterli olmayıp kira getiren bu yerin 3. kişilere kiraya verilerek gelir elde edilmiş olması da gerekmektedir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/15161, K. 2018/19950, 10.12.2018, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/5724, K. 2020/5764, 5.10.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2005/3472, K. 2005/4018, 12.4.2005 “dava konusu taşınmazın 4 yıldır kiraya verilerek kullanıldığı anlaşıldığından bu 4 yıl için ecrimisil belirlenmesi gerekir. Talep gibi 5 yıl üzerinden hesaplama yapıp fazla ecrimisile hükmedilmesi doğru görülmemiştir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

zorunlu masraflar düşüldükten sonra belirlenecek bedele hükmedilmesi gerekir.<sup>90</sup> Ama, bu çözüm isabetli değildir. Çünkü, ecrimisil kötünietli haksız zilyetten istenir. İyiniyetli zilyedin (TMK m. 994/I) aksine, kötünietli zilyet zorunlu ve yararlı giderleri değil, sadece hak sahibi için de zorunlu olan giderleri isteyebilir (TMK m. 995/II).

Davalı malikin kiraya elverişli bir eşyayı meselâ mesken niteliğindeki bağımsız bölümü bizzat kullanması halinde ise kural geçerlidir. Başka bir deyişle, eşya davalı maliklerce bizzat kullanılırsa, intifadan men şartının varlığı aranır.<sup>91</sup> Aynı şekilde, davalının dava konusu taşınmazda bizzat ticarî faaliyette bulunması halinde de intifadan men şarttır.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> Yar. 1. HD, , E. 2015/1797, K. 2016/3059, 15.3.2016, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>91</sup> Yar. 8. HD, E. 2018/5049, K. 2020/6418, 20.10.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/5240, K. 2020/5660, 1.10.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 14. HD, E. 2016/9000, K. 2018/8511, 3.12.2018 “*Davalıların bu tip yerleri bizzat kullanmaları durumunda ise intifadan men şartı aranmalı ve bu olgunun gerçekleştiği iddiasının davacı taraftan ispatlanması istenilmelidir...*”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2019/58, K. 2021/2137, 10.3.2021, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2021/1024, K. 2021/1988, 8.3.2021, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/7895, K. 2020/4752, 9.7.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/15258, K. 2018/20041, 12.12.2018, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/15161, K. 2018/19950, 10.12.2018, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2012/5326, K. 2012/9392, 9.4.2012, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/10216, K. 2019/11714, 24.12.2019, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>92</sup> Yar. 3. HD, E. 2004/3252, K. 2004/3166, 5.4.2004 “*Somut olayda kardeş olan ve ortak mobilya ticareti yapan davacı ile davalının 1.4.2001 tarihi itibarıyla ortaklıklarını ayırdıkları ve davaya konu dükkanda davalının ticari faaliyetine devam ettiği olgusu çekişmesizdir. Davalının bizzat ticari faaliyette bulunması intifadan men koşulu için istisna teşkil etmez ise de; davacının noter aracılığıyla çektiği ihtarnamenin 10.12.2001 tarihinde davalıya tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, ihtarın tebliğ tarihi esas alınmak suretiyle ecrimisile hükmedilmesi gerekirken davalının ticari faaliyette bulunmuş olması nedeniyle*

Görüldüğü üzere, yerleşik uygulamaya göre, davalı aynı nitelikteki bir konutu kiraya verirse intifadan men şartı aranmaz; kira ödemekten tasarruf edip bizzat kullanırsa intifadan men şartının sağlanıp sağlanmadığına bakılır. Bu noktada ise, intifadan men şartının arandığı ve aranmadığı haller arasındaki bariz bir çelişkinin bulunduğu söz etmek mümkündür.<sup>93</sup>

Eklenmelidir ki, taşınmazın getirdiği ürün itibarıyla kendiliğinden oluşan ürünler; biçilen ot, toplanan fındık, çay veya mirasbırakan tarafından kurulan işletme ya da başlı başına gelir getiren fabrika gibi işletmeler bakımından da intifadan men

---

*intifadan men koşulu aranmayacağı gerekçe gösterilerek 1.4.2001 tarihinden itibaren ecrimisile hükmedilmesi doğru görülmemiştir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/5518, K. 2020/5312, 23.9.2020 “dava dilekçesinde, davalının taşınmazı 10 yıldır bizzat kunduracı dükkânı olarak işlettiği, halende davalının kendisinin taşınmazı kullandığı belirtmiş, davacı tanıkları da dava konusu taşınmazı davalının, annesinin ölümünden bu yana dükkân olarak kullandığını beyan etmişlerdir. Bu durumda, davalının taşınmazı bizzat kullanması nedeniyle, her ne kadar ecrimisile konu yer dükkân olsa da, intifadan men koşulu gerçekleşmediği sürece diğer paydaşlar ecrimisil talep edemez...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)*

<sup>93</sup> Aksine burada aslında bir çelişkinin bulunmadığı, her iki durumun birbirinden farklı olduğu da diğer bir görüş olarak savunulabilir. Buna göre, paydaşın bizzat kullanmasında intifadan men şartının aranması birlikte mülkiyetin özelliğinden kaynaklanır. Zira birlikte mülkiyette her paydaşın kullanma ve yararlanma hakkı var. Ancak, böyle bir görüşe katılmamaktayız. Zira her malikin sahip olduğu kullanma, yararlanma vb. yetkilerin sınırını hukuk düzeni oluşturur (TMK m. 683/1). Yani, bir malikin diğerlerinin hakları ile bağdaşmayan yararlanması veya kullanması da haksızdır; mülkiyet hakkı böyle bir imkân sunmaz.



şartı aranmaz.<sup>94</sup> Meselâ, matbaa veya imalathane bakımından durum böyledir.<sup>95</sup>

Diğer taraftan, Yüksek Mahkeme'ye göre, ecrimisil hesabı uzmanlık gerektiren bir husustur. Dolayısıyla, taşınmazın niteliğine uygun belirlenen bilirkişi marifetiyle keşif ve inceleme yapılarak, taleple de bağlı kalınarak ecrimisilin miktarı belirlenmelidir.<sup>96</sup>

<sup>94</sup> Yar. 8. HD, E. 2018/15161, K. 2018/19950, 10.12.2018, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2008/1871, K. 2008/3679, 6.3.2008 “Somut olayda, taşınmazlar üzerinde davalı tarafından ticari amaçla kullanılan işyeri bulunduğu anlaşılmaktadır. Muris tarafından kurulan veya fabrika, otel, fırın gibi hasılat getiren ticari amaçlı ortak yerler için ise intifadan men koşulu aranmaz. Dolayısı ile araç yıkama-yağlama yerinin muris tarafından kurulup kurulmadığı somutlaştırılarak, muris tarafından kurulmakla davalı tarafından işletildiğinin anlaşılması halinde intifadan men şartı gerçekleşmiş kabul edilerek, bu işyeri hakkında davanın kısmen kabulü gerekir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>95</sup> Yar. 3. HD, E. 2005/3075, K. 2005/3574, 4.4.2005, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2005/6508, K. 2005/7267, 30.6.2005, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>96</sup> Yar. 1. HD, E. 2013/15905, K. 2014/858, 22.1.2014 “Öte yandan, ecrimisil hesabı uzmanlık gerektiren bir husus olup, taşınmazın niteliğine uygun bilirkişi marifetiyle keşif ve inceleme yapılarak ve taleple bağlı kalınarak haksız işgal tazminatı miktarı belirlenmelidir. Alınan bilirkişi raporu, somut bilgi ve belgeye dayanmalı, tarafların ve hakimin denetimine açık olmalı ve değerlendirmenin gerekçelerinin bilimsel verilere uygun şekilde HMK'nın 266 vd. maddelerine uygun olarak açıklanması gereklidir. Bu nedenle, özellikle tarım arazilerin haksız kullanımı sebebiyle ürün esasına göre talep varsa, bu konudaki resmi veriler getirilmeli, taşınmazın bulunduğu bölgede ekilen tarım ürünlerinin neler olduğu tarım il veya ilçe müdürlüğünden sorulmalı, ekildiği bildirilen ürünlerin ecrimisil talep edilen yıllara göre birim fiyatları ve dekara verim değerleri, hal müdürlüğünden ilgili dönem için birim fiyatlar getirilmeli, bölgede münavebeli ekim yapıp yapılmadığı, taşınmazın nadasa bırakılıp bırakılmadığı tespit edilmelidir. Eğer özellikle arsa ve binalarda kira esasına göre talep varsa, taraflardan emsal kira sözleşmeleri istenmeli, gerekirse benzer nitelikli yerlerin işgal tarihindeki kira paraları araştırılıp, varsa emsal kira sözleşmeleri de getirtilerek resen emsal araştırılmalı, davaya konu taşınmazla emsalin somut karşılaştırılması yapılmalı, üstün veya eksik tarafları belirlenmelidir. İlke olarak, kira

## B. Paylı Taşınmazı Kullanan Paydaşın Bu Taşınmazın Tamamında Hak İddia Etmesi ve Diğerlerinin Paydaşlığını İnkâr Etmesi Halinde

Bu ihtimal de intifadan men şartının istisnası olarak kabul edilmektedir.<sup>97</sup> Nitekim, Yargıtay'a göre, "paylı taşınmazı işgal eden paydaşın bu yerin tamamında hak iddiası ve diğerlerinin paydaşlığını inkar etmesi" intifadan men şartının bir istisnasıdır.<sup>98</sup> Ancak, işgal burada teknik anlamda kullanılmamıştır. Çünkü, işgalden maksat tapuya kayıtlı olup maliki bulunmayan bir taşınmaz üzerinde malik sıfatıyla zilyetlik kurulmasıdır (TMK m. 707). Burada ise, maliklerden birinin birlikte zilyetliği inkâr edip salt kendisini malik sıfatıyla zilyet sayması söz konusudur.

Yüksek Mahkeme'nin kararına konu olan bir olayda davalılar duruşmadaki beyanlarında dava konusu taşınmazda davacının hakkının bulunmadığını belirtmek suretiyle onun dava konusu dairelere ilişkin paydaşlığını inkâr etmişlerdir.

---

geliri üzerinden ecrimisil belirlenmesinde, taşınmazın davaya konu ilk dönemde mevcut haliyle serbest şartlarda getirebileceği kira parası, emsal kira sözleşmeleriyle karşılaştırılarak, taşınmazın büyüklüğü, niteliği ve çevre özellikleri de nazara alınarak yöredeki rayiçe göre belirlenir. Sonraki dönemler için ecrimisil değeri ise ilk dönem için belirlenen miktara üfe artış oranının tamamının yansıtılması suretiyle bulunacak miktardan az olmamak üzere takdir edilmesi gerekmektedir...", (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2013/12928, K. 2013/12535, 16.9.2013, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>97</sup> Yar. 1. HD, E. 2013/16345, K. 2014/1465, 30.1.2014, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>98</sup> Yar. 1. HD, E. 2015/6467, K. 2018/416, 18.1.2018, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2012/7260, K. 2012/10987, 25.4.2012 "Ayrıca, davalının beyanı ve dosya içeriğinden davaya konu taşınmazların anahtarları davalı elinde bulunduğu gibi taşınmazların davalı hakimiyetinde olması sebebiyle davacılar tarafından tasarruf edilemediği de anlaşılmaktadır...", (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Böyle bir durumda, intifadan men şartının gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekir.<sup>99</sup>

### C. Eşyayı Kullanma Konusunda Bir Anlaşmanın Bulunması Halinde

Malikler eşyanın kullanımı konusunda oybirliğiyle her malikin fiilen kullanacağı kısmı belirleyebilirler (TMK m. 689/I).<sup>100</sup> Paylı mülkiyet konusu bir taşınmaza ilişkin kullanma konusundaki böyle bir kararın sonradan paydaş olan veya pay üzerinde aynî hak kazananları bağlaması için, bunların tapu kütüğüne şerh edilmesi gerekir (TMK m. 695/II). Şerhin şartları ise TMK m. 689/II hükmünde sayılmaktadır. Buna göre, taşınmazlarla ilgili yararlanma, kullanma ve yönetime ilişkin anlaşmalar için paydaşlardan birinin başvurusu yeterlidir; ama, imzalarının noterlikçe onaylanması şarttır. Şerh anlaşmasına ise gerek yoktur.<sup>101</sup>

<sup>99</sup> Yar. 3. HD, E. 2010/5162, K. 2010/9208, 24.05.2010, (lexpera).

<sup>100</sup> Yar. 1. HD, E. 2006/7231, K. 2006/9287, 27.9.2006 “*dava tarihine kadar taşınmazın paydaşları arasında davalının kullanımı bakımından bir çekişme olmadığı ve davalının tasarrufunun paydaşların muvafakatine dayandığı sonucuna varılmaktadır. Açıklanan bu olgular karşısında, dava açılmasına kadar davalının diğer paydaşların ve bu arada davacının taşınmazdan yararlanmasını engellediğini; başka bir ifadeyle intifadan men koşulunun gerçekleştiğini söyleyebilme olanağı bulunmadığından, mahkemece ecrimisil isteğinin reddedilmesinde bir isabetsizlik yoktur. Ne var ki, dava açılmakla davacının taşınmazın davalı tarafından kullanılmasına ilişkin muvafakatinin sona erdiği kuşkusuzdur...*” (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2014/1026, K. 2014/8020, 17.4.2014 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2004/12028, K. 2004/13834, 14.12.2004 “*Kural olarak paylı mülkiyette taraflar arasında rızai bir taksim yapılmış ve/veya fiili kullanma biçimi oluşmuş ise, bir paydaş diğer paydaştan ecrimisil talep edemez...*”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>101</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, N. 1255; Nomer ve Ergüne, *Eşya Hukuku*, N. 716.

Elbirliği mülkiyetinde de oybirliğiyle malikler arasında kullanıma ilişkin anlaşma yapılabilir.<sup>102</sup> İşte, kullanıma ilişkin böyle bir anlaşmaya rağmen maliklerden biri buna aykırı şekilde davranırsa, diğer malikler ondan ecrimisil isteyebilirler.<sup>103</sup> Bunun için intifadan men şartı aranmaz. Nitekim, Yargıtay'ın ifadesiyle “*paydaşlar arasında yapılan kullanım anlaşması sonucu her paydaşın yararlanacağı ortak taşınmaz veya bölümlerinin belli bulunması*”<sup>104</sup> halinde intifadan men şartının sağlanmasına gerek yoktur.

Bu itibarla, mahkeme tarafından eşyanın tümü bakımından bütün malikleri kapsayan bir fiilî kullanma biçiminin oluşup oluşmadığının belirlenmesi gerekir.<sup>105</sup> Bu yoksa, ecrimisil

<sup>102</sup> Yar. 1. HD, E. 2013/12288, K. 2013/15083, 4.11.2013 “ *taraflar arasında fiili kullanım biçiminin oluştuğu, davacının taşınmazdaki binanın 2. katındaki daireyi kullandığı, davalının diğer bölümleri kullanmasının kötünüyete dayalı olduğunun söylenemeyeceği bu nedenle ecrimisilden sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı açıktır...*”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>103</sup> Yar. 3. HD, E. 2004/1539, K. 2004/1788, 9.3.2004 “*tüm paydaşların katılımı ile harici bir taksimin yapıp yapılmadığı ve bu taksim anlaşmasının hangi tarihte bozulduğu tespit edilip buna göre ecrimisil başlangıç tarihi saptanmalıdır...*”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2005/2075, K. 2005/2504, 10.3.2005, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>104</sup> Yar. 3. HD, E. 6794, K. 7150, 24.06.2004, (Yavuz, Ecrimisil, 454).

<sup>105</sup> Yar. 1. HD, E. 2004/13051, K. 2004/13356, 6.12.2004 “*Somut olaya gelince; tarafların çekişmeli her iki parselde de kullandıkları yerlerin bulunduğu sabittir. Öte yandan, dava konusu taşınmazlarda taraflar dışında paydaşlarda bulunmasına karşın, tüm paydaşları bağlayan eylemli kullanma biçiminin de oluşmadığı tartışmasızdır. Bu durumda davacı yönünden intifadan men koşulunun gerçekleştiği söylenemez...*”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2007/7147, K. 2007/8766, 20.9.2007 “*Somut olaya gelince; dava konusu taşınmazda davacı ile birlikte tarafların annesinin paydaş oldukları, annelerinin sağlığında paydaşlar arasında belirlenen ve kabul edilen fiili kullanım biçimine göre tasarruf edildiği, davalının da uzun süre kullanılan bölümün etrafını tel çit çekmek suretiyle kullanmaya devam ettiği görülmüştür. Yukarıdaki ilkeler somut olayla birlikte değerlendirildiğinde, davacının payına karşılık gelecek şekilde çekişmesiz kullandığı yer bulunduğu böylece davacı yönünden intifadan men olgusunun*

isteminde bulunan tarafın taşınmazda çekişmesiz olarak kullandığı bir yerin (kısmın) olup olmadığı belirlenmelidir.<sup>106</sup> Böyle bir kullanım biçimi kararlaştırıldığı takdirde ise, paylaşma sözleşmesi yapıncaya veya ortaklığın giderilmesi davası açılıncaya ya da imar uygulaması gerçekleşene kadar bunun korunması gerekir.<sup>107</sup> Diğer taraftan, Yüksek Mahkeme'ye göre, oybirliğiyle böyle bir fiilî kullanım biçimi kararlaştırılmış (taksim sözleşmesi) olsa bile, yararlanmanın engellenmesine (intifadan men şartına) yönelik bir bildirim davasına tebliğiyle birlikte bunun artık ortadan kalktığı kabul edilmelidir.<sup>108</sup>

Ayrıca, Yüksek Mahkeme'ye göre, birden fazla kişinin aynı anda birden fazla parselde birlikte malik olmaları halinde

---

*gerçekleşmediği, basit nitelikte görülen tel çitin de taşınmazın kullanma biçimini değiştirecek nitelikte bulunmadığı sonucuna varılmıştır...*", (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2012/17139, K. 2013/4383, 27.3.2013, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>106</sup> Yar. 1. HD, E. 2013/20298, K. 2014/6200, 24.3.2014. "*Somut olayda; taşınmazın tümü yönünden fiili kullanım biçiminin oluşup oluşmadığının, şayet oluşmamişse davacının taşınmazda çekişmesiz olarak kullandığı bir yer olup olmadığı, davalı tarafın bilirkişi raporuna itiraz dilekçesindeki beyanları da dikkate alınarak belirlenmemiş olması isabetsizdir...*", (lexpera); Yar. 1. HD, E. 2011/6986, K. 2011/7935, 6.7.2011, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>107</sup> Yar. 1. HD, E. 2009/5844, K. 2009/8290, 13.7.2009, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2016/6490, K. 2016/5900, 10.5.2016, (Canan Ruhi ve Cemal Ruhi, *Ecrimisil Davaları (Haksız İşgal Tazminatı)*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 258-259); Yar. 8. HD, E. 2020/2261, K. 2020/5563, 29.9.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>108</sup> Yar. 1. HD, E. 2015/1895, K. 2016/3801, 30.3.2016 "*taşınmazın bizzat davalı Ömer tarafından uzun yıllardır kullanıldığı, davacı paydaşın bu kullanmaya ilk başta ses çıkarmadığı, daha sonra 20.06.2013 tanzim ve 28.06.2013 tebliğ tarihli ihtarname ile davaya konu taşınmazların gelirinden pay istediği, ihtarnamenin tebliğ edildiği tarihte rızanın sona erdiği ve intifadan men koşulunun gerçekleştiği sabittir...*", (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2011/15868, K. 2011/16750, 31.10.2011 "*Öncesinde rızaya dayalı bir kullanımın varlığı kabul edilse bile, ihtar tebliğinden itibaren davacı paydaşın rızasından vazgeçtiğinin kabulü gerekmektedir...*", (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

paydaşların taşınmazların kullanım tarzını parsel bazında belirlemeleri paylı mülkiyet hükümlerine uygun düşmez. Dolayısıyla, dava konusu parseli tek başına davalının kullandığı belirlendiği takdirde davacı yönünden intifadan men şartının oluştuğu kabul edilmelidir.<sup>109</sup> Ancak, bu içtihat da eleştiriye açıktır. Çünkü, paydaşların tamamını kapsayan ve her birine münferit birer taşınmazın özgülenmesine yönelik böyle bir durumda, kendisine isabet eden taşınmazı kullanan malik haksız zilyet olarak değerlendirilemez.

#### **D. Diğer Malikler Aleyhine Önceden Dava Açılması veya İcra Takibi Başlatılması ya da İhtarname Gönderilmesi Halinde**

Dördüncü istisna, davacı malik tarafından davalı malik aleyhine daha önce aynı taşınmaza ilişkin elatmanın önlenmesi,<sup>110</sup> ortaklığın giderilmesi,<sup>111</sup> ecrimisil ve benzeri

<sup>109</sup> Yar. 1. HD, E. 2007/10952, K. 2008/156, 14.1.2008 “O halde, her paydaşın taşınmazda payına karşılık mülkiyetten kaynaklanan hakkının bulunduğu tartışmasıdır. Buna göre paydaşların parsel bazında taşınmazı kullanım tarzını belirlemeleri, TMK’da öngörülen paylı mülkiyet hükümlerine uygun düşmediği söylenemez. Mahkemece yapılan soruşturma neticesinde çekişme konusu 279 parseli müstakilen davalının kullandığı belirlendiğine göre, davacı yönünden intifadan men koşulunun oluştuğu kabul edilmelidir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2007/8027, K. 2007/10201, 30.10.2007, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>110</sup> Yar. 1. HD, E. 2016/4298, K. 2016/5759, 9.5.2016 “davacıların, davalıların murisi ... aleyhine davaya konu taşınmazlarla ilgili elatmanın önlenmesi davası açtıkları, muris ...’nin 12.05.2003 tarihinde ölümüyle davalıların çekişme konusu taşınmazlarda paydaş oldukları, davalıların murislerinin mirasçısı sıfatıyla taşınmazları kullandıkları bu sebeple intifadan men koşulunun davalılar yönünden de gerçekleştiğinin kabulü gerekir...”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>111</sup> Yar. 3. HD, E. 2005/9300, K. 2005/9884, 11.10.2005 “Somut olayda, davacılar tarafından, davalılar aleyhine 24.9.2003 tarihinde izale-i şüyu davası açıldığı 11.10.2004 tarihinde açılan bu dava ile de davalılardan ecrimisil talep edildiği anlaşılmaktadır. Öyle ise mahkemece, intifadan men koşulunun gerçekleştiği kabul

davalar açılmasıdır<sup>112</sup>. Çünkü, söz konusu davalar sayesinde davacının birlikte mülkiyet konusu eşyadan yararlanma isteğini diğer maliklere bildirdiği kabul edilir.<sup>113</sup>

Böyle bir durumda, Yargıtay'a göre, önceden açılan söz konusu dava kapsamında dava dilekçesinin davalılara tebliğ edildiği tarihten itibaren onlar intifadan men edilmiş kabul edilir. Ayrıca bir bildirim gerekmeksizin, söz konusu tebliğ tarihinden ecrimisile yönelik dava tarihine kadar tazminat

---

*edilerek izale-i şüyu dava tarihinden itibaren ecrimisile karar verilmesi gerekir..."*, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2012/12282, K. 2012/16614, 2.7.2012 "Somut olayda; davacının aynı taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açtığı anlaşıldığından, o davadaki dava dilekçesinin davalılara tebliği tarihi olan 19.07.2010 tarihinde intifadan men koşulunun gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir...", (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2004/9503, K. 2004/9389, 20.9.2004 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2014/14878, K. 2016/2700, 7.3.2016, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2012/12099, K. 2012/16779, 4.7.2012, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2011/7098, K. 2011/11296, 29.6.2011, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2014/4068, K. 2014/8891, , 29.4.2014, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>112</sup> Yar. 3. HD, E. 2010/22698, K. 2011/478, 20.1.2011, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 6794, K. 7150, 24.06.2004, (Yavuz, *Ecrimisil*, 454-455).

<sup>113</sup> Yar. 3. HD, E. 2015/792, K. 2015/2548, 19.2.2015, (Ruhi ve Ruhi, *Ecrimisil*, 294).

istenebilir.<sup>114</sup> Burada ilk davanın açıldığı tarih ise dikkate alınamaz.<sup>115</sup>

İntifadan men şartının istisnası olan davalar sadece yukarıda sayılanlardan ibaret değildir. Meselâ, aynı taşınmaz için önceden bir tapu sicilini düzeltme davası açılmışsa, böyle bir durumda da intifadan men şartı sağlanmış kabul edilir; ayrıca ihtarnamenin varlığı aranmaz.<sup>116</sup>

<sup>114</sup> Yar. 8. HD, E. 2018/5464, K. 2020/5365, 24.9.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2013/19421, K. 2014/5278, 11.3.2014 “*Bu durumda, tabii gelir getiren fındık bahçelerinde intifadan mene gerek bulunmadığı, ev yönünden ise davacılar tarafından davalı aleyhine Araklı Sulh Hukuk Mahkemesinde 2009/209 esas sayılı dosyada ortaklığın giderilmesi davası açıldığından anılan dosyada dava dilekçesinin davalılara tebliğ edildiği 9.7.2009 tarihinden itibaren davalıların intifadan men edilmiş olduğu saptanarak, Şöhret yönünden fındık gelirine ve tüm davacılar yönünden ise 09.07.2009 tarihinden dava tarihine kadar olan dönem için kira gelirine hükmedilmiş olması kural olarak doğrudur...*”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2004/503, K. 2004/797, 12.2.2004, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>115</sup> Yar. 8. HD, E. 2018/5796, K. 2020/7005, 10.11.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>116</sup> Yar. 2. HD, E. 2006/3801, K. 2006/15578, 13.11.2006, “*Davacı kadın tarafından intifadan men koşulu için davalıya bir ihtar gönderilmemiştir. Davaya konu (10) nolu bağımsız bölüm 1.4.1998 tarihinde davacı ve davalı adına 1/2’şer pay olarak kayıtlıdır. Davalı koca tarafından bu taşınmazın 1/2 payı için 3.12.1999 tarihinde tapu iptali ve tescili davası açılmış olup, bu tarihte kadın yönünden intifadan men koşulu gerçekleşmiştir. Şu halde 3.12.1999 tarihinden itibaren mahkemece ecrimisile hükmedilmesi gerekir...*”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/4312, K. 2019/10865, 3.12.2019 “*davacının açtığı tapu iptal ve tescil davası kabul edilerek hissesi oranında iptal ve tescile karar verilmiş olmasına göre, taşınmazın davalılardan ... adına kayıtlı bulunduğu dönem için davalıların iyiniyetinden bahsedilemez ve bu dönem için davacının dava konusu taşınmazları kullanımının engellendiğinin kabulü gerekir...*”, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2014/10007, K. 2014/14114, 15.9.2014, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).



Aynı şekilde, ecrimisile ilişkin icra takibinin yapılmış olması halinde de intifadan men şartı aranmaz.<sup>117</sup> Keza, ihtarname gönderilmiş olması halinde de intifadan men şartının sağlandığı kabul edilmektedir.<sup>118</sup> Yeter ki, ihtarname yararlanmanın engellenmesine yönelik olsun.<sup>119</sup> Böylece, *“ihtarnamenin tebliğ tarihi ile dava tarihi arası dönem için ecrimisile karar verilmesi gerekir...”*.<sup>120</sup> İhtarnamenin davalılara tebliği tarihi dikkate alınmayıp, dava tarihinden geriye doğru 5 yıllık istem aralığını

---

<sup>117</sup> Yar. 3. HD, E. 2004/11421, K. 2004/11429, 21.10.2004 *“Örneğin; yararlanma dileğinin açıklanması koşulu ile davacının açtığı izale-i şüyu davasının dava dilekçesinin tebliğ tarihi, keza icra emrinin tebliğ tarihi, taraflar arasında sonuçlanmış önceki tarihli el atmanın önlenmesi veya ecrimisil davaları intifadan men şartının oluşması için yeterli sayılmıştır...”*, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/15161, K. 2018/19950, 10.12.2018, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 3. HD, E. 2009/12347, K. 2009/13853, 15.9.2009 *“Davacının, taşınmazdan yararlanma dileğinin açıklanması niteliğinde bulunan ve daha evvel davacı tarafından davalı aleyhine 26.06.2003 tarihinde başlatılan Ekim 2002 - Haziran 2003 tarihleri için 1.125 YTL daire kullanım bedeli (ecrimisil) istemli 2003/2504 E. sayılı icra takip dosyası ile intifadan men koşulunun oluştuğu anlaşılmaktadır...”*, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>118</sup> Yar. 23. HD, E. 2016/4947, K. 2019/4459, 24.10.2019, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>119</sup> Yar. 3. HD, E. 2004/10311, K. 2004/10130, 30.9.2004 *“Oysaki ihtarname içeriği incelendiğinde davalının kullanma ya da kira gelirinden yararlanma iradesini yansıtmadığı, bu yerin kendisine ait yazışma adresi olmadığı, adına gelen evrakların kabul edilmemesi gerektiği yönünde bilgi verme muhtevasını taşıdığı görülmektedir. Mahkemece bu hususta yanılığa düşülerek intifadan men koşulunun gerçekleşme tarihi olarak ihtarnamenin tebliğ tarihinin esas alınması doğru görülmemiştir...”*, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>120</sup> Yar. 1. HD, E. 2014/21191, K. 2015/6551, 4.5.2015 (Ruhi ve Ruhi, *Ecrimisil*, 286-287); Yar. 1. HD, E. 2014/13953, K. 2016/9313, 11.10.2016 *“davacının ibraz ettiği 03.07.2009 tarihli ihtarnamenin davalılara tebliğ edilip edilmediğinin araştırılması, tebliğ tarihi veya ihtarda tanınan süre varsa öngörülen tarihten itibaren ecrimisil hesabı yapılması gerekir...”*, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 8. HD, E. 2018/8283, K. 2020/2223, 5.3.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

kapsayacak şekilde bir tazminata ise hükmedilemez.<sup>121</sup> Uygulamada bu bir istisna diye zikredilse de, ihtarname bakımından aslında bir istisna değil, intifadan men şartının sağlanmasına yönelik bildirim kendisi söz konusudur.

Burada bir belirsizlikten söz edilebilir. Acaba alacağın doğması için mi ihtarname çekilir? Yoksa, ihtarname ile alacak talep edilebilir hale mi gelmiş olur? Beş yıllık zamanaşımının işlemeye başladığı tarih nedir? Yargıtay'a göre, beş yıllık zamanaşımını aşmamak kaydıyla ihtarnamenin tebliğ tarihinden itibaren ecrimisil istenmesi mümkündür. Şu halde, uygulama gereğince zamanaşımının işlemeye başladığı tarih ihtarnamenin tebliğ tarihidir. Böylece, alacağın ihtarnamenin tebliğiyle birlikte talep edilebilir hale geldiği kabul edilmektedir.<sup>122</sup>

### **E. Bazı Tüzel Kişilerin Malik Olması Halinde**

Uygulamada bazı tüzel kişilerin de maliki olduğu taşınmazlar bakımından söz konusu kişilerin ecrimisil isteyebilmesi için intifadan men şartı aranmamaktadır. Nitekim, Yargıtay'ın kararlarında, *“vakıflar, belediye ve hazine gibi kamu kurum ve kuruluşlarının davalısı ile birlikte paydaş oldukları taşınmazlara ait ecrimisil istemlerinde onlar için intifadan men koşulu*

<sup>121</sup> Yar. 9. HD, E. 2020/907, K. 2020/3931, 9.3.2020 *“kabule göre de tespit edilen ecrimisilden hakkaniyet indirimi yapılması da doğru değildir...”*, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>122</sup> Yar. 8. HD, E. 2018/15161, K. 2018/19950, 10.12.2018 *“Hal böyle olunca; davalıların dava konusu taşınmaz üzerindeki binayı bizzat kullanmaları suretiyle tasarruf ettikleri ve bu bina yönünden intifadan men koşulunun ihtarnamenin tebliği ile oluştuğu anlaşıldığına göre, ihtarnamenin davalılara tebliğ tarihi saptanarak bu tarihten dava tarihine kadar olan dönem için ecrimisilin hüküm altına alınması gerekirken, bu dönemi aşar şekilde ecrimisile karar verilmiş olması doğru görülmemiştir...”*, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

*aranmayacağından” söz edilmektedir.<sup>123</sup> Benzer başka kararlara göre ise, burada istisna dava konusu taşınmazın kamu malı olması halinde söz konusudur.<sup>124</sup>*

Söz konusu yerleşik içtihadın gerekçesi ise şu şekilde ortaya konulmaktadır: *“belediye gibi kamu kurumlarının paydaşı bulunduğu taşınmazda payının, diğer paydaşlar tarafından rıza ile kullanıldığı kabul edilemez. Zira; kamu idarelerinin payını, bedelsiz olarak kullandırması kanun hükümleri gereğince mümkün değildir. Bu nedenle kamu idarelerinin paydaşı olduğu taşınmazlarda da intifadan men şartı aranmaz”*.<sup>125</sup>

Bu içtihat oldukça eleştiriye açıktır. Her şeyden önce, vakıf bir kamu tüzel kişisi değil, özel hukuk tüzel kişisidir. Ayrıca, kamu malları bakımından özel hukuk değil, kamu hukukundaki esaslar geçerlidir. Kaldı ki, diğer kişilerden farklı olarak, kamu tüzel kişilerinin ecrimisil istemi için intifadan men şartının aranmaması anayasal eşitlik ilkesine (AY. m. 10) de aykırıdır. Gerçekten de, yukarıdaki içtihada göre, aynı taşınmaza malik olan kamu tüzel kişileri için intifadan men şartı aranmazken, diğer kişilerin bu şartı yerine getirip getirmediği araştırılmaktadır ki bunun makul hiç bir gerekçesi olamaz. Sadece kamu tüzel kişilerinin değil, hiç kimsenin haksız ve bedelsiz kullanıma rıza gösterdiği varsayımından hareket edilemez.

Bu hususun, kamu tüzel kişilerine ait taşınmazların bedelsiz olarak kiraya verilemeyeceğine ilişkin kanun hükmünden kaynaklanması ihtimal dışı değildir. Ancak tespit edilebildiği

<sup>123</sup> Yar. 3. HD, E. 2011/6256, K. 2011/10493, 16.06.2011, (lexpera); Yar. 3. HD, E. 2003/14751, K. 2003/14668, 22.12.2003, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>124</sup> Yar. 1. HD, E. 2013/16532, K. 2014/1247, 28.1.2014, (lexpera); Yar. 1. HD, E. 2013/15905, K. 2014/858, 22.1.2014, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 1. HD, E. 2014/7383, K. 2014/10676, 29.5.2014, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>125</sup> Yar. 3. HD, E. 2011/8054, K. 2011/16847, 31.10.2011, (lexpera).

kadarıyla ne kanunlarda ne de içtihatlarda böyle açık bir kanun hükmüne rastlanmıştır.

## SONUÇ

Paylı mülkiyette veya elbirliği mülkiyetinde maliklerin birbirinden ecrimisil istemesi için yerleşik uygulama gereğince kural olarak intifadan men şartının varlığı aranır. Yargıtay, birlikte mülkiyette maliklerin haksız zilyetliğinin kural itibarıyla bu konuya ilişkin bir bildirim yapılması halinde gerçekleşebileceğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın bu görüşü, paylı mülkiyette ecrimisil istemi bakımından bir boşluk bulunduğunu kabul ettiği anlamına gelir. Bir ayrıma göre hukukta boşluk açık boşluk ve örtülü boşluk olmak üzere ikiye ayrılır. Açık boşlukta kanunda somut olaya uygulanabilecek hiçbir hüküm yoktur. Örtülü boşlukta ise somut olaya uygulanabilecek bir hüküm vardır; ama, burada hükmün sözü ile özü bağdaştırılamaz veya bu hüküm aynı değerde başka bir kuralla çatışır ya da bunun tespit edilen anlamda uygulanması hakkın kötüye kullanılması oluşturur. Yargıtay'ın yaklaşımından çıkan sonuç burada açık boşluğun bulunduğu şeklindedir. Ancak, bu görüşe katılmamaktayız. Kanaatimizce intifadan men şartına ihtiyaç yoktur. Çünkü, kanunda bu konuya ilişkin bir boşluktan söz edilemez. Burada aslında bir haksız fiil söz konusu olup, yetkisiz kullanımın başlamasıyla birlikte alacak ve talep hakkı doğmaktadır.

Yerleşik uygulamanın intifadan men şartını bir dava şartı olarak nitelendirmesine de katılmamaktayız. Çünkü, bu yönde herhangi bir açık kanunî dayanak bulunmamaktadır. Bunun yerine, intifadan men şartının mevcut uygulama bakımından bir itiraz niteliğinde olduğu söylenebilir.

Yerleşik içtihatlarda intifadan men şartının arandığı ve aranmadığı haller âdeta bir şablon halinde sayılmaktadır. Ama, paydaşların eşyadan yararlanma ve onu kullanma yetkisinin sınırını diğerlerinin hakları ile bunun bağdaşp bağdaşmaması

oluşturur. Malikler bunun ötesinde bir kullanma yetkisine sahip değildir. Aynı anlayış oybirliği esasının benimsendiği elbirliği mülkiyetinde de geçerlidir. Dolayısıyla, aksi oybirliğiyle kararlaştırılmadığı takdirde eşyayı tek başına kullanan malik esasen kötüniyetli haksız zilyet durumunda kabul edilmeli ve haksız kullanımının başlangıcından itibaren, zamanaşımı süresi dâhilinde diğer maliklere tazminat ödemekle yükümlü tutulmalıdır.

Diğer taraftan, bir malikin eşyayı karşılıksız kullanmasına diğerlerinin örtülü rızası da bulunabilir. Daha doğrusu, böyle bir durumda malikler arasında örtülü irade açıklamalarıyla kurulan bir kullanım ödücü sözleşmesinin varlığından söz edilebilir. Bu ihtimalde ise, söz konusu anlaşma (rıza) sona erince yine ecrimisil istenebilir. Bu noktada, davalının kullanımının kendi hakkıyla bağdaşmadığına yönelik bildirim ona ulaşması tazminatın başlangıç tarihi olarak dikkate alınabilir. Bununla birlikte, yerleşik uygulamanın aksine, âdeta örtülü irade açıklamasına (rıza) yönelik bir karine varmış gibi bu varsayımdan hareket etmek doğru olmaz. Taraflar arasında meselâ bir kullanım ödücü sözleşmesinin bulunup bulunmadığı tanık dâhil her türlü delille tespit edilmelidir. Böyle bir sözleşme yoksa bile, haksız kullanıma ilişkin salt bir girişimde bulunulmamış olması haktan feragat anlamına gelmez. Gerçekten de, malikler arasında eşyayı kullanma konusunda bir sözleşmesinin yapıp yapılmadığı hususu titizlikle değerlendirilmelidir. Bu yoksa, davalının hakkıyla bağdaşmayan kullanmanın başlangıcı, zamanaşımı da dikkate alınarak tazminatın hesaplanmasında başlangıç anı olarak kabul edilmelidir. Çünkü, kötüniyetli haksız zilyet durumundaki malik aslında kendisine bir bildirim ulaşmasından önce de bu sıfatı haizdir. Dolayısıyla, intifadan men şartı, daha doğrusu yararlanmanın engellenmesine yönelik bildirim malikler arası ecrimisil istemlerinde belirleyici olmamalıdır. Aksi çözümün benimsenmesi halinde ise davacı maliklerin tazminat alacağına kapsamı ve miktarı haksız bir şekilde daraltılmış olur.

Yerleşik uygulamanın aksine, intifadan men şartının aranması bir kural olarak nitelendirilemeyeceği gibi, bunun istisnalarına yönelik bir manzumeden söz edilmesi de isabetli olmaz. Gerçekten de, intifadan men şartına ilişkin kuralın kanunî dayanağı yoktur ki, bunun istisnalarından söz edilsin.

Kaldı ki, Yargıtay'ın içtihatlarında intifadan men şartının arandığı ve aranmadığı haller arasında birbiriyle çelişen noktalar da mevcuttur. Nitekim, buna göre, davalı bir konutu kiraya verdiği takdirde, bunun için intifadan men şartı aranmazken, aynı konutu kira ödemekten tasarruf edip bizzat kullandığı takdirde ise, intifadan men şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaktadır. Böyle bir çözüm anlayışının ise, en başta hukukun temel ilkelerinden biri olan hukukî güvenlik ilkesiyle bağdaştığı söylenemez.

Benzer bir çelişki kamu tüzel kişinin maliklerden biri olması ihtimalinde de mevcuttur. Bu gibi kanunî dayanağı olmayan ve eşitliğe aykırı bulunan istisnalar oluşturmak yerine, kanaatimizce en doğrusu intifadan men şartı diye ayrı bir unsurun aranmamasıdır. Böylece, haksız ve bedelsiz kullanıma razı olmayan her malik bunun için intifadan men şartına gerek olmaksızın ecrimisil isteyebilmelidir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olup olmadığını belirtmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author did not indicate whether he received financial support for this study.

**Conflict of Interest:** The author did not specify whether there was a conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated whether ethics committee approval is required.

---

---

**KAYNAKÇA**

- Ak, Burak. "Haksız Kullanma Tazminatı (Ecrimisil)." Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, 2020.
- Akbıyık, Cem. "Yargıtay Uygulamasında İntifadan Men Koşulu ve İstisnaları." İç. Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020: 1-22.
- Akipek, Jale G., Turgut Akıntürk ve Derya Ateş. *Eşya Hukuku*. 2. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi, 2018.
- Antalya, O. Gökhan ve Murat Topuz. *Eşya Hukuku*, C. IV/1. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Aybay, Aydın ve Hüseyin Hatemi. *Eşya Hukuku*. 3. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Baş Süzel, Ece. *Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme –Menfaat Devri Yaptırımı-*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Baumann, Max. *Sachenrecht*. 2. Baskı. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag, 2011.
- Breitschmid, Peter ve Alexandra Jungo. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*. 3. Baskı. Zürich / Basel / Genf: Schulthess Verlag, 2016.
- Doğanay, Y. Ümit. *Adî Şirket Akdi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968.
- Durğun Şanlı, İrem. "Haksız İşgal – Ecrimisil Tazminatı." Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 25. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 8. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. 6. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Erman, Hasan. *Eşya Hukuku Dersleri*. 3. Baskı. İstanbul: Der Yayınları, 2013.



- Ernst, Wolfgang ve Samuel Zogg. *Sachenrecht*. 3. Baskı. Zürich / St. Gallen: Dike Verlag, 2020.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. 10. Baskı. İzmir: Barış Yayınları, 2012.
- Esener, Turhan ve Kudret Güven. *Eşya Hukuku*. 8. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2019.
- Figen, Seçil. "Ecrimisil Talepleri." Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2022.
- Geiser, Thomas ve Stephan Wolf. *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch II. Art. 457-977 ZGB*. 6. Baskı. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag 2019.
- Gemici, Mustafa Fikri. *Türk Özel Hukuku'nda Ecrimisil Tazminatı*. Yüksek Lisans Tezi. Gaziantep: Hasan Kalyoncu Üniversitesi, 2018.
- Gürsoy, Kemal T., Fikret Eren ve Erol Cansel. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.
- Hatemi, Hüseyin, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Türk Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- Hrubesch-Millauer, Stephanie, Barbara Graham-Siegenthaler ve Vito Roberto. *Sachenrecht*. 5. Baskı. Bern: Stämpfli Verlag, 2017.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Gayrimenkul Hukuk Davaları*. İstanbul: İstanbul Matbaası, 1974.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Eşya Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Kutay, İlhan. "Çözümlememiş Bir Sorun, Haksız İşgal Tazminatı – Ecrimisil." *Ankara Barosu Dergisi* 5 (1976): 855-869.
- Kürtül, Mehmet. *2017-2020 Yılları Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları ve İçtihadı Birleştirme Kararları*. C. I. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.

- Kürtül, Mehmet. *2017-2020 Yılları Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları ve İçtihadı Birleştirme Kararları*. C. II. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
- Nomer, Hâluk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku*. 8. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Oğuzman, Mustafa Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*. 22. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Reisoğlu, Sefa. *Türk Eşya Hukuku, Zilyetlik Tapu Sicili – Kadastro*. 7. Baskı. Ankara: Sevinç Matbaası, 1984.
- Reisoğlu, Sefa. "İade Halinde Hüsnüniyetli ve Suiniyetli Zilyetlerin Sorumluluğu." *Adalet Dergisi* 56, no. 1 (1965): 51-64.
- Rey, Heinz. *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*. Bd. 1. 3. Baskı. Bern: Stämpfli Verlag, 2007.
- Ruhi, Canan ve Ruhi Cemal. *Ecrimisil Davaları (Haksız İşgal Tazminatı)*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Schmid, Jörg ve Bettina Hürlimann-Kaup. *Sachenrecht*. 5. Baskı. Zürich: Schulthess Verlag, 2017.
- Serozan, Rona. *Eşya Hukuku I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Sirmen, Ayşe Lâle. *Eşya Hukuku*. 9. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilâ Altop. *Tekinay Eşya Hukuku*, C. 1. 5. Baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.
- Ünal, Mehmet ve Veysel Başpınar. *Şeklî Eşya Hukuku*. 10. Baskı. Ankara: Savaş Yayıncılık, 2018.
- Yavuz, Nihat. *Uygulamada Ecrimisil (Haksız İşgal Tazminatı Davaları)*. 3. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2010.
- Yavuz, Nihat. "Paydaşlar Arasındaki Haksız İşgal Tazminatı (Ecrimisil) Davasında Yararlanmadan Alıkoyma (İntifadan Men) Sorunu." *Yargıtay Dergisi* 15, no. 1-4 (1989): 721-746.

Yavuzarslan, Ceren. "Ecrimisil." Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, 2014.

# FROM THE PAST TO THE FUTURE OF EXTRADITION: THE RISE OF A NEW OBLIGATION AS REVERSE EXTRADITION

Burak BOZ\*

## Abstract

Extradition, as a legal concept, has grown throughout the history of international relations. However, this is not just a simple result of the everyday headaches of international actors. Extradition, specifically the extradition of common criminals, also has a substantial intellectual background that has been developed by prominent scholars such as *Grotius* and *Beccaria*.


---

\* Research Assistant Dr., Social Sciences University of Ankara, Law Faculty, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, burak.boz@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8282-3523. This essay is an outgrowth of my doctoral dissertation, "Türk Ceza Hukukunda İade (Extradition in Turkish Criminal Law)," written under the roof of the Social Sciences University of Ankara (ASBU) Social Sciences Institute Public Law Department Public Law Doctorate Program. TÜBİTAK (2214/A International Research Fellowship Programme for PhD Students) provided funding for my doctoral dissertation. I owe it to myself to express my gratitude to TÜBİTAK for their support.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 29.03.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 16.06.2022.

**Atıf/Citation:** Boz, Burak. "From The Past to The Future of Extradition: The Rise of a New Obligation As Reverse Extradition." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 494-539.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 

The current scope of extradition agreements, whether they are unilateral or bilateral, includes an obligation to surrender a person who has been convicted or suspected. This situation is related to its intellectual background as well as its history.

Recent developments in international law, such as the denaturalization of dual citizens who have been involved in terrorist activities, have triggered new legal disputes over whether a state has any duty to open its borders to someone who is not its citizen anymore. However, it should be examined whether or not states are under an obligation to take and prosecute terrorists in terms of international law.

Consequently, such an obligation is essential for the establishment of international security. Recognition of this obligation as a valid legal institution can only be achieved via a well-structured international treaty.

**Keywords:** Extradition, Denaturalization, Terrorism, Transnational Crime, International Security.

## Öz

İade, uluslararası ilişkiler tarihi boyunca gelişen hukuki bir kavramdır. Ancak bu, uluslararası aktörlerin günlük meselelerinin basit bir sonucundan ibaret değildir. İade, özellikle de adi suçluların iadesi, *Grotius* ve *Beccaria* gibi önde gelen düşünürler tarafından geliştirilmiş önemli bir entelektüel arka plana sahiptir.

İster tek taraflı ister iki taraflı olsun mevcut iade anlaşmalarının kapsamı, hüküm giymiş veya suç isnadı altında bulunan bir kişinin teslim edilmesi yükümlülüğünü içermektedir. Bu durum iadenin tarihiyle olduğu kadar entelektüel arka planıyla da ilgilidir. Uluslararası hukukta terör faaliyetlerine karışmış çifte vatandaşların vatandaşlıktan çıkarılması gibi güncel gelişmeler, bir devletin artık kendi vatandaşları olmayan birine onu yargılamak üzere sınırlarını açma

yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı konusunda yeni hukuki ihtilaf başlatmıştır. Bu bağlamda, devletlerin uluslararası hukuk açısından teröristleri alma ve kovuşturma yükümlülüğü altında olup olmadığı incelenmelidir.

Neticede, böyle bir yükümlülük, uluslararası güvenliğin tesisi için elzemdir. Bu yükümlülüğün geçerli bir yasal kurum olarak kabul görmesi, ancak iyi yapılandırılmış bir uluslararası anlaşma ile sağlanabilir.

**Anahtar Kelimeler:** Teslim (İade), Vatandaşlıktan Çıkartma, Terörizm, Sınırşan Suç, Uluslararası Güvenlik.

## INTRODUCTION

It is much easier now to live abroad thanks to developments in communication and information technologies. These advancements facilitate the spread of 'transnational crimes' and 'international crimes'. As such, it is imperative that criminal activity of this nature be addressed by cooperation at the international level.<sup>1</sup> Furthermore, anti-criminal cooperation between states has more ancient roots than both of these categories of crime.

Extradition is the most important form of international cooperation on criminal matters<sup>2</sup>. Despite the monumental history of that legal institution, "*extradition*" is an expression that can be considered relatively new.<sup>3</sup> Before the term rose to

---

<sup>1</sup> Mariana Radu, "Controversies on the Legal Nature of Extradition," *Ovidius University Annals, Economic Sciences Series*, 13, no. 2 (2013), 144-148, 144.

<sup>2</sup> Eralp Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi* (Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1962), 4.

<sup>3</sup> Timuçin Köprülü, *Suçluların Geri Verilmesi* (Unpublished Master Thesis, 2001), 1; İzzet Özgenç, "Türkiye'nin Taraf Olduğu Anlaşmalar Açısından Türk İade Hukukunun Değerlendirilmesi," Unpublished Master Thesis, (1984), 10.

prominence in international law literature, the legal phenomenon was communicated through the terms “*restituer*” and “*remettre*”, with both words deriving from the French language.<sup>4</sup> However, the term used in international law today is “*extradition*” and it has the same meaning in both English and French. This word was probably derived by *Voltaire* (*François Marie Arouet*) from the Latin words “*ex-*” and “*traditionem*”.<sup>5</sup> The word “*trādītīo*”, which is the singular form of the root of the word “*traditionem*” in Latin, corresponds to the delivery of something or transfer of a possession.<sup>6</sup> Since the word “*tradere*”, which is the Latin equivalent to the word “*extradition*”, has not been found yet in ancient Latin works, the term “*mittere*” was used in the works of that period, and therefore the derivation of the word “*extradition*” was delayed until the end of the eighteenth

---

<sup>4</sup> Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, 20 ff.; Özgenc, *Türkiye'nin Taraf Olduğu*, 10; The terms “*restituter*” and “*remettre*” were used in the treaties between France and Wurtemberg dated 1759 and 1765, in the treaty between France and Spain of 1765, and in the treaty of France with Portugal and Spain, dated 1778. See Christopher L. Blakesley, “The Practice of Extradition from Antiquity to Modern France and the United States: A Brief History,” *Boston College International and Comparative Law Review* 4, no. 1 (1981): 39-60, 40; Köprülü, *Suçluların Geri Verilmesi*, 1.

<sup>5</sup> Douglas Harper, “Extradition”, *Online Etymology Dictionary*, [Access Date January 5, 2021, https://www.etymonline.com/word/extradition#etymonline\\_v\\_14125](https://www.etymonline.com/word/extradition#etymonline_v_14125); Ananya Chakraborty, *Extradition Laws in The International and Indian Regime: Focusing on Global Terrorism* (Cuttack: Palgrave Macmillan, 2019), 30; For the opinion that the prefix “*ex-*” meaning “*out*” is of Greek origin, see Julio Ramírez Montañez, “The Extradition of Colombians from the Perspective of the Foundation for the Defense of Colombians with Orders of Extradition (DECOPEX),” *Asian Journal of Latin American Studies* 29, no. 4 (2016), 55-78, 58.

<sup>6</sup> Charlton T. Lewis and Charles Short, “Traditio”, *A Latin Dictionary*, [Access Date January 5, 2021, http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0059%3Aentry%3Dtraditio](http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0059%3Aentry%3Dtraditio).

century.<sup>7</sup> The first usage of the term "extradition" in an official document is a French *decret-loi*, dated 1791, and the first treaty containing this word was signed in 1828.<sup>8</sup>

In the legal literature, the term "extradition" usually refers to an official procedure relating to surrendering someone from one state to another<sup>9</sup> or forcibly returning someone to a ruler who reigns over them.<sup>10</sup> In our opinion, extradition means the surrendering of an individual by one sovereign to another, to be judged or punished due to a criminal accusation.

Extradition is a legal institution that has its own political, legislative, and intellectual background. This background has a long history, and most of the conditions and principles are derived from it. Consequently, extradition has a complex structure dating back through centuries, even thousands of years, and there is a strong relationship between extradition and international developments, as well as concerns. As one of the outcomes of that deep and strong connection, extradition can be interpreted as a duty that is binding on states to surrender a person to another due to an accusation. That duty can be called "the duty to extradite."

The duty to extradite should be looked at in light of the controversy about the nature of extradition. Because it has been questioned in some current studies, the aim and legal nature of extradition, as well as the need for adopting such a legal institution, should be reviewed through the lens of extradition's obligatory character. Those studies have demonstrated to us that the essence of extradition should be explained as the previous step of examination of the other possible duties that may become

---

<sup>7</sup> Blakesley, *from Antiquity to Modern*, 40 ff.

<sup>8</sup> Özgenç, *Suçluların Geri Verilmesi*, 20; Blakesley, *from Antiquity to Modern*, 40.

<sup>9</sup> Mahmoud Cherif Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practise* (New York: Oxford University Press, 2014), 2.

<sup>10</sup> Özgenç, *Türkiye'nin Taraf Olduğu*, 10.



a part of extradition obligation in the future. Through this path, in this article, the essence of extradition will be analysed on historical and theoretical grounds. Then, an answer will be sought to the question: “*Why is extradition an obligation, especially if it is beneficial for all states?*”. This will lay the foundations for us to be able to explain the current content of the obligation of extradition. Finally, by mentioning current developments that may expand the scope of this obligation in the future, we will try to give this change an intellectual infrastructure. As a result, we will suggest a model agreement on extradition and international cooperation against terrorism. At this stage, the aim of this article is to determine whether an obligation of “*reverse extradition*” exists in international law and to guide the rise of such an obligation.

## I. A BRIEF HISTORY OF EXTRADITION

Extradition's historical background may be examined from so many angles. In addition, extradition has a long history that even reaches back to ancient eras.<sup>11</sup> It is necessary to admit in advance that it is not feasible to discuss the entire history of extradition in all its details, in the case of a study that does not focus on the history of extradition. However, at least a brief explanation might be made, which is enough to point out the roots of the obligation of extradition.

The chronology of extradition is usually divided into three chapters: the ancient era, the classical era, and the modern era. In the near future, the modern era may be split into two as the periods of bilateral and multilateral treaties. Even multilateral treaties may be split into two as the period of classical

---

<sup>11</sup> Ayedh Hadi Alotaibi, “Current International Legal Problems in the Pursuit of Extradition Requests: The Practice of Saudi Arabia,” Unpublished PhD Thesis, (2004), 4 ff.

multilateral treaties and arrest warrants, depending on further developments.

The oldest extradition request that is known was narrated in the Old Testament<sup>12</sup> and that was around the 1350s BC.<sup>13</sup> The peace treaty, which is written with hieroglyphics and signed between the Egyptian Pharaoh *Ramses II* and the Hittite Prince *Hattusili III*, is the very first international agreement that contains clauses about extradition.<sup>14</sup>

The Roman Empire, by imposing an obligation for other states to repair the offence against the Empire or the Roman citizens, turned the institution of extradition into a form of superiority over the requested states. The request for extradition made by the Roman State also contained an implied threat of war in case of the denial of this obligation.<sup>15</sup>

According to general recognition, the Treaty of Hudaybiyyah is one of the earliest examples of the Islamic State's treaties that contains some clauses about extradition.<sup>16</sup> However, in our opinion, it is not possible to qualify these clauses as extradition. First of all, this treaty foresees the restitution of men and women who accept Islam and flee to Madinah. So, there is

---

<sup>12</sup> Judges, *Old Testament*, 19-20.

<sup>13</sup> Bassiouni, *International Extradition*, 4.

<sup>14</sup> Anthony Ivan Shearer, *Extradition in International Law* (Manchester: Manchester University Press, 1971), 5; Alotaibi, *Pursuit of Extradition Requests*, 5; Köprülü, *Suçluların Geri Verilmesi*, 12.

<sup>15</sup> Köprülü, *Suçluların Geri Verilmesi*, 12; Kayıhan İçel & Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, 1<sup>st</sup> Book, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1999), 207; Ülkü Güler, "Türk Ceza Hukukunda Geri Verme" Unpublished Master Thesis (2010), 14.

<sup>16</sup> Farhad Malekian, *Principles of Islamic International Law: A Comparative Search* (Leiden: Brill, 2011), 326; Özgenç, *Türkiye'nin Taraf Olduğu*, 24; Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 71.

not any coherent way to conclude that the Islamic Prophet *Muhammad* was admitting someone as a criminal just because he or she had accepted the Islamic religion. In addition, the Islamic Prophet *Muhammad* did not punish *Ebu Basîr*, who had escaped from two Makkan idolaters that took him back to Makkah based on the Treaty of Hudaibiyyah and had killed one of them. Even though he refused not to give *Ebu Basîr* to Makkan idolaters again, he gave him the freedom to leave.<sup>17</sup> Nevertheless, it is necessary to state that the fact that the Treaty of Hudaibiyyah did not contain any clauses that are technically about extradition does not mean that Islamic law refuses extradition. Moreover, the treaty signed with the King of Sudan in the year 31 Hijri regulates the extradition of fugitive slaves and Muslims who have fought against Muslims then fled.<sup>18</sup> As such, it can be concluded that Islamic law recognises extradition.<sup>19</sup>

It seems that in the ancient era, any formal procedure<sup>20</sup> or legal theory about extradition had not been developed.<sup>21</sup> As well as this, the idea of extradition of common criminals was not yet consistently advocated. Despite this, some exceptions have been identified in the Roman Empire of the 100s BC and in ancient Israel, where common criminals were extradited.<sup>22</sup> Also, the Code of Manu contained some provisions which arose from the belief that happiness would disappear if criminals got away with their crimes.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> Ebû Abdullah Muhammed b. Ömer el-Vâkîdî, *Kitâbü'l-Meğâzî*, tr. Musa K. Yılmaz, ed. Marsden Jones, (İstanbul: İlkharf Yayıncılık, 2016), 533-535.

<sup>18</sup> Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku*, 72.

<sup>19</sup> Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, 22.

<sup>20</sup> Alotaibi, *Pursuit of Extradition Requests*, 6.

<sup>21</sup> Blakesley, *from Antiquity to Modern*, 45.

<sup>22</sup> Alotaibi, *Pursuit of Extradition Requests*, 6.

<sup>23</sup> Alotaibi, *Pursuit of Extradition Requests*, 6, 7 ff.

Banishment may have been the most severe punishment possible in the ancient era. Because a person who was deprived of their lands and community would probably face the danger of misery, aggression or worse, even slavery.<sup>24</sup> Regardless of whether they fled away or were forcefully kicked out, the result was mostly the same for the sovereign. One way or another, troublemakers had been removed from society, and the case was closed with one of the harshest penalties.<sup>25</sup> Getting rid of the criminal was the solution, particularly when the times that *pater familias*, or clan leaders, held the power to punish. Insomuch that, it might be the best solution possible, therefore, not seeking extradition for common criminals was a foreseeable attitude in ancient times.<sup>26</sup> Even today, taking some criminals back might not be the best idea for a state's interests.<sup>27</sup>

Political criminals were another matter. They had to be found and destroyed. They were considered the enemies of society, as they were the ultimate danger to the true ruler. Thus, other sovereigns should have sent back those traitors unless they were not co-conspirators themselves.

Protecting the throne gained much importance in the classical era (middle age and pre-modern age). Political criminals have been subject to many treaties due to this. The treaty that was signed between King *Henry II* of England and King *Guillaume* of Scotland in 1174 and the Treaty of Paris, signed between King *Edward II* of England and King *Philippe IV* of France (*Philippe the Handsome*, *Philippe le Bel*) in 1303, are examples of the treaties signed in Europe during this era. These

---

<sup>24</sup> Özgenç, *Türkiye'nin Taraf Olduğu*, 19; Köprülü, *Suçluların Geri Verilmesi*, 11.

<sup>25</sup> Shearer, *Extradition*, 7.

<sup>26</sup> Blakesley, *from Antiquity to Modern*, 46 ff.

<sup>27</sup> Özgenç, *Suçluların Geri Verilmesi*, 5.

treaties had religious and political grounds, and they were essential for eliminating their political rivals.<sup>28</sup>

The treaty, signed between King *Charles V* (*Charles the Wise, Charles la Sage*) of France and the County of Savoy in 1376, is significant, amongst others. This treaty had a purpose of cooperation against common crimes, beyond protecting the political interests of the ruler, and there were some provisions on extradition of common criminals in this treaty. Even though this treaty was signed in the early classical era, it is considered too close to the classical era by scholars.<sup>29</sup> However, despite the existence of that example, the treaties signed afterwards in Europe by the end of the 1660s had always been politically based. The treaties signed between King *Charles II* of England and the Government of Holland in 1661 and 1662 have some provisions on the extradition of common criminals, but the main purpose of these treaties is to take back the men who were being accused of killing King *Charles I* of England. So, it was signed on political grounds.<sup>30</sup>

It is possible to coincide with some examples of extradition in the classical era in the Ottoman Empire, which adopted Islamic law, *e.g.*, Emperor *Mehmet II* (*Mehmet the Conqueror, Fatih Sultan Mehmet Han*) of the Ottomans ordered the ringleader, who had fled to Galata after *Pazzi's* failed coup attempt in 1478, to be surrendered.<sup>31</sup>

The modern era has come with great transformations. Rapid improvements in the field of technology, especially rail systems and watercraft, and cosmopolitan city life that was brought

---

<sup>28</sup> Alotaibi, *Pursuit of Extradition Requests*, 8.

<sup>29</sup> Blakesley, *from Antiquity to Modern*, 48.

<sup>30</sup> Blakesley, *from Antiquity to Modern*, 49.

<sup>31</sup> Mahmut H. Şakiroğlu, "Toskana," *İç. TDV İslam Ansiklopedisi*, Vol. 41, (Ankara: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2012), 268.

about by the industrial revolution, have created suitable environments for criminals who need a place to flee.<sup>32</sup> Increased migration, relocation of criminals too, has enlarged the need to make extradition treaties between sovereigns. France took over the task of being the pioneer of the extradition treaties of the modern era.<sup>33</sup> Such a pitch that, by the 18th century, France had signed an extradition treaty with all its neighbours except Great Britain.<sup>34</sup>

Even if the treaty signed between France and Savoy in 1376 carried some traces of modern extradition treaties, the treaty signed between France and the Netherlands in 1736 was the first treaty which was a modern extradition treaty in a genuine sense.<sup>35</sup> As for the 19th century, French extradition treaties reached faraway states, even the United States of America (1843), Colombia (1850), Venezuela (1853), and Chile (1860).<sup>36</sup>

The contribution of France to the institution of extradition is not limited by the enlargement of the extradition range; France also contributed to embodying the extradition's content.<sup>37</sup> The treaty signed between France and Wurttemberg in 1759 was one of the much-detailed treaties of the early modern era and even contained some provisions about the expenses of extradition.<sup>38</sup> France pioneered 'the political offence exception' through the treaty with Belgium in 1834. In 1844, the treaty signed between France and Luxembourg regulated the implementation of extradition on all crimes except the ones underlined in the treaty

---

<sup>32</sup> Shearer, *Extradition*, 11 ff.

<sup>33</sup> Shearer, *Extradition*, 17; Blakesley, *from Antiquity to Modern*, 51.

<sup>34</sup> Blakesley, *from Antiquity to Modern*, 50 ff.

<sup>35</sup> Blakesley, *from Antiquity to Modern*, 50.

<sup>36</sup> Shearer, *Extradition*, 18.

<sup>37</sup> Blakesley, *from Antiquity to Modern*, 51.

<sup>38</sup> Shearer, *Extradition*, 17 ff.

and as of 1850, the rule of speciality was settled for the first time in a treaty, which was signed by France.<sup>39</sup> In the doctrine, it is stated that although its effect was relatively less compared to the treaties of France, the judicial decisions made in the United States of America took over as an important role in the development of extradition in the modern sense.<sup>40</sup>

According to *Shearer*, there were almost 1.500 bilateral extradition treaties in force at the beginning of the 1970s.<sup>41</sup> Additionally, the author calculated that more than 14.000 treaties were needed to establish a complete extradition network between all the existing member states of the United Nations.<sup>42</sup> For today, the exact number is 18.528, considering the current members of the United Nations.<sup>43</sup> It is obvious that spinning a web all around the world via bilateral treaties is far beyond the realms of possibility. In addition, ensuring a consistent extradition system and compatibility between international treaties and domestic legislation is also impossible. Besides, the treaties that have been signed by the same state with different counterparties differ widely in their provisions in many different ways.<sup>44</sup> Even though the United Nations has tried to shape bilateral treaties between states on uniformization with the Model Treaty on Extradition, this objective has not been reached.<sup>45</sup> It is stated by scholars that reaching a treaty with signatures of all states is not possible due to quality differences

---

<sup>39</sup> Blakesley, *from Antiquity to Modern*, 51.

<sup>40</sup> Blakesley, *from Antiquity to Modern*, 51 ff.

<sup>41</sup> Shearer, *Extradition*, 35.

<sup>42</sup> Shearer, *Extradition*, 35.

<sup>43</sup> See "Member States," *United Nations*, Access Date June 21, 2021, <https://www.un.org/en/member-states/index.html> .

<sup>44</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 1113.

<sup>45</sup> Alotaibi, *Pursuit of Extradition Requests*, 42.

between law systems and considerations that judicial systems of some states are not trustworthy enough.<sup>46</sup> Practically, almost all multilateral extradition treaties have been regional. *Shearer* labels Common-wealth Scheme Relating to the Rendition of Fugitive Offenders as a prototype of a worldwide extradition treaty by taking into consideration that the scheme is composed of either rich, poor, developing and developed states.<sup>47</sup>

The pioneer of the multilateral extradition treaties was the continent of America.<sup>48</sup> While, even in Europe, which is the region where numerous bilateral extradition treaties have been made, the first multilateral extradition treaty was signed in 1957. Although it never came into force, 1879 was the date of the first multilateral treaty, which was directly aimed towards extradition and was signed by Argentina, Bolivia, Guatemala, Ecuador, Costa Rica, Peru, Chile, Uruguay, and Venezuela in Lima (Peru).<sup>49</sup> Some authors argue that the first multilateral extradition treaty was the Treaty of Amiens, which was signed by Great Britain, France, the Netherlands, and Spain in 1802.<sup>50</sup> On the other hand, *Zanotti* emphasised that the Treaty of Amiens was not directly aimed at extradition.<sup>51</sup>

In the scope of this article, we will not examine all the current extradition regimes. However, those two regimes must be mentioned since they are crucial to show how important strong relations between the states are in terms of extradition: *European Arrest Warrant* and *Nordic Arrest Warrant*.

---

<sup>46</sup> Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, 24 ff.

<sup>47</sup> Shearer, *Extradition*, 54.

<sup>48</sup> Isidoro Zanotti, *Extradition in Multilateral Treaties and Conventions* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), 1.

<sup>49</sup> Zanotti, *Extradition*, 5.

<sup>50</sup> Köprülü, *Suçluların Geri Verilmesi*, 18.

<sup>51</sup> Zanotti, *Extradition*, 1.



The European Arrest Warrant, which regulates that extradition will be made through a facilitated delivery procedure within the European Union<sup>52</sup>, was formed by the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and The Surrender Procedures Between Member States.<sup>53</sup> According to the 2<sup>nd</sup> article of this framework decision, the crimes related to the thirty-two categories of crimes listed in the article, if they are punishable in the issuing member state by a custodial sentence or a detention order for a maximum period of at least three years and as they are defined by the law of the issuing member state, shall, under the terms of the framework decision and without verification of the double criminality of the act, give rise to surrender pursuant to a European Arrest Warrant.

The Nordic states, consisting of Denmark, Finland, Iceland, Norway, and Sweden, started their efforts to establish a common regional surrender regime in 1962. In this context, and under the influence of the European Arrest Warrant, they established the Nordic Arrest Warrant system with a multilateral treaty in 2005.<sup>54</sup> The Nordic Arrest Warrant is built on the trust between the Nordic states. Each one of the Nordic states considers the other Nordic states' legal systems and law enforcement to be qualified enough.<sup>55</sup> Thus, no lengthy procedures are required, and the state from which extradition is sought shall not invoke the principle of double criminality or the exemption of political offenses.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> Bassiouni, *International Extradition*, 24.

<sup>53</sup> European Union, "Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and The Surrender Procedures Between Member States," 45 *OJEC*, L 190, 18 July 2002.

<sup>54</sup> Bassiouni, *International Extradition*, 40.

<sup>55</sup> Shearer, *Extradition*, 63.

<sup>56</sup> Bassiouni, *International Extradition*, 40 *ff.*

## II. ON THE RATIONALE OF EXTRADITION

Modern extradition has been developed by international treaties. Despite some variations in their provisions, all the extradition treaties have a common point: every one of the extradition treaties puts the state that extradition is requested from under an obligation to extradite.

Extradition of political rivals (also the duty to extradite them) might be raised from necessities. However, there is a great intellectual background underlining the transformation of the object of extradition from political rivals to common criminals. The final form of the duty to extradite in the modern sense is mainly resultant of stimulating ideas that were put forward by scholars of the classical era, especially *de Vattel*, *Grotius*, *Pufendorf*, *Rousseau*, and *Voltaire*. Also, *Beccaria's* opinions on the extradition of common criminals made a great contribution to the development of the current extradition institution.<sup>57</sup> Examining these ideas may help us understand the origins of fundamental principles of extradition. Thereafter, we must ask why today's sovereigns still follow 'the duty to extradite'.

The duty to extradite political criminals was raised from the necessity. Because political rivals had to be eliminated to protect the divine right of the sovereign. Being in a good relationship was not enough to guarantee that. So, they created an obligation for extradition. The treaties about this obligation were just reactions to critical events. On the other hand, the extradition of common criminals was something else almost entirely. That was a result of the intellectual process, and it was strongly related to the aims of punishment.

Criminal law seeks to achieve both retribution and prevention at the same time. According to the purpose of retribution, which might be the most ancient goal of the law, it is

---

<sup>57</sup> Shearer, *Extradition*, 11; Bassiouni, *International Extradition*, 6.

indispensable to make the offender pay for his crime. The purpose of prevention aims on preventing crime and any undesirable behaviour either or both by using the fear of punishment as a deterrent (general prevention) or by using the re-socialising and recidivism prevention influences of the execution of the punishment (special prevention).<sup>58</sup> The idea of the duty to extradite common criminals was born from 'the purpose of retribution' but it evolved and developed due to 'the purpose of prevention'.

*Hugo Grotius*, a famous Dutch lawyer, is the scholar, who put forward the maxim of *aut dedere aut punire*.<sup>59</sup> According to the scholar, besides the perpetrator of the crime, people who participate in this crime by allowing, abetting, or assisting in any other way (e.g., counselling the criminal; praising or encouraging the crime; not preventing the crime, although they were under the obligation to do so; not helping to the victim; not spending their power and authority to deter the perpetrator, although it was their duty; and not revealing the truth, even though they were under the obligation to do so) should be punished because of their own guilt.<sup>60</sup> *Grotius* claims that protecting the criminal was also a crime<sup>61</sup>, with reference to the assumption that the man who did not prevent a crime has greater

---

<sup>58</sup> For detailed information on the purposes of punishment, see Kai Ambos and Christian Steiner, "On the Rationale of Punishment at the Domestic and International Level," *Le Droit Pénal à L'épreuve De L'internationalisation*, ed. Marc Henzelin and Robert Roth, (Geneve: LGDJ, 2002), 312-317.

<sup>59</sup> Chakraborty, *Extradition Laws*, 2; Köprülü, *Suçluların Geri Verilmesi*, 6.

<sup>60</sup> Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace*, ed. Knud Haakonssen, Vol. II, (Indianapolis: Liberty Fund, 2005), 1054 ff.

<sup>61</sup> Grotius, *The Rights of War and Peace*, 1053-1061; According to *Grotius* a pardon may be considered as innocent if only robbers and pirates, they have such a power as enough to make themselves untouchable and it is necessary for get them back to society. See *Grotius, The Rights of War and Peace*, 1074 ff.

guilt than the perpetrator.<sup>62</sup> *Grotius* says a state cannot exercise its power within another's borders. Thus, it is also not appropriate for a state that holds a fugitive criminal in its hand to return her/him on demand. If a state would rather refuse this demand, then it must punish the criminal itself. Originally, this maxim was formulated as either to extradite or to punish (*aut dedere aut punire*) by *Grotius*. Nowadays, an updated version of this formulation, which is either to extradite or to prosecute (*aut dedere aut judicare*), is approved by doctrine in terms of the presumption of innocence.<sup>63</sup>

*Emerich de Vattel* is another scholar who stands up for the existence of a legal maxim on the extradition of common criminals. On the other hand, *de Vattel* grants a wider place for asylum. *de Vattel* says we ought to hate crime but must love humans, even all humankind must love each other.<sup>64</sup> The scholar disapproves of the rejection of a man who has otherwise fled or been banished from his country due to his crime, unless there is an acceptable reason to reject her/him<sup>65</sup>. Even though they were criminals, they are still humans and, as per their natural rights, they need to live somewhere on earth.<sup>66</sup> According to *de Vattel*, besides pirates, men who announce themselves as enemies of humankind by committing crimes which threaten all of humanity, such as poisoning, assassination, or taking up arson as a profession, must be captured and eliminated through penalisation.<sup>67</sup> Furthermore, any sovereign who keeps those

---

<sup>62</sup> *Grotius, The Rights of War and Peace*, 1060.

<sup>63</sup> *Bassiouni, International Extradition*, 7.

<sup>64</sup> *Emer de Vattel, The Law of Nations*, ed. Knud Haakonssen, (Indianapolis: Liberty Fund, 2008), 227.

<sup>65</sup> *de Vattel, The Law of Nations*, 227.

<sup>66</sup> *de Vattel, The Law of Nations*, 226.

<sup>67</sup> *de Vattel, The Law of Nations*, 227 ff.

kinds of criminals must return them to the country where the crime has been committed, if the sovereign of that state demands it.<sup>68</sup>

According to *Pufendorf* and *Billiot*, *aut dedere aut judicare* is not a maxim, which depends on natural law. The positivist opinion, which is advocated by those scholars, claims the duty to extradite is an imperfect obligation, which requires a treaty or domestic legislation or both.<sup>69</sup> The positivist opinion is dominant in the current doctrine and practice of international law. But, historically, *aut dedere aut judicare* used to be considered a way to protect world public order, by the scholars who defend the concept of *civitas maxima*.<sup>70</sup> Although the opinions of *Grotius* and *de Vattel* contain the elimination of some dangerous criminals according to the category of the crime they committed and thus refer to the purpose of special prevention in a sense; they are based on not leaving evil unanswered. Thus, the yeast of the extradition is not anything other than the retribution purpose of punishment.

*Cesare Beccaria* stated clearly that preventing a crime was way better than punishing the criminal.<sup>71</sup> According to the scholar, laws must be clear and simple, and besides that, society must focus on protecting the law, and it should be ensured that humans must be afraid of the law instead of other human beings.<sup>72</sup> *Beccaria* mentioned that one of the most effective ways to prevent crime was to ensure that there is not even a single

---

<sup>68</sup> de Vattel, *The Law of Nations*, 228.

<sup>69</sup> Bassiouni, *International Extradition*, 12.

<sup>70</sup> Bassiouni, *International Extradition*, 12.

<sup>71</sup> Cesare Beccaria, *On Crimes and Punishments and Other Writings*, ed. Richard Bellamy, tr. Richard Davies, (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 103.

<sup>72</sup> Beccaria, *On Crimes and Punishments*, 104.

place to flee where the real criminals were tolerated.<sup>73</sup> *Beccaria's* opinions have steered the future developments in the extradition of common criminals, especially about the principle of double criminality and the rule of speciality.<sup>74</sup> Despite his reservations about the dangers of tyranny<sup>75</sup>, *Beccaria* demonstrated the importance of preventing crimes and how extradition would be an excellent tool for doing so.. This approach attracted lots of prominent scholars' attention as well as tempted the sovereign, who was faced with the side effects of the upcoming modern era, which had started to feel its labour pains.

### A. The Source of the Duty to Extradite

The sources of extradition should be distinguished as 'the sources of the duty to extradite' and 'the sources of extraditability'. That distinction arises from French law. Because according to French law, unlike the United States of America and other states that follow the American model, domestic law may allow accepting an extradition request even though there is no treaty between the requesting and requested states. So, domestic law can be the source of extraditability in the French model; but it cannot be the source of the duty to extradite.

There is still an undeniable *opino juris* that *aut dedere aut judicare* should be considered as a valid maxim about *jus cogens* violations.<sup>76</sup> However, according to the dominant opinion and current international law practice, the duty to extradite may arise only from a bilateral or multilateral agreement. Accepting an extradition request without a treaty is just an example of international courtesy (*comitas gentium*).<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> *Beccaria, On Crimes and Punishments*, 92.

<sup>74</sup> *Blakesley, from Antiquity to Modern*, 50.

<sup>75</sup> *Beccaria, On Crimes and Punishments*, 92.

<sup>76</sup> *Bassiouni, International Extradition*, 9.

<sup>77</sup> *Özgen, Suçluların Geri Verilmesi*, 10.

## **B. Questioning of the Rationale of the Duty to Extradite**

Extradition is the son of international history and classical scholars' ideas. However, the pages of the calendar have been changed, and the legal paradigms have been shifted. Hence, the current rationale of extradition is still a matter of discussion. The current discussions may be gathered around one thought-provoking question: "*Why does extradition (as an obligation) still exist?*"

According to an opinion that refers to the existence of common morals and social order for all humankind in the doctrine, every state has benefits in the penalization of an immoral and illegal act, regardless of where it was committed. However, this opinion is strongly criticised by scholars, due to the fact that the assumption that there is one common social and moral order is far from reality.<sup>78</sup>

The second opinion on this issue claims that the state that has agreed to surrender the fugitive has some benefits in expelling her/him from its territory.<sup>79</sup> According to the scholars who criticise this opinion, it may not always be harmful to let the criminal stay within the borders of the country, and also, in case of extradition, the real benefits belong to the receiving state, not the deliverer.<sup>80</sup>

Another opinion about this issue considers the extradition as a reflection of sovereignty; thus, states declare these cooperation manifestos with other sovereigns toward their mutual benefits by admitting the fact that they cannot secure

---

<sup>78</sup> Edward M. Wise, "Some Problems of Extradition," *Wayne Law Review* 15, no. 2 (1969), 710.

<sup>79</sup> Wise, *Some Problems of Extradition*, 710 ff.

<sup>80</sup> Wise, *Some Problems of Extradition*, 711.

justice in their own territories.<sup>81</sup> Accepting or rejecting an extradition request as well as picking from more than one request is a form of usage of the power of sovereignty. Hence, extradition treaties are a sign of good relationships between states.<sup>82</sup>

According to *Wise*, states accept the extradition request due to the expectation that their favour will be returned if they make the same request themselves in the future.<sup>83</sup> The scholar points out that other scholars may direct the criticism that states should have discarded some certain conditions that limit extradition to maximise the benefits they expected, but that such a situation is not the case. *Wise* replies to this possible criticism with the thought that these issues are the product of political concerns other than extradition.<sup>84</sup>

*Magnuson* criticises the opinion, which assumes extradition as a concept that belongs to international law only and accepts that there is a rational give-and-take relationship that lies under extradition treaties. According to the scholar, this opinion fails to notice the current conjuncture of the law of extradition.<sup>85</sup> The scholar queries the reason why states need an extradition treaty if they already have some benefits in extradition.<sup>86</sup> Another critical question the scholar directed is why states form some rules and conditions which limit or aggravate extradition, if their interests are the primary goal.<sup>87</sup> According to *Magnuson*, the

---

<sup>81</sup> Radu, *the Legal Nature of Extradition*, 145 ff.

<sup>82</sup> Radu, *the Legal Nature of Extradition*, 146.

<sup>83</sup> *Wise*, *Some Problems of Extradition*, 711.

<sup>84</sup> *Wise*, *Some Problems of Extradition*, 711.

<sup>85</sup> William Magnuson, "The Domestic Politics of International Extradition," *Virginia Journal of International Law*, no. 52 (2012), 843.

<sup>86</sup> Magnuson, *International Extradition*, 843.

<sup>87</sup> Magnuson, *International Extradition*, 843.



opinion, which depends on the assumption of interest, also cannot answer that question: "Why do states sometimes infringe extradition treaties?"<sup>88</sup> *Magnuson* says that an opinion that is based on states' interests has failed to answer those questions, since it has overlooked some key variables such as domestic institutions and interest groups; and he states the main reason underlying the problem was the approach, which treats extradition as a phenomenon of the cooperation process between the states.<sup>89</sup> The scholar emphasises how great the importance of domestic interest groups' influence on the state's decisions about whether to comply with the treaty is.<sup>90</sup> *Magnuson* points out that domestic political interests may generate demands for extradition treaties, as well as deflect their formation and execution in a foreseeable way. Furthermore, he also states that it is always possible that a sovereign has some concerns other than the state's interests, such as the desire to be re-elected.<sup>91</sup>

In our opinion, the rationale of extradition should be searched for in the roots of this legal institution. As mentioned above, during the ancient and classical eras, fugitive political criminals always posed a threat that they might find some support or, even worse, assemble an army against their rivals, while they were still breathing abroad. Thus, it was natural that the sovereign's desired to end the fugitives' presences or at least to keep them locked up. Of course, establishing good relations with other sovereigns was an ideal way to avert many of the possible hiding spots of political rivals. However, it was still a problem how trustworthy the other sovereigns are. They might easily turn against the sovereign if it were to their own personal benefit politically. It was not possible to leave this issue to chance

---

<sup>88</sup> *Magnuson, International Extradition*, 843.

<sup>89</sup> *Magnuson, International Extradition*, 843.

<sup>90</sup> *Magnuson, International Extradition*, 843.

<sup>91</sup> *Magnuson, International Extradition*, 844.

because it was of vital importance. Probably “*pacta sunt servanda*” was the best instrument on hand, and extradition of political rivals must have been an obligation rather than arbitrary cooperation. It was obvious that this form of extradition was not an example of the international cooperation type which aimed to deliver mutual benefits for the whole of common society. This criticism was first expressed by *Grotius* in 1624.<sup>92</sup>

The interesting fact is, although the centre of gravity of extradition has shifted to the general prevention purpose of punishment, extradition's feature of being an obligation has not changed. In our opinion, the reason for this situation is habits or traditions. The presence of extradition as an obligation in current international treaties is the continuance of a tradition that has endured for hundreds of years since the classical era. However, it cannot be said that this tradition is completely devoid of value in terms of criminal policy. There is a proportionality between the range of a state's network of extradition treaties and the idea that there is not even a single place to flee from punishment. The regulation of extradition as an obligation rather than a discretion in international treaties is also important in terms of the inevitability of penalties. Thus, by putting each other under the obligation of extradition through international treaties, they protect their common interests in the deterrence of penalties, and by declaring their cooperation, they set forth the threat that they do not give criminals even a single place to flee. Enacting extradition as an obligation rather than discretion makes extradition inevitable by preventing the criminal from partnering with domestic interest groups in the state from which he fled. There still remains the possibility that states may violate their obligations for different political purposes or the different personal interests of decision-making authorities. This concerns

---

<sup>92</sup> Bassiouni, *International Extradition*, 6.

more fundamental questions related to the nature of international law, rather than extradition.

On the other hand, there is a question that still needs an answer: "*Why do states enact some limitations on extradition instead of maximising their benefits?*" The answer lies in the history of extradition. As mentioned above, the major interest of extradition does not take back any surrender. This approach held sway in the ancient era and lingered in the classical era. In sense of the modern extradition institution, the primary goal of states is to build strong fortified walls to prevent crime. However, international law's protection zone is not limited only by a state's interests. The thought of human rights, just like it has shaped other fields of law, either at domestic or international level, has also reshaped extradition law. Individuals also have some interests which are guaranteed by international law. The dominant opinion in doctrine considers that the rights and obligations in international law belong to states, not to individuals. Besides that, states may grant some protections to individuals, such as *the rule of speciality* and *the political crime exception*.<sup>93</sup> This stands on the same rationale as other treaties which protect human rights. States may anticipate some other benefits instead of extradition, with guaranteeing human rights or even avoiding some cumbersome fatigues. Of course, in a few instances, these anticipations may be preferred over a tiny part of the benefits based on general preventing purpose of punishment that might be provided by extradition.

---

<sup>93</sup> Christopher L. Blakesley, "Autumn of the Patriarch: The Pinochet Extradition Debacle and Beyond-Human Rights Clauses Compared to Traditional Derivative Protections Such As Double Criminilaty," *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 91, no. 1 (2001), 4.

### III. FOOTSTEPS OF A NEW DUTY: THE REVERSE EXTRADITION

Up to this point, we have examined extradition's history, and we have determined that the duty of extradition is the legacy of the entire history of international relations. Also, we mentioned its current function with regard to the prevention of general crime. Thus, we have answered the question of why we still need the duty of extradition. Now, we will evaluate some current events in international law, and we will examine if there is any extradition obligation outside of the duty to extradite in the context of current developments.

Donald Trump, the former president of the United States of America, wrote in one of his *tweets* on 17.02.2019 that "*The United States is asking Britain, France, Germany and other European allies to take back over 800 ISIS fighters that we captured in Syria and put them on trial. The Caliphate is ready to fall. The alternative is not a good one in that we will be forced to release them.....*"<sup>94</sup> In that tweet, Mr Trump publicly demanded that terrorists be taken over and prosecuted by western states. This tweet is not just a call for support from allied states. In fact, here, with a reference to Resolution no 2178 of the United Nations Security Council<sup>95</sup>, the international obligation of states is evoked in terms of punishing those who go abroad to join terrorist organisations.

On the other hand, soon after that tweet, the Trump administration rejected receiving the USA citizen *Muhammed Darwis B.*, who was a member of ISIS and captured in northern Syria by Turkish security forces. The answer from the Republic

---

<sup>94</sup> Donald Trump's Official Twitter Account (Banned), Access Date February 17, 2019, <https://twitter.com/realdonaldtrump/status/1096980408401625088>.

<sup>95</sup> United Nations Security Council (UNSC). Resolution no. 2178, S/RES/2178, 24 September 2014.

of Türkiye was radical. Türkiye dropped him at the Greek border, and interesting images emerged because Greece rejected to take him into their borders. The United States of America accepted to take him after he stayed in the safe zone between Turkish and Greek borders for five days.<sup>96</sup>

The *Muhammed Darwis B.* case is an important event not just for Turkish-American relations, but also for European states. Since the *9/11 Attacks*, there has always been a tendency to denaturalize people who are deemed as terrorists. However, that leaning has accelerated after ISIS has emerged as a great threat to modern civilisations, with its rise as well as its downfall.<sup>97</sup> Many European states, including Belgium, France, Germany, the Netherlands, and Sweden, do not want to take in their hundreds of citizens, who have joined ISIS (it is estimated that there are more than 5.000 ISIS members from Europe, including double citizens), and applying denaturalization would prevent of deportation of those people to their home countries.<sup>98</sup> Also, the

---

<sup>96</sup> Eileen AJ Connelly, "Turkey sends alleged American ISIS fighter back to US", *New York Post*, 16 11 2019, Access Date January 21, 2020, <https://nypost.com/2019/11/16/turkey-sends-alleged-american-isis-fighter-back-to-us/>; Salih Baran, "ABD'ye gönderilecek yabancı teröristin ara bölgede bekleyişi sürüyor", *Anadolu Ajansı*, 15 11 2019, Access Date January 21, 2020, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/abdye-gonderilecek-yabanci-teroristin-ara-bolgede-bekleyisi-suruyor/1646129>.

<sup>97</sup> Leslie Esbrook, "Citizenship Unmoored: Expatriation as a Counter-Terrorism Tool," *University of Pennsylvania Journal of International Law* 37, no. 4 (2016), 1275.

<sup>98</sup> Zeliha Eliaçık, "AB'nin yeni kör düğümü: Avrupalı DEAŞ'lılar," *Anadolu Ajansı*, 15 11 2019, Access Date January 23, 2020, <https://www.aa.com.tr/tr/analiz/abnin-yeni-kor-dugumu-avrupali-deasliilar/1646360>; In the doctrine, it is claimed that the denaturalization due to terrorism has no meaning other than its symbolic value, and that the real purpose of this implementation is to prevent these people from entering the country. See Patrick R. Wautelet, "Deprivation of Citizenship for 'Jihadists' Analysis of Belgian and French Practice and Policy in Light of the Principle

issue was raised in the European Parliament as a threat that should be prevented by precautions in the short and medium terms; and the questions of what kind of initiatives the European Union will take to protect its internal security, and what special technical and financial cooperation can be established between the member states have been opened to discussion.<sup>99</sup> *Robert Wainwright*, the former Director of Europol, has warned that it might be the most serious terrorist threat that the European states have ever faced since the *9/11 Attacks*.<sup>100</sup>

Denaturalization has many dimensions. It considers citizenship law as well as human rights. However, it is a critical question whether it can be a legal sanction as a punishment or security measure in terms of criminal law. Also, the denaturalization of members of transnational terrorist organisations is related to anti-terrorism and international security.

### **A. Denaturalization and the Protection of Individual Rights**

As a matter of fact, denaturalization is not a new legal institution. Anyone who obtained their citizenship by fraud has

---

of Equal Treatment," *SSRN Electronic Journal*, 11 02 2016, Access Date January 25, 2020, <https://ssrn.com/abstract=2713742>, 7; The fact that the *Ismail* family was not admitted to the United States for a while, even if they were not stripped of their citizenship, indicates the aim pursued by the western states. For detailed explanation of the *Ismails* case see Leti Volpp, "Citizenship Undone," *Fordham Law Review* 75, no. 5 (2007), 2579-2582, 2586.

<sup>99</sup> See *Nathalie Colin-Oesterlé's* question (3 March 2020 - O-000022/2020) for oral answer to the Commission on behalf of the PPE Group, Access Date December 18, 2021, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/O-9-2020-000022\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/O-9-2020-000022_EN.html).

<sup>100</sup> Lucia Zedner, "Citizenship Deprivation, Security and Human Rights," *European Journal of Migration and Law* 18, no. 2 (2016), 223.

been denaturalized since the beginning of history. During and after the First World War, some actions that were considered disloyalty to the state were grounds for the deprivation of citizenship.<sup>101</sup> Today, denaturalization often serves the purpose of keeping terrorists out of a country's borders. In fact, there are not any rules that protect individuals against denaturalization in international law, other than the exception about those that will become stateless if they are denaturalized.<sup>102</sup> As it was stated in par. 33 of the Explanatory Report to the European Convention on Nationality, not leaving people stateless is a part of international customary law.<sup>103</sup> International law aims to prevent statelessness, as is proven by the Universal Declaration of Human Rights of 1948 art. 15/2.<sup>104</sup> For this purpose, the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons and the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness have been granted, and art. 4-a of the 1961 Convention recognises the rights of everyone to have citizenship. However, those legal documents are not directly banning the use of denaturalization as a tool against terrorism.<sup>105</sup> If the people who were deemed as being

---

<sup>101</sup> For a brief history of denaturalization in the western countries especially the United Kingdom and Canada, see Craig Forcese, "A Tale of Two Citizenships: Citizenship Revocation for Traitors and Terrorists," *Queen's Law Journal* 39, no. 2 (2014), 558 ff.

<sup>102</sup> Esbrook, *Citizenship Unmoored*, 1300 et seq, E.g., The British Supreme Court stopped the denaturalization of a British national named *Al-Jedda*, who was originally Iraqi but had lost his Iraqi citizenship while becoming a British citizen, as he would have been stateless if he had been denaturalized. See Wautelet, *Deprivation of Citizenship*, 1, 3<sup>rd</sup> fn.; For the full text of the decision on the *Secretary of State for the Home Department v Al-Jedda* case see. [2013] UKSC 62, November 6, 2021, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2012-0129-judgment.pdf>.

<sup>103</sup> Council of Europe, *Explanatory Report to the European Convention on Nationality*, Strasbourg, 1997, November 6, 2021, <https://rm.coe.int/16800ccde7>, ¶ 33.

<sup>104</sup> Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2016), 28.

<sup>105</sup> Forcese, *Traitors and Terrorists*, 560 ff.

involved in terrorist activities have dual citizenship, international law does not have any rules against that. On the other hand, the current practice of using deportation as an antiterrorist tool can cause some serious issues with regard to human rights:

First of all, the current practice of denaturalization due to terrorism is administrative rather than judicial. As in the famous case of *Shamima Begum*, who had joined ISIS when she was a teenager and was stripped of her United Kingdom citizenship on national security grounds, denaturalization without trial may cause several problems in terms of the right to a fair trial. The first problem is about the presumption of innocence, or, more accurately, the presumption of being not guilty. Denaturalization is a serious sanction as well, as terrorism is a serious crime. Thus, even though combating terrorism requires some hard precautions, stripping off someone's citizenship means more than just a precaution or a tough but necessary decision. It has to be said out loud that it is a harsh sanction as much as it is a criminal sanction. More specifically, it is a kind of security measure in terms of criminal law. Hence, it should have been regulated as a judicial decision instead of an administrative one. And the second breach is about presenting in front of the court. Since the main reason for stripping off someone's citizenship is to keep her/him out of the borders, it will be problematic if this person wants to enter the country to present herself/himself in front of the court in her/his case against the denaturalization. The *Shamima Begum* case has proved that theory already.

There is another, and more serious, problem. The other state for which the person holds citizenship may apply capital punishment, which is banned in most western countries. The state which strips the citizenship of the individual may claim that the third secure state should not deport or extradite her/him to that country which applies capital punishment. However, it



cannot be expected for the third secure state to keep every captured terrorist within its borders forever, considering there are thousands of them and none of them are its citizens. It cannot be said that the state that abandoned its citizens has no responsibility for what will happen to its former citizens.

Also, the implementation of denaturalization raises some serious concerns about discrimination. In this case, the subjects of the denaturalization implementation are double citizens who are involved in events overseas. Hence, this could easily turn into a witch-hunt against a particular minority, group, or culture. Additionally, in some countries, *e.g.*, France and Belgium, the denaturalization of terrorists is foreseen only in terms of acquired citizenship; people who are citizens of that state by birth are exempted from that sanction.<sup>106</sup> So clearly, denaturalization and race are relevant. On the other hand, religion is another matter that can be a subject of discrimination<sup>107</sup>. As *Volpp* stated, wearing a t-shirt that has Arabic letters on it may be understood as a terrorist act by some people in western countries. *Raed Jarrar*, the man who was barred from boarding his flight from New York to California because he was wearing a t-shirt with the sentence "*we will not be silent*" in Arabic as well as English, is one of the concrete examples of the hostility against the Muslim people.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Wautelet, *Deprivation of Citizenship*, 8, 12, 21; As in the Dutch law, there are other legal systems in which such a distinction is not made. See Wautelet, *Deprivation of Citizenship*, 8.

<sup>107</sup> Fatih Dügmeçi, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 325, 326.

<sup>108</sup> Volpp, *Citizenship Undone*, 2585 ff.

## B. Denaturalization and the Protection of the Civilisation

The recently increasing trend of denaturalization due to being a suspect of terrorism<sup>109</sup> should be questioned from two different angles. The first question is about the efficiency of this conduct, both at the international and domestic levels. And the second question aims to detect which states are obligated to render the punishment (at least, prosecuting) and rehabilitation of the members of transnational terrorist organisations. But, before seeking an answer to those questions, we must carry out a brief explanation of the reason why we are talking about extradition instead of deportation.

It has been claimed that there should be a request from the receiving state so the process of extradition can be started.<sup>110</sup> In practice, the state that wants to send a criminal to her/his country usually deports her/him. However, deportation does not include any obligation to prosecute. Thus, deportation is not the ideal solution in terms of antiterrorism, because security at the international level requires eliminating terrorism itself as much as possible. Hence, captured terrorists must be prosecuted and punished after their crimes have been proven. One of the functions of punishment is to release the criminal from her/his

---

<sup>109</sup> While whereas in the 30 years to 2002, there was only one person who was denaturalized, this number was 41 between the years of 2006 and March 2014, and between 2013 and 2014 alone, 37 people lost their citizenship in the United Kingdom. See Zedner, *Citizenship Deprivation*, 231.

<sup>110</sup> M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin and Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 1131; According to Turhan, it is not possible to perform an extradition without request. However, the author states that Turkish Criminal Code art. 12/3-b indirectly allows Republic of Türkiye to offer to extradite someone to another state. See Faruk Turhan, "Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme," *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8, no.2 (2018), 9 ff.

guilt. Also, the superior aim of prisons should be the rehabilitation of criminals during prison time, so they can return to society in peace.

Theoretically, every state should be obligated to punish and rehabilitate terrorists that they have captured and keep them away from radical organisations. However, that mission cannot be fulfilled only by the states which are militarily combating terrorism. First and foremost, it is impossible to re-socialize these kind criminals and provide them with a clean life in a society where they have no common roots. Since it is known that the human resources of terrorist organisations generally consist of people who are not well integrated into society, the best place to locate those criminals is in the country that will be detected in the context of the criteria of the genuine link theory.<sup>111</sup> Only through these means can they be kept away from radical groups. On the other hand, western countries that apply denaturalization to people who are deemed involved in terrorist activities ignore their obligation to international society. In fact, their wrongdoings are not just against international mutual interests,

---

<sup>111</sup> The genuine link theory is a principle introduced by the very famous *Nottebohm* decision of the International Court of Justice, which stipulates criteria for determining a person's real nationality. If there is a suitable place for a terrorist to be rehabilitated and re-socialized through punishment, we believe this can be determined within the criteria of the genuine link theory such as habitual residence, centre of interests, family ties, participation in public life, and manifestation of connection to the given country in the education of children. For the criteria and substance of the genuine link theory in terms of international law, see Judit Toth, "The Genuine Link Principle in Nationality Law", *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 45, no. 1 (2014), 45-50; For the full text of the decision, see International Court of Justice Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders. '*Nottebohm* Case (Liechtenstein v. Guatemala)', Second Phase Judgment of April 6<sup>th</sup> 1955, December 21, 2021, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/18/018-19550406-IUD-01-00-EN.pdf>.

but also, domestic society's interests are affected badly by their irresponsible conduct. Just building a wall and keeping the terrorists beyond the wall is not an effective means of protection. As seen in the *9/11 Attacks*, the world is too small to sweep terrorism under the carpet.<sup>112</sup> If terrorism wins somehow anywhere in the world, it will become a direct or indirect threat to all civilisations.

As it is seen, there is a need for 'an obligation', so states could be forced to receive and punish these criminals even though they have been denaturalized. As aforementioned, deportation is not an effective way to obligate those states to punish criminals. Also, there is no way to force them to give back those people's citizenship, in terms of international law.

Despite the need for a remedy for reverse extradition, it is hard to say there is a norm that can be the source of this obligation in international law. According to *Grotius*, no private legal communities or public entities shall be held liable for the defects of their members unless they acted with them or were negligent in the crime.<sup>113</sup> A father is not responsible for the crimes of his child, a master is not responsible for his servant's actions, just as a chief is not responsible for his officers' wrongdoings.<sup>114</sup> But also, it must be said that a father must take action about the wrongdoings of his child and a state's responsibility in regards

---

<sup>112</sup> Both the *9/11 Attacks* and the *7/7 London Bombings* proved that the threat can somehow ooze from the outside of borders. Of course, we cannot deny how important it is to secure the border and keep immigration under control. However, it must be acknowledged that denaturalization is something else than protecting border security. This is the dumping out of the people that were suspected of terrorist affiliation and means that terrorism can be tolerated as long as it stays outside the borders. For more about how the *9/11 Attacks* and the *7/7 London Bombings* revealed the importance of border security, and its reflections on European immigration law, see Zedner, *Citizenship Deprivation*, 225-228.

<sup>113</sup> Grotius, *The Rights of War and Peace*, 1055.

<sup>114</sup> Grotius, *The Rights of War and Peace*, 1055.

to the wrongdoings of its citizens are not too different. However, that point of view is not enough to create an obligation in terms of international law. There should be a treaty to create this obligation, and recent developments in international relations have demonstrated to us that it is possible for such an agreement to be signed between the Republic of Türkiye and New Zealand. The *Suhayra Aden* case proves that those two states are on the same page about receiving and punishing captured members of transnational terrorist organisations by the countries that will be detected in terms of the true nationality principle.

*Suhayra Aden* was born in New Zealand; she lived there until the age of six, then immigrated to Australia permanently with her family. She lived in Australia until she joined ISIS in 2014. She had dual citizenship from both Australia and New Zealand, until Australia stripped her of her citizenship. She was captured by Turkish security forces when she tried to enter Türkiye illegally. New Zealand Prime Minister *Jacinda Ardern* said in a statement to the press that every reasonable person is aware that *Suhayra Aden* is an Australian. She claimed that Australia has been passing their responsibility to New Zealand by unilaterally denaturalizing this person, who has been living in Australia since the age of six and whose family and friends are there. She also stated that Australia and New Zealand should cooperate with regard to terrorists with dual citizenship, and she said she conveyed their concerns about the issue to her Australian counterpart. Australian Prime Minister *Scott Morrison*, on the other hand, stated that, as the Prime Minister of Australia, establishing national security is their priority, and that its current laws automatically strip the citizenships of dual citizens that are involved in terrorist acts.<sup>115</sup> The crisis came to an end in the

---

<sup>115</sup> For more details and the comments of both of the prime ministers see Praveen Menon and Colin Packham. "New Zealand PM urges Australia to 'do the right thing' over terror suspect's citizenship", *Reuters*, 16 02 2021,

context of this case with the reception of *Suhayra Aden* by New Zealand.

New Zealand Prime Minister *Jacinda Ardern* emphasised the awareness of fulfilling her international responsibilities when announcing the decision. *Ms Ardern* also stated that the responsibility of *Suhayra Aden* belongs to Australia, not the Republic of Türkiye. However, since Australia passed their responsibility, she is a concern of New Zealand now. She stated that Australia agreed to consult with them in similar cases that are likely to occur in the future. Regarding whether *Suhayra Aden* will be prosecuted by New Zealand, she set forth that every New Zealander involved in terrorist acts should be aware that they can be investigated under New Zealand law but that the issue is a judicial matter.<sup>116</sup> An important statement about the reintegration of *Suhayra Aden* and her children into society was made by *Ms Aden's* lawyer, *Deborah Manning*. She stated that the family is going through difficult times, and that her client, like every mother, focuses on her children, and that the family needs privacy and time above all else. She stated *Ms Aden* and her children are looking forward to returning to New Zealand to begin their new life, and they hope to leave the troubled days behind and lead a normal life as much as possible.<sup>117</sup>

---

[Access Date April 14, 2021, https://www.reuters.com/article/us-newzealand-australia-turkey-idUSKBN2AG035.](https://www.reuters.com/article/us-newzealand-australia-turkey-idUSKBN2AG035)

<sup>116</sup> Rachel Pannett, "New Zealand to resettle suspected Islamic State militant and her children after Australia revoked citizenship", *The Washington Post*, 26 07 2021, [Access Date April 14, 2021, https://www.washingtonpost.com/world/2021/07/26/zealand-islamic-state-australia/.](https://www.washingtonpost.com/world/2021/07/26/zealand-islamic-state-australia/)

<sup>117</sup> "Isis 'terrorist' bride Suhayra Aden and her children to return to NZ", *NZ Herald*, 26 07 2021, [Access Date April 14, 2021, https://www.nzherald.co.nz/nz/isis-terrorist-bride-suhayra-aden-and-her-children-to-return-to-nz/MCHFHKTT4KKGLN64RTO3O3VCBU/#/.](https://www.nzherald.co.nz/nz/isis-terrorist-bride-suhayra-aden-and-her-children-to-return-to-nz/MCHFHKTT4KKGLN64RTO3O3VCBU/#/)

### **C. The Essence of the Reverse Extradition**

There is an obvious need for an obligation that forces the states to take and prosecute the enemies of modern civilisations. This is the only way dangerous criminals can be held accountable for their crimes and be re-socialised. A fair agreement about that obligation must contain the following aspects:

*Firstly*, the duty to take and prosecute must depend on the criteria of the genuine link theory. A criminal must be prosecuted and punished in the most appropriate country, so that he or she can open a new and clean page. This country cannot be anywhere except the place that he or she can call home, and in terms of international law, the home should be detected on the grounds of the criteria of the genuine link theory. The state in which the criminal was a citizen, legally or in appearance when the crime was committed, must be obligated in the first place. It should be accepted as a presumption that this is the person's home until the contrary is proven. On the other hand, if there is a country that is more appropriate in terms of the genuine link theory, it should also be possible for the person to be given to this state. Also, denaturalization should not be a reason to decline a request relating to the duty to take and prosecute.

*Secondly*, even though their grounds are partly common, the duty to take and prosecute is a different term than 'the transfer of prisoners' and 'the transfer of prosecution'. The fundamental difference is that the duty to take and prosecute depends on the idea of mutual combating against transnational terrorism, while the others consider domestic criminal objectives or some humanist interests. Thus, the scope of the duty to take and prosecute is limited by terrorism, especially transnational terrorism.

*Thirdly*, the terrorist organisations that are within the scope of the duty to take and prosecute must be mutually determined by the police of both parties. Since there is not any consensus on

the definition of terrorism<sup>118</sup>, it would be efficient to detect which organisations are terrorists according to both parties. Essentially, the state that denaturalizes its citizen has already accepted that the case is involved in terrorism. On the other hand, if there is no denaturalization implementation, deportation is a practical way for sending terror suspects to their home country. However,

---

<sup>118</sup> *Schmidt and Jongman* determined that between 1936-1981, there were 109 different expressions defining terrorism in the international law text. See Alex P. Schmid and Albert J. Jongman, *Political Terrorism: A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories, and Literature* (New Jersey: Transaction Publishers, 1988), 5; In this respect, it is difficult to claim that terrorism is accepted as a crime violating *jus cogens* norms in current international law. On the other hand, *Bassiouni* states that some acts of terrorism-violence are amongst the international crimes that can be qualified as *jus cogens* violations in the future. According to the author, after the 9/11 Attacks, terrorism, began to be considered amongst the crimes, such as genocide, crimes against humanity, war crimes, and torture, that states had the duty to not provide a safe haven. Thus, a crime suppressed at the national level became a concern of the common interest of the international community. According to *Bassiouni*, just as the line between national crimes and international crimes is dynamic, the line between *jus cogens* violations and other international crimes is dynamic as well in terms of international legal assistance mechanisms. Terrorism, which was not once considered a violation of *jus cogens* norms, has turned into a problem that causes international concerns in the era of globalization. Thus, the door has been opened for the definition of terrorism as a *jus cogens* crime. Currently, states need more than their cooperation to suppress domestic crimes committed within their borders. In that case, all humanity refers to a single society (*civitas maxima*) against of the acts of terrorist organizations, especially transnational terrorist activities. See Mahmoud Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014), 148ff. 495, 500; It is stated in the doctrine by *Petersen* that combating terrorism effectively within democracy has become an urgent task for western states. However, we claim that it is urgent as well as indispensable task for every state and legal organization. For the opinion that is mentioned, see Antje C. Petersen, "Extradition and the Political Offense Exception in the Suppression of Terrorism," *Indiana Law Journal*, 67, no. 3 (1992), 767.



reverse extradition is not just the duty of taking criminals, but also the duty of prosecuting them. Therefore, mutual identification of terrorist organisations within the scope of the agreement is valuable. In addition, well-connected coordination mechanisms between states should be established, so that this list can be updated for further improvements.

*Lastly*, the domestic laws of the parties must be made suitable for fulfilling this obligation. Domestic law must allow for the punishing of criminals according to the rules of the jurisdiction<sup>119</sup>, as well as the crime types described in criminal codes. For example, a criminal organisation must be directly targeting the sovereignty of the Republic of Türkiye to be considered as a terrorist organisation in terms of the Turkish Code of Combating Terror. Hence, expanding the Turkish jurisdiction is not enough to establish the legal grounds of the prosecution of transnational terrorists.

## CONCLUSION

Extradition has developed as an obligation throughout history. The duty of extradition of common criminals was indeed born of the retribution purpose of punishment, but it was also raised by the general preventive purpose of punishment. Today, extraditing an offender is still an obligation, even though states already have interests in extradition. Regulating extradition as an obligation by international treaties is a habit. However, this is not just an ordinary habit. It reveals that there is no paradise for

---

<sup>119</sup> It cannot be said that there is a rule as universal jurisdiction over terrorism. According to *Chakraborty*, who has the opinion that the lack of consensus on the concept of terrorism in international texts and the differences in the domestic regulations on terrorism play an important role in this, terrorism is not within the scope of universal jurisdiction in peacetime. However, if terrorism is used as a tool in cases where the law of armed conflict is valid, in this case, there is no doubt that states have universal jurisdiction. See *Chakraborty, Extradition Laws*, 183, 186.

criminals to escape to, as these states impose an obligation to extradite criminals. Current extradition treaties, therefore, serve the general preventive purpose of punishment. However, at this point, we are on the verge of a new extradition obligation that also aims to rehabilitate the person who committed a crime.

Extradition has developed in history in connection with events in international relations. One of the current events that will affect the future of extradition is the issue of terrorists who have been stripped of their citizenship. Terrorism is no longer a problem that states can hide outside their borders to protect themselves, nor is it an issue that can simply be swept under the carpet. Combating against terrorism is a common problem for the entirety of humanity. For this reason, it is at least a moral responsibility not to allow the captured terrorists to fall into the clutches of radical organisations after they have received their sentences. It has become a necessity to force states, by an obligation depending on international treaties, to take, prosecute, and rehabilitate captured terrorists, even if their citizenships have been stripped because they involved in terrorist activities. The conclusion of such an agreement between the Republic of Türkiye and New Zealand would be beneficial not only for the interests of these states but also for the security of all humanity.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author received no financial support for this study.

**Conflict of Interest:** There is no conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

---

## REFERENCES

- “Isis 'terrorist' bride Suhayra Aden and her children to return to NZ.” *NZ Herald*, 26 07 2021. [Access Date April 14, 2021. https://www.nzherald.co.nz/nz/isis-terrorist-bride-suhayra-aden-and-her-children-to-return-to-nz/MCHFHKTT4KKGLN64RTO3O3VCBU/#/](https://www.nzherald.co.nz/nz/isis-terrorist-bride-suhayra-aden-and-her-children-to-return-to-nz/MCHFHKTT4KKGLN64RTO3O3VCBU/#/).
- Judges. *Old Testament*, 19-20.
- “Member States.” *United Nations*. Access Date June 21, 2021. <https://www.un.org/en/member-states/index.html>.
- Alotaibi, Ayedh Hadi. “Current International Legal Problems in the Pursuit of Extradition Requests: The Practice of Saudi Arabia.” Unpublished PhD Thesis, 2004.
- Ambos, Kai and Christian Steiner, “On the Rationale of Punishment at the Domestic and International Level.” *Le Droit Pénal a L'épreuve De L'internationalisation*, ed. Marc Henzelin and Robert Roth, Geneve: LGDJ, 2002, 312-317.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin and Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Baran, Salih. “ABD'ye gönderilecek yabancı teröristin ara bölgede bekleyişi sürüyor.” *Anadolu Ajansı*, 15 11 2019. [Access Date January 21, 2020. https://www.aa.com.tr/tr/dunya/abdye-gonderilecek-yabanci-teroristin-ara-bolge-de-bekleyisi-suruyor/1646129](https://www.aa.com.tr/tr/dunya/abdye-gonderilecek-yabanci-teroristin-ara-bolge-de-bekleyisi-suruyor/1646129).
- Bassiouni, Mahmoud Cherif. *International Extradition: United States Law and Practise*. New York: Oxford University Press, 2014.
- Bassiouni, Mahmoud Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014.

- Beccaria, Cesare. *On Crimes and Punishments and Other Writings*. ed. Richard Bellamy, tr. Richard Davies, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Blakesley, Christopher L. "Autumn of the Patriarch: The Pinochet Extradition Debacle and Beyond-Human Rights Clauses Compared to Traditional Derivative Protections Such As Double Criminilaty." *The Journal of Criminal Law & Criminology* 91, no. 1 (2001): 1-98.
- Blakesley, Christopher L. "The Practice of Extradition from Antiquity to Modern France and the United States: A Brief History." *Boston College International and Comparative Law Review* 4, no. 1 (1981): 39-60.
- Chakraborty, Ananya. *Extradition Laws in The International and Indian Regime: Focusing on Global Terrorism*. Cuttack: Palgrave Macmillan, 2019.
- Connelly, Eileen AJ. "Turkey sends alleged American ISIS fighter back to US". *New York Post*, 16 11 2019. Access Date January 21, 2020. <https://nypost.com/2019/11/16/turkey-sends-alleged-american-isis-fighter-back-to-us/>.
- Council of Europe, "Explanatory Report to the European Convention on Nationality", Strasbourg, 1997. Access Date November 6, 2021. <https://rm.coe.int/16800ccde7>.
- de Vattel, Emer. *The Law of Nations*. ed. Knud Haakonssen, Indianapolis: Liberty Fund, 2008.
- Doğan, Vahit. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2016.
- Donald Trump's Official Twitter Account (Banned). Access Date February 17, 2019. <https://twitter.com/realdonaldtrump/status/1096980408401625088>.
- Düğmeci, Fatih. *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

- Eliaçık, Zeliha. "AB'nin yeni kör düğümü: Avrupalı DEAŞ'lılar." *Anadolu Ajansı*, 15 11 2019. [Access Date January 23, 2020. https://www.aa.com.tr/tr/analiz/abnin-yeni-kor-dugumu-avrupali-deaslilar/1646360.](https://www.aa.com.tr/tr/analiz/abnin-yeni-kor-dugumu-avrupali-deaslilar/1646360)
- el-Vâkıdî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ömer. *Kitâbü'l-Meğâzî*. tr. Musa K. Yılmaz, ed. Marsden Jones, İstanbul: İlkhâf Yayıncılık, 2016.
- Esbrook, Leslie. "Citizenship Unmoored: Expatriation as a Counter-Terrorism Tool." *University of Pennsylvania Journal of International Law* 37, no. 4 (2016): 1273-1329.
- European Union, "Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and The Surrender Procedures Between Member States". 45 OJEC, L 190, 18 July 2002.
- Forcese, Craig. "A Tale of Two Citizenships: Citizenship Revocation for Traitors and Terrorists." *Queen's Law Journal* 39, no. 2 (2014): 551-586.
- Grotius, Hugo. *The Rights of War and Peace*. ed. Knud Haakonssen II, Indianapolis: Liberty Fund, 2005.
- Güler, Ülkü. "Türk Ceza Hukukunda Geri Verme." Unpublished Master Thesis, 2010.
- Harper, Douglas. "Extradition." *Online Etymology Dictionary*. [Access Date January 5, 2021. https://www.etymonline.com/word/extradition#etymonline\\_v\\_14125.](https://www.etymonline.com/word/extradition#etymonline_v_14125)
- İçel, Kayıhan & Süheyl Donay. *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*. 1<sup>st</sup> Book, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1999.
- Köprülü, Timuçin. "Suçluların Geri Verilmesi." Unpublished Master Thesis, 2001.
- Lewis, Charlton T. and Charles Short. "Traditio." *A Latin Dictionary*. [Access Date January 5, 2021.](https://www.oxfordjournals.org/abstract/doi/10.1093/ajph/l1111111111)

<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.04.0059%3Aentry%3Dtraditio>.

Magnuson, William. "The Domestic Politics of International Extradition." *Virginia Journal of International Law*, no. 52 (2012): 839-901.

Malekian, Farhad. *Principles of Islamic International Law: A Comparative Search*. Leiden: Brill, 2011.

Menon, Praveen and Colin Packham. "New Zealand PM urges Australia to 'do the right thing' over terror suspect's citizenship." *Reuters*, 16 02 2021. Access Date April 14, 2021. <https://www.reuters.com/article/us-newzealand-australia-turkey-idUSKBN2AG035>.

Montañez, Julio Ramírez. "The Extradition of Colombians from the Perspective of the Foundation for the Defense of Colombians with Orders of Extradition (DECOPEX)." *Asian Journal of Latin American Studies* 29, no. 4 (2016): 55-78.

Nathalie Colin-Oesterlé's question (3 March 2020 - O-000022/2020) for oral answer to the Commission on behalf of the PPE Group. Access Date December 18, 2021. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/O-9-2020-000022\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/O-9-2020-000022_EN.html).

Nottebohm Case (Lichte'stein v. Guatemala), Second Phase Judgment of April 6<sup>th</sup> 1955. Access Date December 21, 2021. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>.

Özgen, Eralp *Suçluların Geri Verilmesi*. Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1962.

Özgenç İzzet. "Türkiye'nin Taraf Olduğu Anlaşmalar Açısından Türk İade Hukukunun Değerlendirilmesi." Unpublished Master Thesis, 1984.

Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

- Pannett, Rachel. "New Zealand to resettle suspected Islamic State militant and her children after Australia revoked citizenship." *The Washington Post*. 26 07 2021. [Access Date April 14, 2021. https://www.washingtonpost.com/world/2021/07/26/zealand-islamic-state-australia/](https://www.washingtonpost.com/world/2021/07/26/zealand-islamic-state-australia/).
- Petersen, Antje C. "Extradition and the Political Offense Exception in the Suppression of Terrorism." *Indiana Law Journal* 67, no. 3 (1992): 767-796.
- Radu, Mariana. "Controversies on the Legal Nature of Extradition." *Ovidius University Annals, Economic Sciences Series* 13, no. 2 (2013): 144-148.
- Şakiroğlu, Mahmut H. "Toskana." İç. *TDV İslam Ansiklopedisi* 41, Ankara: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2012.
- Schmid, Alex P. and Albert J. Jongman. *Political Terrorism: A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories, and Literature*. New Jersey: Transaction Publishers, 1988.
- Secretary of State for the Home Department v Al-Jedda*, [2013] UKSC 62. Access Date November 6, 2021. <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2012-0129-judgment.pdf>.
- Shearer, Anthony Ivan. *Extradition in International Law*. Manchester: Manchester University Press, 1971.
- Toth, Judit. "The Genuine Link Principle in Nationality Law." *Hungarian Yearbook of International Law and European Law* 45, no. 1 (2014): 45-56.
- Turhan, Faruk. "Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme." *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no.2 (2018): 1-87.
- United Nations Security Council (UNSC). Resolution no. 2178, S/RES/2178, 24 September 2014.



Volpp, Leti. "Citizenship Undone." *Fordham Law Review* 75, no. 5 (2007): 2579-2586.

Wautelet, Patrick R. "Deprivation of Citizenship for 'Jihadists' Analysis of Belgian and French Practice and Policy in Light of the Principle of Equal Treatment." *SSRN Electronic Journal*, 11 02 2016, <https://ssrn.com/abstract=2713742> (Access Date January 25, 2020).

Wise, Edward M. "Some Problems of Extradition." *Wayne Law Review* 15, no. 2 (1969): 709-732.

Zanotti, Isidoro. *Extradition in Multilateral Treaties and Conventions*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Zedner, Lucia. "Citizenship Deprivation, Security and Human Rights." *European Journal of Migration and Law* 18, no. 2 (2016): 222-242.

# METaverse AVATARLARLARININ TELİF HAKKI

*Copyright of Metaverse Avatars*

**Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM\***

## Öz


Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler, insanların gerçek hayatlarını yakından etkileyecek sanal ortamların oluşmasını sağlamıştır. Metaverse olarak adlandırılan ortamlarda internet üç boyutlu hale gelmiştir. Kişilerin bir parçası oldukları sanal ortamlarda kendilerini temsil edecek avatarlar oluşturmaları gerekmiştir. Her gün aktif olarak binlerce kullanıcının yer aldığı sanal ortamlardaki avatarların fikir eseri olarak nitelenip nitelenemeyeceği, nitelenirse hangi türü kapsamında değerlendirileceği, kullanıcıların avatarları üzerinde telif hakkı sahibi olup olmadığı gibi konuların tartışılarak çözümlenmesi gerekmektedir. Günümüz gerçekliğinde özellikle metaverse gibi sanal ortamlardaki hızlı gelişmeleri takip edemeyen hukuk

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Abd. Bşk., aysegul.kulular@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6556-0269.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 20.08.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 09.11.2022.

**Atıf/Citation:** Kulular İbrahim, Merve Ayşegül. "Metaverse Avatarlarının Telif Hakkı." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 540-580.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 

nedeniyle veya internetin ülke hudutlarını aşan dünyasında devletlerin düzenleme yapmasındaki ve yaptırım uygulamasındaki zorluklar gibi nedenler dolayısıyla metaverse gibi dijital platformlardaki telif hakları oldukça karmaşık bir sorun olarak gündeme gelmektedir. Metaverse üzerinde gerçekleştirilen hukuki işlemlerin ve üretilen ürünlerin çeşitliliği düşünülerek bu çalışmanın kapsamı metaverse avatarlarının telif hakkına konu olmasını analiz edecek şekilde belirlenmiştir. Çalışma ile metaverse avatarlarının telif hakkına konu olup olmadığı ve metaverse avatarını oluşturan kullanıcının telif hakkı sahibi veya içerik sağlayıcı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin mevcut düzenlemeler uyarınca analiz edilmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda öncelikle metaverse ve avatar kavramları tanımlanmıştır. Ardından avatarın fikri hukuk kapsamında bir fikri eser olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmış ve çeşitli ihtimaller analiz edilerek 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK olarak anılacaktır) 2. maddesi uyarınca ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Metaverse avatarının hukuki niteliği tartışmasında avatarın ilk kez üretilmesi ile avatarın dijital ortam içerisinde geliştirilmesi –leri seviyeye terfi ettirilmesi- durumları ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Bunlardan farklı olarak avatarın oluşturulması sürecinde kullanılan nesnelere telif hakkına konu olması tartışılmıştır. Avatarın oluşturulmasındaki farklı durumlar analiz edilmiş, bu durumlara göre kullanıcının avatar üzerindeki telif hakkı tartışılmıştır. Avatarın oluşturulduğu dijital platform veya uygulamalarda kullanım şartlarında aksi öngörülmediği veya sınırlanmadığı takdirde avatar oluşturma sürecinde kullanıcının sarf ettiği emek sonucu kişiselleştirdiği orjinal avatarı üzerinde telif hakkı sahibi olabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Mevcut düzenlemelerdeki sorunlar üzerinde durularak metaverse avatarlarını kapsayacak şekilde dijital platformlar karşısında güçsüz durumdaki kullanıcıların haklarını gözeten yeni düzenleme ve yükümlülükler için örnekler sunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Metaverse, dijital platform, avatar, telif hakkı, dijital eser, FSEK, sanal evren, bilişim hukuku.

## **Abstract**

Developments in information technologies have created virtual environments that affect the real life. Internet is now three-dimensional. People need to create avatars to represent themselves in these digital environments of which they are a part. It is discussed whether avatars in virtual environments can be qualified as intellectual works. The dispute whether users have copyright on their avatars should be settled. Copyright in digital platforms such as metaverse is a very complex issue because law cannot keep up the rapid developments in virtual environments. There are other difficulties for states to regulate and impose sanctions due to the structure of the internet that transcends country borders. The scope of this work is to analyze the copyrighting of metaverse avatars. This study aims to analyze whether metaverse avatars are subject to copyright and whether the user who created the metaverse avatar can be qualified as a copyright owner or content provider in accordance with current regulations. In this context, first of all this work defines *metaverse* and *avatar*. This work then discusses whether the avatar can be considered as an intellectual work within the scope of Intellectual Property Law. Under Turkish Intellectual Property Law, avatar can be claimed as scientific and literary works under Article 2 of the Law on Intellectual and Artistic Works. To determine the legal nature of the metaverse avatar, this work evaluates creating an avatar and crafting an avatar separately. It also discusses the copyright of the objects used in the creation of an avatar. The work analyses copyright of the user on the avatar due to different procedures of the creating an avatar. Unless otherwise stipulated in the terms and conditions of the digital platform or applications where the avatar is created, the user is claimed to be the copyright owner

considering the labour and originality of the personalised avatar. It is suggested to update current regulations to impose relevant obligations on digital platforms to protect users as a weaker party in the meantime to balance the users' rights, and interest of digital platforms to foster economic and technologic growth.

**Keywords:** Metaverse, digital platform, avatar, copyright, digital work, the Law on Intellectual and Artistic Works, virtual environment, Cyber Law.

## GİRİŞ

Teknolojideki hızlı ilerlemeye rağmen internetin sunduğu imkanlar dünya henüz tam anlamıyla fark edilmiş değildir. Her yıl milyonlarca kullanıcının ciddi miktarda zaman ve para harcayarak<sup>1</sup> çevrimiçi ortamda / sanal alanda bir arada yaşadıkları, alışveriş ya da savaş yaptıkları ve öldükleri bir dünya bulunmaktadır.<sup>2</sup> Kişiyi metaverse gibi sanal ortamlarda temsil eden, kişinin sanal kimliği olarak tanımlanabilen avatarlar,<sup>3</sup> birlikte yaşadıkları sanal topluluk içerisinde çeşitli

---

<sup>1</sup> Blazing Falls gibi birçok oyunda avatarın evin için kanepa veya yatak yahut bir fırın alınması gibi kullanıcı avatarının ihtiyaç duyacağı her şey için ödeme yapılması gerekmektedir. Bu sanal ortamda tüm nesnelere ve eşyalara aşınmaya tabi olduğundan misafir çekmeye devam etmek isteyen kullanıcının büfeyi yenilemesi, tuvaletin engelini kaldırması veya kırık halter makinesini tamir etmesi gerekmektedir ve bu hizmetlerin her biri için belirli bir bedeli ödemesi beklenmektedir. F. Gregory Lastowka ve Dan Hunter, "The Laws of the Virtual Worlds," *California Law Review*, 92, no. 1 (2004), 30.

<sup>2</sup> Cory Ondrejka, "Escaping the Gilded Cage: User Created Content and Building the Metaverse," *New York Law School Law Review*, 49, no. 1 (2005), 81.

<sup>3</sup> Ümit Sarı, "Yeni Nesil Bir Temsil Alanı Metaverse," İç. *Dijital Demokrasi*, Editör Serdar Çil, 173 – 194, (İstanbul: Eğitim Yayınevi, 2022), 174.

varlıklar edinmenin yanında güç ve itibar da edinebilmektedir.<sup>4</sup> Bu sanal ortamda insanlar gerek avatarlarını gerek ortamı veya kendilerine sunulan diğer unsurları kişiselleştirmeyi ve o sanal ortamın izin verdiği ölçüde kişisel varlıklar üretmeyi ve bu sanal alemden gelir elde etmeyi öğrenmektedirler.<sup>5</sup> Kullanıcılar bu şekilde kendi geliştirdikleri sanal kişilikleri için hem zaman hem de para harcayarak, ona bağlanmakta ve onu fiziksel, gerçek benliklerinin bir yansıması ve hatta önemli bir parçası olarak görmektedirler.<sup>6</sup> Benzer şekilde Mark Zuckerberg tarafından kullanıcıların baktığı internet yerine kullanıcıların bir parçası olduğu, içinde olabildiği bir internet olarak tanımladığı metaversede<sup>7</sup> kullanıcılar, kendilerini kendi istedikleri biçimde temsil etmek üzere avatar oluşturmaktadırlar.<sup>8</sup> Bu bağlamda

---

<sup>4</sup> Tal Z Zarksy, "Information Privacy in Virtual Worlds: Identifying Unique Concerns Beyond the Online and Offline Worlds," *New York Law School Law Review*, 49, no. 1 (2005), 236.

<sup>5</sup> İbrahim Alkara, "Yeni Dijital Ürünler Üzerine Bir İnceleme: Metaverse ve NFT Örnekleri," İç. *Dijital Etkileşimler: Sektörel Yansımaları 1*, Editör İnci Merve Altan, 171 – 196, (İstanbul: Efe Akademi Yayınları, 2022), 172. Sanal ortamın kullanıcının ücret almasını ya da gelir elde etmesini yasakladığı ortamlarda bile kişiler çeşitli şekillerde gelir elde etme eğilimindedirler. Ondrejka, "Escaping the Gilded Cage: User Created Content and Building the Metaverse," 81.

<sup>6</sup> Zarksy, "Information Privacy in Virtual Worlds: Identifying Unique Concerns Beyond the Online and Offline Worlds," 236. Sanal kimlikleri olan avatarları ile gerçek kimliklerinin aynı olduğunu düşünen kullanıcılar da bulunmaktadır. Zeynep Aytaç, "Metaverse ve Dijital Fırsatlar," İç. *Pazarlama: Teoriden Pratiğe*, Editör Mehmet Baş, 233 – 253, (İstanbul: Efe Akademi Yayınları, 2022), 237.

<sup>7</sup> Columbia Broadcasting System, Inc. "Facebook Launches "Horizon Workrooms," Here's How It Works," Erişim tarihi Ağustos 18, 2022. <https://www.youtube.com/watch?v=frZQrEBVkkk>. Ü. Sarı, "Yeni Nesil Bir Temsil Alanı Metaverse," 183.

<sup>8</sup> Polona Car, Tambiama André Madiaga ve Maria Niestadt, "Metaverse Opportunities, Risks and Policy Implications," *European Parliament*, Haziran 2022, Erişim tarihi Ağustos 17, 2022.

avatar, sanal bir dünyadaki diğer sanal avatarlarla etkileşime girebilen kullanıcının ikinci kişiliği olarak tanımlanabilir.<sup>9</sup> Kişiler, avatarları kişiselleştirerek sanal yüzler ve bedenlerle kendi istedikleri görünüme bürünebilmekte ve metaverse gibi sanal ortamlarda davranışlarını aslında anonim kimlikler içerisinde gerçekleştirebilmektedirler.<sup>10</sup>

Metaversede online oyunlarda olduğu gibi bir sanal ortam sunulmakla birlikte bu ortam oyunlarda olduğu gibi yalnızca belirli aşamaları geçerek puan toplamaya ve avatar geliştirmeye

---

[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_BRI\(2022\)\\_733557](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2022)_733557), 2. Ü. Sarı, “Yeni Nesil Bir Temsil Alanı Metaverse,” 174. Kullanıcıların gerçek hayatta kullanacakları özel ekipmanlar vasıtasıyla avatarlarıyla bağlantı kurarak Metaverse’de yer almaları, kullanıcıların biyometrik verileri gibi özel nitelikli verilerini kapsayacak şekilde fizyolojik tepkileri veya duyguları gibi oldukça çeşitli ve oldukça büyük miktarda verisinin toplanmasına imkan tanımaktadır. Bu nedenle gerek Genel Veri Koruma Tüzüğü kapsamında gerekse 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca kullanıcıların avatarları üzerinden toplanan verilerinin kullanıldığı her bir amaç için özel olarak bilgilendirilmesi ve açık rızasının alınması gerekmektedir. Metaverse’de kişisel veriler hakkındaki sorunlar ve öngörülen uygulamalar hakkında daha fazla bilgi için bakınız: Car, Madiega ve Niestadt, “Metaverse Opportunities, Risks and Policy Implications,” 4ff.

<sup>9</sup> Sung Park, Si Pyoung Kim ve Mincheol Whang, “Individual’s Social Perception of Virtual Avatars Embodied with Their Habitual Facial Expressions and Facial Appearance,” *Sensors*, 21, no. 17 (2021), 3.

<sup>10</sup> Kadriye Uzun ve Cengiz Hakan Aydın, “Kullanıcı Profiline ve Bireylerarası İlişkilerin Gerçek Yaşamla Karşılaştırılması: Second Life Örneği,” *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 2, no. 7 (2012), 265. Gözde Sula Averbek ve Ceyda Aysuna Türkyılmaz, “Sanal Evrende Markaların Geleceği: Yeni İnternet Dünyası Metaverse ve Marka Uyumaları,” *İç. Sosyal Bilimlerde Multidisipliner Çalışmalar Teori, Uygulama ve Analizler*, Editör Mehmet Baş ve İnci Erdoğan Tarakçı, 99 – 136, (İstanbul: Efe Akademik Yayıncılık, 2021), 104.

yönelik<sup>11</sup> olmayıp günlük hayatta yapılabilecek birçok hukuki işlemin sanal ortama yansımaya imkan vermektedir.<sup>12</sup> Günümüzde metaverse olarak adlandırılan tek bir sanal evren değil, çeşitli teknoloji merkezli kuruluşların işbirliği içinde yer aldıkları çeşitli sanal evrenler bulunmaktadır. Bu bağlamda metaverse büyük dijital platformlar olarak tanımlanabilir. Daha geniş anlamda metaverse, kişilerin arsa satın almaları, satın aldıkları arsa üzerine yapı inşa etmeleri, bu yapıların kiralanması veya başkalarına satılması gibi günlük hayattaki birçok farklı sözleşme konusuna elverişli bir ortam şeklinde tanımlanabilir. Bu sanal ortamın gerçek hayata da çeşitli etkileri olabilir. Zira metaversede sanal ortamdaki işlemlerin gerçek dünyada karşılanmasına olanak tanınabilmesi beklenmektedir.<sup>13</sup> Metaversede sistem, sanal ortamdaki sözleşme konusu edimlerin gerçek hayatta ifası da mümkün olabilecek şekilde planlanmaktadır. Örneğin metaverse içerisindeki bir mağazadan ürün için ödeme yapan kullanıcıya bu sözleşme konusu ürün gerçek hayatta gerçek olarak teslim edilebilecektir.<sup>14</sup>

Birçok farklı hukuki işlemi mümkün kılacak şekilde tasarlanan metaversede “kullanıcıların avatar geliştirirkenki süreçte örneğin avatara giydirilmek üzere satın alınan sanal

---

<sup>11</sup> Gülşah Muratoğlu ve Karl Steffens, *Sağlıklı Dijital Yaşam Rehberi*, Editör Metin Eken, (Kayseri: Erciyes Üniversitesi, 2019), 20, [https://hdlife.erciyes.edu.tr/rehber/Saglikli\\_Dijital\\_Yasam\\_Rehberi.pdf](https://hdlife.erciyes.edu.tr/rehber/Saglikli_Dijital_Yasam_Rehberi.pdf), (Erişim tarihi Ağustos 19, 2022).

<sup>12</sup> Mehmet Emin Kahraman, “Blok Zincir, Deepfake, Avatar, Kripto para, Değiştirilemez Belirteç (NFT) ve Sanal Evren (Metaverse) ile Yaygınlaşan Sanal Yaşam,” *Uluslararası Kültürel ve Sosyal Araştırmalar Dergisi (UKSAD)* 8, no. 1 (2022), 152.

<sup>13</sup> Kim Gokmi ve Ju Hyun Jeon, “A Study on the Copyright Survey for Design Protection in Metaverse Period,” *International Journal of Advanced Smart Convergence*, 10, no. 3 (2021), 185.

<sup>14</sup> Derya Aydoğan, Deniz Yengin ve Tamer Bayrak, “Sanatın Hibrit Gerçeklik Alanı: ‘Metaverse’,” *Yedi Sanat, Tasarım ve Bilim Dergisi*, no. 28 (2022), 56.



pantolon için mesela 200 TL ödeme yapılması durumunda somut dünyadaki bir satım sözleşmesinin şartları oluşmuş mudur, burada satım konusu nedir, söz konusu pantolonda piksel olarak bir kötü dikiş bulunmakta ise kullanıcı buna karşı ayıptan kaynaklanan ücretsiz tadilat veya iade gibi seçimlik haklarını kullanabilir mi?"<sup>15</sup> gibi birçok soru tartışılabilir. Ayrıca metaversede telif hakkı ihlalleri yaşanabilir.<sup>16</sup> Metaverse içerisinde hukuki işlemlerin neden olabileceği çeşitli sorunları incelemek makale kapsamını aşacağından bu çalışmada metaversede hukuki olan veya olmayan birçok işlemi gerçekleştirmek üzere oluşturulan avatarlar temel alınmıştır. Metaverse avatarlarının bir fikri ürün olup olmadığı tartışılmış, metaverse avatarlarının geliştirilmesi ve üretilmesi ayırımına dikkat çekilmiştir. Avatarların fikri ürün olarak kabul edilmesi durumunda kullanıcının bu ürün üzerindeki haklarının neler olabileceği ve avatar kullanıcılarının hukuki niteliği incelenmiştir. Bu çalışma ile metaverse avatarlarının hukuki niteliği, kullanıcıların hukuki niteliği, avatar ile kullanıcı arasındaki ilişkide kullanıcının avatar üzerindeki haklarının ne olduğu sorularının analiz edilerek çözülmesi amaçlanmıştır.

---

<sup>15</sup> Lastowka ve Hunter, *The Laws of the Virtual Worlds*, 37.

<sup>16</sup> Metaversede telif hakkı ihlali durumunda hak ihlalinde bulunan içeriği yayından kaldırabilecek içerik sağlayıcının yahut yer sağlayıcının belirlenmesi kolay olmayacaktır. Zira metaverse içerikleri Web 3.0 ve blok zinciri tabanlı platformlarda çalışan merkezi olmayan ağlar arasında dağıtıldığından ve çoğaltıldığından telif hakkını ihlal eden içeriği kaldırabilecek sorumlunun belirlenmesi oldukça zordur. Ayrıca ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi, hangi hukukun uygulanacağı, yetkili mercii, ihlali gerçekleştirenin kimliğinin tespitinin nasıl gerçekleştirilebileceği gibi birçok konuda henüz bir çözüm sunulmamıştır. Car, Madiega ve Niestadt, "Metaverse Opportunities, Risks and Policy Implications," 7.

## I. METAVERSE AVATARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Metaverse gibi sanal ortamlar, kullanıcıların bu ortam içerisinde oyun üretimi, avatar üretimi, toplantı yapımı gibi çok farklı yeni oluşumlarda bulunmasına olanak tanımaktadır. Birçok oyunda avatar oluşturma, yaşama ortamı oluşturma veya mevcut ortamda yenilikler tasarlama gibi oyuncunun aktif olarak yeni kombinasyonlar veya yeni oluşumlar üretmesine imkân tanınmıştır. Bu bağlamda oyunlar, telif hakkıyla korunabilen ayrı öğelerin bileşimi olarak düşünülebilir<sup>17</sup>. Metaversede de benzer şekilde kullanıcılara içerik üretme imkânı sunulmaktadır. Kullanıcının ürettiği içeriklerin başında kendini tanımladığı, kendine özgü tasarladığı avatarlar gelmektedir. Bu avatarların hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Metaversede kullanıcının avatarının fikri ürün olarak nitelenip nitelenemeyeceği belirlenmelidir. Fikri ürün, kişinin kendi aklı ile çeşitli fikirsel ve düşünsel çabası sonucu elde ettiği maddi olmayan özellikteki ürünlerdir.<sup>18</sup> Bir ürünün telif hakkı kapsamında fikri ürün olarak nitelenebilmesi için fikri çaba harcanarak oluşturulması gerekir.<sup>19</sup> Metaverse avatarları da her bir kullanıcının üzerinde emek harcayarak ve kendi kişisel zevkine göre ortaya çıkardığı ürünler olarak fikri ürün niteliğini haiz kabul edilmelidir. Nitekim FSEK'te fikir ve sanat eserlerinin çeşitleri belirtilmiştir. FSEK'nun 2. maddesi uyarınca "*her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları*" ilim ve edebiyat eserleri içerisinde değerlendirilmektedir. Metaversede kullanıcı profiline yönelik bilgisayar programının avatar biçiminde ifade edildiği kabul edildiğinde FSEK'nun 2. maddesi uyarınca

<sup>17</sup> Armağan Ebru Bozkurt Yüksel. "Intellectual Property Rights of Gamers in Esports," *Law & Justice Review*, 11, no. 21 (2021), 281.

<sup>18</sup> Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 5. Mustafa Zorluel, "Yapay Zeka ve Telif Hakkı," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 142 (2019), 314.

<sup>19</sup> Zorluel, "Yapay Zeka ve Telif Hakkı," 323, 324.

Metaverse avatari ilim ve edebiyat eserleri kapsamında bir fikri eser olarak değerlendirilebilir. Diğer taraftan FSEK'nun 5. maddesinde “elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi” şeklinde belirtilen eserler sinema eserleridir. Bu bağlamda düşünüldüğünde avatarın metaverse içerisindeki işlevi ‘hareketli görüntüler dizisi’ kapsamında değerlendirildiğinde metaverse avatarının fikir ve sanat eserlerinin çeşitleri içerisinde FSEK 2. maddesinde düzenlenen ilim ve edebiyat eseri olarak değil, FSEK 5. maddesinde düzenlenen sinema eseri olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak avatarın bir sinema eseri olarak değerlendirilmesi durumunda Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik’in 5. maddesi uyarınca sinema eserlerini içeren yapımlarının kayıt ve tescili gerektiğinden metaverse avatarının tescil sorunu ortaya çıkacaktır. Her bir avatarın her bir kullanıcı tarafından bilgisayar oyunu gibi tescil başvurusunda bulunması birçok soruna neden olabilir. Örneğin birbirine benzer özelliklerdeki avatarlar için değerlendirme yapacak yeterliğe sahip kalifiye uzmanların belirlenmesi gerekmektedir. Tam anlamıyla alana hakim gerek bilişim teknolojilerine dair teknik bilgiyi gerek telif haklarına dair hukuki bilgiyi haiz uzman bulunması konusunda zorluklar yaşanmaktadır. Bundan başka avatarların kısa dönemli kullanılmaları, avatar oluşturan kullanıcının bir daha avatari hiç kullanmaması gibi durumlarda gereksiz bir kırtasiyecilik ve iş yükü söz konusu olabilecektir. Bu şekilde bilişim teknolojilerindeki gelişmeler telif hakları konusunda birçok ülkede karışıklıklara yol açmıştır.<sup>20</sup> Bu karışıklık ve belirsizliklerin giderilebilmesi için gerek FSEK gerekse Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik metaverse avatarlarına ya da dijital eserlere dair özel

---

<sup>20</sup> Annette Markham ve Elizabeth Buchanan, “Etik Karar Alma ve İnternet Araştırmaları,” *Folklor Edebiyat Dergisi*, Çeviren: Yeliz Özdemir 21 (2015), 425.

düzenlemeleri de kapsayacak şekilde revize edilmelidir. Metaversede gerek sistem içinde bulunan şirketlerin gerekse kullanıcıların birlikte işlerliğinin sağlanabilmesi, tek el ya da kartel oluşumların önlenmesi ve tüketici haklarının ihlal edilmemesi için sistemdeki gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken hüküm ve koşulların belirlenmesi gerekmektedir.<sup>21</sup> Fransa'da Profesyonel Reklam Düzenleme Kurumu'nun (*l'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité (ARPP)*) bir organı olan Fransız Reklam Konseyi (*Conseil Paritaire de la Publicité (CPP)*)<sup>22</sup> metaverse gibi sanal evrenler için geçerli olan kuralları güncellediği Dijital Reklam İletişimi (*Communication Publicitaire Digitale*) kılavuzunu yayınlamıştır.<sup>23</sup> Avrupa Birliği'nde metaverse gibi büyük çevrimiçi platformların gücünün artması, dijital alanda temel hakların ve demokratik değerlerin korunmasına ilişkin endişeleri artırdığından çevrimiçi platformların yetkilerinin sınırlanmasına ve metaverse gibi dijital platformların içerik denetiminin sağlanmasına ilişkin şeffaflığın ve hesap verebilirliğin düzenlenmesi ve bu düzenlemenin temel hakları ve demokratik değerleri koruyacak şekilde ülke sınırlarının ötesine uzanan çözümler sunması gerekmektedir.<sup>24</sup> Bu örnek düzenlemelere benzer şekilde

---

<sup>21</sup> Car, Madiaga ve Niestadt, "Metaverse Opportunities, Risks and Policy Implications," 4.

<sup>22</sup> Tüketici dernekleri, çevresel ve toplumsal derneklerin temsilcileri ile reklam verenler, ajanslar ve medyadan oluşan profesyonel reklam temsilcilerinin bir araya getiren kuruluş olan Fransız Reklam Konseyi'nin temel amacı reklamlarla ilgili hukuki düzenlemelerde sivil toplumun görüşlerinin de dikkate alınmasını sağlamaktır. Conseil Paritaire de la Publicité (CPP) (Fransız Reklam Konseyi), Erişim tarihi Ağustos 17, 2022, <https://www.cpp-pub.org/qui-sommes-nous/mission/>.

<sup>23</sup> Car, Madiaga ve Niestadt, "Metaverse Opportunities, Risks and Policy Implications," 7.

<sup>24</sup> Polona Car, "European Declaration on Digital Rights," *European Parliament*, Haziran 2022,

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733518/EPRS\\_BRI\(2022\)733518\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733518/EPRS_BRI(2022)733518_EN.pdf), 6 (Erişim tarihi Ağustos 18, 2022). Burada metaverse gibi ortamların hukuken düzenlenmesine yönelik çalışmalar yapılırken temel hakların korunması ile ekonominin teşvik edilmesi arasında dengenin kurulmasına özen gösterilmelidir. Nitekim metaverse gibi ortamlarda kullanıcıların korunması için sınırlamalar getirilmesi durumunda bu sınırlamalardan çekinen yatırımcıların metaverse yatırımlarını daha özgür oldukları ülkeler üzerinden gerçekleştirmeye yönelmeleri söz konusu olabilecektir. Bu durumda yatırımcılara çok fazla sınırlama getirmeyen, denetim ve şeffaflık konusunda sıkı olmayan ülkeler, gerek ekonomik açıdan gerek teknolojik inovasyonlar açısından yatırım merkezi haline gelerek gelişecektir. Diğer taraftan vatandaşlarını korumak amacıyla kullanıcı haklarına ilişkin temel hakları ve demokratik değerleri önceleyerek metaverse gibi sanal ortamlara yönelik dijital platformlara çeşitli yükümlülük ve sınırlamalar öngören ülkelerin ekonomisinde ve teknolojik ilerleme hızında düşüş yaşanabilecektir. Bu nedenle ülkelerin temel hakların korunması ile ekonominin teşvik edilmesi arasında dengeyi gözeterek şekilde düzenlemeler yapması önem arz etmektedir. Örneğin Amerika'da adil ve dürüst kullanım ilkesi uyarınca ilgili şartların varlığı halinde telifli eserin ücretsiz olarak kullanılmasına izin verilmektedir. Paul Goldstein, *International Copyright: Principles, Law, and Practice* (New York: Oxford University Press, 2001), ix. Temel hakların korunması ile ekonomik teşvik arasındaki dengenin yanında bilgiye erişim hakkı ile eser sahibinin hakları arasında da denge kurulmalıdır. Nitekim telif hakkının söz konusu olduğu durumlarda erişim hakkı olarak da ifade edilebilen bilgi edinme hakkı sınırlanmaktadır. Zohar Efroni, *Access-Right: The Future of Digital Copyright Law* (New York: Oxford University Press, 2011), 155. Bu nedenle özellikle internet ortamında metaverse gibi birçok veri sunan kompleks sanal ortamlarda kişilerin bu veriye erişimlerinden elde edecekleri fayda ile eser sahibinin telif hakkı dolayısıyla elde edeceği faydanın dengelenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte telif hakkı konusu bir eserin, hak sahibinin izni dışında bir web sitesinde paylaşılması, bir akıllı cihaza kaydedilmesi veya hak sahibinin bilgisi dışında paylaşılan web sitesinin ziyaret edilerek geçici olarak görüntülenmesi gibi durumların bilgiye erişim hakkı olarak değerlendirilmeyip telif hakkı ihlali olarak kabul edilmesi gerektiğine dair bakınız: Mark Van Hoorebeek, *Law, Libraries and Technology* (Oxford: Chandos Publishing, 2005), 56. Şebnem Akipek ve Esra Dardağan, "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 3 (2001), 119, 120.

ülkemizde de FSEK ve ona bağlı olarak Yönetmelik'te yapılan değişiklikler ya da bunlardan başka bilişim teknolojilerini kapsayacak özel düzenlemeler öngörülünceye kadar mevcut hükümler kapsamında tescil problemi göz önünde bulundurularak metaverse avatarlarının FSEK 2. maddesinin geniş yorumlanarak bu madde kapsamında değerlendirilmesi işlevsel görünmektedir.

FSEK'nun 2. maddesinde *"her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları"* şeklinde belirtmek suretiyle bilgisayar programlarının hazırlık tasarımları da fikri ürün kapsamına alınmıştır. Metaverse değerlendirildiğinde metaversede çeşitli yapıların meydana getirilmesini sağlamaya yönelik programların henüz hazırlık tasarımları ve avatarın henüz oluşturma süreci de FSEK 2. maddesi uyarınca fikri eser olarak kabul edilebilir.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Metaverse avatarlarından ayrı olarak metaversede sunulan ortam dikkate alındığında dijital platformların kullanıcıya sunduğu ortamın internet sitesi kapsamına değerlendirilmesi halinde bir internet sitesinin fikir eseri olarak kabul edilmemesi gerektiği belirtilebilir. Bununla birlikte internet sitesinin içeriğindeki unsurlar internet sitesinden ayrı olarak işleme, derleme, bilgisayar programı veya veri tabanı bağlamında değerlendirilebilir. Doğan, Derya, ve Gürkan Özocak, "Dijital Oyunlar, Multimedya Yaratımlar ve Güncel Hukuki Problemler," İçinde 3. *Uluslararası Bilişim Hukuku Kurultayı* (İzmir: 2013), 7. Metaversede yalnızca oyun oynandığı ve başka bir oluşumun olmaması halinde ise bilgisayar oyunlarında olduğu üzere metaversede oyun üreten her bir kullanıcı kendi üretmiş olduğu oyun için T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü'ne başvurarak metaversedeki oyununu sinema eseri olarak tescil ettirebilecektir. Elnur Karimov, "Bilgisayar (Video) Oyunlarının Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Korunmasında Uygun Eser Kategorisi Sorunu," *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 7, no. 1 (2021), 105.

## II. METAVERSEDE KULLANICININ AVATAR ÜZERİNDEKİ TELİF HAKKI

Mülkiyet hakkının ortaya çıktığı tarihsel süreçte mülkiyet hakkı sahibinin korunan değeri somut bir unsur ile ilişkilendirilmekteyken fikri mülkiyet haklarının ortaya çıkmasındaki temel amaç ise maddi olmayan çıkarların korunmasıdır.<sup>26</sup> Metaversede gerek nesnelere gerekse avatarlar üzerindeki hak sahipliğinin dayandığı temeller tartışılmaktadır. Metaversedeki hak sahipliğini mülkiyet hukukuna dayandırılması gerektiği savunulabileceği gibi<sup>27</sup> metaversedeki hak sahipliğinin bir sözleşme ilişkisinden kaynaklandığı da savunulabilmektedir. Buna bağlı olarak metaverse üzerindeki özel platformların kullanıcıya dijital varlıklar üzerinde diğer platformlardan daha fazla kontrol yetkisi verebileceği dikkate alınarak sözleşme yapılacak özel platformun seçiminde kullanıcılar uyarılmalıdır. Kullanıcının hak sahipliğinin doğrulanması ve metaversedeki tüm katılımcılar tarafından kabul edilmesinin sağlanması konusunda farklı ülkelerdeki hukuksal farklılıklara bağlı olarak uygulanacak hukuk,<sup>28</sup> yetkili

---

<sup>26</sup> Lastowka ve Hunter, *The Laws of the Virtual Worlds*, 2004, 40, 41. Telif hakkı genel olarak sanatsal ürünlere koruma sağlamaktadır. Van Hoorebeek, *Law, Libraries and Technology*, 46, 47. Bununla birlikte her ne kadar telif hakkı insan hakları ile iç içe geçmiş de olsa telif hakkına ilişkin hukuki düzenlemelerde maddi yani ekonomik unsurların önemli etkileri olmaktadır. Goldstein, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, ix.

<sup>27</sup> Sanal ortamda yer alan ve alınıp satılabilen sanal öğeler üzerinde kullanıcıların mülkiyet hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Gregory Lastowka ve Dan Hunter. "Virtual Crimes," *New York Law School Law Review*, 49, no. 1 (2004), 294.

<sup>28</sup> 20 Mayıs 2019 tarihli Dijital İçerik ve Dijital Hizmetlerin Tedarikine İlişkin Sözleşmelerle İlgili Belirli Hususlara İlişkin Direktif (Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and

mercii, yaptırımın kim tarafından nasıl etkili kılınacağı gibi birçok sorun henüz çözülememiş durumdadır.<sup>29</sup> Ayrıca metaversede kendi avatarını kişiselleştiren, tasarlayan bir kullanıcının bu avatari üzerindeki hakları tartışmalıdır.<sup>30</sup>

Bu çalışmanın konusu metaversede kullanıcı avatarlarının telif hakkının analiz edilmesi ile sınırlandırılmıştır.<sup>31</sup> Bu

---

digital services) gibi AB mevzuatının ve fintech ve tüketicilerin korunmasına ilişkin çerçeve düzenlemelerin metaversede uygulanması için metaverse gibi yeni sanal ortamlara daha iyi uyum sağlayacak şekilde revize edilmesi gerekmektedir. Car, Madiaga ve Niestadt, "Metaverse Opportunities, Risks and Policy Implications," 8. 20 Mayıs 2019 tarihli Dijital İçerik ve Dijital Hizmetlerin Tedarikine İlişkin Sözleşmelerle İlgili Belirli Hususlara İlişkin Direktif metni için bakınız: European Parliament, Council of the European Union. EUR - Lex. "Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on Certain Aspects concerning Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services," 20 Mayıs 2019, Erişim tarihi Ağustos 18, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32019L0770>.

<sup>29</sup> Car, Madiaga ve Niestadt, "Metaverse Opportunities, Risks and Policy Implications," 7, 8.

<sup>30</sup> Zühal Özel Sağlamtimur, "Dijital Sanat," *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 10, no. 3 (2010), 218. Süleyman Kayra Polat, "Yeni Medya Ortamlarında Grafik Tasarım," Yüksek Lisans Tezi, (Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020), 70. Mülkiyeti kişiliğin bir uzantısı olarak gören ve bireyin doğal özgürlük alanını bedeninin ötesinde maddi dünyadan parçalar içerecek şekilde genişleten teori tartışmaları hakkında detaylı bilgi için bakınız: Thomas C. Grey, "The Disintegration of Property," *İçinde Ethics, Economics and the Law of Property*, editör J. Roland Pennock ve John W. Chapman, (New York: New York: New York University Press, 1980), 75.

<sup>31</sup> Metaversede avatarların konu olacağı kimlik hırsızlığı, avatar çoğaltma ve kötüye kullanma gibi birçok hukuki sorun söz konusudur. Avatarlardan elde edilen veriler dolayısıyla insan davranışını hedef alan sosyal mühendislik gibi suç faaliyetleri de tartışılması gereken sorunlardandır. Ayrıca kullanıcıların avatarlarını metaverse üzerindeki platformlar arasında kullanmalarında güvenlik sorunları bulunmaktadır. Metaversede avatarlara ilişkin tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bakınız: Car,



bağlamda metaverse şeklinde sanal ortamın sunucusu mu yoksa bu tasarım için zaman harcayan ve kendi özgün fikriyle avatarı kişiselleştiren, tasarlayan kullanıcı mı avatar üzerinde hak sahibi olarak kabul edilmeli sorusu tartışılmıştır. Buna yönelik, öncelikle bir fikri ürünün özellikleri belirlenmelidir. Bir ürünün fikri ürün olarak nitelenip telif hakkı tanınabilmesi için ürün oluşturulurkenki kişinin fikri çabası, kişinin düşünsel yorumları ve becerisi dikkate alınmaktadır.<sup>32</sup> Metaverse kullanıcısının avatarı oluştururkenki çabası, becerisi ve işgücü dikkate alınarak tüm bu unsurlara dayalı oluşturulan ve kopya olmayan orjinal ürün niteliğindeki avatar fikri ürün niteliğini haiz kabul edilmelidir. Burada orjinallik ile kastedilen, düşüncenin ifade ediliş şeklidir.<sup>33</sup> Düşüncenin ifade edilişi, düşüncenin dışa yansımadır. Bir üründe telif hakkı için aranan orjinallik unsuru, alışılmışın dışında, eşi benzeri olmayan, tamamen yeni bir ürün olarak düşünülmemelidir.<sup>34</sup> Orjinal ürün, kopyalanmamış olan, kişiye özgü olan, kişisel düşünsel ürün olarak kabul edilmektedir.<sup>35</sup>

Metaversedeki avatarlarla ilgili olarak üzerinde durulması gereken konulardan biri bu avatarların nasıl geliştirildiğidir. Avatarın doğrudan yapay zeka ile oluşturulması durumunda telif hakkı sahipliği ile bir gerçek kişinin kullanıcı hesabı üzerinden kendi çabası ve fikrine göre tasarlayarak avatar oluşturması durumunda telif hakkı sahipliği farklı olacaktır. Fikri mülkiyet hukuku kapsamında tartışılan konulardan biri de yapay zekanın telif hakkı sahipliği ve yapay zekanın ürettiği fikri

---

Madiega ve Niestadt, "Metaverse Opportunities, Risks and Policy Implications," 9.

<sup>32</sup> Van Hoorebeek, *Law, Libraries and Technology*, 45.

<sup>33</sup> Goldstein, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, 161.

<sup>34</sup> Age.

<sup>35</sup> Goldstein, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, 161, 162.

ürünün nasıl korunacağıdır.<sup>36</sup> İngiltere’de 1988 tarihli Telif Hakkı, Tasarım ve Patent Kanunu’nun<sup>37</sup> “Eser sahipliği” başlıklı 9. maddesinin 3. fıkrasına göre “Bilgisayar tarafından oluşturulan edebi, dramatik, müzikal veya sanatsal bir eser söz konusu olduğunda, eser sahibi, bu ürünün oluşturulması için bilgisayarda gerekli ayarlamaları yapmış olan kişidir.<sup>38</sup> Telif Hakkı, Tasarım ve Patent Kanunu’nun 178. maddesinde İngilizcesi *computer-generated* olarak ifade edilen “bilgisayar tarafından oluşturulan” eser tanımlanmıştır. Maddeye göre “bilgisayar tarafından oluşturulan” ifadesi, bir eserle ilgili olarak, eserin hiçbir insan yaratıcısının bulunmadığı koşullarda bilgisayar tarafından üretilmesi anlamındadır.<sup>39</sup> Buna göre metaversede avatarın oluşturulma süreci incelenmelidir. Bilişim sistemi üzerinde metaversede avatar oluşturulması için gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Metaversede çeşitli avatarlar

---

<sup>36</sup> Clare Robinson ve Hannah McCarthy. “Artificial Intelligence Raises New Questions about Purpose and Scope of Copyright,” *Lexis Nexis*, 25 Mart 2021, <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/news/artificial-intelligence-raises-new-questions-about-purpose-scope-of-copyright> (Erişim tarihi Ağustos 11, 2022).

<sup>37</sup> Kanunun orjinal ismi “Copyright, Designs and Patents Act 1988” şeklindedir.

<sup>38</sup> Kanun metni “In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken.” şeklindedir. The National Archives, “Copyright, Designs and Patents Act 1988,” The Official Home of UK Legislation. 15 Kasım 1988, Erişim tarihi Ağustos 8, 2022. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/9>.

<sup>39</sup> Abbe Brown, Smita Kheria, Marta Iljadica ve Jane Cornwell, *Contemporary Intellectual Property: Law and Policy*, (New York: Oxford University Press, 2019), 101. Kanun metni “computer-generated”, in relation to a work, means that the work is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work;” şeklindedir. The National Archives, “Copyright, Designs and Patents Act 1988.”

oluşturulmuş ve kullanıcının bu hazır avatarlardan birini seçmesi halinde kullanıcının bir telif hakkı sahipliği söz konusu olmamalıdır. Metaversedeki avatar tasarımının sistemde hazırlanarak kullanıcılara hazır avatarlardan birini seçme hakkı tanınması halinde bu avatar üzerinde telif hakkı sahibi metaverse platformunu sağlayan şirket olmalıdır.<sup>40</sup> Diğer taraftan, kullanıcıların seçmesi için hazır avatarlar üretilmeyip de kullanıcılar sistemde talepte bulununca bir tür yapay zeka kullanılarak metaversenin bu yapay zeka marifetiyle talepte bulunan kullanıcı için avatar üretmesi durumunda da kullanıcının telif hakkı söz konusu olmamalıdır. Bu durumda İngiltere'deki Telif Hakkı, Tasarım ve Patent Kanunu'nun 9. maddesi 3. fıkrasındaki düzenlemeye göre metaversede hazır avatar oluşturan yahut sisteme talepte bulunan kullanıcı için avatar oluşturacak yapay zekayı programlayan kişi bu avatarlar üzerindeki telif hakkı sahibi olarak kabul edilmelidir. Türkiye'deki düzenlemelere göre de telif hakkı sahibi olunabilmesi için o ürünün bir çaba ve beceri ile orjinal yani kişisel fikirleri yansıtacak şekilde üretilmesi gerekmektedir. Metaversede kullanıcılar için zaten üretilmiş olan avatarlardan birini kullanıcının seçmesi durumunda kullanıcı her ne kadar kendi kişisel estetik algısına ve düşüncelerine uygun olan avatarı seçse de ve her bir avatar birbirinden farklı özellikte olsa da burada avatarın orjinalliği söz konusu olmakla birlikte bir üretme, ortaya çıkarma faaliyeti bulunmamaktadır. Ayrıca telif hakkı sahipliği için aranan koşullardan biri olan ürün için çaba sarf edilmesi, emek harcanması şeklindeki olgular, kullanıcının halihazırda var olan avatarlardan birini seçmesi eyleminde gerçekleşmemiş olacaktır. Bir fikri ürün üretimi için aranan işgücü ve düşünsel emek verilmesi olgusu bir tuşla tercihte bulunulması durumunda gerçekleşmemiş olacaktır. Zira telif hakkı sahipliği için gereken işgücü ve düşünsel emek verilmesi

---

<sup>40</sup> Gokmi ve Jeon, "A Study on the Copyright Survey for Design Protection in Metaverse Period," 185.

olgusu kişinin fikri ürün üretimi için gereken bir süreçtir. Metaversede hazır bulunan avatlardan birini seçen yahut metaversede yapay zeka marifetiyle avatar üretilmesi için talepte bulunan kişi, eserin oluşturulması için gereken emek harcama sürecini gerçekleştirmemektedir. Dolayısıyla avatar seçiminde veya talebinde telif hakkı sahipliği için aranan çaba, emek unsuru bulunmamaktadır ve bu durumda kullanıcı metaverse avatari üzerinde telif hakkı sahibi olmayacaktır.

Metaversede avatari kullanıcı oluşturabilmektedir. Metaversede telif hakkına konu üründe arandığı şekilde kişi avatari tasarlarken emek sarf etmekte, bir kombin ve estetik becerisi içinde kendi kişisel estetik algısını ve kendi düşüncelerini tasarladığı avatare yansıtmaktadır. Dolayısıyla kullanıcının metaverse avatari orjinal olma niteliğini haizdir. Metaverse, kullanıcıya avatari oluşturması için gerekli altyapıyı sağlamakta, kullanıcının kullanması için çeşitli tasarımlar sunmaktadır. Metaversenin bu şekilde kullanıcının avatar üretmesi için sağladığı destek, fikri ürünün üretilmesi sürecindeki teknik destektir. Bilişim sistemlerinin ürün üretiminde kullanılması, o ürünü üreten kişinin ürün üzerinde fikri hak sahipliğini engellememektedir.<sup>41</sup> FSEK 1/B maddesinde eser sahibi, “eseri meydana getiren kişi” olarak tanımlanmıştır. 2004 yılı öncesinde yalnızca gerçek kişiler eser sahibi olabilmekteyken Tanımda yer alan “gerçek” ibaresi, 3/3/2004 tarihli ve 5101 sayılı Kanununun 28. maddesiyle madde metninden çıkarılmıştır. Mevcut metne göre eser sahibi olabilecek kişiler gerçek veya tüzel kişilerle sınırlanmış durumdadır. Buna göre yapay zeka tarafından geliştirilen fikri ürünlerle ilgili olarak

---

<sup>41</sup> Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Yapay Zekanın Buluşlarının Patentlenmesi,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 6, no. 11 (2018), 596, 597.

yapay zeka hukuken kişi statüsünde olmadığı için<sup>42</sup> fikri ürünün eser sahibi yapay zeka olmayacaktır. Bu durumda yapay zekanın

---

<sup>42</sup> Yapay zekanın hukuki statüsü doktrinde tartışılmakla birlikte henüz yapay zekaya herhangi bir hukuki kişilik tanıyan düzenleme bulunmamaktadır. Yapay zekanın gerek hukuki sorumluluk gerek cezai sorumluluk bağlamında eylemlerinden ve neden olduğu zararlardan sorumlu tutulabilmesi için kişi niteliğini haiz olması gerekmektedir. Ceza hukuku bağlamında suçun faili yalnızca gerçek kişi yani insan olabildiğinden yapay zeka suçun faili kabul edilmemektedir. Nursena Çetingül, “Ceza Sorumluluğu Bakımından Yapay Zekanın Hukuki Statüsünün Tartışılması,” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 20, no. 41 (2021), 1031, 1037. Enes Köken, “Yapay Zekanın Cezai Sorumluluğu,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 12, no. 47 (2021), 271. Yapay zekanın mevcut hukuk sistemi içerisinde herhangi bir kişilik statüsü bulunmadığından TCK m. 6/1-f kapsamında suçta bir çeşit alet ya da silah şeklinde kullanıldığı kabul edilerek yapay zekayı kullanan kişinin doğrudan fail olarak suçtan sorumlu tutulması gerektiği yönündeki görüş için bakınız: Köken, “Yapay Zekanın Cezai Sorumluluğu,” 2021, 262, 267, 268, 273. Yapay zekaya kişilik tanınması durumunda yapay zekayı suçta araç olarak kullanan kişinin ceza hukuku bağlamında dolaylı fail olarak sorumlu olacağı yönünde detaylı bilgi için bakınız: Köken, “Yapay Zekanın Cezai Sorumluluğu,” 2021, 273, 277. Yapay zekanın hukuki sorumluluğu kusursuz sorumluluk türleri kapsamında tartışılmaktadır. Hukukumuzda yapay zekanın neden olduğu zararlara yönelik özel bir kusursuz sorumluluk hali düzenlenmemiştir Sinan Sami Akkurt, “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 7, no. 13 (2019), 53. Başak Bak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 9, no. 35 (2018), 222. Yapay zekanın sorumluluğu Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesi kapsamında kusursuz sorumluluk hallerinden tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirilerek yapay zekayı kullanan yahut işleten veya programlayan kişi, yapay zekanın doğurduğu zarardan sorumlu tutulabilir. Cemil Güner, “Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8, no. 15 (2020), 240, 241. Yapay zekanın kişiliği düşünüldüğünde kişiliğin tarihsel, felsefi ve hukuki bağlamda incelenmesi hakkında detaylı bilgi için bakınız: Seda Kara Kılıçarslan, “Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar,” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 4, no. 2 (2019), 370ff.

ürettiği ürünler üzerinde programlayıcısı olan gerçek veya tüzel kişi telif hakkı sahibi kabul edilmelidir.<sup>43</sup> Metaverse avatarlarında bir yapay zeka değil gerçek kişi kullanıcı tarafından ürün oluşturulduğu durumda FSEK'nun 8. maddesi uyarınca *"Bir eserin sahibi, onu meydana getiren"* olduğundan metaverse avatarını meydana getiren kullanıcı o avatarın sahibi kabul edilmelidir. Avatar kullanıcının düşünce ve duygularını görsel olarak ifade ettiğinden, bir sanat eseri olarak özgünlük içerdiğinden kullanıcının telif hakkının varlığı kabul edilmelidir.<sup>44</sup>

Kullanıcının avatar oluşturması dolayısıyla hukuki niteliği FSEK uyarınca eser sahibi iken, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun uyarınca kullanıcı hukuken içerik sağlayıcıdır. İçerik sağlayıcı, 5651 Sayılı Kanun'un 2. maddesinin f bendinde *"İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri"* ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Metaversede avatarını tasarlayan kullanıcının avatar üretmesi dolayısıyla hukuken içerik sağlayıcı olarak nitelenebilmesi için bu maddede ifade edildiği üzere 'internet ortamı üzerinden kullanıcılara bir tür bilgi veya veri sağlaması'

---

<sup>43</sup> İngiltere'de Telif Hakkı, Tasarımlar ve Patentler Kanunu'nun 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca da bilgisayar tarafından üretilen edebî, dramatik, müzikal ya da sanatsal çalışmalar gibi fikri ürünlerin eser sahibi buna yönelik gerekli ayarlamaları yapan kişi olduğundan yapay zekanın ürettiği fikri ürünlerin eser sahibi de yapay zekayı bu ürünleri meydana getirecek şekilde programlayan kişidir. Zorluel, "Yapay Zeka ve Telif Hakkı," 349. Yapay zekanın kullanıcısının yapay zekanın ürettiği ürün üzerinde eser sahibi kabul edilmemesi gerektiği yönünde detaylı bilgi için bakınız. Zorluel, "Yapay Zeka ve Telif Hakkı," 349. Bilgisayarda üretilen ürünler üzerindeki hak sahipliği tartışmaları için bakınız: Brown ve diğerleri, *Contemporary Intellectual Property: Law and Policy*, 101.

<sup>44</sup> Gokmi ve Jeon, "A Study on the Copyright Survey for Design Protection in Metaverse Period," 181, 182.

gerekmektedir. Kullanıcının avatarı üreterek metaversede kullanması, o avatarın metaversede diğer kullanıcılarla etkileşime girmesi bu avatarın diğer kullanıcılara sunulması kapsamında değerlendirilmelidir. Zira bu maddede kullanıcılara sunulan ya da sağlanan ifadesiyle kastedilen durum; kullanıcıların 'kullanımına sunulması' olabileceği gibi 'kullanıcıların etkileşimine sunulması' durumu da olabilir. Bu durumda diğer kullanıcılarla toplantılara katılan, birlikte oyunlar oynayan avatar, sosyal etkileşimde bulunduğu 'kullanıcıların etkileşimine sunulması' durumunu gerçekleştirmiştir. Bununla birlikte diğer kullanıcılarla sosyal etkileşimden kaçınan, toplantı, eğitim, parti gibi etkinliklere katılmayan, sistemde başka kullanıcıların oluşturduğu oyunları grup olarak değil de tek başına oynayan avatar kullanıcısı, tek başına oynarken bile başka kullanıcının oluşturduğu oyuna dahil olduğu için avatarını 'kullanıcılara sunma' işlevini gerçekleştirmiş olmaktadır. Hiçbir kullanıcı ile hiçbir şekilde etkileşime girmese bile kullanıcının bir metaversede avatar oluşturması, -metaverse çeşitli ticari olan veya olmayan tüzel kişilerden ve gerçek kişilerden oluştuğu ve bunların kullanıcı kategorisinde değerlendirilmelerine bir engel bulunmadığı için- sistemin kendisine avatar eklenmesi de *'İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara veri sunulması'* olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda salt avatar oluşturan kullanıcı da avatar meydana getirmesi dolayısıyla 5651 Sayılı Kanun kapsamında içerik sağlayıcı olarak nitelendirilmelidir.

Avatar oluşturulması bir süreç olduğundan burada kullanıcıdan başka süreç içerisinde farklı telif hakkı sahipleri de gündeme gelebilir. Metaversede avatarın oluşturulması için gereken nesnelere, avatardan bağımsız olarak telif hakkına konu olabilmelidir. Metaversede kullanıcıların seçerek kendi avatar tasarımlarında kullandığı nesnelere metaverse platformları ya da farklı uygulamalar tarafından hazır olarak kullanıcılara sunulmaktadır. Burada avatar oluşturulmasında kullanılan nesnelere ile bu nesnelere arasından seçim yapılarak bu nesnelere

kişisel beceri ve tasarım algısına göre bir araya getirilerek kullanıcının kişiselleştirdiği orjinal bir karakter ortaya çıkarılması durumunda bu avatar, kendisini oluşturan nesnelere farklı bir üründür. Nitekim her ne kadar metaverse gibi sanal ortamlarda kullanıcılar uygulamaların sunduğu özelliklerle ve nesnelere sınırlı olarak avatar oluşturmaktaysa da kişiselleştirilmiş yüz alışkanlıklarını veya görünümünü avatarlara uygulamak karmaşık bir teknoloji gerektirmediğinden kullanıcılar uygulamalar üzerinden kendi yüz görünümünü yansıtmak derecede avatarlarını kişiselleştirilebilmektedir.<sup>45</sup> Bu durumda kişilerin fotoğrafı 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında kişisel veri olduğu için kişinin görselini içeren avatar aynı kanunun 5. maddesi uyarınca ancak fotoğrafın ait olduğu veri sahibininin açık rızası ile kullanılabilir.<sup>46</sup> Aksi durumda kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi söz konusudur. Özellikle dijital platformlarda insan onurunun ve kişilik hakkının korunmasının temel bir insan hakkı olarak kabul edilerek hukuk devletinin yükümlülüğünde olduğu savunulmaktadır<sup>47</sup>. Bu bağlamda dijital platformlarda kişinin fotoğrafının yer aldığı avatarlar herhangi bir kişinin fotoğrafına benzerlik göstermeyen avatarlardan ayrı tutulmalıdır. Gerçek insan fotoğrafı kullanılarak avatar üretimi için fotoğraf sahibi kişiden açık rıza alınması ve buna dair belgenin dijital platforma sunulma zorunluluğuna dair düzenleme öngörülmelidir.

Burada avatarı oluşturan nesnelere üzerindeki telif hakkı sahipliği ile avatarın telif hakkı sahipliği aynı kişide birleşmek

---

<sup>45</sup> Park, Kim ve Whang, "Individual's Social Perception of Virtual Avatars Embodied with Their Habitual Facial Expressions and Facial Appearance," 3.

<sup>46</sup> Konuyla ilgili detaylı bilgi için bakınız: Bozkurt Yüksel, "Intellectual Property Rights of Gamers in Esports," 287, 288.

<sup>47</sup> Bayram Doğan, *Karşılaştırmalı Hukukta Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı* (Ankara: Adalet, 2022), 7.



zorunda değildir. Nitekim metaversede avatar oluşturulması için nesnelere sisteme sağlayan platform farklı bir kişi, o nesnelere kullanarak emek ve estetik unsurlarla avatarını oluşturan kullanıcı farklı bir kişidir. Avatarın oluşturulmasında kullanılacak öğeleri tasarlayan dijital platform avatarın tasarım öğeleri için telif hakkı sahibi kabul edilirken öğeleri kendi estetik algısına göre birleştirerek avatarını tasarlayan kullanıcı da avatar üzerinde telif hakkını ileri sürebilmelidir.<sup>48</sup> Diğer taraftan her ne kadar kullanıcı kendi tasarımını yansıtan ve kendi çabasıyla ortaya koyduğu kişiselleştirilmiş avatarı üzerinde eser sahibi olarak kabul edilse de bu eser sahipliğinin tek başına kullanıcıya ait olmadığı durumlar olabilir. Metaverse gibi sanal ortamlarda oluşturulan avatarlar o dijital platformun sunduğu nesnelere ya da uygulamalar kullanılarak oluşturulduğundan burada avatar oluşturma süreci aslında mevcut bilgisayar programı dahilinde gerçekleşmektedir. Bu durumda programın kaynak kodunu yazan kişi eser sahibi olarak kabul edildiğinde avatar oluşturma sürecinde sunduğu katkı dolayısıyla kullanıcının avatar üzerinde programı kodlayan kişi ile birlikte sahipliği söz konusu olabilir.<sup>49</sup> Uygulamada her bir metaverse için dijital platformlar kendi hüküm ve koşullarını belirlediğinden ve çok farklı uygulamalar üzerinden çok farklı şekillerde avatar üretilmesi mümkün olduğundan kullanıcının avatarı üzerindeki telif hakkı; avatarın nasıl üretildiğine göre, orijinal olup olmadığına göre, avatar üretilirken kullanılan uygulamanın hüküm ve koşullarına ve avatarın kullanılacağı metaversedeki hüküm ve koşullara göre sözleşme ilişkisi kapsamında belirlenmektedir. Bir başka ifadeyle metaverse sistemine girerken kullanım koşullarını kabul eden kullanıcı, kullanım koşulları içerisinde yer alan hükümler uyarınca

---

<sup>48</sup> Gokmi ve Jeon, "A Study on the Copyright Survey for Design Protection in Metaverse Period," 186.

<sup>49</sup> Karimov, "Bilgisayar (Video) Oyunlarının Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Korunmasında Uygun Eser Kategorisi Sorunu," 98.

avatarına dair fikri haklar üzerindeki bir takım haklarını kaybedebilir. Nitekim hükümleri önceden belirli olan ve kullanıcının herhangi bir tartışma hakkının bulunmadığı sanal ortamlardaki bu tür iltihaki sözleşmelerde söz konusu ortama giriş yaparak ilgili hizmeti kullanmak isteyen kullanıcının o sanal ortamın kullanım koşullarını kabul etmesi, fikri haklar üzerindeki bazı haklarını kaybetmesi sonucunu doğurabilmektedir.<sup>50</sup> Metaverse içerisinde kullanıcılara tanınan haklar ve yüklenen sorumluluklar değişik dijital platformlarda farklılaşabilmektedir. Bu nedenle kullanıcıların yer almak istediği metaversede aktif olması için kabul etmesi gereken ve dijital platformlar tarafından iltihaki sözleşme şeklinde hazırlanmış olan hükümleri dikkatele okuyarak haklarını ve yükümlülüklerini bilerek sisteme dahil olmaları kullanıcılar için faydalı olacaktır.

---

<sup>50</sup> Onur Sarı, "Sosyal Medya Kullanım Koşullarında Yer Alan Ruhsat Hükümlerinin Fotoğraf Eseri Bağlamında Değerlendirilmesi," İç. *International Marmara Social Sciences Congress (Autumn)*, (Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi, 2020), 299 - 307. [https://www.researchgate.net/profile/Hazal-Sen/publication/348167292\\_International\\_Marmara\\_Social\\_Sciences\\_Congress\\_Autumn\\_2020-\\_Ozet\\_Bildiri/links/5ff1ca05299bf1408868a02e/International-Marmara-Social-Sciences-Congress-Autumn-2020-Oezet-Bildiri.pdf#page=,](https://www.researchgate.net/profile/Hazal-Sen/publication/348167292_International_Marmara_Social_Sciences_Congress_Autumn_2020-_Ozet_Bildiri/links/5ff1ca05299bf1408868a02e/International-Marmara-Social-Sciences-Congress-Autumn-2020-Oezet-Bildiri.pdf#page=,) 303 (Erişim tarihi Ağustos 15, 2022). Online alanlar oluşturan Meta gibi şirketler kullanıcılara yönelik olarak gerekli sorumluluğu üstlenmeyebilir veya şeffaf olmayabilir. Bu şirketler, kullanım koşulları kapsamında koydukları kuralları herhangi bir mahkeme veya yasama organının denetimine açmayabilir. Susan P. Crawford, "Who's in Charge of Who I Am?: Identity and Law Online," *New York Law School Law Review* 49, no. 1 (2004), 219. Bu şekilde kullanıcıların kendi avatarlarını üretebileceği ve aktif olarak katılım sağlayacağı metaverse gibi sanal ortamları hizmete sunan şirketler için ülkelerin kullanıcıların haklarını korumalarını sağlamak üzere denetleyebilecekleri şekilde şeffaf olmalarına ilişkin yükümlülükler getirilmelidir.

### III. ZANAAT (CRAFTING) VE MEYDANA GETİRME (CREATING) TERİMLERİ

Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde "deneyim, beceri ve ustalık gerektiren iş" olarak tanımlanan zanaat ile "oluşturmak" şeklinde tanımlanan meydana getirmek terimleri<sup>51</sup> sanal ortamda birbiri yerine kullanılan ve karıştırılan terimlerdir. Fikri üründen bahsedilebilmesi için orijinal bir ürün meydana getirilmesi gerektiğinden birbiriyle karıştırılan bu terimlerin ürün üzerindeki etkilerinin incelenerek hangi durumlarda fikri ürünün söz konusu olacağı belirlenmelidir. Sanal ortamda kullanıcı karakterleri için kullanılan zanaat (*crafting*), oyun objelerinin tekrar tekrar üretilerek sanal avatari geliştirme işlemi olarak tanımlanabilir.<sup>52</sup> Zanaat ile oyun karakteri geliştirilmekte veya üst seviyeye ilerletilmektedir. Üst seviyede kullanıcı yeni yeteneklerin kilidini açabilmekte, sanal ortamda yeni bölümlere giriş yapabilmekte ve genellikle sanal ortamda daha güçlü olacak şekilde beceri kazanmaktadır. Bu şekilde zanaata dayanan sistemde kullanıcının avatari için seçtiği nesnelere kendisi kullanabileceği gibi başkalarına satabilmesine de imkan tanınabilir. Kullanıcının avatarını üst seviyeye geliştirmek için kullandığı bu nesnelere başka gerçek kullanıcılara satması mümkün olduğu gibi oyun içerisinde farklı avatarlar olarak yer alan ancak bir gerçek kişi kullanıcısı olmayan avatarlara satması da mümkün olabilmektedir. Doktrinde NPC (*non-player character*) olarak ifade edilen bu avatarlar, sanal ortamda gerçek kullanıcı gibi hareket eden ancak gerçekte bir gerçek kişi hesap sahibi bulunmayan karakterlerdir. Gerçek kişi kullanıcı bu karakterlerle işlem yaptığında aslında bir gerçek kişi ile işlem yaptığı zannıyla hareket etmekte ancak karşısında bir gerçek kişi

<sup>51</sup> Türk Dil Kurumu. "Güncel Türkçe Sözlük," Erişim tarihi Ağustos 13, 2022. <https://sozluk.gov.tr/>.

<sup>52</sup> Ondrejka, "Escaping the Gilded Cage: User Created Content and Building the Metaverse," 164.

bulunmamaktadır. Bu tür otomatik sanal karakterler, avatar geliştirilmesi için üretilmiş olan ancak gerçek kullanıcıların avatarlarını geliştirmek için çokça tercih etmedikleri, oyun içerisinde pek talep görmeyen sanal nesnelere sanal sistemden tahliye etmek amacıyla otomatik alıcı işleviyle üretilmiş karakterlerdir.<sup>53</sup>

Otomatik alıcı işlevindeki karakterler ile gerçek kullanıcı arasında yapılan işlemlerin koşulları önceden net olarak belirlenmiş durumdadır. Gerçek kişi kullanıcının işlemin konu olduğu sözleşme üzerinde herhangi bir değişiklik talep etmesi kati olarak mümkün değildir. Gerçek kişi kullanıcı iradesinin ya sözleşmeyi kabul yahut sözleşmeyi red şeklinde sanal ortamda belirlenen şartlar dahilinde nesneyi otomatik alıcıya satma yahut satmama şeklinde ortaya konması gerekmektedir. Bu şekilde taraflardan biri veya bir üçüncü kişi tarafından “önceden hazırlanmış ve karşı tarafça müzakere edilme imkânı olmadan kurulan sözleşmeler iltihaki (katılmı) sözleşmeler”dir.<sup>54</sup> Burada kullanıcı,

---

<sup>53</sup> Ondrejka, “Escaping the Gilded Cage: User Created Content and Building the Metaverse,” 89. Bu şekilde sözleşmenin kuruluşu ve edimin ifasının sanal ortamda gerçekleştiği ticari işlemler doğrudan ticaretin konusunu oluşturmaktadır. (Turan, “Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti.” 90). Elektronik ticaret konusu ürünlerin niteliği bakımından yapılan doğrudan ticaret- dolaylı ticaret ayrımı hakkında detaylı bilgi için bakınız: Hatice Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003), 26.

<sup>54</sup> Turan Şahin, “Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* no. 95 (2011), 335. Alper Uyumaz, “Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9 (2007), 915. Sinan Sami Akkurt, “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no. 1 (2011), 33. İltihaki sözleşmelerin genel işlem şartlarından ayrılan yönleri hakkında detaylı bilgi için bakınız:

sistemin öngördüğü aşamaları takip ederek sözleşmeyi kabul edip ifanın gerçekleşmesinin sağlayabilmektedir. Kullanıcının sistem tarafından önceden belirlenmiş aşamaları olduğu gibi kat etmemesi durumunda otomatik olarak sistemden dışarı çıkarılarak istediği sonuca ulaşamaması sağlanmaktadır.<sup>55</sup> Burada otomatik alıcı avatarlar yerine gerçek kişi kullanıcıların avatarlarının sözleşmenin tarafı olması arasında sözleşme konusu edimin ifasına yönelik bir fark bulunmamaktadır. Nitekim her iki durumda da kullanıcı avatarının sahip olduğu bir nesneyi sistemin izin verdiği aşamaları izleyerek bir başka avatara satmaktadır. Burada avatarların geliştirilmesi için kullanılan nesnelere ilgili olarak üzerinde durulması gereken konu bu nesnelere kullanılması ile oluşan yeni avatarın telif hakkına konu ürün olmasına yönelik etkisidir.

Gerçek hayatta kişiselleştirilerek fikri ürün olarak nitelendirilen ürün olarak bir saat ele alındığında saati oluşturan nesnelere basit metal parçalar ve camdır. Hammaddelerin değeri önemsiz olsa bile fikri ürün olan saatin meydana getirilmesinde harcanan emek, zaman ve kişisel tasarım sonucu ortaya çıkan orijinallik unsurları neticesinde o saat, üretiminde kullanılan hammaddelerin değerinden bağımsız olarak son derece değerli olabilmektedir. Zira saatin haiz olduğu bir katma değer söz konusudur.<sup>56</sup> Katma değer, fikri ürün için öngörülen satış fiyatından, o fikri ürünü -örnekte bu fikri ürün saattir- ortaya çıkarmak için başkalarından satın alınarak kullanılan

---

Şahin, "Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması," 336, 337.

<sup>55</sup> Uyumaz, "Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası," 919. Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, 75.

<sup>56</sup> Ondrejka, "Escaping the Gilded Cage: User Created Content and Building the Metaverse," 90.

hammadelerin fiyatının düşürülmesinden sonra ortaya çıkan bakiye olarak ifade edilebilir.<sup>57</sup> Özellikle “çok oyunculu çevrimiçi rol üstlenme oyunu” şeklinde ifade edilen ve doktrinde kısaca MMORPG (*massively multiplayer online role-playing games*) olarak anılan oyunlarda<sup>58</sup> gerçek hayattakine

<sup>57</sup> Mehmet Avcı, Soner Uysal, ve Ramazan Taşçı. “Türk İmalat Sanayinin Teknolojik Yapısı Üzerine Bir Değerlendirme,” *Journal of Social Sciences and Humanities Researches* 17, no. 36 (2016), 56. Serkan Güneş, Abdullah Togay ve Çiğdem Güneş. “Katma Değer ve Kalkınma Bağlamında Ürün Tasarımı,” *Sanat ve Tasarım Dergisi* no. 16 (2015), 99. Bir ürünün üretimi için kullanılan hammadde tedarikinden üretimine kadar ve ardından ve müşterinin eline geçene kadarki süreçte o üründen elde edilebilecek faydayı artırma sürecinde ne kadar çok milli unsurlar kullanılırsa o kadar milli katma değer oranı artacaktır. Bir başka ifadeyle katma değer katma değer ne kadar ülke içinde yaratılmış olursa o üründen elde edilen fayda ilgili ülke için o kadar artacaktır. Bu durum dış ticaret açığının kapatılmasında da önemli ölçüde etkili olmaktadır. Örneğin bir saati üretmek ve yurtdışı pazarlara satmak ele alındığında o saati üretirken kullanılan malzemelerin ithal değil yerli malzeme durumunda bu ürünün o ülkeye sunduğu milli katma değer, üretiminde ithal malzeme kullanılan saatin yurt dışı pazara satılmasından elde edilecek milli katma değerden çok daha fazla olacaktır. Katma değer konusunda detaylı bilgi için bakınız: Güneş, Togay ve Güneş, “Katma Değer ve Kalkınma Bağlamında Ürün Tasarımı,” 100ff. Ekonomik katma değer, pazar katma değeri ve nakit katma değer ilişkisi hakkında bilgi için bakınız: M. Başaran Öztürk, “Finansal Performansın Ölçülmesinde Alternatif Bir Yöntem “Ekonomik Katma Değer,” *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 18, no. 3-4 (2004), 352ff.

<sup>58</sup> Bu tür oyunların ilk örnekleri avaturların ölmek zorunda olmadığı ya da hayatının kararmak zorunda olmadığı bir sanal ortam olarak metaversenin ilk kez tanımlandığı Neal Stephenson'un 1992 tarihli romanı *Snow Crash*'in (Neal Stephenson, *Snow Crash* (New York: Bantam Dell, 1992), 102) ardından takriben 10 yıl sonra ortaya çıkan *There* ve *Second Life* gibi oyunlardır. Paul Maharg ve Martin Owen. “Simulations, Learning and the Metaverse: Changing Cultures in Legal Education,” *Journal of Information Law and Technology* (2007), 22. Özellikle *Second Life* gibi sanal evrenler sadece gerçek kişilerin değil, aynı zamanda ticari kuruluşların, kar amacı gütmeyen kuruluşların ve akademik işlevi olan üniversitelerin de yer aldığı

benzer şekilde kullanıcı avatarlarının oluşturulması sürecinde katma değer söz konusudur. Bu tür oyunlarda oyunu geliştirerek hizmete sunanlar, ham maddeye dayalı işçiliği bir başka deyişle zanaatı yaygın şekilde kullanmaktadır. Oyunu geliştiren kişi yada platformun zanaatı kullanmasındaki başlıca amaçları; oyuncuların oyun içerisindeki üretim hızını düşürme, en iyi öğelerin zanaatını/işlenmesini sınırlandırma, işçilik için kullanılacak maddeleri sistem içerisinde gizleyerek bunların oyuncu tarafından bulunmasını zorlaştırarak içeriğin kullanım süresini uzatmak şeklinde sıralanabilir.<sup>59</sup> Avatarın geliştirilmesiyle ilgili olarak üzerinde durulması gereken temel konu, oyunda sağlanan ham maddelerin ya da öğelerin kullanılarak avatarın üst seviyeye taşınması yani geliştirilmesi durumunda bu avatara bir katma değer eklenip eklenmediğinin belirlenmesidir. Burada avatarın değerindeki artış, gerçek dünyada saat örneğinde olduğu gibi onu üreten kişinin emeği sonucu metal ve camdan kişiselleştirilmiş yeni bir ürün olan saat meydana getirilmesinden farklıdır. Avatarın zanaat ile geliştirilmesi durumu, avatarın ilk başta oluşturulması durumundan farklıdır. Bununla birlikte avatarın geliştirilmesi durumunda da avatarın kullandığı öğeler dolayısıyla değerinde

---

bir büyük dijital platformdur. Averbek ve Türkyılmaz, "Sanal Evrende Markaların Geleceği: Yeni İnternet Dünyası Metaverse ve Marka Uyulamaları," 101. Bu tür oyunlar, gerçek dünyayla ekonomik olarak bağlantılı online dünyalara duyulan arzuyu ve kullanıcıların sosyal etkileşim için sanal dünyalara yöneldiklerini göstermektedir. Bu bağlamda metaversenin kullanıcılarına sanal oyunlardan öte gerçek dünya şehirlerinin canlı karmaşık yapısını ve dinamiklerini içeren büyük pazarlar açma potansiyeline sahip olduğu düşünülmektedir. Ondrejka, "Escaping the Gilded Cage: User Created Content and Building the Metaverse," 83.

<sup>59</sup> Ondrejka, "Escaping the Gilded Cage: User Created Content and Building the Metaverse," 90.

bir artış olmakta ancak bu katma değer niteliğini haiz bulunmamaktadır.<sup>60</sup>

Zanaat olarak ifade edilen avatar geliştirme sürecinde kullanıcılar, sistemi geliştirenler tarafından sisteme sunulan öğeleri tekrar tekrar kullanmakta olup herhangi bir yeni içerik oluşturma durumu ya da yeni ürün meydana getirme durumu bulunmamaktadır. Avatara sistemdeki öğelerden eklenmesi halinde gerçek hayattaki bir ürünün üretilmesinde olduğu gibi herhangi bir katma değer eklenmemektedir.<sup>61</sup> Burada avatarın geliştirilmesi dolayısıyla değerinde meydana gelen artış, avatarın yeni bir ürün olarak değerlendirilmesinden yani katma değerden değil, sistemde sınırlı sayıda bulunan öğelerin kullanılması dolayısıyla kıtlıktan kaynaklanmaktadır.<sup>62</sup> Avatarın geliştirilmesinde gerçek manada bir yeni ürün ortaya konması söz konusu değildir.<sup>63</sup> Ancak avatarın meydana getirilmesi halinde yeni bir ürün söz konusudur.

---

<sup>60</sup> Ondrejka, "Escaping the Gilded Cage: User Created Content and Building the Metaverse," 90.

<sup>61</sup> Avatarın geliştirilmesi sürecinde kullanılan öğelerin herhangi bir pazarının olmaması, avatara gerçek hayattaki gibi bir katma değer eklenmemesi, avatarın aynı avatar olup geliştirilmesi durumunda yeni bir ürünün meydana getirilmemesi, zanaat olarak adlandırılan işlemin temel üç problemi olarak düşünülmektedir. Ondrejka, "Escaping the Gilded Cage: User Created Content and Building the Metaverse," 90.

<sup>62</sup> Özellikle ticari olarak motive olmuş sömürücüler piyasayı ele geçirdiği durumlarda oyuncular için oyunlardaki kaynakların elde edilmesi son derece zorlaşabilmektedir. Oyunlardaki nesnelere gerçek hayatta pazarının olduğu bu tür durumlar zararlı girişimcilik faaliyetleri için teşvik işlevi görmektedir. Lastowka ve Hunter, *Virtual Crimes*, 312. Dolayısıyla metaversede pazar oluşturulurken dış etkenler tarafından manipüle edilmemesi için gerekli teknik ve hukuki önlemlerin alınması gerekmektedir.

<sup>63</sup> Ondrejka, "Escaping the Gilded Cage: User Created Content and Building the Metaverse," 90.



Metaverse avatarlarının üretilmesi durumu zanaat kapsamında değil oluşturma, meydana getirme kapsamında değerlendirilmelidir. Metaversede kullanıcıların gerçek manada yeni ürünler oluşturabilmeleri, katma değer oluşturulması ve hangi ürünlerin gerçek değerinin olduğunun belirlenebilmesi için ürünlere yönelik pazar oluşturulması gerekmektedir.<sup>64</sup> Metaversede bu bağlamda farklı dijital platformlar kendi özelliklerine göre farklı alanlarda pazar oluşturmaktadır.

## SONUÇ

Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucu internet boyut değiştirmiştir. Zuckerberg'in ifadesiyle kullanıcıların dışarıdan seyrettiği iki boyutlu bir ortam yerine içerisine dahil olabildiği üç boyutlu bir ortam halindeki yeni versiyon internet metaverse olarak ifade edilmektedir.<sup>65</sup> Kullanıcılar, gerçek hayatta gerçekleştirdikleri birçok işlemi gerçekleştirmelerine olanak sunan bu şekilde üç boyutlu sanal ortamlarda oluşturdukları avatarlar ile kendilerini temsil etmektedir. Kişinin sanal ortamdaki görünümü olan avatari kullanıcı tarafından çeşitli uygulamalar kullanılarak oluşturulmaktadır. Ayrıca kullanıcı avatari dijital ortamın kendine sunduğu imkanlar dahilinde geliştirebilmektedir. Burada kullanıcının avatari geliştirmesi anlamındaki zanaat (crafting) ile avatari oluşturması anlamındaki meydana getirme(creating) kavramları, birbiriyle karıştırılabilen ancak farklı kavramlardır. Benzer şekilde avatari oluşturulması ile geliştirilmesi de farklılık arz

---

<sup>64</sup> Ondrejka, "Escaping the Gilded Cage: User Created Content and Building the Metaverse," 90. Diğer taraftan özellikle MMORPG olarak anılan oyunlar başta olmak üzere birçok online oyunda elde edilen nesnelere üzerindeki hakların gerçek para ile ticaretinin etik olmadığını ve oyunun ruhunu ihlal ettiğini düşünen birçok kullanıcı bulunmaktadır. Lastowka ve Hunter, *Virtual Crimes*, 312.

<sup>65</sup> Columbia Broadcasting System, Inc. Ü. Sarı, "Yeni Nesil Bir Temsil Alanı Metaverse," 183.

etmektedir. Avatarın geliştirilmesi sürecinde yeni bir ürünün meydana getirilmesi söz konusu olmadığından geliştirilmiş avatar, önceki versiyonundan farklı bir fikri ürün olarak kabul edilmemelidir. Diğer taraftan avatarın oluşturulması sürecinde metaverse gibi dijital platformların sağladığı nesnelere ve diğer özelliklerden yararlanan kullanıcı, ilgili dijital platformun kullanım sözleşmesinde izin verildiği ölçüde o avatar üzerinde telif hakkı sahibi olabilir. Metaverse avatarı, üzerinde emek harcanarak ve kişiselleştirilerek orijinal bir ürün olarak ortaya çıkarıldığı için fikri hukuk bağlamında bir fikri ürün olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte metaverse avatarının FSEK kapsamında tahdidi olarak sayılan fikri eser türlerinden hangisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tartışıldığında; avatarın bir bilgisayar programının ifade edilmiş biçimi olarak kabul edilmesi halinde FSEK 2. maddesi kapsamında ilim ve edebiyat eseri olarak değerlendirilmesi mümkündür. FSEK 5. maddesi'ne göre ise *"elektronik [...]veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi"* kapsamında değerlendirildiğinde metaverse avatarı, sinema eseri olarak kabul edilebilir. Sinema eserlerinin ilgili yönetmeliğe göre tescili gerektiğinden ve aslında burada kastedilen film gibi eserler olduğundan metaverse avatarının bu şekilde tescilinin nasıl gerçekleşebileceğine dair bir örnek bulunmamaktadır. Her ne kadar bilgisayar oyunları bu kapsamda değerlendirilerek tescil edilmekteyse de bilgisayar ürünü üretenlerin bu tescilinin de FSEK 5. maddesinin geniş yorumlanması dışında net bir dayanağı bulunmamaktadır. Tescil konusunda gündeme gelebilecek sorunlar dikkate alındığında metaversede avatarların FSEK 2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilir. Avatarın bu şekilde bir fikri eser olarak kabul edilmesi halinde bu avatar üzerinde telif hakkı sahibinin kim olacağı belirlenmelidir. Avatarın oluşturulma süreci dikkate alınarak kullanıcının avatarı üzerinde harcadığı emek ve orijinallik unsurlarına göre telif hakkı sahipliği değerlendirilmektedir. Metaversede avatar oluşturulurken

kullandığı uygulamaların ve avatarı kullanacağı dijital platformun aksini öngörmemesi durumunda metaversede emek harçayarak ve kişisel estetik algısı sonucu oluşturduğu orjinal avatar üzerinde telif hakkı sahibinin onu oluşturan kullanıcı olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte özellikle sanal ortamların kendi kullanım koşullarını belirleyerek kullanıcı ile bir sözleşme ilişkisi içerisinde oldukları düşünüldüğünde kullanıcının metaverse avatarı üzerindeki telif haklarının etkin şekilde korunabilmesi için dijital platformların ve avatar uygulamalarının telif hakkına dair düzenlemelerini kullanıcının anlayabileceği bir dilde ve görebileceği şekilde açık ve net belirtme yükümlülüğü gibi bu ilişkide zayıf konumda olan kullanıcıyı koruyacak yükümlülüklerin getirilmesi gerekmektedir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olup olmadığını belirtmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author did not indicate whether he received financial support for this study.

**Conflict of Interest:** The author did not specify whether there was a conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated whether ethics committee approval is required.

---

## KAYNAKÇA

- Akipek, Şebnem, ve Esra Dardağan. "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlâllerİne Uygulanacak Hukuk." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 3 (2001): 115 - 139.
- Akkurt, Sinan Sami. "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no. 1 (2011): 19 - 46.
- Akkurt, Sinan Sami. "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 7, no. 13 (2019): 39 - 59.
- Alkara, İbrahim. "Yeni Dijital Ürünler Üzerine Bir İnceleme: Metaverse ve NFT Örnekleri." İçinde *Dijital Etkileşimler: Sektörel Yansımaları 1*. Editör İnci Merve Altan. 171 - 196. İstanbul: Efe Akademi Yayınları, 2022.
- Avcı, Mehmet, Soner Uysal, ve Ramazan Taşçı. "Türk İmalat Sanayinin Teknolojik Yapısı Üzerine Bir Değerlendirme." *Journal of Social Sciences and Humanities Researches* 17, no. 36 (2016): 49 - 66.
- Averbek, Gözde Sula, ve Ceyda Aysuna Türkyılmaz. "Sanal Evrende Markaların Geleceği: Yeni İnternet Dünyası Metaverse ve Marka Uyumları." İç. *Sosyal Bilimlerde Multidisipliner Çalışmalar Teori, Uygulama ve Analizler*. Editör Mehmet Baş ve İnci Erdoğan Tarakçı. 99 - 136. İstanbul: Efe Akademik yayıncılık, 2021.
- Aydoğan, Derya, Deniz Yengin, ve Tamer Bayrak. "Sanatın Hibrit Gerçeklik Alanı: 'Metaverse'." *Yedi Sanat, Tasarım ve Bilim Dergisi* 28 (2022): 53 - 66.
- Aytaç, Zeynep. "Metaverse ve Dijital Fırsatlar." İç. *Pazarla-Ma: Teoriden Pratiğe*. Editör Mehmet Baş. 233 - 253. İstanbul: Efe Akademi Yayınları, 2022.

- Bak, Başak. "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 9, no. 35 (2018): 211 - 232.
- Bozkurt-Yüksel, Armağan Ebru. "Intellectual Property Rights of Gamers in Esports." *Law & Justice Review* 11, no. 21 (2021): 275 - 308.
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. "Yapay Zekanın Buluşlarının Patentlenmesi." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 6, no. 11 (2018): 585 - 622.
- Brown, Abbe, Smita Kheria, Marta Iljadica, ve Jane Cornwell. *Contemporary Intellectual Property: Law and Policy*. New York: Oxford University Press, 2019.
- Car, Polona. "European Declaration on Digital Rights." *European Parliament*. Haziran 2022. Ağustos 18, 2022. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733518/EPRS\\_BRI\(2022\)733518\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733518/EPRS_BRI(2022)733518_EN.pdf).
- Car, Polona, Tambiama André Madiaga, ve Maria Niestadt. "Metaverse Opportunities, Risks and Policy Implications." *European Parliament*. Haziran 2022. Ağustos 17, 2022. [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_BRI\(2022\)733557](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2022)733557).
- Çetingül, Nursena. "Ceza Sorumluluğu Bakımından Yapay Zekanın Hukuki Statüsünün Tartışılması." *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 20, no. 41 (2021): 1015 - 1042.
- Columbia Broadcasting System, Inc. "Facebook Launches "Horizon Workrooms." Here's How It Works." Erişim tarihi Ağustos 18, 2022. <https://www.youtube.com/watch?v=frZQrEBVkkk>.
- Conseil Paritaire de la Publicité (CPP) (Fransız Reklam Konseyi). Erişim tarihi Ağustos 17, 2022. <https://www.cpp-pub.org/qui-sommes-nous/mission/>.

- Crawford, Susan P. "Who's in Charge of Who I Am?: Identity and Law Online." *New York Law School Law Review* 49, no. 1 (2004): 211 - 229.
- Doğan, Bayram. *Karşılaştırmalı Hukukta Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı*. Ankara: Adalet, 2022.
- Doğan, Derya, ve Gürkan Özocak. "Dijital Oyunlar, Multimedya Yaratımlar ve Güncel Hukuki Problemler." İçinde 3. *Uluslararası Bilişim Hukuku Kurultayı*. İzmir: 2013.
- Efroni, Zohar. *Access-Right: The Future of Digital Copyright Law*. New York: Oxford University Press, 2011.
- European Parliament, Council of the European Union. EUR - Lex. "Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on Certain Aspects concerning Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services." 20 Mayıs 2019, Erişim tarihi Ağustos 18, 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32019L0770>.
- Gokmi, Kim, ve Ju Hyun Jeon. "A Study on the Copyright Survey for Design Protection in Metaverse Period." *International Journal of Advanced Smart Convergence* 10, no. 3 (2021): 181 - 186.
- Goldstein, Paul. 2001. *International Copyright: Principles, Law, and Practice*. New York: Oxford University Press, 2001.
- Grey, Thomas C. 1980. "The Disintegration of Property." İçinde *Ethics, Economics and the Law of Property*, editör J. Roland Pennock ve John W. Chapman, 69 - 85. New York: New York: New York University Press, 1980.
- Güner, Cemil. "Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8, no. 15 (2020): 229 - 272.
- Güneş, Serkan, Abdullah Togay, ve Çiğdem Güneş. "Katma Değer ve Kalkınma Bağlamında Ürün Tasarımı." *Sanat ve Tasarım Dergisi*, no. 16 (2015): 97 - 112.

- Kahraman, Mehmet Emin. "Blok Zincir, Deepfake, Avatar, Kripto para, Değiştirilemez Belirteç (NFT) ve Sanal Evren (Metaverse) ile Yaygınlaşan Sanal Yaşam." *Uluslararası Kültürel ve Sosyal Araştırmalar Dergisi (UKSAD)* 8, no. 1 (2022): 149 - 162.
- Kara Kılıçarslan, Seda. "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 4, no. 2 (2019): 363 - 389.
- Karimov, Elnur. "Bilgisayar (Video) Oyunlarının Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Korunmasında Uygun Eser Kategorisi Sorunu." *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 7, no. 1 (2021): 93 - 110.
- Köken, Enes. "Yapay Zekanın Cezai Sorumluluğu." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 12, no. 47 (2021): 247 - 286.
- L'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité (ARPP). 2010. "Communication Publicitaire Digitale (Dijital Reklam İletişimi Kılavuzu)." Aralık 2010, Erişim tarihi Ağustos 18, 2022. [https://www.arpp.org/wp-content/uploads/2011/03/Reco\\_Comm\\_Pub\\_Digitale-3.pdf](https://www.arpp.org/wp-content/uploads/2011/03/Reco_Comm_Pub_Digitale-3.pdf).
- Lastowka, F. Gregory, ve Dan Hunter. "The Laws of the Virtual Worlds." *California Law Review* 92, no. 1 (2004): 1 - 74.
- Lastowka, Gregory, ve Dan Hunter. "Virtual Crimes." *New York Law School Law Review* 49, no. 1 (2004): 293 - 316.
- Maharg, Paul, ve Martin Owen. "Simulations, Learning and the Metaverse: Changing Cultures in Legal Education." *Journal of Information Law and Technology* (2007):1 - 28.
- Markham, Annette, ve Elizabeth Buchanan. "Etik Karar Alma ve İnternet Araştırmaları." *Folklor Edebiyat Dergisi*, Çeviren Yeliz Özdemir, 21 (2015): 411 - 431.
- Muratoğlu, Gülşah, ve Karl Steffens. *Sağlıklı Dijital Yaşam Rehberi*. Editör Metin Eken. Kayseri: Erciyes Üniversitesi, 2019. Erişim tarihi Ağustos 19, 2022.

- [https://hdlife.erciyes.edu.tr/rehber/Saglikli\\_Dijital\\_Yasam\\_Rehberi.pdf](https://hdlife.erciyes.edu.tr/rehber/Saglikli_Dijital_Yasam_Rehberi.pdf).
- Ondrejka, Cory. "Escaping the Gilded Cage: User Created Content and Building the Metaverse." *New York Law School Law Review* 49, no. 1 (2005): 81 - 102.
- Özdemir Kocasakal, Hatice. *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2003.
- Özel Sağlamtimur, Zühal. "Dijital Sanat." *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 10, no. 3 (2010): 213 - 238.
- Öztürk, M. Başaran. "Finansal Performansın Ölçülmesinde Alternatif Bir Yöntem "Ekonomik Katma Değer"." *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 18, no. 3-4 (2004): 351 - 368.
- Park, Sung, Si Pyoung Kim, ve Mincheol Whang. "Individual's Social Perception of Virtual Avatars Embodied with Their Habitual Facial Expressions and Facial Appearance." *Sensors* 21, no. 17 (2021): 1 - 18.
- Polat, Süleyman Kayra. "Yeni Medya Ortamlarında Grafik Tasarım." Yüksek Lisans Tezi. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Robinson, Clare ve Hannah McCarthy. "Artificial Intelligence Raises New Questions about Purpose and Scope of Copyright." *Lexis Nexis*. 25 Mart 2021, Erişim tarihi Ağustos 11, 2022. <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/news/artificial-intelligence-raises-new-questions-about-purpose-scope-of-copyright>.
- Şahin, Turan. "Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* no. 95 (2011): 331 - 376.
- Sarı, Onur. "Sosyal Medya Kullanım Koşullarında Yer Alan Ruhsat Hükümlerinin Fotoğraf Eseri Bağlamında Değerlendirilmesi." İçinde *International Marmara Social*



- Sciences Congress (Autumn)*, Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi. (2020): 299 - 307. [https://www.researchgate.net/profile/Hazal-Sen/publication/348167292\\_International\\_Marmara\\_Social\\_Sciences\\_Congress\\_Autumn\\_2020-\\_Ozet\\_Bildiri/links/5ff1ca05299bf1408868a02e/International-Marmara-Social-Sciences-Congress-Autumn-2020-Oezet-Bildiri.pdf#page=](https://www.researchgate.net/profile/Hazal-Sen/publication/348167292_International_Marmara_Social_Sciences_Congress_Autumn_2020-_Ozet_Bildiri/links/5ff1ca05299bf1408868a02e/International-Marmara-Social-Sciences-Congress-Autumn-2020-Oezet-Bildiri.pdf#page=) (Erişim tarihi Ağustos 15, 2022).
- Sarı, Ümit. "Yeni Nesil Bir Temsil Alanı Metaverse." İçinde *Dijital Demokrasi*, Editör Serdar Çil, 173 - 194. İstanbul: Eğitim Yayınevi, 2022.
- Stephenson, Neal. *Snow Crash*. New York: Bantam Dell, 1992.
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- The National Archives. "Copyright, Designs and Patents Act 1988." *The Official Home of UK Legislation*. 15 Kasım 1988, Erişim tarihi Ağustos 8, 2022. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/9>.
- Turan, Gamze. "Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* no. 77 (2008): 87 - 119.
- Türk Dil Kurumu. "Güncel Türkçe Sözlük." Erişim tarihi Ağustos 13, 2022. <https://sozluk.gov.tr/>.
- Uyumaz, Alper. "Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9 (2007): 907 - 930.
- Uzun, Kadriye, ve Cengiz Hakan Aydın. "Kullanıcı Profilinin ve Bireylerarası İlişkilerin Gerçek Yaşamla Karşılaştırılması: Second Life Örneği." *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 2, no. 7 (2012): 263 - 290.
- Van Hoorebeek, Mark. *Law, Libraries and Technology*. Oxford: Chandos Publishing, 2005.

Zarksy, Tal Z. "Information Privacy in Virtual Worlds: Identifying Unique Concerns Beyond the Online and Offline Worlds." *New York Law School Law Review* 49, no. 1 (2005): 231 - 270.

Zorluel, Mustafa. "Yapay Zeka ve Telif Hakkı." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* no. 142 (2019): 305 - 356.

# TERÖRİZMİN TANIMLANMASI SORUNU BAĞLAMINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ'NİN ULUSLARARASI TERÖRİZME KARŞI MÜCADELEDEKİ ROLÜ

*The Role of the United Nations Security Council in  
the Fight against International Terrorism in the  
Context of the Problem of Defining Terrorism*

**Selcen Nur KIŞLA\***

## Öz


Terörizmin varlığı eskiye dayanmakla birlikte uluslararası toplumun ve Birleşmiş Milletler'in gündemine gerçekten taşınması 11 Eylül saldırıları ile olmuştur. Bu olaylardan sonra Birleşmiş Milletler, uluslararası terörizmin her türünü uluslararası barış ve güvenliğe tehdit olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasında

\* Dr., selcennur@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-5659-0789.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 23.08.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 25.10.2022.

**Atıf/Citation:** Kışla, Selcen Nur. "Terörizmin Tanımlanması Sorunu Bağlamında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Uluslararası Terörizme Karşı Mücadeledeki Rolü." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 581-634.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

birincil yetkili organ olan Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin yeri bu konuda ayrı bir önem taşır. Bu maksatla makalede, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin uluslararası terörizm ile mücadeledeki rolü çalışma konusu olarak seçilmiştir. Ancak, Birleşmiş Milletler organları, terörizm kavramını tanımlamaktan imtina etmektedir. Bu tanımlamayı üye olan devletlere bırakmaktadır. Birleşmiş Milletler üyesi devletler ise terörizme karşı ortak bir yaklaşım sergileyememektedir. Dolayısıyla, terörizm ile mücadeleye ilişkin kararların etkinliğinin sağlanmasının önünde, terörizmin tanımlanması sorunu önemli bir engel teşkil etmektedir. Bu kapsamda makalede öncelikle, terörizmin tanımlanması sorunu ve Birleşmiş Milletler'in terörizme ilişkin genel yaklaşımı incelenmiştir. Daha sonrasında ise Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin terörizm ile mücadeledeki rolü, kararlar ve komiteler bağlamında tanım sorunu merkezinde incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Birleşmiş Milletler, Güvenlik Konseyi, Terörizm, Terörizmin Tanımlanması Sorunu, 1267 Komitesi, 1373 Komitesi, 1540 Komitesi.

## **Abstract**

Although the existence of terrorism dates back to the past, it was really brought to the agenda of the international community and the United Nations with September 11 attacks. After these events, the United Nations has recognized all forms of international terrorism as a threat to international peace and security. Therefore, the place of the United Nations Security Council, which is the primary authorized body in ensuring international peace and security, has a special importance in this regard. For this purpose, the role of the United Nations Security Council in the fight against international terrorism has been chosen as the subject of study in this article. However, the United Nations bodies avoid defining the concept of terrorism. It leaves this definition to the member states. The member states of the

United Nations, on the other hand, cannot show a common approach against terrorism. Therefore, the definition problem is an important obstacle in ensuring the effectiveness of the decisions regarding the fight against terrorism. In this context, the article primarily examines the definition of terrorism and the United Nations' general approach to terrorism. Afterwards, the role of the United Nations Security Council in the fight against terrorism is examined in the context of the resolutions and committees in the center of the definition problem.

**Key Words:** The United Nations, The Security Council, Terrorism, The Problem of Defining Terrorism, The 1267 Committee, The 1373 Committee, The 1540 Committee.

## GİRİŞ

Terörizmin varlığı çok eski tarihlere dayanmakla birlikte uluslararası toplumun ve Birleşmiş Milletler'in gündemini gerçek anlamda işgal etmesi 11 Eylül saldırıları neticesinde olmuştur. Bu saldırılar, terörizmin ulaştığı boyutları ve ilgili tehlikeye karşı uluslararası toplumun yeterince hazırlıklı olmadığını göstermiştir. 11 Eylül sonrasında Güvenlik Konseyi, tarihinde ilk defa bir olguyu başlı başına uluslararası barış ve güvenliğin tehdidi olarak değerlendirmiş; üye devletler, geniş yükümlülükler öngören bağlayıcı nitelikte kararlar almıştır.

Birleşmiş Milletler sisteminde, bağlayıcı kararlar alabilen ve uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasında birincil yetkili organ olan Güvenlik Konseyi'nin terörizm konusundaki yerinin ayrı bir öneme sahip olduğu tartışmaya yer bırakmamaktadır. Fakat hem genel olarak Birleşmiş Milletler sisteminde hem de Güvenlik Konseyi nezdinde terörizmle mücadele bağlamında, ilk planda öne çıkan ve halen güncelliğini koruyan konu: Terörizmin tanımıdır. Nitekim, başta Güvenlik Konseyi olmak üzere Birleşmiş Milletler'in terörizm kavramını tanımlamaktan kaçınması ve tanımlamanın üye devletlere bırakılması; terörizme karşı ortak bir yaklaşım sergilenmesi, uyumun

sağlanması, işbirliği ve Güvenlik Konseyi kararlarının etkinliğinin sağlanmasının önünde önemli bir engel olarak varlığını korumaktadır.

Bu çalışmanın amacı, terörizmle mücadelede anahtar konumda olan terörizm kavramı hakkında hala uzlaşının gerçekleştirilememesi nedeniyle; uluslararası barış ve güvenliğin tesisinde asli yetkiye sahip olan Güvenlik Konseyi'nin, uluslararası barış ve güvenliğin en büyük tehditlerinden biri olan uluslararası terörizm ile mücadelede gerekli etkinliği sağlayamadığını ve bu sorun çözülemediği sürece de sağlanmasının mümkün olmadığını ortaya koymaya çalışmaktır.

O nedenle, çalışmada öncelikle terörizmin tanımı sorunu genel olarak ele alınmıştır. Sonrasında ise Birleşmiş Milletler'in terörizme yaklaşımı Genel Kurul kararları ve uluslararası andlaşmalar çerçevesinde incelenmiştir. Son olarak ise Güvenlik Konseyi'nin terörizmle uluslararası mücadeleye yönelik aldığı kararlar ve yine 1267, 1373 ve 1540 sayılı Konsey kararları ile terörle mücadelede etkinliği sağlamak amacıyla kurulmuş olan 1267 Komitesi, 1373 Komitesi ve 1540 Komitesinin işleyişi; terörizmin tanımlanması ya da daha doğru bir ifadeyle tanımlanamaması sorunu temelinde incelenmiştir.

## **I. TERÖRİZMİN TANIMI SORUNU**

Terör kelimesi, Türkçeye batı dillerinden geçen; korku ve dehşet halini ifade eden Latince "terrere" kelimesinden türemiş, Arapça karşılığı tedhiş olan kavramdır. Terörizm ya da tedhişçilik ise korku ve dehşet salmanın bir araç olarak

kullanılmasıdır.<sup>1</sup> Siyasi ve hukuki anlamda kullanılması ilk olarak Fransız İhtilali sonrasında olmuştur. XIX. Yüzyıl boyunca yaşanan siyasi gelişmeler sonucunda terörizm, yalnızca devlet tarafından vatandaşlara karşı uygulanan şiddeti değil, bireyler ya da siyasi gruplar tarafından devlete karşı uygulanan şiddeti de ifade eden bir mana kazanmıştır.<sup>2</sup>

Terörizmin doktrinde pek çok tanımı mevcuttur. Örneğin kavram: "*şiddet kullanılmasını ya da tehdidini de içeren normal dışı yollarla siyasal davranışı etkilemek için tasarlanmış sembolik bir fiil*"<sup>3</sup> olarak tanımlanabilir. İkinci Dünya Savaşını takiben terörizm, doktrinde pek çok açıdan sınıflandırmalara tabi tutulduğu gibi bu olgunun pek çok tanımı da yapılmıştır. Terörizm tanımının çeşitliliğini anlatmak bağlamında 1936-1981 yılları arasında uluslararası alanda 109 ayrı terörizm tanımına rastlandığı örneği sıkça verilmektedir.<sup>4</sup> Fakat örneğin, Hodgson ve Tadros'a göre terörizmin hukuki bir tanımını yapmak ideal olmayacaktır. Çünkü terörizmin tanımı politikanın itme ve çekmesine bağlıdır.<sup>5</sup> Topal'a göre ise terörizmin tanımlanmasındaki başarısızlık, tanımlanamaz olmasından değil, kavramın siyasi,

<sup>1</sup> Sertaç Hami Başeren, "İnsan Hakları ve Terörizm," İç. *İnsan Hakları ve Güvenlik*, 195-224. Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını No. 1 (2001), 196.

<sup>2</sup> Emre Öktem, "Uluslararası Hukukta Terörizm Tanım Sorunu ve Milli Bağımsızlık Hareketleri," *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi* 3, no. 5 (2004), 133.

<sup>3</sup> Bkz. Başeren, "İnsan Hakları ve Terörizm," 199.

<sup>4</sup> Örneğin bkz. Mark S. Zaid, "Combatting International Terrorism into The 21st Century," *ILSA Journal of Int'l & Comparative Law* 2 (1996): 665; Halis Ayhan, "Terör Kavramı, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul Özelinde Birleşmiş Milletler'in 2001 Sonrası Terör Yaklaşımı," *Güvenlik Stratejileri* 11, no. 21 (2015), 119.

<sup>5</sup> Jacqueline S. Hodgson ve Victor Tadros, "The Impossibility of Defining Terrorism," *New Criminal Law Review* 16, no. 3 (Summer 2013), 495.

felsefi, sosyal, hukuki ve uluslararası boyutlara sahip sübjektif ve karmaşık nitelik taşımasından doğar.<sup>6</sup>

Terörizmin tanımlanabilmesi için öncelikle, belli bir amaç dahilinde mi işlenmesi gerektiği, hangi fiillerin terörizm sayılacağı, herkesin terörist fiil işleyip işleyemeyeceği gibi bir dizi ikilemin belirlenmesi ve çözülmesi gerekir.<sup>7</sup> Devletlerin birbirinden farklı ve değişen politik çıkarlarının da etkisiyle uluslararası alanda ortak bir terörizm tanımı yapılamamış ve kavram geniş bir hal alarak, tamamen farklı eylemler dahi kavrama dahil edilmiştir.<sup>8</sup> Hodgson ve Tadros'a göre tanım, kaçınılmaz olarak aşırı kapsayıcı olacağı için terörizmin tam anlamıyla yeterli bir tanımının yapılması ümit edilmemelidir.<sup>9</sup> Bu noktada karşımıza, terörizmin tanımlanmasının zaruri olup olmadığı hususundaki doktrinde mevcut olan iki temel yaklaşım çıkmaktadır. İlk yaklaşıma göre tanımın yapılamaması, uluslararası toplumun terörizme karşı mücadelesinin önündeki en büyük engellerden olup mücadele yöntemini belirlemek ve uygulamak buna bağlıdır. Diğer görüşe göre ise bir tanıma varmanın imkansızlığı, tanıma ihtiyacı olmadığını gösterir.<sup>10</sup> Örneğin Zaid'e göre; bir kişinin özgürlük/ulusal kurtuluş savaşçısı olanın, diğerinin teröristi olduğuna dair eski atasözünü herkes bilir. Çözüm basit olup; tanım hakkında değil, altta yatan suç hakkında endişelenilmelidir.<sup>11</sup>

Doktrinde hüküm süren çok sayıda farklı tanıma rağmen; yazarlarca, tanımlarda bazı ortak unsurların varlığından da

---

<sup>6</sup> Ahmet Hamdi Topal, *Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı*, 12.

<sup>7</sup> Hodgson ve Tadros "The Impossibility," 499.

<sup>8</sup> Topal, *Uluslararası Terörizm*, 9.

<sup>9</sup> Bkz. Hodgson ve Tadros "The Impossibility," 494.

<sup>10</sup> Topal, *Uluslararası Terörizm*, 10, 11.

<sup>11</sup> Zaid, "Combatting International Terrorism," 665.



bahsedilebilmektedir. Örneğin, Oscar Schachter'e göre kapsamlı bir tanımın olmaması terörizmin tanımlanamaz olmasından ileri gelmemektedir. Çünkü, bütün yapılan tanımların bir çekirdeği vardır. Fakat, ortak olarak nitelenen unsurların sayısı yazarlar arasında değişiklik gösterebilmektedir. Örneğin Emanuel Gross'a göre tanımların çoğunluğunda şiddet ve belli siyasi amaçları gerçekleştirmek için korkuya yol açma ortak unsurdur.<sup>12</sup> Bazı yazarlar ise terörizm tanımının içinde uluslararasılık unsurunun da bulunduğunu savunmaktadır. Terörizmin tanımında bu unsurun varlığı tartışılabilir olmakla birlikte, günümüzde, sebep ve etkileri bakımından tek bir ülkenin sınırları içinde kalan terörist eylemler düşünmek zordur.<sup>13</sup> Güvenlik Konseyi'nin ve Birleşmiş Milletler'in (BM)<sup>14</sup> konuya ilişkin kararları ve çalışmaları da esasen 11 Eylül saldırılarından sonra uluslararası terörizm merkezli olmuştur.

Terörizmin etkileri, ulusal sınırların ötesinde sıkça gerek faillerin veya mağdurların uyrukluğuna gerekse coğrafi olarak ülke içinde olmakla birlikte hedefler yoluyla sınırları aşarak uluslararası bir karakter arz eder. Bunun yanı sıra yabancı hükümetleri etkileme teşebbüsleri ve birden fazla devletin çıkarlarını içine alan fiiller de uluslararası olarak değerlendirilmektedir.<sup>15</sup> Terörizmin uluslararası nitelik kazanmasını sağlayan bir neden de belli bir devlet içinde faaliyet

---

<sup>12</sup> Bkz. Reuven Young, "Defining Terrorism: The Evolution of Terrorism as a Legal Concept in International Law And its Influence on Definitions in Domestic Legislation," *Boston College International & Comparative Law Review* 29, no. 26 (2006): 33.

<sup>13</sup> Öktem, "Uluslararası Hukukta Terörizm," 140. Ayrıca bkz. Sarkan Salman Abubaker, "Terörizm: Kavramsal Bir Çerçeve," *Uluslararası Beşeri ve Sosyal Bilimler İnceleme Dergisi* 5, no. 1 (2021), 48.

<sup>14</sup> Birleşmiş Milletler, bundan sonra "BM" olarak kısaltılacaktır.

<sup>15</sup> Young, "Defining Terrorism," 31. Ayrıca bkz. Abubaker, "Terörizm," 48.

gösteren terörist unsurların, çoğunlukla yabancı devletlerin psikolojik, siyasi, hatta askeri desteğini almalarıdır.<sup>16</sup>

Terörist fiiller bütün devletlerde suç teşkil etmesine rağmen, her devlet iç hukuk düzenlemeleri ile terörizmi farklı tanımlayarak bu kapsamda cezalar öngörmektedir. Bu durum ise ortak bir terörizm tanımında uzlaşmayı zorlaştırmaktadır.<sup>17</sup> Pek çok siyasi grubun, muhalif oldukları devletin eylemlerini terörizm olarak nitelendirmesi; kimi devletlerin ise terörizmi dış politika aracı olarak kullanarak, destek verdikleri örgütlere uluslararası meşruiyet sağlamak amacıyla bu örgütlerin eylemlerini terörizm kapsamında ele almaktan kaçınmaları da terörizm tanımında uzlaşamamasının diğer sebeplerindedir.<sup>18</sup> Ayrıca devletlerin, sonradan ortaya çıkabilecek terör olayları karşısında nasıl tepki vereceklerini önceden tespit etmek istememeleri<sup>19</sup>; diğer bir anlatımla, farklı siyasi önceliklere sahip olan devletlerin, yapacakları bir tanımla kendilerini bağlamak istememeleri de uzlaşının önüne geçmektedir.<sup>20</sup>

Terörizmin tanımlanması sorununun başlıca sebebi ise doktrinde sıkça rastlandığı haliyle; ayrıca, en klasik ve en kısa ifadeyle "bir tarafın terörist olarak nitelendirdiğini diğer tarafın ulusal kurtuluş savaşçısı olarak görmesi"dir.<sup>21</sup> Bu yaklaşım,

---

<sup>16</sup> Öktem, "Uluslararası Hukukta Terörizm," 140.

<sup>17</sup> Halatçı Ülkü Ulusoy, *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Birleşmiş Milletler Akıllı Yaptırımları* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 61; Enver Bozkurt ve Selim Kanat, *Uluslararası Toplumun Paradoksu: Terörizm, İnsan Hakları, Güvenlik ve 11 Eylül Sonrası Meydana Gelen Değişiklikler* (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2007), 19.

<sup>18</sup> Öktem, "Uluslararası Hukukta Terörizm," 137.

<sup>19</sup> Murat Saraçlı, "Uluslararası Hukukta Terörizm," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (2007), 1066.

<sup>20</sup> Topal, *Uluslararası terörizm*, 12.

<sup>21</sup> Benzer görüş için bkz. Murat Saraçlı, "Uluslararası Hukukta Terörizm," 1065. Ayrıca bkz. Amrith Rohan Perera, "The draft United Nations

BM'nin çeşitli kararlarına yansıdığı gibi BM çalışmaları sırasında devletlerin bu yönde irade sergilediği pek çok örneğe de rastlanmaktadır. Örneğin, Sosyalist Blok ve Üçüncü Dünya Ülkeleri, BM Genel Kurulunda sıkça ulusal bağımsızlık hareketlerinin kuvvet kullanmasının meşruluğunu kabul eden kararlar lehine düzenli olarak oy kullanmışlardır. Yine, 20 Aralık 1965'de kabul edilen 2015 (XX) sayılı Genel Kurul kararı<sup>22</sup>, ilk kez sömürge yönetimi altındaki halkların self determinasyon hakkını kullanmak ve bağımsızlıklarını elde etmek için mücadelelerinin meşruluğunu tanıyarak, tüm devletleri sömürge ülkelerindeki ulusal kurtuluş hareketlerine maddi ve manevi yardım sağlamaya davet etmiştir.<sup>23</sup>

Uluslararası toplumun büyük bir kısmında yabancı egemenliğinde ve sömürgesinde olan halkların bağımsızlığına yönelik var olan sempatinin yansıması olarak 1970'den beri BM Genel Kurulu, "bu halkların self determinasyon ve bağımsızlık için mücadelesinde bütün gerekenler" anlamına gelen bir hak tanımıştır. 1970 Dostça İlişkiler Deklarasyonunda<sup>24</sup> BM Genel Kurulu, bu halkların bağımsızlığı ve self determinasyon hakkından mahrum bırakacak her türlü cebri faaliyete karşı her türlü direnç ve faaliyeti göstermekle ve diğer devletlerin

---

Comprehensive Convention on International Terrorism," İç. *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Editör Ben Saul, (Edward Elgar Publishing, 2020), 122.

<sup>22</sup> Bkz. UN Doc. A/RES/2105 (XX) (20 December 1965). Birleşmiş Milletlerin tüm belge ve kararlarına ulaşmak için bkz. <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/home.xsp>.

<sup>23</sup> Bkz. Fatma Taşdemir, *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi* (Ankara: USAK, 2006), 18, 23, 24.

<sup>24</sup> Bkz. Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of United Nations, UN Doc. A/RES/2625 (XXV) (24 October 1970).

yardıma başvurma ile yetkilendirmiştir.<sup>25</sup> Bir diğer örnek ise BM Genel Kurulu Ad Hoc Uluslararası Terörizm Komitesinde ortaya çıkmıştır. Terörizmin tanımı konusunda Cezayir, Demokratik Yemen, Gine, Hindistan, Kongo, Moritanya, Nijer, Suriye, Tanzanya, Tunus, Yemen, Yugoslavya, Zaire ve Zambiya ortak bir tavır sergileyerek terörizm tanımının ulusal kurtuluş mücadelelerine zarar vermemesi gerektiğini ifade etmiştir.<sup>26</sup>

Terörizm olgusu çok eskilere dayanmasına rağmen, uluslararası hukukta düzenlenmesi ve tanımı çabaları nispeten yenidir. Bu doğrultuda ilk düzenleme Milletler Cemiyeti zamanında yapılmıştır. 1930 yılında Brüksel Konferansında terörizm kavramı ilk defa tanımlanmaya çalışılmış; uluslararası düzenleme ve terörizmin tanımlanmasına yönelik ilk ciddi girişim ise 1937 tarihli Terörizmin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (*Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism*) ile yapılmıştır. Sözleşme 24 devlet tarafından imzalanmakla birlikte yalnızca Hindistan tarafından onaylandığı için yürürlüğe girememiştir.<sup>27</sup> Sözleşmede terörist fiiller; bir devlete yöneltilen ve genel olarak kamunun, bir grubun veya belli insanların zihinlerinde devlet terörü yaratmak için planlanan ve hesaplanan cezai fiiller olarak tanımlanmış;<sup>28</sup> terör, devlet başkanları gibi kamu görevlilerine karşı işlenen

---

<sup>25</sup> Bardo Fassbender, "The UN Security Council and International Terrorism," İç. *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Editör Andrea Bianchi, (Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004), 97.

<sup>26</sup> Başeren, "İnsan Hakları ve Terörizm," 199.

<sup>27</sup> Oren Gross ve Fionnuala Ni Aolain, *Law in Times Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice* (Cambridge University Press, 2006), 367; Young, "Defining Terrorism," 36-37.

<sup>28</sup> Bkz. Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism, 16 Kasım 1937, Erişim Tarihi: Temmuz 7, 2022, [https://www.loc.gov/resource/gdcwdl.wdl\\_11579/?st=gallery](https://www.loc.gov/resource/gdcwdl.wdl_11579/?st=gallery), m. 1/2.

eylemlerle sınırlanmıştır.<sup>29</sup> Sözleşmenin yürürlüğe giremeyerek başarısızlıkla sonuçlanmasının nedeni ise terörizmi geniş tanımlaması sebebiyle devletlerin bazılarının Sözleşmeyi onaylamak istememesi olarak gösterilmektedir.<sup>30</sup>

Terörizmin tanımlanması sorununun yansımaları Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsünde de görülmüştür. Suçun unsurlarının tanımlanmasında aciz kalınması sebebiyle terörizm suçu Statü'den çıkarılmıştır. Bu durum ise kapsamlı bir uluslararası rejim yerine ulusal yargılamalarda terörist fiillerin süregelmesi ile örtüşmektedir. Ancak ulusal yargılamaların örtüşmesi ve uygulamaların uyumlu hale getirilmesi için terörizmin tanımlanması zaruridir.<sup>31</sup> Zira, terörizmin yalnızca bir devlette yasaklanması bu faaliyetleri tüm dünyada sona erdirmek için yeterli değildir. Dolayısıyla, terörizm suçunun bütün dünyada uluslararası yargılamaya konu olması için asgari paydada buluşulacak bir terörizm tanımına ihtiyaç vardır.<sup>32</sup>

## II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER'İN TERÖRİZME GENEL YAKLAŞIMI

BM sisteminde, 11 Eylül öncesinde terörizm sorununun geniş bir şekilde Genel Kurula sevk edilmiş olduğu görülmektedir. Terörizmin tanımlanmasına yönelik kompleks siyasi ve hukuki problemler hep Genel Kurul merkezli gelişmiştir. Güvenlik Konseyi kararlarında ise konu, çok küçük

<sup>29</sup> Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism, m. 2. Ayrıca bkz. Ayhan, "Terör Kavramı," 130.

<sup>30</sup> Bozkurt ve Kanat, *Uluslararası Toplumun Paradoksu*, 16.

<sup>31</sup> Young, "Defining Terrorism," 31.

<sup>32</sup> Young, "Defining Terrorism," 32; Ben Saul, "Definition of "Terrorism" in the UN Security Council: 1985–2004," *Chinese Journal of International Law* 4, no. 1 (2005): 166.

bir yere sahip olmuştur.<sup>33</sup> Genel Kurul, terörizme ilişkin pek çok karar almıştır. Bu kararlar genel olarak; insan hakları ve terörizm, uluslararası terörizmin ortadan kaldırılmasına ilişkin önlemler ile 2006'dan sonra alınan BM küresel terörle mücadele stratejisi kararları ismi altında sınıflandırılabilir. BM küresel terörle mücadele stratejisine ilişkin Genel Kurul kararlarının yarısından fazlası devletlerin oybirliği ile alınmıştır. Bu durum ise üye devletlerin terörizmle mücadele konusundaki kararlılığını açıkça göstermektedir.<sup>34</sup>

Devletler ve uluslararası örgütlerin terörizmin tanımı konusunda fazla gayret göstermeden<sup>35</sup>; ya da siyasi hassasiyet içeren ve tartışmalı olan tanım sorunundan kaçınarak devletler arasında pratik işbirliğini geliştirmek için bu olguya yönelik sergiledikleri pragmatik yaklaşımlar, BM Genel Kuruluna da hakim olmuştur. Terörizmin ortak tanımının yapılamaması nedeniyle BM'nin terörizmle ilgili sözleşmeleriyle belli bazı tür eylemler yasaklanarak; yıllar içinde dikkatlice bir uluslararası mevzuat külliyatı oluşturulmuştur.<sup>36</sup> Bunların siyasal suç sayılmamasını, faillerine siyasal sığınma hakkı verilmemesini, yargılanmalarını ya da isteyen ilgili devlete iade edilmelerini öngören dolayısıyla, terörizmle sadece belirli suç konularında mücadele etmelerine imkan veren sözleşmeler yapılabilmektedir.<sup>37</sup> Fakat, terörizmin cezalandırılması veya önlenmesine ilişkin sözleşmeler ulusal hukukta belli yasaklamalar getirme eğilimi taşımakla birlikte, devletlere uluslararası yükümlülüklerin uygulanması konusunda belli bir serbestlik de bırakmaktadır.

---

<sup>33</sup> Saul, "Definition of "Terrorism," 141.

<sup>34</sup> Ayhan, "Terör Kavramı," 133-134.

<sup>35</sup> Mehmet Emin Çağırın, "Terörizm ve Uluslararası Hukuk," İç. *Terörizm*, Editör Haydar Çakmak, (Ankara: Platin, 2008), 53-54.

<sup>36</sup> Perera, "The draft United Nations," 124.

<sup>37</sup> Başeren, "İnsan Hakları ve Terörizm," 201.

Örneğin Tokyo Sözleşmesi, belirli suçları tanımlamak yerine, hava araçlarına ilişkin suçların yargılanmasına yönelik bir sistem kurmuştur.<sup>38</sup>

İlk sözleşmeler sivil havacılığa yönelik terörist eylemleri konu almıştır. Terörizmle ilgili sözleşmeler sırasıyla: Hava Araçlarında İşlenen Saldırı ve Diğer Bazı Eylemlere ilişkin 1963 Tokyo Sözleşmesi, Sivil Hava Araçlarının Yasadışı Olarak Ele Geçirilmesinin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 1970 La Haye Sözleşmesi, Sivil Havacılık Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Ortadan Kaldırılmasına ilişkin 1971 Montreal Sözleşmesi, Sivil Havacılığa Hizmet Veren Havaalanlarındaki Yasadışı Şiddet Eylemlerinin Ortadan Kaldırılmasına ilişkin 1988 Montreal Protokolü,<sup>39</sup> 1991 yılında Montreal'de imzalanan Plastik Patlayıcıların Teşhis Edilmesi Amacıyla İşaretlenmesi Sözleşmesidir. Sayılan bu sözleşmeler dışındaki sözleşmeler; Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü çerçevesinde yapılmıştır. İlgili örgüt, terörizmle mücadeleyi başlatan ve devletlerin bu amaçla bir araya geldiği bir uluslararası kurum olmuştur.<sup>40</sup>

Bunun dışında, Diplomatik Görevliler Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korumadan Yararlanan Kişilere Yönelik Suçların Önlemesi ve Bastırılmasına Dair 1973 New York Sözleşmesi, Rehin Alınmasına Karşı 1979 New York Sözleşmesi, Nükleer Malzemenin Fiziksel Olarak Korunmasına ilişkin 1980 Viyana Sözleşmesi,<sup>41</sup> 1988 tarihli Deniz Ulaşımının Güvenliğine Karşı Yapılan Gayri Meşru Eylemlerin Cezalandırılması Üzerine Roma Sözleşmesi ve kıta sahanlığı üzerinde bulunan platformların güvenliğine yönelik eylemleri de sözleşmenin uygulama alanına dahil eden Ek Protokol, 1994 tarihli BM

<sup>38</sup> Young, "Defining Terrorism," 48-49.

<sup>39</sup> Öktem, "Uluslararası Hukukta Terörizm," 135.

<sup>40</sup> Çağırın, "Terörizm ve Uluslararası Hukuk," 56.

<sup>41</sup> Öktem, "Uluslararası Hukukta Terörizm," 135.

Personeli ve Örgütüne Bağlı Olarak Çalışan Şahısların Güvenliğini Konu Edinen Sözleşme, Patlayıcı ve Yanıcı Maddelerle Yapılan Terörist Saldırıların Önlenmesine İlişkin 1997 tarihli Sözleşmedir.<sup>42</sup> 1999 yılında ise terörist eylemleri konu almaktan çok terörizmin önlenmesini konu edinen Terörizmin Finanse Edilmesinin Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme<sup>43</sup> imzalanmıştır.

Aslında 1999 yılına gelindiğinde bu sözleşmelerin büyük çoğunluğu yürürlüğe girmemiş ve hiçbiri geniş çaplı katılım sağlayamamıştır. 11 Eylül saldırılarına kadar yalnızca 2 devlet 12 sözleşme ile bağlı olmuşken 2003 yılının sonuna gelindiğinde 35 devlet bağlı olmuştur. 2002 yılında yürürlüğe giren Terörizmin Finanse Edilmesinin Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme, terörizmin kaynaklarının kesilmesi için küresel hukuki bir rejim yoluyla uluslararası terörizmi bastırmayı amaçlayan merkezi bir unsur haline gelmiştir.<sup>44</sup> Bu Sözleşmeye başta ABD tarafından karşı çıkılmasına rağmen 11 Eylül saldırılarından sonra Sözleşmenin yürürlüğe girmesini en çok destekleyen devlet de yine ABD olmuştur.<sup>45</sup>

Terörizmin Finanse Edilmesinin Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin 2. maddesinde terörist fiiller, *“niteliği veya kapsamı itibarıyla, bir halkı korkutmak, ya da bir hükümeti veya uluslararası örgütü herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmekten kaçınmaya zorlamak amacıyla gütmesi halinde, bir sivili ya da bir silahlı*

---

<sup>42</sup> Çağırın, “Terörizm ve Uluslararası Hukuk,” 58-59.

<sup>43</sup> International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, 9 December 1999, 2178 UNTS 197. Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. Erişim Tarihi: Temmuz 7, 2022, <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4738.html>.

<sup>44</sup> Curtis Ward, “Building Capacity to Combat International Terrorism: The Role of The United Nations Security Council,” *Journal Of Conflict & Security Law* 8, no. 2 (2003): 290-291.

<sup>45</sup> Çağırın, “Terörizm ve Uluslararası Hukuk,” 59.



*çatışma durumunda husumete doğrudan katılmayan herhangi başka bir kişiyi öldürmeye veya ağır şekilde yaralamaya yönelik diğer tüm eylemler” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>46</sup> İlgili Sözleşmeden sonra ise 2005 yılında Nükleer Terörizm Fiillerinin Önlenmesine İlişkin Sözleşme imzalanmıştır. 2010 yılında ise Sivil Havacılıkla İlgili Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme imzalanmıştır.*

Tüm bu sözleşmeler, terörizmin geniş olarak tanımlanmasında bir mutabakata varılamaması sebebiyle terörizmin genel olarak düzenlendiği bir çok taraflı sözleşmenin olmamasının tabii bir sonucu olmakla birlikte; bazı şiddet fiillerinin terörizmin şekli olduğu hususunda devletlerin büyük çoğunluğunun anlaştığının da bir yansımasıdır.<sup>47</sup> Sayılan sözleşmelerde terörizmle ilgili geniş düzenlemeler yapılmasa da ulusal mevzuatların uluslararası anlaşmalarla uyumlu hale getirilmesi yükümlülüğü üstlenilmiş, sözleşmelerde düzenlenen suçlar uluslararası bir nitelik kazanarak devletlere, bu suçların faillerini iade etmek ya da yargılamak yükümlülüğü getirilmiştir.<sup>48</sup>

Neticede, devletlerin belli terörist fiillerle mücadele konusunda anlaşması sonucu, suçluların iadesi ve karşılıklı hukuki işbirliği amacıyla bu suçların siyasi suç kapsamında değerlendirilemeyeceği hakkında karara varmaları da önemli bir adımdır.<sup>49</sup> Ancak terörizmle etkin mücadele için sayılan sözleşmelerin varlığı yeterli etkiyi sağlayamamaktadır. Bütün devletlerin ya da en azından terörist fiilleri işleyen kişilerin etkin bir şekilde yargılanmalarını temin edecek derecede çok sayıda

---

<sup>46</sup> Terörizmin Finanse Edilmesinin Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme, m. 2/1-b.

<sup>47</sup> Gross ve Aolain, *Law in Times*, 368-369.

<sup>48</sup> Öktem, “Uluslararası Hukukta Terörizm,” 136.

<sup>49</sup> Gross ve Aolain, *Law in Times*, 394.

devletin üzerinde mutabık kalacakları bir terörizm tanımının gerekliliği varlığını korumaktadır.<sup>50</sup>

Sektörel sözleşmelerin etkililiği hakkında çeşitli görüşler öne sürülmektedir. Bunlardan ilki, söz konusu sözleşmelerin terörist fiilleri tanımlamaktan öte geçemediği; ikincisi, sözleşmelerin çerçeve çizerek terörist fiillerin içeriğinin devletler tarafından yapılacak düzenlemeler ve uygulamalarla doldurulacağı, bunun ise bir üye devletten diğerine göre isteğe ve devletin yeteneğine göre değişebileceği; üçüncüsü ise sözleşmelerin yalnızca taraf devletleri bağlayacağı şeklindedir.<sup>51</sup>

Genel Kurul, uluslararası sözleşmeler dışında terörizmle ilgili pek çok karar almıştır. Genel Kurulun uluslararası terörizm ile ilgili ilk genel kararı 1972 yılında aldığı 3034 (XXVII) sayılı karardır. Terörizm ile ilgili kaygıların dile getirildiği kararda, devletler aynı zamanda terörizmi konu alan sözleşmelere taraf olmaya davet edilmiştir. Ancak kararda, devredilemez bir hak olarak self determinasyon hakkı, sömürge ve ırkçı rejimler ile ulusal bağımsızlık hareketlerinin BM Şartı'nın amaç ve ilkeleri çerçevesinde teyit edildiği vurgusu da yapılmıştır.<sup>52</sup>

Genel Kurulun, 1972 yılından sonra konuya ilişkin verdiği pek çok kararı vardır.<sup>53</sup> Ancak, bunların içinde 9 Aralık 1994 tarihinde 49/60 sayılı karar ile kabul edilen "*Uluslararası*

<sup>50</sup> Başeren, "İnsan Hakları ve Terörizm," 200.

<sup>51</sup> Derin Kayalar, "The Role and Impact of the United Nations in Confronting International Terrorism in the Aftermath of September 11: Prospects and Challenges in the Fight Against Global Jihadism." Yüksek Lisans Tezi, (Orta Doğu Teknik Üniversitesi, 2009), 46-47.

<sup>52</sup> Bkz. UN Doc. A/RES/3034 (XXVII) (18 December 1972).

<sup>53</sup> İlgili kararlar için örneğin bkz. [34/145](#), [36/109](#), [38/130](#), [40/61](#), [42/159](#), [44/29](#), [46/51](#), [49/60](#), [50/53](#), [51/210](#), [52/164](#), [52/165](#), [53/108](#), [54/110](#), [55/158](#), [56/88](#), [57/27](#), [58/81](#), [59/46](#), [60/43](#), [61/40](#), [62/71](#), [63/129](#), [64/118](#), [65/34](#), [66/105](#), [67/99](#), [68/119](#), [69/127](#) ve 48/411 sayılı kararlar. İlgili karar numaraları için bkz. Ayhan, "Terör Kavramı," 132.

*Terörizmi Ortadan Kaldırmaya Yönelik Önlemlere Dair Deklarasyon (Measures to eliminate international terrorism)*" önemli bir yere sahiptir. 12 maddelik deklarasyonda suç fiilleri tanımlanmış, terörizmin BM'nin amaç ve ilkelerine şiddetli ihlal oluşturacağı ifade edilmiş, devletlerden deklarasyonun bütün hükümleri ile uygulanması istenmiştir. Genel Sekreterlik ise deklarasyonun uygulanmasına yardımcı olmakla görevlendirilmiştir.<sup>54</sup> Deklarasyonda terör fiilleri: "kamuda, bir grup insan veya belli insanlar içinde siyasi amaçlar için terör durumunu tahrik etmek amacıyla veya hesaplarla işlenen suç fiilleri" olarak tanımlanmıştır. Yine aynı tanımda bu fiillerin: *politik, felsefi, ideolojik, ırksal, etnik, dini veya herhangi bir nedenden ötürü işlenmesi, fiillerin terör fiili olarak nitelendirilmesi için haklı görülmemiştir.*<sup>55</sup> İlgili tanımın daha sonra alınan bazı Genel Kurul kararlarına da yansıdığı görülmektedir.<sup>56</sup>

2005 yılında ise BM sistemindeki terörle mücadele çabalarını koordine etmek ve uyumu sağlamak amacıyla Genel Sekreter tarafından "*Terörle Mücadele Uygulama Görev Gücü (Counter-Terrorism Implementation Task Force)*" kurulmuştur.<sup>57</sup> 8 Eylül 2006'da da "*BM Küresel Terörle Mücadele Stratejisi (The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy)*" kabul edilmiştir. Terörle mücadelede ulusal, bölgesel ve uluslararası çabaları güçlendirmeyi amaçlayan Strateji; terörizmin yayılmasına olanak sağlayan koşullara değinen tedbirler, terörle mücadele ve önlenmesine dair tedbirler, devletlerin terörle mücadele ve

---

<sup>54</sup> Bkz. Measures to eliminate international terrorism, UN Doc. A/RES/49/60 (9 December 1994).

<sup>55</sup> Bkz. Measures to eliminate international terrorism, m. 3.

<sup>56</sup> Örneğin bkz. UN Doc. A/RES/68/119 (18 December 2013); UN Doc. A/RES/69/127 (18 December 2014).

<sup>57</sup> Stella Margariti, "Defining International Terrorism to Protect Human Rights in the Context of Counter-Terrorism," *Security and Human Rights* 29 (2018), 190-191.

terörü önleme kapasitesini inşa edici ve bu bağlamda BM sisteminin rolünü güçlendirici tedbirler, terörizmle mücadelede esas temeller olarak *rule of law* ve herkes için insan haklarına saygıyı temin edecek tedbirler olmak üzere dört başlıklı eylem planından oluşmaktadır.<sup>58</sup> Terörle Mücadele Uygulama Görev Gücü, Genel Kurul tarafından Birleşmiş Milletler Küresel Terörle Mücadele Stratejisi aracılığıyla 2006 yılında oybirliği ile onaylanmıştır.<sup>59</sup> 2018 yılına gelindiğinde ise BM Genel Sekreteri tarafından Terörle Mücadele Uygulama Görev Gücü Koordinasyon Düzenlemesinin yerine geçmek üzere, “*BM Küresel Terörle Mücadele Koordinasyon Anlaşması (UN Global Counter-Terrorism Coordination Compact)*” imzalanmıştır.<sup>60</sup>

11 Eylül’e kadar Genel Kurulun terörizmle mücadele konusunda 6. Komiteyi yetkilendirdiği görülmektedir. 6. Komite yetkisi kapsamında, kovuşturma ve iadeyi içerecek şekilde etraflı bir şekilde yargılama ve teröristlerin yaygın olarak işlediği fiilleri suç kapsamına alma konusunda devletleri teşvik edecek anlaşmaların hazırlanmasında görev almıştır.<sup>61</sup> 6. Komitenin bir diğer işlevi terörizmin tanımlanmasına yönelik olmuştur. Komite, 2000 yılında “*Uluslararası Terörizme Dair Kapsamlı Sözleşme Taslağını (Draft comprehensive convention on international terrorism)*”<sup>62</sup> hazırlamış, 2001 yılında ise Genel Kurul tarafından

---

<sup>58</sup> Bkz. The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy, UN Doc. A/RES/60/288 (20 September 2006); Ayrıca bkz. Ayhan, “Terör Kavramı,” 132-133.

<sup>59</sup> İlgili bilgi için bkz. “The Counter-Terrorism Implementation Task Force,” Ağustos 9, 2022, <https://www.un.org/victimsofterrorism/en/about/ctif>.

<sup>60</sup> Bkz. Report of the Secretary-General, Activities of the United Nations system in implementing the United Nations Global Counter-Terrorism Strategy, A/72/840, 20 April 2018, Annex III, para 9.

<sup>61</sup> Young, “Defining Terrorism,” 46-47.

<sup>62</sup> Bkz. Draft comprehensive convention on international terrorism: Working document submitted by India, UN Doc. A/C.6/55/1 (28 August 2000). Ayrıca

onaylanmıştır. O zamana kadar ortak bir terörizm tanımı yapılmamış olmakla birlikte, taslağa devletler tarafından büyük destek verilmiştir.<sup>63</sup> Taslak, mevcut sektörel anlaşmalardaki boşlukları göz önünde tutarak, çevreye yönelik ciddi saldırılar gibi bir dizi yeni suç kapsamına almıştır.<sup>64</sup>

Taslakta terörist fiiller: bir kişinin herhangi bir vasıtayla hukuk dışı ve kasti olarak; (a) herhangi bir kişinin ölümü veya ciddi şekilde yaralanması; veya (b) bir devlet veya hükümet tesisi, bir toplu taşıma sistemi, bir altyapı tesisi veya çevre dahil olmak üzere özel veya kamu mülküne ciddi hasar vermek c) bu maddenin 1(b) paragrafında belirtilen mülk, yerler, tesisler veya sistemlerdeki hasarın büyük ekonomik kayıplarla sonuçlanması veya sonuçlanması olası suç işlenmesidir. Fiilin amacı, doğası veya bağlamı gereği; bir topluluğu korkutmak veya bir Hükümeti veya uluslararası bir kuruluşu herhangi bir işlem yapmaya veya yapmamaya zorlamak olduğunda suç teşekkül etmiş olur. Bu düzenlemede suç kapsamına; inandırıcı ve ciddi tehdit, teşebbüs ve iştirak etmek eylemleri de dahil edilmiştir.<sup>65</sup>

Fakat aradan geçen uzun zamana ve Genel Kurulun 2016, 2019 ve 2020 yıllarında 6. Komiteye yönelik, ilgili sözleşme taslağı sürecinin nihayete kavuşturulması için bir çalışma grubu kurulmasına dair kararına<sup>66</sup>, bu minvalde de bir çalışma grubu

---

bkz. UN Doc A/RES/54/110 (2 February 2000), para. 12, 13; UN Doc. A/C.6/51/6 (11 November 1996).

<sup>63</sup> Ward, "Building Capacity," 291-292.

<sup>64</sup> Perera, "The draft United Nations," 124.

<sup>65</sup> Kapsamlı Sözleşme taslağı metni için bkz. Draft comprehensive convention against international terrorism: Consolidated text prepared by the coordinator for discussion, UN Doc. A/59/894 (12 August 2005), s. 7-18.

<sup>66</sup> Bkz. UN Doc. A/RES/71/151 (20 December 2016), para. 24; UN Doc. A/C.6/74/L.18 (12 November 2019), para. 25; UN Doc. A/RES/75/145 (22 December 2020), para. 25.

kurulmasına<sup>67</sup> rağmen; taslağa ilişkin müzakerelerdeki tikanıklar nedeniyle sözleşme son halini halen alamamıştır. Taslak sözleşme hakkındaki mevcut durum, esasında günümüzde terörizmin tanımına dair uluslararası bir mutabakatın olmadığı hakkındaki en önemli göstergelerdendir. Şimdiye kadar müzakerelerde, sözleşmenin uygulama alanına dair bir uzlaşma sağlanamamıştır. Örneğin, silahlı çatışmalar sırasında silahlı kuvvetlerin fiillerinin terör suçu oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır. Yine, barış zamanında hükümetin silahlı kuvvetlerinin fiilleriyle ilgili, özellikle de devlet terörü bağlamında, uzlaşma olmadığı gibi; ulusal kurtuluş hareketlerinin durumu da diğer bir önemli bir sorundur. Ad Hoc Komite üyelerinden bir kısmı ulusal kurtuluş (özgürlük) savaşlarını, self determinasyon hakkı bağlamında görürken; diğer üyeler ise terörizmin en kötü şekli olarak nitelendirebilmektedir.<sup>68</sup> Terörizmin tanımına dair en temel ihtilaf noktaları da devlet terörü ile ulusal kurtuluş savaşları üzerinde odaklanmaktadır.

Bunun dışında Genel Kurul, terörizmle mücadeleye yönelik ad hoc komiteler de kurmuştur. 1972 yılında alınan karar ile kurulan ve 35 üyeden oluşan “Ad Hoc Uluslararası Terörizm Komitesi”<sup>69</sup>, üye devletlerin terörizm sorununa yönelik çözüm

---

<sup>67</sup> Çalışma Grubu, Birleşmiş Milletler üyesi devletlere ve ihtisas kuruluşları üyelerine; ayrıca Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı'na açıktır. Çalışma grubu kurulması hakkındaki ilgili bilgi için bkz. “Sixth Committee (Legal)—76th session,” Erişim Tarihi Ağustos 17, 2022, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/summaries.shtml>.

<sup>68</sup> Kai Ambos ve Anina Timmermann. “Terrorism and customary international law,” İç. *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Editör Ben Saul, (Edward Elgar Publishing, 2020), 26.

<sup>69</sup> Genel Kurulun, “Ad Hoc Uluslararası Terörizm Komitesi” kurulmasını öngören kararı için bkz. UN Doc. A/RES/3034 (XXVII), para. 9.

önerilerini değerlendirmek ve işbirliğinin sağlanması için tavsiyeler içeren rapor sunmakla görevlendirilmiştir.<sup>70</sup>

Diğer bir ad hoc komite ise 1996 yılında alınan bir Genel Kurul kararı ile kurulmuştur. Komite, terörizmle ilgili fiillerin suç olarak düzenlenmesine yönelik sözleşmelerin geliştirilmesini sürdürmüştü<sup>71</sup> ve 6. Komite ile birlikte taslak sözleşmenin hazırlık çalışmalarını yürütmektedir. Ad Hoc Komite, kuruluşundan itibaren terörizm konusundaki kapsamlı uluslararası sözleşme hakkında çalışıyor olsa da, yukarıda da değinildiği gibi, Komite başkanı tarafından; arasında Taslak sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen terörizmin tanımının da bulunduğu bir kısım konularda anlaşmaya varılamadığı, 2002 yılında bir basın açıklamasında dile getirilmiştir.<sup>72</sup> Benzer ifadeler 2018 yılında 6. Komite'nin, 73. Genel Kurul oturumunun ilk toplantısına da yansımış; evrensel olarak üzerinde anlaşmaya varılmış bir terörizm tanımının mevcut olmamasının terörizmin ortadan kaldırılması hedefine zarar verdiği, terörizmin hukuki bir tanımının yapılması gerekliliği konuşmacılar tarafından dile getirilmiştir.<sup>73</sup>

Terörizme ilişkin Genel Kurul kararlarında çoğunlukla; terörizmin kınanmasının yanı sıra devletlerin terörizmin önlenmesine yönelik alması gereken tedbirler, devletlerarası işbirliği, anti terörizmle ilgili sözleşmelere taraf olmaları gerektiği konularına değinilmiş ve 1994 tarihli Uluslararası

<sup>70</sup> UN Doc. A/RES/3034 (XXVII) (18 December 1972), para. 9, 10.

<sup>71</sup> Bkz. UN Doc. A/RES/51/210 (17 December 1996).

<sup>72</sup> Mesut Hakkı Çaşın, *Uluslararası Terörizm*, (Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2008), 801.

<sup>73</sup> BM basın bültenine yansıyan ilgili konuşmalar için bkz. "Fight against International Terrorism Impeded by Stalemate on Comprehensive Convention, Sixth Committee Hears as Seventy-Third Session Begins," Erişim Tarihi Ağustos 17, 2022, <https://press.un.org/en/2018/gal3566.doc.htm>.

Terörizmi Ortadan Kaldırmaya Yönelik Önlemlere Dair Deklarasyondaki terörist fiillere ilişkin tanım tekrar edilmiştir. 11 Eylül saldırılarından sonra ise uluslararası terörizme vurgu yapıldığı görülmektedir. Bunun yanında, Güvenlik Konseyi kararlarına uyulması gerekliliği ve 1373 sayılı Güvenlik Konseyi kararının öngördüğü yükümlülüklerin yerine getirilmesi gereğine de sıkça yer verildiği görülmektedir.<sup>74</sup>

Genel Kurulun bağlayıcı kararlar alabilen bir organ olmaması sebebiyle terörle mücadelede rolünün çok etkin olmadığı söylenebilirse de BM'ye üye bütün devletlerin temsil edildiği bir organ olması nedeniyle kararları değer taşımaktadır. Diğer bir anlatımla; Genel Kurul üyeliğinin evrenselliği ve "tek devlet, tek oy" esasına göre faaliyet göstermesi, ona önemli bir meşruiyet ve uluslararası bir aktör olarak güç kazandırmaktadır. Ayrıca tavsiye niteliğinde olan Genel Kurul kararlarından, hukuki bağlayıcılığı olan uluslararası anlaşmaların yapılmasına kadar uzanan süreçte normatif güce ve uluslararası teamül hukukunun bir parçası olma potansiyeline sahiptir.<sup>75</sup>

Son olarak; BM Lübnan Özel Mahkemesi Temyiz Dairesinin (*Appeals Chamber of the UN Special Tribunal for Lebanon*)<sup>76</sup> 2011 yılında konuyla alakalı olarak verdiği bir karardan bahsederek BM'nin genel yaklaşımı hususundaki konumuzu nihayete erdirmek gerekirse: Her ne kadar mahkemenin kararı pek çok tartışmaya konu olsa da, en azından barış zamanında terörizmle

---

<sup>74</sup> Örneğin bkz. UN Doc. A/RES/56/88 (24 January 2002); UN Doc. A/RES/60/43 (6 January 2006).

<sup>75</sup> Jane Boulden, "The United Nations General Assembly and Terrorism," İç. *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Editör Ben Saul, (Edward Elgar Publishing, 2020), 493.

<sup>76</sup> İlgili karar için bkz. Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, STL-11-01/1, Special Tribunal for Lebanon, 16 February 2011, Erişim Tarihi Ağustos 12, 2022, <https://www.refworld.org/cases,STL,4d6280162.html>.



ilgili olarak uluslararası hukukta teamül hukuku kuralı meydana geldiğini beyan etmesi noktasında önemli olarak görülmektedir. Karar esasen başlı başına bir terörizm tanımı ile ilgili olmayıp uluslararası teamül hukuku bağlamında terörizmi ayrı bir suç olarak ele almakla birlikte, terörizmin tanımına dair tartışmaları tekrar başlatmıştır.<sup>77</sup> Uluslararası teamül hukuku bağlamında böyle bir suçun olup olmadığı ve teamül hukuku sürecinin tamamlanıp tamamlanmadığı tartışmaları bir yana; uluslararası hukuk bağlamında, bir suç olarak terörizmin evrensel olarak kabul edilmiş bir tanımına hala ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Marcello Di Filippo, "The definition(s) of terrorism in international law," İç. *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Editör Ben Saul (Edward Elgar Publishing, 2020), 9. Fakat, Bekele tarafından savunulan görüşe göre ise andlaşmalar hukuku bağlamında kabul edilebilir bir karar getirilememişse de uluslararası hukukta terörizmin genel özelliklerine dair anlaşma vardır. O anlamda mahkeme elverişli hukuki yeni bir tanım önermiştir. Mahkemenin kararı, uluslararası hukukta terörizmin kabul edilebilir bir tanımı için devam eden arayışlara kesinlikle yardımcı olacaktır. İlgili görüş için bkz. Henok Kebede Bekele, "Problem of Defining Terrorism under International Law: Definition by the Appeal Chamber of Special Tribunal for Lebanon as a Solution to the Problem," *Beijing Law Review* 12, no. 2 (June 2021), 628.

<sup>78</sup> Bkz. Lukáš Mareček, "Terrorism as a crime under international customary law introduced by special tribunal for Lebanon," *The Lawyer Quarterly* 7, no. 2 (2017), 85-86, [https://www.researchgate.net/publication/318127071\\_Terrorism\\_as\\_a\\_crime\\_under\\_international\\_customary\\_law\\_introduced\\_by\\_special\\_tribunal\\_for\\_Lebanon](https://www.researchgate.net/publication/318127071_Terrorism_as_a_crime_under_international_customary_law_introduced_by_special_tribunal_for_Lebanon) (Erişim Tarihi Ağustos 9, 2022).

### III. TERÖRİZMLE MÜCADELEDE GÜVENLİK KONSEYİ

#### A. Güvenlik Konseyi Kararları

Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasında asli yetkiye sahip olması ve bağlayıcı kararlar alabilmesi nedeniyle terörle mücadele konusunda ayrı bir öneme sahip olduğu konusu kuşkusuzdur. Ancak, terörizmle mücadelede Güvenlik Konseyi'nin esas olarak devreye girmesinde 11 Eylül saldırıları asıl dönüm noktasıdır.<sup>79</sup> Güvenlik Konseyi, 11 Eylül'e kadar konuya dair yalnızca 12 adet karar almıştır.<sup>80</sup> Konsey'in terörizm ile ilgili ilk kararı 1985 yılında verdiği 579 sayılı karar olmakla birlikte, 1990'lara kadar terörist eylemleri barış ve güvenliğe tehdit olarak saymak konusunda isteksiz kalmıştır. Bu yıla kadar meydana gelen terörist eylemler, politik ve ideolojik tartışmalardan kaçınmak için Güvenlik Konseyi tarafından terörizm olarak nitelendirilmeden kuvvet kullanma veya uluslararası sivil havacılık hukuki çerçevesinde değerlendirilmiştir.<sup>81</sup>

Güvenlik Konseyi'nin 579 sayılı kararı, Filistinli intihar bombacılarının Roma ile Viyana havalimanlarında ABD ve İsrail check-in noktalarında 20 kişinin ölümüne yol açması üzerine verilmiştir. Kararda uluslararası terörizmin göstergesi olarak her türlü rehin alma ve adam kaçırmaya ilişkin yeni bir kınama kararı vermiştir.<sup>82</sup> 1988 yılında Güvenlik Konseyi, adam kaçırmaya ilişkin yeni bir kınama kararı vermiştir. Ancak söz konusu kararda bütün adam

---

<sup>79</sup> Çağırın, "Terörizm ve Uluslararası Hukuk," 64.

<sup>80</sup> Doğan Şafak Polat, *Uluslararası Terörizmle Mücadelede Birleşmiş Milletler'in İşlevi, Yeteneği ve Sınırları*, (Ankara: Nobel, 2020), 193.

<sup>81</sup> Saul, "Definition of "Terrorism," 143.

<sup>82</sup> Saul, "Definition of "Terrorism," 144.

kaçırma ve rehin alma fiilleri genel olarak kınanmıştır.<sup>83</sup> 1989 yılında verilen 638 sayılı kararla ise terörizmin tecellisi olarak her türlü adam kaçırma ve rehin alma eylemlerinin önlenmesi, takibatı ve cezalandırılmasını kolaylaştırılacak uluslararası hukuk kuralları ile uyumlu etkili önlemleri planlamak ve almak konusunda devletler işbirliğine çağırılmıştır.<sup>84</sup>

Güvenlik Konseyi'nin 2001 yılına kadar verdiği kararlar, tepki niteliğinde olan ve dar nitelik taşıyan kararlardır.<sup>85</sup> Diğer bir anlatımla, terörizm adı altında çeşitli şiddet tipleri ve belli olaylar üzerine olmuştur. 2001 yılından sonra verdiği kararlar ise bütün terörist fiiller üzerine zaman sınırı olmadan ve yine belli olaylarla sınırlı olmamak üzere bağlayıcı, yarı düzenleyici nitelikte olmuştur.<sup>86</sup>

Güvenlik Konseyi'nin 1999 yılına kadar somut olaylar üzerine aldığı kararlar şu şekildedir: 1989 yılında Lübnan devlet başkanına suikastın kınanması<sup>87</sup>, Sahra çölü üzerinde giden sivil uçağın saldırıya uğraması üzerine her türlü terörist eylemin önlenmesine yönelik 635 sayılı karar, Irak'ın hangi fiillerinin terörizme yol açtığına ilişkin ifadeler yer almamakla birlikte Körfez Savaşından sonra daimi ateşkes üzerine aldığı 687<sup>88</sup> sayılı karar, 1992 yılında meydana gelen Lockerbie olayında sonra

<sup>83</sup> Bkz. UN Doc. S/RES/618 (1988).

<sup>84</sup> UN Doc. S/RES/638 (1989).

<sup>85</sup> Polat, *Uluslararası Terörizmle*, 197. Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğe dair BM Şartı 7. Bölüm kapsamında aldığı önlemler, bütün üyeleri bağlamaktadır. Bununla birlikte, her bir özel durum veya olaya ilişkin tepki niteliğinde olan Konsey kararlarının; uluslararası hukuk kaynağı olma bakımından, uluslararası hukuk kuralı olma ve kural koyma amacı taşımadığı belirtilmektedir. Bkz. Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I*, (Ankara: Seçkin, 2017), 90.

<sup>86</sup> Saul, "Definition of "Terrorism," 142.

<sup>87</sup> SC Pres Stat (22 November 1989), S/20988.

<sup>88</sup> Güvenlik Konseyi tarafından Irak hükümetinin devrilmesinden sonra ise 1511 (2003) ve 1546 (2004) sayılı kararlar alınmıştır.

Libya'ya yönelik aldığı 731 (1992), 748 (1992), 883 (1993), 1192 (1998) sayılı kararlar, Mısır devlet başkanının 1995'te suikasta uğraması sebebiyle Sudan'a yönelik aldığı 1044 (1996), 1054 (1996), 1070 (1996), 1372 (1996) sayılı kararlar, Kosova Özgürlük Hareketine yönelik aldığı 1160 (1998), 1244 (1999) sayılı kararlar ve Kenya ile Tanzanya'daki terörist saldırılar üzerine aldığı 1189 (1998) sayılı kararlardır.

1998-2004 yılları arasında Güvenlik Konseyi, Afganistan'a yönelik Taliban ve El-Kaide'ye ilişkin bir dizi karar almıştır. Kararlardan ilki, Taliban ile ona yardım eden birey ve kuruluşlarla ilgili olanların fon ve varlıklarını dondurmaya dair devletlere en kapsamlı yükümlülükler getiren hükümler içeren 1267 (1999) sayılı karardır. Aynı zamanda bir yaptırımlar komitesinin kurulmasını içeren<sup>89</sup> söz konusu karardan sonra alınan 1333 (2000), 1363 (2001), 1388 (2002), 1390 (2002), 1452 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004) kararlarsa Taliban'a askeri, politik ve seyahate yönelik yaptırımlar öngörmüştür. 1390 (2002) sayılı karar, Taliban'ın devrilmesinden sonra yaptırımların Afganistan'ın sınırlarını aşarak El Kaide ve Bin Ladin'in küresel faaliyetlerine yöneltilmesine ilişkindir.<sup>90</sup>

Konsey'in önemli kararlarından biri 1999 yılında aldığı 1269 sayılı karardır.<sup>91</sup> Karar, belli bir terörist eylemi değil genel olarak terörizmi esas alması itibarıyla hususiyet arz eder. İlgili karara, Konsey'in sonraki kararlarında sıkça atıf yapılmıştır.<sup>92</sup> Kararda, terörizmle ulusal ve uluslararası boyutta mücadelenin arttırılması ve devletlerin uygun adımlar atması gerektiği ifade edilmiş olmakla birlikte, uygulamaya ilişkin mecburi

---

<sup>89</sup> Bkz. UN Doc. S/RES/1267 (1999), para. 6.

<sup>90</sup> Bkz. UN Doc. S/RES/1390 (2002).

<sup>91</sup> Bkz. UN Doc. 1269 (1999).

<sup>92</sup> Örneğin bkz. UN Doc. S/RES/1368 (2001); UN Doc. S/RES/1373 (28 September 2001).

yükümlülükler veya denetleme mekanizması öngörülmemiştir.<sup>93</sup>

11 Eylül olaylarından sonra Güvenlik Konseyi, terörizmle mücadelede ön plana çıkan önemli kararlar almış ve kararların uygulanmasına nezaret edecek komiteler kurmuştur. BM'nin, 1972 yılında Genel Kurulun aldığı karardan başlayarak 11 Eylül'e kadar geçen süreçte terörizmi sosyal bir olgu olarak ele almış olmasından kaynaklanan değişken yaklaşımları bıraktığı görülmektedir. 11 Eylül ile birlikte terörizm artık, süregiden kaygı verici bir konudan, Güvenlik Konseyi'ni meşgul edecek nispette uluslararası barış ve güvenliği tehdit edecek bir konuya dönüşmüştür.<sup>94</sup>

11 Eylül saldırılarının ertesi günü 12 Eylül 2001'de Güvenlik Konseyi, 1368 (2001) sayılı kararı almıştır. Karar, uluslararası terörizm sorununun üstesinden gelmek için daha fazla eylemde bulunma konusunda hukuki temel teşkil etmiştir.<sup>95</sup> 1368 sayılı kararda, terörist fiillerin sebep olduğu uluslararası barış ve güvenliğe ilişkin her türlü tehditle mücadelede kararlılık kararı alınmış, New York, Washington D.C. ve Pensilvanya'da meydana gelen terörist fiiller, uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden diğer her türlü uluslararası terörizm eylemleri gibi kınanmıştır. Güvenlik Konseyi bütün devletleri; terörist saldırı faillerini, organize edenleri ve destekleyenleri ivedilikle adalete teslim etmeleri için çağrıda bulunmuştur. Terörist fiilleri önleme ve ortadan kaldırmada uluslararası toplumun gayretlerini artırması, anti terörizm sözleşmeleri ve özellikle 1269 sayılı karar olmak üzere Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması için çağrıda bulunmuştur. BM Şartı altındaki sorumlulukları ile uyumlu olarak 11 Eylül terörist saldırılarına karşı her türlü

<sup>93</sup> Ward, "Building Capacity," 290.

<sup>94</sup> Young, "Defining Terrorism," 34.

<sup>95</sup> Ward, "Building Capacity," 293.

tedbiri ve terörizmin her türü ile mücadele için bütün gerekli önlemleri almaya hazır olduğunu vurgulamıştır.<sup>96</sup> Bu kararlar ilk defa; BM Şartı<sup>97</sup> 51. madde kapsamında uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden her türlü terörist eyleme karşı bireysel ve kolektif “doğal” meşru müdafaa hakkı tanınmıştır. İkinci olarak ise Güvenlik Konseyi, terörizmle mücadele konusunda hukuki çerçeveyi çizerek, uluslararası terörizme karşı Konsey merkezli bir uluslararası cevaba girişmiştir. Bunun sonucu olarak 28 Eylül 2001’de Konsey’de, BM Şartı 7. Bölüm kapsamında oybirliği ile 1373 sayılı karar kabul edilmiştir.<sup>98</sup> Konsey; terörizmin uygulama, fiil ve metotlarının BM amaç ve ilkelerine muhalif olduğunu beyan etmiştir.<sup>99</sup>

1373 sayılı karar<sup>100</sup> Güvenlik Konseyi’nin terörizmle mücadele kapsamında aldığı bağlayıcı kararların en önemlisi olarak değerlendirilmektedir.<sup>101</sup> Kararla ilk defa Güvenlik Konseyi, belli bir kavramı “her durumda” uluslararası barış ve güvenliğe tehdit olarak değerlendirmiştir. Buna göre, Güvenlik Konseyi, tehdidi somutlaştırmayı beklemeden önleyici genel

---

<sup>96</sup> Bkz. UN Doc. S/RES/1368 (2001). Ayrıca bkz. Trevor P. Chimimba, “United Nations Security Council Resolution 1373 (2001) as a Tool for Criminal Law Enforcement,” İç. *The Pursuit of a Brave New World in International Law: Essays in Honour of John Dugard*, Editör Tiyanjana Maluwa, Max du Plessis ve Dire Tladi (Brill, 2017), 361.

<sup>97</sup> Birleşmiş Milletler Şartı, 26 Haziran 1945 (Charter of the United Nations, 26 June 1945, 1 UNTS 16). Şart’ın Türkçe metni için bkz. Erişim Tarihi Temmuz 7, 2022, [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm\\_01.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf).

<sup>98</sup> Gross ve Aolain, *Law in Times*, 390; Ward, “Building Capacity,” 293-294.

<sup>99</sup> Chimimba, “United Nations,” 362.

<sup>100</sup> UN Doc. S/RES/1373.

<sup>101</sup> Bkz. Polat, *Uluslararası Terörizmle*, 203-204.

faaliyetlerde bulunabilecektir.<sup>102</sup> 11 Eylül'den önceki Güvenlik Konseyi kararlarında terörizm, barış ve güvenliği tehdit etmesi bağlamında ele alınmışken;<sup>103</sup> kararda, "her uluslararası terör eyleminin" uluslararası barış ve güvenlik için bir tehdit oluşturduğu ayrıca teyit edilmiştir.

1373 sayılı kararla üye devletlere çok geniş ve bağlayıcı yükümlülükler getirilmiştir. Bunlara; terörün finansmanını suç kapsamına sokma ve cezalandırma, terör eylemlerine karışmış kişilerin fonlarını ve finansal varlıklarını ertelemeksizin dondurma, bu tür kişilere devletlerin kendi ülkesinde finansal destek sağlanmasının ve silah temini gibi diğer yardımların engellenmesi, diğer devletlerle konuyla alakalı olarak özellikle ikili ve çok taraflı düzenlemeler yoluyla işbirliği yapmak gibi örnekler verilebilir.<sup>104</sup>

Güvenlik Konseyi kararları doğası gereği uluslararası anlaşmalar nispetinde ayrıntılı düzenlemeler getirmezler.<sup>105</sup> Kararlar, genellikle siyasi uzlaşmaların teminatı altındadır.

---

<sup>102</sup> Stefan Talmon, "The Security Council as World Legislature," *The American Journal of International Law* 99, no. 1 (Jan., 2005), 180, 192. Güvenlik Konseyi'nin barışa karşı tehdit kavramını terörizm bağlamında geniş olarak yorumlamasına ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. Valeria Santori, "The UN Security Council's (Broad) Interpretation of the Notion of the Threat to Peace in Counter-terrorism," İç. *International Cooperation in Counter-terrorism: the United Nations and regional organizations in the fight against terrorism*, Editör Giuseppe Nesi, (Ashgate, 2006), 89-111.

<sup>103</sup> Örneğin bkz. UN Doc. S/RES/635 (1989); UN Doc. S/RES/748 (1992); UN Doc. S/RES/1189 (1998).

<sup>104</sup> Daha fazla örnek için bkz. UN Doc. S/RES/1373, para. 1/a-d; para. 2/a-g; para. 3/a-g. 1267 ve 1373 rejimlerinde öngörülen yaptırımlar listesi hakkındaki insan hakları bağlamında eleştirel bir yaklaşım için bkz. Tom De Boer, "United Nations Security Council Anti-Terrorism Resolutions: Ramifications for the Rule of Law," *University College Dublin Law Review* 11 (2011), 35-52.

<sup>105</sup> Talmon, "The Security Council," 188.

Dolayısıyla devletlere geniş bir yetki alanı bırakacak şekilde genel ifadelerle kaleme alınır ve boşluklar içerirler. Bu kapsamda 1373 sayılı karar, çok geniş bağlayıcı yükümlülükler getirmekle birlikte; terörizmin tanımlanmasını ulusal düzenlemelere bırakan önemli bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>106</sup> Devletlerin, uluslararası bir emir sebebiyle terörizmle mücadeleye yönelik ulusal düzenlemeler yapmak zorunda kalmaları, kararın önemini göstermektedir. Ancak, kararın ne uluslararası ne de ulusal düzeyde uygulanması sırasında terörizmin tanımı sorunu çözülememiştir. Devletler kararın öngördüğü düzenlemeleri yaparken terörizmi tanımlamamak veya istedikleri şekilde tanımlamak konusunda serbest bırakılmıştır.<sup>107</sup> Bu serbestliğin bir göstergesi olarak 17 Eylül 2002 tarihinde Lübnan'ın; BM Genel Sekreterliğine hitaben ve İsrail Hükümetinin görüşü hilafına, İsrail tarafından işgal edilen bölge için İsrail işgaline karşı meşru direniş hareketlerinin 1373 sayılı Güvenlik Konseyi'nin terörle mücadeleye ilişkin kararına dahil olmadığına ve uluslararası terörizm ve yabancı işgaline karşı mücadele hakkının birbirinden ayrılması gerektiğine ilişkin mektup göndermesi<sup>108</sup> örneği verilebilir.

1373 sayılı kararda terörizmin tanımlanmamasının sebebi; tartışmalı olan tanım konusunun, uluslararası toplumu bölebileceği gibi kararın hızlı olarak kabul edilmesinin önünde bir engel teşkil edebilecek olması olarak değerlendirilmektedir.<sup>109</sup> Güvenlik Konseyi, 1373 sayılı kararda terörizmin tanımının olmamasına bir nebze olsun çare bulmak

---

<sup>106</sup> Talmon, "The Security Council," 189.

<sup>107</sup> Gross ve Aolain, *Law in Times*, 403.

<sup>108</sup> Fassbender, "The UN Security Council," 98.

<sup>109</sup> Bkz. Luis Miguel Hinojosa-Martínez, "Security Council Resolution 1373: the cumbersome implementation of legislative acts," İç. *Research Handbook on International Law and Terrorism*, Editör Ben Saul, (Edward Elgar Publishing, 2020), 584.



maksadıyla 2004 yılında 1566 sayılı kararı kabul etmiştir.<sup>110</sup> Kararda 1994 yılında kabul edilen Uluslararası Terörizmi Ortadan Kaldırmaya Yönelik Önlemlere Dair Deklarasyon ile Terörizmin Finanse Edilmesinin Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmede yer alan unsurların bir araya getirildiği görülmektedir. İlk bakışta kararda terörizmin tanımının yapıldığı izlenimi oluşsa da Güvenlik Konseyi basın bültenine göre, kararda terörizm tanımlanmaya çalışılmamış, açık bir siyasi mesaj içeren devletlerarası uzlaşmanın ifadesi olarak nitelendirilmiştir.<sup>111</sup>

Doktrinde, 1566 sayılı kararın terörizm kavramını tanımlayıp tanımlamadığı tartışmalıdır. Örneğin Caşın'a göre karar terörizmi tanımlamamaktadır. Yalnızca belli nitelikteki fiillerin önlenmesi ve cezalandırılmasını talep etmiştir.<sup>112</sup> Bununla birlikte kararın terörizmi tanımladığını öne süren görüşler de mevcuttur. Hinojosa-Martínez, Konsey'in ilgili kararında terörizmi tanımlamış olduğunu; ancak tanıma dair boşluğun Konsey tarafından doldurulmasına dair girişimin, uluslararası bir mutabakatla desteklenmemiş olmasından dolayı tanımın büyük oranda göz ardı edildiğini ileri sürmektedir.<sup>113</sup> 2014 yılında, Terörle Mücadele Sırasında İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Geliştirilmesi ve Korunması Özel Raportörü; kapsamlı bir uluslararası terörizm tanımının yokluğunda, 1566 sayılı karardaki yaklaşım doğrultusunda ulusal terörle mücadele yasalarının, bir eylemin terörizm olarak

---

<sup>110</sup> UN Doc. S/RES/1566 (2004).

<sup>111</sup> Bkz. Young, "Defining Terrorism," 45; Saul, "Definition of "Terrorism," 165.

<sup>112</sup> Bkz. Caşın, *Uluslararası Terörizm*, 780.

<sup>113</sup> Bkz. Hinojosa-Martínez, "Security Council Resolution 1373," 584.

sınıflandırılması için gerekli olan üç adımlı kümülatif nitelendirmeye bağlı kalmasını tavsiye etmiştir.<sup>114</sup>

11 Eylül saldırılarından sonra alınan Güvenlik Konseyi kararlarının genel özelliklerine bakıldığında; “uluslararası terörizm” merkezli olduğu görülmektedir. Kararlarda, uluslararası terörizmin her türünün nerede ve nasıl işlenirse işlensin uluslararası barış ve güvenliğin en büyük tehditlerinden biri olarak değerlendirilerek kınandığı görülmektedir. Güvenlik Konseyi’nin kınamayı içeren tüm kararlarında terörizmle mücadelede kararlılığa vurgu, bu eylemlerin arkasında olanları adalet önüne çıkarma için devletleri işbirliğine teşvik vardır. Fakat maalesef kınamaya dair alınan ilgili kararların hukuki bir etkisi olmamıştır.<sup>115</sup>

11 Eylül’den sonra uluslararası terörizmle mücadelede Genel Kurula nazaran daha ön plana çıkan Güvenlik Konseyi’nin, tüm kararlarının analizi yapıldığında kararların; (1) terör eylemlerini kınayan, (2) bağlayıcı yükümlülükler öngören, (3) devletlerin uluslararası terörizmle mücadelede kapasitelerini geliştirmeye yönelik olan ve (4) yaptırımların uygulanmasını içeren olmak üzere dört başlık altında incelendiği görülmektedir. Fakat bazı kararların birden fazla başlık altında değerlendirilebilmesi de mümkündür. 11 Eylül sonrası kararlar, geniş içerikli olmalarının yanı sıra terörle mücadele stratejisi belirlemekte ve bunu uygulamak üzere kurumsal yapılanmayı

---

<sup>114</sup> Bkz. UN Doc. A/HRC/25/59/Add.2 (14 April 2014), para. 40. Üç adımlı kümülatif nitelendirme şu şekildedir: 1) Ölüme veya ciddi bedensel yaralanmaya veya rehin alınmasına neden olma niyetiyle, genel nüfus üyelerine veya onun bir kesimine karşı işlenmesi 2) Bir terör durumunu kışkırtmak, bir halkı sindirmek veya bir Hükümeti veya uluslararası kuruluşu herhangi bir eylemi yapmaya veya yapmaktan kaçınmaya zorlamak amacıyla işlenmesi 3) Kanunla tanımlanan ciddi bir suçun tüm unsurlarına karşılık gelmesi.

<sup>115</sup> Polat, *Uluslararası Terörizmle*, 202-203.

da kurmaktadır.<sup>116</sup> İlgili doğrultuda, uluslararası terörizmle etkili olarak mücadele etmek namına Güvenlik Konseyi tarafından kurulmuş olan Komiteler'in incelenmesine geçilecektir.

Özetle; Güvenlik Konseyi kararlarında, terörizm tanımlanmasa da terörizmin niteliği ne olursa olsun suç oluşturduğu ve kabul edilemez olduğu sıkça vurgulanmış, devletlere bağlayıcı yükümlülükler getirilmiştir. Terörizm ile mücadelede kararlılık, üye devletlerin terörle mücadeleye yönelik her türlü tedbiri almaları gerekliliği, terörle mücadeleye ilişkin sözleşmelere taraf olmaları çağrıları, işbirliği, 1373 sayılı karara ayrıca vurgu yapılmak suretiyle Güvenlik Konseyi kararlarına uyma çağrıları öne çıkan hususlardır.

## **B. Komiteler**

Güvenlik Konseyi, BM Şartı'nın 29. maddesi uyarınca terörizmle mücadele etmek amacıyla üç yardımcı organ kurmuştur. Bunlar; 1267, 1373 ve 1540 sayılı kararlar ile kurulan 1267, 1373 ve 1540 komiteleridir.

### **1. 1267 Komitesi**

7 Ağustos 1998 tarihinde Nairobi, Kenya ve Tanzanya'da ABD büyükelçiliklerinin bombalanması, sonrasında Afganistan'da çıkan sivil savaş; 1998 yılında Güvenlik Konseyi'ni Afganistan'daki kontrolü elinde bulunduran Taliban rejimine yaptırım uygulamaya yönelik 1189, 1193, 1214 sayılı kararlar almaya itmiştir. İranlı diplomatların öldürülmesinin

---

<sup>116</sup> Polat, *Uluslararası Terörizmle*, 200-201.

akabinde ise ilgili kararların uygulanmadığı gerekçesi ile<sup>117</sup> Güvenlik Konseyi, 2001 yılında 1267 sayılı bir karar almış ve Konsey'in tüm üyelerinden müteşekkil 1267 Komitesi kurulmuştur.<sup>118</sup>

1267 sayılı kararda terörizmin tanımı yer almamaktadır. Fakat Taliban'a yönelik yaptırımlar konusunda devletlere pek çok yükümlülük getirilmiştir. Bu kapsamda, devletlerden, insancıl gerekçeler gibi komitenin onayladığı gerekçeler haricinde Taliban'ın sahip olduğu, işlettiği ve kiraladığı uçakların ülkelerine inmesi ve kalkmasını yasaklamaları, Taliban'ın sahip olduğu fonların ve diğer finansal varlıkların dondurulması istenmiştir.<sup>119</sup> Komite, üye devletlerin 1267 sayılı kararın etkili olarak uygulanmasına ilişkin aldıkları tedbirlere nezaret etmek, tavsiyelerde bulunmak ve Güvenlik Konseyi'ne periyodik rapor sunmakla yükümlüdür.<sup>120</sup> Kararla teröristlerle, teröristlere mali yardımda bulunanlar aynı derecede suçlu sayılmıştır.<sup>121</sup> Komite tarafından yaptırım uygulanacak kişiler bir liste ile (yaptırımlar listesi) belirlenmektedir. Herhangi bir devlet tarafından da yaptırım uygulanması için isim önerilebilmektedir.<sup>122</sup>

Komitenin görev ve yetkileri daha sonra 1333, 1390, 1455, 1526, 1617, 1735, 1822, 1904, 1988, 1989 ve 2083 sayılı kararlarla

<sup>117</sup> Ulusoy, *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi*, 87-89; Tamer Kaşıkçı, "Küresel Terörizm ve Birleşmiş Milletler Sistemi," *The Turkish Yearbook of International Relations* 47 (2016), 14.

<sup>118</sup> Bkz. UN Doc. S/RES/1267, para. 6.

<sup>119</sup> Bkz. UN Doc. S/RES/1267, para. 4 /a,b.

<sup>120</sup> Bkz. UN Doc. S/RES/1267, para. 6.

<sup>121</sup> Ulusoy, *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi*, 89.

<sup>122</sup> Lisa Ginsborg "The United Nations Security Council's counter-terrorism ISIL (Da'esh) and Al-Qaida sanctions regime," *İç. Research Handbook on International Law and Terrorism*, Editör Ben Saul, (Edward Elgar Publishing, 2020), 550.

genişletilmiştir. Bu kararlar yaptırımları genişletmiştir.<sup>123</sup> Özellikle 1390 sayılı karar<sup>124</sup>, 1267 rejimini zaman ve mekan sınırlaması olmaksızın geleneksel bir bölgesel yaptırım rejiminden küresel bir yaptırım rejimine dönüştürmüştür. 1390 sayılı karar, belli bir devlet veya belli bir bölgeyle bağlantılı olmayan ilk yaptırım kararı örneği olmuştur.<sup>125</sup>

17 Temmuz 2011 de kabul edilen 1988 (2011) ve 1989 (2011) sayılı kararlarla<sup>126</sup> yaptırımlar sistemi iki ayrı rejime bölünerek, tedbirlere konu olan kişiler ikiye ayrılmıştır. Komite bundan sonra “*El Kaide Yaptırımlar Komitesi (Al-Qaida Sanctions Committee)*” olarak bilinmeye başlamıştır. 1267 ve 1989 (2011) sayılı karar uyarınca Komite, El Kaide ile ilişkili kişiler ve gruplara yaptırımla yetkilendirilerek, El Kaide ile bağlantılı kişi ve kuruluşlara karşı alınan tedbirlerin uygulanmasını denetlemekle görevlendirilmiştir. 1988 (2011) sayılı karar uyarınca da Afganistan'ın barışı, istikrarı ve güvenliğine tehdit oluşturan Taliban ile bağlantılı kişi ve kuruluşlara karşı alınan önlemlerin uygulanmasını denetlemek üzere ayrı bir komite kurulmuştur.<sup>127</sup> Daha sonra kurulacak olan komitelerden farklı olarak ilgili komite, terörizmle mücadelede genel bir normun uygulanmasını değil, belirli bir amacı olan bir yaptırım rejiminin

---

<sup>123</sup> Ulusoy, *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi*, 91; Jane E. Stromseth, “The Security Council’s Counter-Terrorism Role: Continuity and Innovation.” *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law 97 (2003)*, 41.

<sup>124</sup> Bkz. UN Doc. S/RES/1390 (2002).

<sup>125</sup> Ginsborg “The United Nations,” 551.

<sup>126</sup> İlgili kararlar için bkz. UN Doc. S/RES/1988 (2011), UN Doc. S/RES/1989 (2011).

<sup>127</sup> “Sanctions,” Erişim Tarihi: 14 Temmuz 2022, <https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/1267>; Ginsborg “The United Nations,” 557.

uygulanışına nezaret etmesi cihetiyle daha dar bir yapıya sahiptir.<sup>128</sup>

17 Aralık 2015 tarihinde alınan 2253 sayılı kararla ise El Kaide komitesi “İŞİD ve El Kaide komitesi (*ISIL (Da’esh) and Al-Qaida Sanctions Committee*)” olarak değiştirilmiştir.<sup>129</sup> Komite temel olarak; fonların dondurulması, seyahat yasağı ve silah ambargosuna ilişkin olarak uygulayacağı yaptırımlar hususunda, El Kaide’nin ayrılıkçı grubu olarak nitelenen İŞİD’le ilişkili kişi ve grupları da kapsamına almıştır.<sup>130</sup> 17 Aralık 2021 de ise 2610 sayılı kararın kabul edilmesiyle Güvenlik Konseyi, İŞİD ve El Kaide Yaptırım Listesindeki tüm kişi ve kuruluşları etkileyen varlıkların dondurulması, seyahat yasağı ve silah ambargosunu yeniden onaylamıştır.<sup>131</sup>

## 2. 1373 Komitesi

Güvenlik Konseyi’nin 1373 sayılı kararıyla, ilgili kararın uygulanmasına nezaret etmek üzere Güvenlik Konseyi üyelerinden oluşan 1373 Komitesi, diğer bir ifadeyle “*Terörle Mücadele Komitesi (The Counter-Terrorism Committee (CTC))*” kurulmuştur. Kararın önemi; terörizmin tanımını içermemekle birlikte, devletlerin terörizmle mücadelede etkinliği sağlamak için gerekli hukuki ve idari düzenlemeleri yerine getirmelerinin amaçlanmış olmasıdır.<sup>132</sup> Ulusal hukuk sistemlerinin tanımlarındaki farklılıkların kabul edilerek terörizmin

<sup>128</sup> Kaşıkçı, “Küresel Terörizm,” 15

<sup>129</sup> Bkz. UN Doc. S/RES/2253 ( 17 December 2015), 5, para.1.

<sup>130</sup> Bkz. UN Doc. S/RES/2253.

<sup>131</sup> Bkz. UN Doc. S/RES/2610 ( 17 December 2021).

<sup>132</sup> Polat, *Uluslararası Terörizmle*, 206. Ayrıca bkz. Eric Rosand, “Resolution 1373 and the CTC: The Security Council’s capacity building,” İç. *International Cooperation in Counter-terrorism: the United Nations and regional organizations in the fight against terrorism*, Editör Giuseppe Nesi, (Ashgate, 2006), 81.

tanımlanmaması; otomatik olarak komitenin, terörizm suçunun her türü hakkında, anlaşma olmadan terörizmle mücadele edilebileceğini kabul etmesi anlamına gelmektedir. Buna göre, dar ve açık ulusal tanımlar yerine uluslararası terörizmi kapsaması için ulusal yasaların genişletilmesi teşvik edilmiştir.<sup>133</sup>

Karar, BM'nin terörle mücadeleye ilişkin çabalarında köşe taşı olarak görülmektedir.<sup>134</sup> Devletler, 1373 sayılı kararın kabulünden itibaren 90 gün içinde<sup>135</sup> ve 90 günlük periyotlarla kararın uygulanmasına ilişkin alınan önlemleri rapor etmekle yükümlendirilmiştir. Rapor yükümlülüğü, terör tecrübesi olan veya olmayan bütün devletlere getirilmiştir. Ancak 90 günlük kısa sürede terörizmle mücadeleye dair kapsamlı hukuki düzenlemelerin yapılması devletler için zor olduğu gibi; 90 günlük periyotlarla rapor sunma yükümlülüğü, pek çok devletin ulusal düzenlemelerini aceleye getirmesine ve anayasal hakların korunmasında olumsuz bir etkiye sebep olan yanlış düzenlemeler yapmasına yol açmıştır.<sup>136</sup>

Devletlerin ilk rapor yükümlülüğünü yerine getirmelerinden sonra komite, hiçbir devletin karardaki yükümlülükleri tamamıyla karşılayamadığı ve bütün devletlerin kararın tam olarak uygulanabilmesi için gerekli hukuki düzenlemeleri yapması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu yükümlülükler, anti terörizm sözleşmelerinin iç hukukta uygulanmasını da kapsamaktadır.<sup>137</sup> Terörizmin önüne geçilebilmesi, devletlerin pek çok alanda yasal düzenlemeler yapmaları ve bunları hayata geçirebilmeleri ile mümkündür. Bu kapsamda Komite; terörle mücadele ve finans, gümrük ve

<sup>133</sup> Margariti, "Defining International Terrorism," 190.

<sup>134</sup> Bkz. Chimimba, "United Nations," 365.

<sup>135</sup> Bkz. UN Doc. S/RES/1373, para. 6.

<sup>136</sup> Gross ve Aolain, *Law in Times*, 403.

<sup>137</sup> Ward, "Building Capacity," 299.

göçmen, suçluların iadesi, polis ve emniyet, ihracat kontrol ve silah kaçakçılığının önlenmesi ile yerel güvenlik önlemleri konularında hukuki düzenlemeler yapılması ve hayata geçirilmesi konularına dikkat çekmektedir.<sup>138</sup> Raporlarda, devletlerin kurumlarının terörle mücadele kabiliyetlerinin değerlendirilmesi de yer almaktadır. Ulusal düzenlemelerle ilgili ilk öncelik ise terörün finansmanının önlenmesidir. Devletlerden bu kapsamda terörle mücadeleye ilişkin sözleşmelere taraf olmaları da dahil<sup>139</sup> hızlı önlemler almaları da beklenmektedir.<sup>140</sup>

Komite, çalışmalarını üç basamakta gerçekleştirmektedir. İlki, terörizmin finansmanını önlemek ve uluslararası anlaşmalara taraf olmak başta olmak üzere devletlerin, kararın bütün yönlerine ilişkin etkili düzenlemeler yapmasını temin etmek; ikincisi, kararın ve düzenlemelerin uygulanması için gerekli yürütme mekanizmalarını ve iki taraflı, bölgesel ve çok taraflı işbirliğini sağlamak; sonuncusu ise yürütme mekanizmalarının ve düzenlemelerin denetlenmesi suretiyle kararın yükümlülüklerine ve gerekliliklerine uymayı temin etmektir.<sup>141</sup>

12 Kasım 2001'e gelindiğinde ise Güvenlik Konseyi 1377 sayılı kararı kabul etmiştir. Kararla, Terörizmle Mücadele Komitesine devletlere yardım sağlaması konusunda yükümlülük getirilmiştir.<sup>142</sup> Böylece 1373 sayılı kararın uygulanması konusunda kapasite ve kaynakları yetersiz olan devletlere yardım sağlanmasının yanı sıra 1373 sayılı kararın

---

<sup>138</sup> Ward, "Building Capacity," 304.

<sup>139</sup> UN Doc. S/RES/1373, para. 3/d.

<sup>140</sup> Gross ve Aolain, *Law in Times*, 404.

<sup>141</sup> Kayalar, "The Role and Impact," 53. Ayrıca bkz. Sedat Demirci, "Terörizme Karşı Mücadele Modelleri," *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 2, no. 2 (2011), 200-201.

<sup>142</sup> UN Doc. S/RES/1377 (2001), 12 November 2001.



uygulanması sırasında devletlerin karşılaşabileceği sorunların da çözümü amaçlanmıştır. Komite, 1373 sayılı kararın tam olarak uygulanması için devletlerin birbirine yardım sağlaması hususunda çağrıda bulunmuştur. Aynı zamanda bölgesel, uluslararası örgütler ve kurumların yardım sağlaması da teşvik edilmiştir. Bu kapsamda Komite, konuyla ilgili olarak terörle mücadelede kapasitesi yetersiz olan devletlere yardım edilmesine yönelik G8 devletlerinin desteğini almaktadır.<sup>143</sup> Komite, her devletin yardıma ihtiyaç duyduğu konuyu tespit ederek, bu konuda ilgili devletle gereken yardımı sağlayabilecek en uygun devleti eşleştirmektedir. İlgili kapsamda devletler, kararın bütünüyle uygulanması konusunda destek istemek amacıyla komiteye başvurmuştur.<sup>144</sup> Fakat bunlara rağmen, 1373 sayılı kararın devletler tarafından yeterince uygulandığı söylenememektedir. Bunun nedenlerinden bazıları; devletlerin kapasite ve kaynaklarının yetersiz olması, terörizmin önlenmesini milli gündemlerine alma konusunda siyasi irade göstermekte isteksiz davranmaları olarak gösterilmektedir.<sup>145</sup>

2004 yılında ise Güvenlik Konseyi, komiteye uzman bakış açısıyla destek vermesi amacıyla "*Terörle Mücadele Komitesi Yürütme Direktörlüğünü (Counter-Terrorism Committee Executive Directorate)*" kurmuştur. İlgili tarihten sonra denetim, iki organ vasıtası ile devam etmiştir.<sup>146</sup>

### 3. 1540 Komitesi

Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı 7. Bölüm kapsamında aldığı ve bağlayıcı yükümlülükler içeren bir diğer kararı da, kararın

<sup>143</sup> Ward, "Building Capacity," 304.

<sup>144</sup> Talmon, "The Security Council," 191.

<sup>145</sup> Bkz. Ward, "Building Capacity," 304.

<sup>146</sup> Kaşıkçı, "Küresel Terörizm," 16.

uygulanmasına nezaret edecek bir Komite'nin kurulmasını da içeren 28 Nisan 2004 tarihli 1540 sayılı karardır.<sup>147</sup>

Karar, Güvenlik Konseyi kararlarının genel özelliklerini yansıtmaktadır. Kararda terörizmin tanımı yer almamakla birlikte; açıkça, devletlere getirilen yükümlülüklerin ulusal düzenlemelerle uyumlu hale getirilmesi istenmiştir.<sup>148</sup> Kararla; nükleer, biyolojik ve kimyasal silahların yaygınlaşması, dağıtılması uluslararası barış ve güvenliğe tehdit olarak değerlendirilmiş ve bunlara yönelik etkili ve uygun önlemler alınacağı ifade edilmiştir.<sup>149</sup> Bu tür silahların geliştirilmesi, edinilmesi, üretilmesi, alınması, nakliyatı, aktarılması, dağıtılmasına katılanlara devletlerin her türlü yardımı yasaklanmış; bunları engellemeye yönelik etkili hukuki düzenlemeler yapma ve uygulama yükümlülüğü getirilmiştir.<sup>150</sup> Gerekirse silahsızlanmaya ilişkin uluslararası anlaşmaların güçlendirilmesi ile kararın uygulanmasında yardıma ihtiyaç duyan devletlere yardım ve geniş manada devletlerarası işbirliği bağlamında pek çok yükümlülük getirilmiştir.<sup>151</sup>

Güvenlik Konseyi, 2006 yılında ise 1673 sayılı kararı almıştır. Kararda, devletlerin hepsinin 1540 Komitesine sunmaları gereken raporları sunmadıkları hatırlatılmış ve 1540 sayılı kararın tamamıyla ve bütün devletlerce uygulanmasının önemi vurgulanmıştır. İlk raporunu sunmayanlara gecikmeden sunmaları ve sunmuş olanların ise komite her ne zaman isterse ek bilgi vermeleri gerektiği ifade edilmiştir.<sup>152</sup> 1673 sayılı kararla birlikte, normalde iki yıllığına kurulmuş olan 1540 komitesinin

---

<sup>147</sup> Bkz. UN Doc. S/RES/1540 (28 April 2004).

<sup>148</sup> Talmon, "The Security Council," 188-189.

<sup>149</sup> UN Doc. S/RES/1540, 1.

<sup>150</sup> UN Doc. S/RES/1540, para. 1, 2.

<sup>151</sup> Bkz. UN Doc. S/RES/1540, para. 3-10.

<sup>152</sup> UN Doc. S/RES/1673 (27 April 2006), para. 1-3.

görev ve yetkileri iki yıl daha yani, 27 Nisan 2008 tarihine kadar uzatılmıştır.<sup>153</sup>

Güvenlik Konseyi 2008 yılında ise 1810 sayılı kararı almıştır. İlgili karar bir nevi 1673 sayılı kararda belirtilen hususların tekrarını içermektedir. 1540 Komitesiyle işbirliğine özel vurgu yapan kararda, komitenin görev süresi 25 Nisan 2011'e kadar üç yıllık bir süre için uzatılmıştır.<sup>154</sup> Benzer şekilde, Güvenlik Konseyi 2011 yılında aynı hususları ele alan 1977 sayılı bir kararla komitenin yetkilerini 2021 yılına kadar on yıllık bir süre için tekrar uzatmıştır.<sup>155</sup> Daha sonra alınan 2055 sayılı kararla 1540 Komitesi'nin çalışmalarını destekleyen Uzmanlar Grubu'nun üye sayısı 8'den 9'a çıkarılmıştır.<sup>156</sup>

Güvenlik Konseyi 15 Aralık 2016'da aldığı 2325 sayılı kararla ise; 1540 sayılı kararı teyit eden ve diğer şeylerin yanı sıra, uygun olduğunda önlem alınması ve güçlendirilmesi gereken alanlara odaklanarak; tüm devletleri, 1540 sayılı kararın tam olarak uygulanmasına yönelik çabalarını yoğunlaştırmaya davet etmiştir.<sup>157</sup> Sonrasında, 2021 yılında alınan 2572 (2021)<sup>158</sup> ve 2022 yılında alınan 2622 (2022) sayılı kararlarla komitenin görev süresi tekrar uzatılmıştır. 2622 sayılı karara göre komite, 30 Kasım 2022'ye kadar faaliyetlerini sürdürmeye devam edecektir.<sup>159</sup>

Üç komite bağlamında genel bir değerlendirme yaparsak; Güvenlik Konseyi'nin terörizmle etkili mücadele etmek adına

---

<sup>153</sup> UN Doc. S/RES/1673, para. 4.

<sup>154</sup> UN Doc. S/RES/1810 (25 April 2008).

<sup>155</sup> UN Doc. S/RES/1977 (20 April 2011).

<sup>156</sup> UN Doc. S/RES/2055 (29 June 2012) .

<sup>157</sup> UN Doc. S/RES/2325 (15 December 2016).

<sup>158</sup> UN Doc. S/RES/2572 (2021).

<sup>159</sup> Bkz. UN Doc. S/RES/2622 (2022), para. 1.

kurmuş olduğu komitelerle görev alanı genişlemiş olmakla birlikte, Güvenlik Konseyi üyelerinin aynı anda üç komitenin üyeleri olmaları yüzünden iş yüklerinin ağır olması ve her komitenin ayrı ayrı raporlar hazırlamakla yükümlü olmaları sebebiyle raporların karıştığı ve dolayısıyla çalışmalarının zorlaştığı ifade edilmektedir. Aynı karışıklığın devletler için de mevcut olduğu; bunun yanı sıra, devletlerin raporlarının her zaman gerçeği yansıtmadığı da belirtilmektedir.<sup>160</sup> İlâveten, 1267 ve 1373 komitelerinin görevlerinin benzer olduğu, bunun ise değerlendirmelerde duplikasyona yol açtığı, ilgili komitelerin çalışmaları arasındaki benzerliğe rağmen herhangi bir işbirliğinde bulunmamaları da eleştirilmektedir.<sup>161</sup> Ayrıca Güvenlik Konseyi kararlarına da yansıdığı üzere, devletlerin rapor sunma yükümlülüklerini zamanında yerine getirmemeleri diğer bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Son olarak dile getirilmesi gereken asıl mesele ise terörizmin tanımlanması noktasında, gerek Konsey kararları gerekse tüm BM nezdinde bir uzlaşının hala sağlanamamış olmasının<sup>162</sup>; Güvenlik Konseyi kararlarının etkinliğinin sağlanmasının ve dolayısıyla komitelerin işlevlerini yerine getirmesinin önünde önemli bir engel olarak varlığını sürdürüyor olması ile terörizme karşı ortak bir yaklaşımın sergilenmesini son derece güçleştirdiği gerçeğidir.

## SONUÇ

11 Eylül saldırıları, terörizmin ulusal sınırları geçebileceğini gösterdiği gibi uluslararası toplumun benzer durumlara

---

<sup>160</sup> Ulusoy, *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi*, 111.

<sup>161</sup> Kayalar, "The Role and Impact," 73.

<sup>162</sup> Benzer görüş için bkz. Victoria Martín De La Rosa ve Elena Domínguez Romero, "Epistemic and non-epistemic modals: The key to interpreting the spirit of counter-terrorism United Nations Security Council resolutions," *Journal of Pragmatics* 180, no. 1 (2021): 90.

hazırlıksız olduğunu ve uluslararası terörizmle mücadele için gereken donanıma sahip olmadığını da göstermiştir. 11 Eylül ile birlikte uluslararası toplum, uluslararası terörizmle mücadele için yeni bir yaklaşım ortaya koymaya başlamıştır. Genel Kurulda terörizm tartışmaları çoğalmış, devletler ve devlet dışı aktörler terörizmin önlenmesi ve sona erdirilmesinde işbirliğini arttırmıştır. 11 Eylül öncesinde BM'nin genel yaklaşımı, terörizmle mücadele için belli suç fiillerini hedef alma şeklinde gerçekleşmiş ve Güvenlik Konseyi'nin zorunlu nitelikte olmayan önlemleri önemsenmemişken; bu olaylardan sonra Konsey, BM Şartı 7. Bölüm kapsamında devletleri bağlayıcı yükümlülükler öngören müdahaleci kararlar vermeye<sup>163</sup> ve terörizmi uluslararası boyutuyla ele almaya başlamıştır. Ayrıca, terörle mücadelede etkinliği sağlamak amacıyla komiteler tesis etmiştir.

Fakat, tüm gelişmelere rağmen uluslararası terörizmle mücadelede önemli zaaf lar söz konusudur. Bunun pek çok nedeni vardır. Üye devletlerin terörizmle mücadele için insan kaynağının, ekonomik, teknik veya hukuki kaynaklarının yetersiz olması, uluslararası bilgi paylaşımındaki noksanlıklar ile komitelerin çalışma usullerindeki eksikliklerle; tüm bunların geliştirilmesi noktasında zamana ihtiyaç duyulması hiç şüphesiz başlıca sebeplerdendir. Aynı şekilde terörist fiillerin zamanla çeşitlenmesi ve karmaşıklaşması da başka bir etkidir.

Diğer bir neden de terörizmin tanımlanması ile de ilişkili olan; terörizmin yalnızca devlet dışı aktörlerin fiilleri sonucunda meydana gelmemesi, bazı devletlerin politik hedeflerine ulaşmak için terörist metotları kullanması<sup>164</sup> ile Konsey kararlarının amaçları bakımından devletleri bağlamakla birlikte, amaçlara ulaşma yol ve yöntemler hususunda üye devletlere tanıdığı serbestliklerdir.<sup>165</sup> İlgili serbestliklerin başında ise hiç

<sup>163</sup> Ward, "Building Capacity," 289; Young, "Defining Terrorism," 29.

<sup>164</sup> Gross ve Aolain, *Law in Times*, 370.

<sup>165</sup> Talmon, "The Security Council," 193.

şüphesiz terörizmin tanımlanması gelir. Bunun sonucu olarak, uluslararası alanda uzlaşmaya varılmış terörizmin hukuki bir tanımı halen yapılamamıştır.

Uluslararası alandaki uzlaşma yokluğunun en büyük göstergesi, Uluslararası Terörizme Dair Kapsamlı Sözleşmenin müzakerelerinde yaşanan tıkanıklıklar<sup>166</sup> ve taslak sürecinin halen nihayete erememesidir. Müzakerelerde, terörizmin hukuki tanımına dair öne çıkan iki temel ihtilaf: Devlet terörünün sözleşmeye dahil edilip edilmeyeceği ile ulusal kurtuluş savaşlarının self determinasyon hakkı mı yoksa terörizm bağlamında mı değerlendirilmesi gerektiğidir. O nedenle, devletlerin; taslağa dair müzakerelerde terörizmin tanımlanması hususunda azami gayreti göstermeye hazır olduklarını sıkça vurgulamaları, uluslararası terörizmi kınamaları ya da terörizme karşı mücadelede kararlılık veya işbirliğine hazır olduklarını çokça dile getirmeleri yeterli değildir. Halen; belirli, açık ve uzlaşmış bir hukuki tanımın yokluğu, gerçek bir çözümün önündeki en büyük engellerdendir.

Bu itibarla, BM Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi'nin, terörizm hususunda evrensel bir tanım getirmek noktasında şimdiye dek aciz kalması ve devletlerin her birinin terörizm kavramını ayrı ayrı yorumlamaları; 1373 Komitesini kuran kararda terörizmle mücadelede devletlere ne kadar kapsamlı yükümlülükler öngörülmüş olursa olsun, Konsey'in terörizmle mücadelede başarı sağlamasını ve devletlerin terörizme karşı ortak bir tavır koymalarını zorlaştırmaktadır. Çalışma boyunca temas edilen hakikatler karşısında, yakın gelecek için de tanıma dair bir mutabakata varılamayacağını öngörmek zor değildir.

---

<sup>166</sup> Taslak sözleşmeye dair müzakereler sırasında devletler arasında yaşanan uzlaşmazlıkların göstermesi bakımından önemli bir belge için bkz. Oral Report by the Chair of the Working Group on Measures to Eliminate International Terrorism, UN Doc A/C.6/72/SR.28 (17 November 2017), para. 12-20.

Tüm bu gerçekler ve sorunlar ışığında, üzerinde ittifak edilen hukuki bir terörizm tanımının yokluğunda; BM'nin uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasında birincil yetkili organı olan Konsey'in, her türünü uluslararası barış ve güvenliğe tehdit olarak nitelendirdiği ve mücadelede kararlılığını ifade ettiği uluslararası terörizme dair çabaları eksik kalmaya mahkumdur. Neticede her devlet, Konsey kararlarındaki yükümlülükleri kendi tanımına göre terörizm olarak nitelendirdiği fiilleri önlemeye yöneltebilmektedir. Dolayısıyla, "ulusal kurtuluş savaşçısı-terörist" ikilemi, başrolü oynamaya devam edecektir.

Genel Kurul kararlarında her ne kadar, Konsey kararlarına kıyasla terörizmi tanımlama çabaları fazla olsa da; Genel Kurul çalışmalarında devletlerin ulusal kurtuluş savaşı kavramı noktasındaki ihtilafları ile kararlarının tavsiye niteliğinde olduğu bir vakiadır. Buna karşılık Konsey, bağlayıcı kararlar alabilen bir organ olması itibarıyla terörizmle mücadelede hususi bir yere sahiptir. Aynı zamanda, terörizme dair sözleşmeler sadece taraf devletleri bağlarken; Konsey kararları, sözleşmelere taraf olmasalar dahi BM üyesi bütün devletleri bağlamaktadır. Hatta BM Şartı madde 2/6 kapsamında BM'nin, üyesi olmayan devletlerin de uluslararası barış ve güvenliğin korunmasının gerektirdiği nispette bu ilkelere uygun şekilde hareket etmesini sağlayacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, Konsey kararlarının etki gücü ve alanı son derece geniştir.

O nedenle öncelikle, terörizmin tanımı sorununun çözülmesi zaruridir. Böylece aynı zamanda, terörizmin geniş tanımlanmasından kaynaklanabilecek muhtemel insan hakları ihlallerinin de önüne geçilebilecektir.<sup>167</sup> Tanım sorununu

---

<sup>167</sup> BM İnsan Hakları Konseyi Danışma Komitesinin 22 Ocak 2020 tarihli raporuna göre; tanım eksikliği, terörle mücadele yasalarının istismarı ve yanlış uygulanması ile doğrudan ilişkilidir ve sonuç olarak, terör olgusunu ele alma ve düzenleme temel amacını baltalamaktadır. İlgili rapor için bkz. UN Doc. A/HRC/AC/24/CRP.1 (22 January 2020), para. 6.

aşabilmek, Uluslararası Terörizme Dair Kapsamlı Sözleşmenin müzakerelerinin açıkça gösterdiği üzere son derece zordur. Fakat, uluslararası terörizmle mücadelenin önündeki en önemli engel de halen güncelliğini koruyan tanım sorunudur. BM İnsan Hakları Konseyi Danışma Komitesinin, 22 Ocak 2020 tarihli raporunda haklı olarak ifade ettiği gibi; uluslararası hukuka göre terörizmi açıkça tanımlama ihtiyacı, terörizmin bugün uluslararası barış ve güvenliğe yönelik temel tehdit olması gerçeğinden kaynaklanmaktadır.<sup>168</sup>

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olup olmadığını belirtmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author received no financial support for this study.

**Conflict of Interest:** The author did not specify whether there was a conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated whether ethics committee approval is required.

---

---

<sup>168</sup> UN Doc. A/HRC/AC/24/CRP.1, para. 12.



## KAYNAKLAR

- Abubaker, Sarkan Salman. "Terörizm: Kavramsal Bir Çerçeve." *Uluslararası Beşeri ve Sosyal Bilimler İnceleme Dergisi* 5, no. 1 (2021): 35–58.
- Aksar, Yusuf. *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I*. Ankara: Seçkin, 2017.
- Ambos, Kai ve Anina Timmermann. "Terrorism and customary international law." İç. *Research Handbook on International Law and Terrorism*. Editör Ben Saul. 16-30. Edward Elgar Publishing, 2020.
- Ayhan, Halis. "Terör Kavramı, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul Özelinde Birleşmiş Milletler'in 2001 Sonrası Terör Yaklaşımı." *Güvenlik Stratejileri* 11, no. 21 (2015): 117-147.
- Başeren, Sertaç Hami. "İnsan Hakları ve Terörizm," İç. *İnsan Hakları ve Güvenlik*. 195-224. Ankara: Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 2001.
- Bekele, Henok Kebede. "Problem of Defining Terrorism under International Law: Definition by the Appeal Chamber of Special Tribunal for Lebanon as a Solution to the Problem." *Beijing Law Review* 12, no. 2 (June 2021): 619-630.
- Boulden, Jane. "The United Nations General Assembly and Terrorism," İç. *Research Handbook on International Law and Terrorism*. Editör Ben Saul. 493-505. Edward Elgar Publishing, 2020.
- Bozkurt, Enver ve Selim Kanat. *Uluslararası Toplumun Paradoksu: Terörizm, İnsan Hakları, Güvenlik ve 11 Eylül Sonrası Meydana Gelen Değişiklikler*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2007.
- Caşın, Mesut Hakkı. *Uluslararası Terörizm*. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2008.
- Chimimba, Trevor P. "United Nations Security Council Resolution 1373 (2001) as a Tool for Criminal Law Enforcement." İç. *The Pursuit of a Brave New World in*

- International Law: Essays in Honour of John Dugard*. Editör Tiyanjana Maluwa, Max du Plessis ve Dire Tladi. 361-394. Brill, 2017.
- Çağırın, Mehmet Emin. "Terörizm ve Uluslararası Hukuk." İç. *Terörizm*. Editör Haydar Çakmak. 41-72. Ankara: Platin, 2008.
- De Boer, Tom. "United Nations Security Council Anti-Terrorism Resolutions: Ramifications for the Rule of Law." *University College Dublin Law Review* 11 (2011): 35-52.
- De La Rosa, Victoria Martín ve Elena Domínguez Romero. "Epistemic and non-epistemic modals: The key to interpreting the spirit of counter-terrorism United Nations Security Council resolutions." *Journal of Pragmatics* 180, no. 1 (2021): 89-101.
- Demirci, Sedat. "Terörizme Karşı Mücadele Modelleri." *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 2, no. 2 (2011): 193-212.
- Di Filippo, Marcello. "The definition(s) of terrorism in international law." İç. *Research Handbook on International Law and Terrorism*. Editör Ben Saul. 2-15. Edward Elgar Publishing, 2020.
- Fassbender, Bardo. "The UN Security Council and International Terrorism." İç. *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*. Editör Andrea Bianchi. 83-102. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004.
- Ginsborg, Lisa. "The United Nations Security Council's counter-terrorism ISIL (Da'esh) and Al-Qaida sanctions regime." İç. *Research Handbook on International Law and Terrorism*. Editör Ben Saul. 550-563. Edward Elgar Publishing, 2020.
- Gross, Oren ve Fionnuala Ni Aolain. *Law in Times Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2006.

- Hinojosa-Martínez, Luis Miguel. "Security Council Resolution 1373: the cumbersome implementation of legislative acts." İç. *Research Handbook on International Law and Terrorism*. Editör Ben Saul. 564-588. Edward Elgar Publishing, 2020.
- Hodgson, Jacqueline S. ve Victor Tadros. "The Impossibility of Defining Terrorism." *New Criminal Law Review* 16, no. 3 (Summer 2013): 494-526.
- Kaşıkçı, Tamer. "Küresel Terörizm ve Birleşmiş Milletler Sistemi." *The Turkish Yearbook of International Relations* 47 (2016): 1-22.
- Kayalar, Derin. "The Role and Impact of the United Nations in Confronting International Terrorism in the Aftermath of September 11: Prospects and Challenges in the Fight Against Global Jihadism." Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Orta Doğu Teknik Üniversitesi, 2009.
- Margariti, Stella. "Defining International Terrorism to Protect Human Rights in the Context of Counter-Terrorism." *Security and Human Rights* 29 (2018): 173-198.
- Öktem, Emre. "Uluslararası Hukukta Terörizm Tanım Sorunu ve Milli Bağımsızlık Hareketleri." *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi* 3, no. 5 (2004): 133-147.
- Perera, Amrith Rohan. "The draft United Nations Comprehensive Convention on International Terrorism." İç. *Research Handbook on International Law and Terrorism*. Editör Ben Saul. 120-128. Edward Elgar Publishing, 2020.
- Polat, Doğan Şafak. *Uluslararası Terörizmle Mücadelede Birleşmiş Milletler'in İşlevi, Yeteneği ve Sınırları*. Ankara: Nobel Yayıncılık, 2020.
- Rosand, Eric. "Resolution 1373 and the CTC: The Security Council's capacity building." İç. *International Cooperation in Counter-terrorism: the United Nations and regional organizations in the fight against terrorism*. Editör Giuseppe Nesi. 81-88. Ashgate, 2006.

- Santori, Valeria. "The UN Security Council's (Broad) Interpretation of the Notion of the Threat to Peace in Counter-terrorism." İç. *International Cooperation in Counter-terrorism: the United Nations and regional organizations in the fight against terrorism*. Editör Giuseppe Nesi. 89-111. Ashgate, 2006.
- Saraçlı, Murat. "Uluslararası Hukukta Terörizm." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (2007): 1049-1078.
- Saul, Ben. "Definition of "Terrorism" in the UN Security Council: 1985–2004," *Chinese Journal of International Law* 4, no. 1 (2005): 141–166.
- Stromseth, Jane E. "The Security Council's Counter-Terrorism Role: Continuity and Innovation." *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 97 (2003): 41–45.
- Talmon, Stefan. "The Security Council as World Legislature," *The American Journal of International Law* 99, no. 1 (Jan., 2005): 175-193.
- Taşdemir, Fatma. *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi*. Ankara: USAK, 2006.
- Topal, Ahmet Hamdi. *Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı*. Beta, 2005.
- Ulusoy, Halatçı Ülkü. *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Birleşmiş Milletler Akıllı Yaptırımları*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- Ward, Curtis. "Building Capacity to Combat International Terrorism: The Role of The United Nations Security Council." *Journal Of Conflict & Security Law* 8, no. 2 (2003): 289–305.
- Young, Reuven. "Defining Terrorism: The Evolution of Terrorism as a Legal Concept in International Law And its Influence on Definitions in Domestic Legislation." *Boston*

*College International & Comparative Law Review* 29, no. 26 (2006): 22-106.

Zaid, Mark S. "Combating International Terrorism into The 21st Century." *ILSA Journal of Int'l & Comparative Law* 2 (1996): 661-669.

## **Uluslararası Belgeler, Andlaşmalar ve Mahkeme Kararları**

Birleşmiş Milletler Şartı, 26 Haziran 1945 (Charter of the United Nations, 26 June 1945, 1 UNTS 16). Şartın Türkçe metni için bkz. Temmuz 7, 2022. [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm\\_01.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf).

Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism (16.11.1937). Temmuz 7, 2022. [https://www.loc.gov/resource/gdcwdl.wdl\\_11579/?st=galleriy](https://www.loc.gov/resource/gdcwdl.wdl_11579/?st=galleriy).

Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of United Nations, UN Doc. A/RES/2625 (XXV) (24 October 1970).

Draft comprehensive convention on international terrorism: Working document submitted by India, UN Doc. A/C.6/55/1 (28 August 2000).

Draft comprehensive convention against international terrorism: Consolidated text prepared by the coordinator for discussion, UN Doc. A/59/894 (12 August 2005).

Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging, STL-11-01/1, Special Tribunal for Lebanon, 16 February 2011. Ağustos 12, 2022. <https://www.refworld.org/cases,STL,4d6280162.html>.

International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, 9 December 1999, 2178 UNTS 197. Sözleşmenin

- Türkçe metni için bkz. Temmuz 7, 2022.  
<https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4738.html>.
- Measures to eliminate international terrorism, UN Doc. A/RES/49/60 (9 December 1994).
- Oral Report by the Chair of the Working Group on Measures to Eliminate International Terrorism, UN Doc A/C.6/72/SR.28 (17 November 2017).
- Report of the Secretary-General, Activities of the United Nations system in implementing the United Nations Global Counter-Terrorism Strategy, A/72/840 (20 April 2018).
- SC Pres Stat (22 November 1989), S/20988.
- The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy, UN Doc. A/RES/60/288 (20 September 2006).
- UN Doc. A/RES/2105 (XX) (20 December 1965).
- UN Doc. A/RES/3034 (XXVII) (18 December 1972).
- UN Doc. S/RES/618 (1988).
- UN Doc. S/RES/635 (1989).
- UN Doc. S/RES/638 (1989).
- UN Doc. S/RES/748 (1992).
- UN Doc. A/C.6/51/6 (11 November 1996).
- UN Doc. A/RES/51/210 (17 December 1996).
- UN Doc. S/RES/1189 (1998).
- UN Doc. S/RES/1267 (1999).
- UN Doc. S/RES/1269 (1999).
- UN Doc A/RES/54/110 (2 February 2000).
- UN Doc. S/RES/1368 (2001).
- UN Doc. S/RES/1373 (28 September 2001).
- UN Doc. S/RES/1377 (12 November 2001).
- UN Doc. A/RES/56/88 (24 January 2002).
- UN Doc. S/RES/1390 (2002).

- UN Doc. S/RES/1540 (28 April 2004).  
UN Doc. S/RES/1566 (2004).  
UN Doc. A/RES/60/43 (6 January 2006).  
UN Doc. S/RES/1673 (27 April 2006).  
UN Doc. S/RES/1810 (25 April 2008).  
UN Doc. S/RES/1977 (20 April 2011).  
UN Doc. S/RES/1988 (2011).  
UN Doc. S/RES/1989 (2011).  
UN Doc. S/RES/2055 (29 June 2012).  
UN Doc. A/RES/68/119 (18 December 2013).  
UN Doc. A/HRC/25/59/Add.2 (14 April 2014).  
UN Doc. A/RES/69/127 (18 December 2014).  
UN Doc. S/RES/2253 (17 December 2015).  
UN Doc. S/RES/2325 (15 December 2016).  
UN Doc. A/RES/71/151 (20 December 2016).  
UN Doc. A/C.6/74/L.18 (12 November 2019).  
UN Doc. A/HRC/AC/24/CRP.1 (22 January 2020).  
UN Doc. A/RES/75/145 (22 December 2020).  
UN Doc. S/RES/2572 (2021).  
UN Doc. S/RES/2610 (17 December 2021).  
UN Doc. S/RES/2622 (2022).

### **İnternet Kaynakları**

- Birleşmiş Milletlerin tüm belge ve kararlarına ulaşmak için bkz.  
<https://documents.un.org/prod/ods.nsf/home.xsp>.  
“Fight against International Terrorism Impeded by Stalemate on  
Comprehensive Convention, Sixth Committee Hears as  
Seventy-Third Session Begins, 3 October 2018.” Ağustos 17,  
2022. <https://press.un.org/en/2018/gal3566.doc.htm>.

- Mareček, Lukáš. "Terrorism as a crime under international customary law introduced by special tribunal for Lebanon." *The Lawyer Quarterly* 7, no. 2 (2017): 73-86. Ağustos 9, 2022. [https://www.researchgate.net/publication/318127071\\_Terrorism\\_as\\_a\\_crime\\_under\\_international\\_customary\\_law\\_introduced\\_by\\_special\\_tribunal\\_for\\_Lebanon](https://www.researchgate.net/publication/318127071_Terrorism_as_a_crime_under_international_customary_law_introduced_by_special_tribunal_for_Lebanon).
- "Sanctions." 14 Temmuz 2022. <https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/1267>.
- "Sixth Committee (Legal)—76th session." Ağustos 17, 2022. <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/summaries.shtml>.
- "The Counter - Terrorism Implementation Task Force." Ağustos 9, 2022. <https://www.un.org/victimsofterrorism/en/about/ctif>.



# ULUSLARARASI CEZA HUKUKU BAKIMINDAN SOYKIRIM SUÇUNUN MANEVİ UNSURU (*MENS REA*) VE MANEVİ UNSURUN YORUMLANMASINA DAİR YAKLAŞIMLAR

*The Moral Element (Mens Rea) of the Crime of  
Genocide and Approaches to the Interpretation of  
the Moral Element with respect to International  
Criminal Law*

Selin BAŞER\*

## Öz


Soykırım suçunun uluslararası hukukta kabul edilen tanımı çerçevesinde, ulusal, etnik, ırksal veya dini bir grubu “tamamen veya kısmen yok etme kastı” şeklinde ortaya çıkan suçun manevi unsuru (*mens rea*), diğer unsurlardan bir adım öne çıkmaktadır. Zira manevi unsur, soykırım suçunun adam öldürme suçundan

\* Av. Dr., Bağımsız Araştırmacı, selbaser@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1267-6254.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 08.09.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 26.12.2022.

**Atıf/Citation:** Başer, Selin. “Uluslararası Ceza Hukuku Bakımından Soykırım Suçunun Manevi Unsuru (*Mens Rea*) ve Manevi Unsurun Yorumlanmasına Dair Yaklaşımlar.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 635-679.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.” 

veya insanlığa karşı suçlar altında incelenebilecek diğer suçlardan ayrılmasını sağlayan öğesidir. Bu öneminden dolayıdır ki; öğretilerde soykırım suçu "*mens rea* suçu" olarak da anılmaktadır. Bununla birlikte manevi unsurun somut olayda ispat edilmesi; failin suç işlediği sırada taşıdığı amacın, diğer bir deyişle zihinsel durumunun, ortaya konulmasını gerektirdiğinden çoğu zaman son derece güçtür. Buna ek olarak, niteliği gereği belli bir organizasyon ve belli bir yapılanma dahilinde her seviyeden failin katılımını gerektiren soykırım suçu açısından, ilgili failin taşınması gereken grubu yok etme kastının içerik ve yoğunluğu da bu fail için kabul edilecek standart bakımından manevi unsurun yorumlanmasını gerektirmekte olup, uygulama ve öğretilerde bu konuda çeşitli yaklaşımlar ortaya konulmuştur. Bu çalışmada, soykırım suçunun şüphesiz en ayırıcı özelliği olan manevi unsura ve bu unsurun yorumlanmasına dair yaklaşımlara uluslararası hukuk bağlamında daha yakından bakılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Soykırım Suçu, Uluslararası Hukuk, Manevi Unsur, Mens Rea, Amaç Temelli Yaklaşım, Bilgi Temelli Yaklaşım.

### **Abstract**

Within the framework of the definition of the crime of genocide in international law, the moral element (*mens rea*) of the crime, which occurs in the form of "intention to destroy in whole or in part" of a national, ethnic, racial or religious group, stands out from other elements. Because, the moral element is the element that distinguishes the crime of genocide from murder or other crimes that can be examined under crimes against humanity. Due to its importance; the crime of genocide is also referred to as the "*mens rea* crime" in the doctrine. However, proving the moral element in a concrete case is often difficult as it requires revealing the purpose of the perpetrator at the time of committing the crime, in other words, his mental

state. In addition, in terms of the crime of genocide, which requires the participation of the perpetrators from all levels within a certain organization and structure by its nature, the content and intensity of the “intent to destroy” that the perpetrator should carry requires the interpretation of the moral element in terms of the standard to be accepted for this perpetrator. Various approaches have been put forward in practice and theory on this subject. In this study, the moral element, which is undoubtedly the most distinctive feature of the crime of genocide, and the approaches to the interpretation of this element have been examined more closely in the context of international law.

**Keywords:** Crime of Genocide, International Law, Moral Element, Mens Rea, Purpose-Based Approach, Knowledge-Based Approach.

## GİRİŞ

Ortak özellikler taşıyan bir grup veya topluluğu yok etme amacına yönelik soykırım kavramının kökenleri, tarihsel olarak oldukça eskilere dayanmaktadır. Bu sebeptir ki; Jean-Paul Sartre tarafından soykırımın insanlık tarihi kadar eski olduğu ifade edilmiştir.<sup>1</sup>

Soykırımın tarihinin bu kadar eski olması, bugüne kadar soykırım olarak nitelendirilebilecek sayısız olayın gerçekleşmiş

---

<sup>1</sup> Bu ifadenin bilimsel eserlerde sıklıkla atfı yapılan esas kaynağı, Jean-Paul Sartre’ın “On Genocide” isimli eseridir. (Aktaran, Claus Kress, “The Crime of Genocide under International Law,” *International Criminal Law Review* 6, no. 4 (2006), 466; Semir Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 3; Olgun Değirmenci, “Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK m. 76),” *TBB Dergisi*, no. 70 (2007), 60.

olması sonucunu da beraberinde getirmektedir. Buna rağmen soykırımın uluslararası hukuk alanında bir suç olarak tanımlanması, oldukça gecikmeli şekilde, ancak 20. yüzyılın ortalarında mümkün olabilmıştır. Soykırımı uluslararası bir suç statüsüne taşıyan ana yasal düzenleme, 260 A (III) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı doğrultusunda 1948 yılında kabul edilen ve 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe giren Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (kısaca “Soykırım Sözleşmesi”)’dir.<sup>2</sup>

Öte yandan, Soykırım Sözleşmesi’nin kabul edilmesi, bu Sözleşme hükümlerinin ilgili devletlerin iç hukukunda doğrudan uygulanması anlamına gelmemektedir. Sözleşme’nin 5. maddesi, devletlere, kendi iç hukuklarında bu Sözleşme’nin hükümlerini işler hale getirecek yasal düzenlemeler yapma ve özellikle soykırım suçunu işleyen ya da soykırım suçu ile ilgili Sözleşme’nin 3. maddesinde belirtilen diğer fiilleri işleyen kişileri etkili bir şekilde cezalandıracak hükümler getirme yükümlülüğü yüklemiştir. Türkiye söz konusu yükümlülüğü, 2004 yılında kabul edilen, 1 Haziran 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile yerine getirmiştir. Anılan Kanun’un 76. maddesi soykırım suçuna ayrılmış olup, kavramsal olarak büyük ölçüde Soykırım Sözleşmesi’nde yer alan soykırım suçu ile örtüşmektedir. Görüldüğü üzere, soykırım suçunun Türk hukukunda bir suç olarak kabul edilmesi de Soykırım Sözleşmesi’nin kabulünden 50 yılı aşkın süre geçtikten sonra mümkün olabilmıştır.

---

<sup>2</sup> Soykırım Sözleşmesi, katılma yoluyla Sözleşme’ye taraf olan Türkiye bakımından 31 Temmuz 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’nin kabulüne dair 23 Mart 1950 tarih, 5630 sayılı Onay Kanunu ve Sözleşme’nin resmi Türkçe çevirisi, 29 Mart 1950 tarih, 7469 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Resmi Türkçe çeviride Sözleşme’nin ismi, orijinal ismiyle uyumlu olacak şekilde “Jenosit’in Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki Sözleşme” olarak yer almıştır.

Soykırımın çok eskiden beri var olan bir kavram olduğu kabul edilse de geçmişte gerçekleşen ve soykırım olarak nitelendirilen tüm olayların, bugün uluslararası hukukta kabul edilen soykırım tanımı ile örtüşüp örtüşmediğinin tespitini yapmak kolay değildir. Esasen böyle bir tespit ne kadar anlamlı olduğu da tartışmaya açık bir konudur. Neticede, Soykırım Sözleşmesi'nin kabulünden önce gerçekleşen, bir grup veya topluluğa yönelik şiddet eylemlerini hukuken soykırım olarak kabul etmek, bu eylemler Sözleşme ile benimsenen soykırım tanımı ile uyum gösterse dahi uygun olmayacaktır.<sup>3</sup> Uluslararası hukuk perspektifinden durum böyle olmakla birlikte, özellikle tarih, siyaset, uluslararası ilişkiler gibi alanlar temelinde yapılan değerlendirmelerde, geçmişte belli grup veya toplumlara yönelik olarak gerçekleştirilen bazı olaylar için soykırım nitelendirmesi yapılmasına sıklıkla rastlanmaktadır. Neticede, bir grup veya topluluğun ortadan kaldırılması amacıyla insanlara zulmedilmesi ve çok sayıda insanın acımasız şekillerde katledilmesini içeren, duygusal ağırlığı oldukça fazla olan bu tür olayların, bıraktığı izler ve etkileri sebebiyle, bir şekilde sayılan tüm bu disiplinlerin ilgi alanına girdiği de bir gerçektir.

Belirtmek gerekir ki bir olayın soykırım olarak nitelendirilmesi; hangi disiplinin bakış açısıyla, hangi gerekçelerle yapılırsa yapılsın, soykırım suçunun bugün itibarıyla uluslararası hukukta benimsenmiş olan tanımı ve unsurlarından soyutlanarak yapılamaz.

Soykırım suçunun unsurları arasında, "etnik, ırksal, ulusal ya da dini bir grubun kısmen veya tamamen yok edilmesi amacı" şeklinde kendini gösteren manevi unsur (*mens rea*), özel bir önem taşımakta ve bu öneminden dolayı ön plana çıkmaktadır. Zira,

---

<sup>3</sup> Ebru Çoban, "Uluslararası Hukukta Soykırım Suçu ve Suça Zemin Hazırlayan Toplumsal Yapılar: Ruanda Örneği," *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 5, no. 17 (2008), 49.

tarihte soykırım olarak nitelendirilen olayların hemen hepsinde ana dayanak noktası, gerçekleştirilen eylemlerin belirli bir grubun kısmen veya tamamen yok edilmesi amacına yönelmiş olmasıdır.

Bununla birlikte, esasen failin suç teşkil eden maddi fiilleri gerçekleştirirken zihnindeki niyetin ortaya çıkartılmasını gerektiren manevi unsurun, somut olayda var olup olmadığının tespit edilmesi çoğu zaman son derece zordur. Bir başka zorluk da “etnik, ırksal, ulusal ya da dini bir grubun kısmen veya tamamen yok edilmesi amacı” olarak beliren manevi unsurun yorumlanması ve somut olayda bu suçu işleyen faillerin gerek içerik gerekse yoğunluk açısından, hangi zihinsel durumda olmaları halinde soykırım suçundan dolayı cezalandırılacaklarının değerlendirilmesidir. Özellikle bu son konuya ilişkin olarak, öğretilerde son yıllarda çeşitli görüş ve yaklaşımlar ortaya konulmuştur. Zira uluslararası hukukta soykırım suçunun kaleme alınış biçimi, manevi unsura ilişkin olarak yorum yapılmasını gerektirecek niteliktedir. Soykırım suçunun manevi unsuru, diğer suçlarla karşılaştırıldığında, soykırım suçunun en ayırıcı özelliğini teşkil etmesinin yanı sıra, anlaşılması, algılanması ve somut olayda kanıtlanması en zor unsur olarak belirtilebilir. Ayrıca, bu unsurun yorumlanış tarzı, somut olayda bu suçun faillerinin hak ettikleri cezayı alabilmelerini de doğrudan etkileyen bir etmendir. Belirtilen sebeplerle, bu çalışma ile taşıdığı kritik önem açık olan soykırım suçunun manevi unsuru ve manevi unsurun yorumlanış tarzına ilişkin yaklaşımlar, uluslararası hukuk perspektifinden bakılarak yakından incelenmiştir.

## I. SOYKIRIM SUÇU HAKKINDA GENEL BİLGİ

### A. Soykırım Kavramı ve Soykırımın Uluslararası Hukukta Bir Suç Olarak Kabul Edilmesi Süreci

Soykırım bir terim olarak ilk defa Polonya göçmeni Amerikalı bir hukukçu olan Raphael Lemkin tarafından, 1944 yılında yayımlanan kitabında<sup>4</sup> kullanılmıştır. Lemkin söz konusu kavramı, Antik Yunanca'da ırk, kabile anlamındaki "Genos" ile Latince'de öldürme anlamına gelen "Cide" kelimelerini birleştirmek suretiyle, esasen II. Dünya Savaşı sırasında Yahudilerin Naziler tarafından yok edilmesini açıklamak için oluşturmuştur.<sup>5</sup> Bu tarihten sonra soykırım terimi, gerek uluslararası literatürde, gerekse soykırımı uluslararası bir suç olarak kabul eden ve yasal metninin oluşturulmasında yine Lemkin'in önemli rol aldığı Soykırım Sözleşmesi'nde benimsenerek kullanılmıştır.

Lemkin'in ilk defa 1944 yılında gündeme getirdiği soykırım kavramının temeli, esasında yine Lemkin'in 1933 yılında Madrid'de gerçekleştirilen, Beşinci Ceza Hukuku'nun Birleştirilmesi Milletlerarası Konferansı için hazırladığı raporunda yer verdiği barbarlık ve vandalizm isimli iki yeni suç

---

<sup>4</sup> Lemkin'in söz konusu kitabı "Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress" başlığını taşımaktadır. Lemkin, kitapta esas olarak II. Dünya Savaşı'nda Almanya'nın işgal ettiği ülkelerdeki işgal politikasını değerlendirmektedir. "Genocide" terimi söz konusu kitabın önsözünde ortaya konulmuş, kitabın 9. bölümü bütün olarak "Soykırım" başlığına ayrılmıştır. Söz konusu esere internet adresinden çevrimiçi olarak erişilebilir. "Chapter IX: Genocide," erişim tarihi Eylül 2, 2022, <http://www.preventgenocide.org/lemkin/AxisRule1944-1.htm>.

<sup>5</sup> Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 17.

tipidir.<sup>6</sup> Lemkin'in bu iki suç tipini önermesinde, 11 Ağustos 1933'te Irak'ta Asurluların katledilmesi etkili olmuştur.<sup>7</sup> Özellikle Lemkin tarafından tanımlanan barbarlık suçunun, soykırıma son derece benzer olduğu göze çarpmaktadır. Lemkin, uluslararası hukukta tanınmasını önerdiği bu suçları, söz konusu suçların tüm uluslararası toplumun çıkarlarını tehdit etmesi nedeniyle "sınır aşan<sup>8</sup> (transnational) suçlar" olarak nitelendirmiştir.<sup>9</sup> Hazırladığı raporda, suçlara ilişkin öneri yasal düzenleme metinlerini de oluşturup, söz konusu suçların önlenmesi için uluslararası bir sözleşmenin oluşturulmasının gerekli olduğunu ifade etmiş ise de Lemkin'in bu önerileri kabul görmemiştir.

Daha sonra, II. Dünya Savaşı'nda yaşanan olayların ve savaş sırasında işlenen insanlığa karşı suçların da etkisiyle, soykırımın uluslararası bir suç olarak düzenlenmesi çalışmaları hız kazanmıştır. Özellikle II. Dünya Savaşı sırasında, savaş bölgesi ile sınırlı olarak, barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa

<sup>6</sup> Raphael Lemkin, *Acts Constituting a General (Transnational) Danger Considered as Offences Against the Law of Nations*, Special Report Presented to the 5<sup>th</sup> Conference for the Unification of Penal Law in Madrid (14-20 October 1933), erişim tarihi Eylül 2, 2022, <http://www.preventgenocide.org/lemkin/madrid1933-english.htm>. Söz konusu bu iki suç tipinden birincisi olan barbarlık, etnik, dini veya sosyal grupları hedef alan imha eylemlerini ifade etmek için kullanılmıştır. Ayrıca Lemkin, bireyin üyesi olduğu grubun yok edilmesi amacını taşıyan ve grubun üyesi olan bireyin haysiyetine saldıran her türlü vahşetin de barbarlık kapsamında değerlendirileceğini ifade etmiştir. Lemkin'in önerdiği ikinci suç tipi olan vandalizm ise kültür ve sanat eserlerinin imhası olarak açıklanmıştır.

<sup>7</sup> Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 19.

<sup>8</sup> "Sınır aşan" ifadesi yerine "ulusal sınırları aşan" ifadesi de kullanılabilir. Bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 45.

<sup>9</sup> Lemkin, Special Report.



karşı suçlar olarak çerçevesi çizilen suçları işleyen üst düzey savaş suçlularının yargılanması amacıyla Almanya'da kurulan Nüremberg Mahkemesi ve kuruluş amacı yine II. Dünya Savaşı sırasında çeşitli suçlar işleyen Japon savaş suçlularının yargılanması olan Tokyo Uluslararası Askeri Mahkemesi'nde yapılan yargılamalardan sonra, soykırımın savaş zamanında olduğu kadar, açık bir savaşın olmadığı, "sözde" barış zamanında da işlenen toplu kıyım eylemlerinin cezalandırılmasına olanak verecek şekilde, sınır aşan bir suç olarak düzenlenmesi yönündeki ihtiyaç daha da belirgin hale gelmiştir. Tüm yaşananların bir sonucu olarak, II. Dünya Savaşı'nı takiben kurulan Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın, 1946 yılında yapılan ilk oturumunda kabul edilen 11 Aralık 1946 tarih, 96 (I) sayılı kararında, soykırım uluslararası hukuk çerçevesinde bir suç olarak kabul edilmiş ve soykırımın cezalandırılması uluslararası bir mesele olarak belirtilmiştir. Ayrıca aynı kararda, üye devletlere bu suçun cezalandırılması için gerekli hukuki düzenlemenin çıkartılması çağrısı yapılmıştır.<sup>10</sup> Bu karardan sonra yapılan çalışmaların sonucunda, 1948 yılında, 260 A (III) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı ile Soykırım Sözleşmesi toplantıda hazır bulunan elli altı üye devlet tarafından oy birliği ile kabul edilmiş ve 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

## B. Soykırımın Tanımı

Konuya dair akademik çalışmalara bakıldığında, üzerinde uzlaşılmış bir soykırım tanımından bahsetmek güç görünmektedir. Öğretide, konu ile ilgili çalışan farklı

---

<sup>10</sup> 96 (I) sayılı kararın İngilizce metnine ulaşmak için bkz. United Nations Digital Library, erişim tarihi Eylül 6, 2022, <https://digitallibrary.un.org/record/209873>.

disiplinlerden yazarların yaptığı pek çok soykırım tanımına rastlanmaktadır.<sup>11</sup>

Bu çalışmanın kapsamı bakımından, öğretilerde yapılmış soykırım tanımları üzerinde ayrıntılı olarak durulmayacak olmakla birlikte, uluslararası toplumu soykırım kavramıyla ilk kez tanıştıran Lemkin'in tanımına kısaca değinmek anlamlı görülmektedir. Lemkin'e göre, soykırım, bir ulusun fiziki anlamda kitlesel öldürmeler vasıtasıyla derhal ve tamamen yok edilmesi ile sınırlı bir anlam taşımamakta olup, esasen belli ulusal grupların imhası nihai amacıyla (manevi unsur), bu grupların esaslı yaşam müesseselerinin yok edilmesine yönelik çeşitli fiilleri içeren koordineli bir planı ifade eder. Bu plan, grubun siyasi ve sosyal kurumlarının parçalanması, kültürünün, dilinin, ulusal aidiyet duygularının, dininin, ekonomik bağımsızlığının ortadan kaldırılması ile grup içinde kişisel güvenliğin, hürriyetin, yaşamın sağlıklı ve onurlu bir şekilde sürdürülmesi imkânının; ve en ileri boyutuyla da bu gruba dahil olan kişilerin yaşamlarının sona erdirilmesi yollarıyla gerçekleştirilebilecektir.<sup>12</sup> Genel olarak bakıldığında soykırım, farklı fiiller vasıtasıyla ilgili gruba mensup olan kişilerin bireysel kimliklerine değil, grubun ortak kimliğine yönelmektedir.<sup>13</sup> Soykırım tanımı içerisine grupların kültürel, sosyal, ekonomik ve siyasi olarak yok edilmesini de dahil etmesi sebebiyle

---

<sup>11</sup> Farklı soykırım tanımları için bkz. Adam Jones, *Genocide: A Comprehensive Introduction* (London: Routledge, 2006), 15-18, erişim tarihi Eylül 2, 2022, <https://www.mcvts.net/cms/lib07/NJ01911694/Centricity/Domain/155/Textbook.pdf>; Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 56-63; Değirmenci, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu," 56-59.

<sup>12</sup> Lemkin, *Axis Rule*; Neslihan Verda Akün, "Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku'nda Soykırım (Jenosid) Suçu," *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 24, no. 1 (2004), 54.

<sup>13</sup> Lemkin, *Axis Rule*.

Lemkin'in tanımı, öğretide geniş bir tanım olarak değerlendirilmiş<sup>14</sup> ve bu sebeple bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir.<sup>15</sup> Diğer yandan Lemkin'in soykırım tanımı, soykırımı yalnızca "ulusal gruplara" yönelik olarak gerçekleştirilen fiillerle sınırlı tutması sebebiyle, öğretideki bazı yazarlar tarafından da dar bir tanım olarak ifade edilmiştir.<sup>16</sup>

Bununla birlikte, uluslararası hukuk bakımından önem arz eden ve uygulamada esas alınan soykırım tanımı, Soykırım Sözleşmesi m. 2'de yer verilen tanımdır.<sup>17</sup> Bu kapsamda, öğretide yapılan farklı soykırım tanımlarının, konuya teorik bir derinlik katmanın ve farklı alanlardan, farklı bakış açıları hakkında bilgi sahibi olmanın ötesine geçmediğini belirtmek, çok da iddialı bir söylem olmayacaktır.

Soykırım Sözleşmesi'nde yer alan ve uluslararası hukuk bakımından esas alınan soykırım tanımı, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni ("UCM") kuran Roma Statüsü'nün 6. maddesinde ve ayrıca ilgili bölgelerde işlenen soykırım suçlarını yargılamak üzere kurulan Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ("UCMY") Statüsü m. 4 ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ("UCMR") Statüsü m. 2'de tekrarlanmıştır.

Soykırım suçu, Soykırım Sözleşmesi m. 2'de,

---

<sup>14</sup> Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 64; David Alonzo-Maizlish, "In Whole or in Part: Group Rights, the Intent Element of Genocide, and the 'Quantitative Criterion'," *New York University Law Review* 77, no. 5 (2002), 1382.

<sup>15</sup> Değirmenci, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu," 57, dipnot 38.

<sup>16</sup> William A. Schabas, *Genocide In International Law: The Crime of Crimes* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009) 29.

<sup>17</sup> Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 64.

*“Bu Sözleşme bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir gruba, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri, soykırım suçunu oluşturur.*

- a) *Gruba mensup olanların öldürülmesi;*
  - b) *Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi;*
  - c) *Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracığı hesaplanarak, yaşam şartlarının kasten değiştirilmesi;*
  - d) *Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler alınması;*
  - e) *Gruba mensup çocukların zorla başka bir gruba nakledilmesi”<sup>18</sup>*
- şeklinde tanımlanmıştır. Bu çalışmadaki açıklamalar da uluslararası hukuk açısından esas olan söz konusu soykırım tanımı temelinde yapılmıştır.

### C. Soykırım Suçunun Unsurları

Uluslararası ceza hukuku bakımından soykırım suçunun unsurları Soykırım Sözleşmesi m. 2’ye göre üç ana gruba ayrılarak incelenebilecektir. Söz konusu unsurlar; (1)

---

<sup>18</sup> Sözleşme’nin resmi Türkçe çevirisi 29 Mart 1950 tarih, 7469 sayılı Resmî Gazete’de yer almakta ise de güncel Türkçe metni için bkz. Köksal Bayraktar, Vesile Sonay Evik ve Gülşah Kurt, *Özel Ceza Hukuku Cilt I – Uluslararası Suçlar* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 25. Sözleşme’nin İngilizce metni ise şu şekildedir: *“In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:*

- (a) *Killing members of the group;*
- (b) *Causing serious bodily or mental harm to members of the group;*
- (c) *Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;*
- (d) *Imposing measures intended to prevent births within the group;*
- (e) *Forcibly transferring children of the group to another group.”*

Diğerlerinden ayrılabilir olan ulusal, etnik, ırksal ve dini bir grubun varlığı (suçun maddi konusu) (2) Bu grubu kısmen veya tamamen yok etme kastı (“manevi unsur” veya “mens rea”) ve (3) Soykırım Sözleşmesi m. 2’de a-e bentleri arasında sayılan fiillerin işlenmesi (“actus reus” veya “maddi unsur”) olarak sıralanabilir.<sup>19</sup>

Soykırım Sözleşmesi m. 2, soykırım suçunun oluşması için bu suçu oluşturan fiillerin ulusal, etnik, ırksal veya dini bir gruba yöneltilmiş olmasını aramaktadır. Bu çerçevede uluslararası hukuk bakımından soykırım suçunun “mağduru” ancak Sözleşme’de sayılan gruplar olabilir. Dolayısıyla suçun maddi konusunu teşkil eden belirtilen bu gruplar dışındaki gruplar; örneğin siyasal ve ekonomik gruplar ile sair azınlıklar, Sözleşme’nin koruma alanı dışında bırakılmıştır. Soykırım Sözleşmesi’nin ilk tohumlarının atıldığı, daha önce değinilen Birleşmiş Milletler’in 96 (I) sayılı kararında, “soykırımın tüm insan gruplarının var olma hakkının inkârı niteliğinde olduğu”<sup>20</sup> vurgulanıp, daha sonra Soykırım Sözleşmesi’nde korunan grupların yalnızca dört adet grupla sınırlandırılması; bilhassa da siyasi ve ekonomik grupların Sözleşme’nin koruma alanı dışında bırakılması, yoğun tartışmalara sebep olmuştur.<sup>21</sup>

Ruanda Soykırımı’ndan sonra kurulan *ad hoc* mahkeme niteliğindeki UCMR, Akayesu davasında ulusal, etnik, ırksal ve dini grupları tanımlamıştır. Buna göre ulusal grup, ortak vatandaşlığa dayalı yasal bir bağı paylaştığı anlaşılan, bu yasal

<sup>19</sup> Değirmenci, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu,” 56.

<sup>20</sup> Birleşmiş Milletler’in 96 (I) sayılı kararına ulaşmak için bkz. yukarıda dipnot 12.

<sup>21</sup> Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 67-68. Özellikle siyasi gruplarla ilgili dile getirilen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 68-80.

bağ içinde bireylerin karşılıklı hak ve yükümlülüklerine sahip olduğu bir insan topluluğudur. Etnik grubun, genel olarak üyeleri ortak bir dili veya kültürü paylaşan bir grup olduğu ifade edilmiştir. Geleneksel tanımına göre ırksal grup, dilsel, kültürel, ulusal veya dini faktörlerden bağımsız olarak, genellikle bir coğrafi bölge ile özdeşleştirilen kalıtsal fiziksel özelliklere dayanmaktadır. Nihayet dini grup, üyeleri aynı dini, mezhebi veya ibadet tarzını paylaşan grup olarak tanımlanmıştır.<sup>22</sup>

Öğretide, Sözleşme’de sayılan dört adet grubun, kişilerin seçim şansı olmaksızın doğumla dahil oldukları, kalıcı şekilde oluşturulan, sabit ve değişmez nitelikli gruplar olduğu; siyasi ve ekonomik gruplar gibi iradeleri doğrultusunda katılabilecekleri, değişken nitelikteki gruplar olmadığı ifade edilmiştir.<sup>23</sup> Diğer yandan, sabit ve değişmez nitelikli olma özelliklerinin dini gruplar açısından çok da geçerli olmadığı savunulabilir. Zira, din konusunda çok baskıcı ve dayatmacı olan topluluklar bir yana bırakılırsa, kişi dinine ilişkin özgürce seçimler yapabilir; dini gruplara girme veya bu gruplardan ayrılma konusunda iradesi doğrultusunda hareket edebilir. Bununla birlikte, dini gruplar taşıdıkları kimlik nedeniyle çok eskiden beri çeşitli saldırılara maruz kaldığından, bu gruplar da Soykırım Sözleşmesi’nde korunan gruplar arasına alınmıştır.<sup>24</sup>

Soykırım suçunun ikinci unsuru, bu çalışmanın da esas konusunu oluşturan ulusal, etnik, ırksal ya da dinsel bir grubu

---

<sup>22</sup> Prosecutor v. J. P. Akayesu, Trial Chamber 1998, paras 111, 112–129; Agnieszka Szpak, “National, Ethnic, Racial, and Religious Groups Protected against Genocide in the Jurisprudence of the ad hoc International Criminal Tribunals,” *European Journal of International Law* 23, no. 1 (2012), 158; Değirmenci, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu,” 83.

<sup>23</sup> Szpak, “National, Ethnic, Racial, and Religious Groups,” 160; Akün, “Soykırım (Jenosid) Suçu,” 57.

<sup>24</sup> Szpak, “National, Ethnic, Racial, and Religious Groups,” 160.

kısmen veya tamamen yok etme kastıdır. Aynı zamanda *mens rea* olarak da adlandırılan suçun manevi unsuru, aşağıda detaylı olarak incelenmiş olduğundan burada ayrıntıya girilmemiştir.

Nihayet soykırım suçunun üçüncü unsuru, suçun maddi unsurunu; diğer bir deyişle *actus reus*'unu oluşturan davranışlardır. Suçun dış cephesini oluşturan *actus reus*,<sup>25</sup> ilgili yasal düzenleme çerçevesinde bir suçun maddi unsurunu teşkil eden fiil veya ihmali davranıştır.<sup>26</sup>

Soykırım suçunun maddi unsuru, Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesinde, a ve e bentleri arasında sayılmıştır. Suçun kanuni tanımında yer alan "herhangi biri"<sup>27</sup> ifadesi nedeniyle, soykırım suçunu oluşturan fiillerin *numerus clausus* olup olmadığı öğretilerde tartışılmıştır. Kimi yazarlar, bu ifade sebebiyle soykırım suçunu doğuran fiillerin *numerus clausus* olmadığını; suçun tanımında belirtilenler dışındaki fiillerle de ortaya çıkabileceğini savunmaktadırlar.<sup>28</sup> Bununla birlikte, kanaatimizce burada kullanılan "herhangi biri" ifadesi, soykırım suçunu oluşturan fiillerin sınırlı sayıda sayılmadığı şeklinde yorumlanamayacak olup, suçun kanuni tanımındaki fiiller *numerus clausus* olarak belirtilmiştir. Bir başka ifadeyle, soykırım suçu serbest hareketli bir suç değildir ve tanımındaki beş farklı fiilden en az biri vasıtasıyla ortaya çıkması gerekir.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Actus reus'un Latince'deki karşılığı "suçlu hareket (guilty act)tir."

<sup>26</sup> Suçun dışa yansıyan cephesini oluşturan *actus reus*'un, bir terim olarak ceza hukuku öğretisinde 20. yüzyıl öncesinde yaygın bir kullanımının olmadığı bilinmektedir. Ancak bu terim 20. yüzyıl sonrasında, özellikle modern Anglo-Amerikan ceza hukukunda sıklıkla kullanılır olmuştur (Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* (LexisNexis Publishing, 2010), 85).

<sup>27</sup> Orijinal metinde "As such" ibaresi.

<sup>28</sup> Canan Ateş Ekşi, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçları Üzerindeki Yargı Yetkisi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 46.

<sup>29</sup> Değirmenci, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu," 62; aynı şekilde Soykırım Sözleşmesi'nde sayılan davranış türlerinin sınırlayıcı

Bu kapsamda seçimlik hareketli suç olarak ortaya çıkan soykırım suçunu oluşturan fiiller, (a) Gruba mensup olanların öldürülmesi; (b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi; (c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracacağı hesaplanarak, yaşam şartlarının kasten değiştirilmesi, (d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler alınması; ve (e) Gruba mensup çocukların zorla bir başka gruba nakledilmesi olarak belirlenmiştir. Söz konusu fiiller, soykırım suçunu düzenleyen TCK m. 76'da da Soykırım Sözleşmesi m. 2 ile paralel olarak sayılmıştır.

Sözleşme'de yasaklanan ve soykırım suçunun *actus reus*'unu oluşturan fiiller, bir grubun fiziksel veya biyolojik olarak varlığının ortadan kaldırılmasına yöneliktir.<sup>30</sup> Grupların kültürel yapısı ve sosyolojik karakterine zarar verebilecek nitelikteki hareketler ise<sup>31</sup> bu konudaki öneri ve tartışmalara rağmen Soykırım Sözleşmesi kapsamına alınmamıştır.<sup>32</sup> Soykırım

---

olduğu görüşünde, bkz. O'Keefe, *International Criminal Law*, 147; Tezcan, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 554.

<sup>30</sup> UCMY de birden fazla kararında, uluslararası hukukta tanımlanan soykırım suçunun, grupların fiziksel veya biyolojik varlığına yönelik fiilleri esas aldığını belirtmiştir (Değirmenci, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu," 87).

<sup>31</sup> Grupların kültürel yapısı ve sosyolojik karakterini hedef alan hareketler, özellikle o grubun dilini, dinsel ya da kültürel müessese veya değerlerini ortadan kaldırmaya yönelik olarak ortaya çıkar. Örneğin, grup üyelerinin gerek aralarındaki iletişimde gerekse basılı kaynaklar açısından kendi dillerini kullanmasının yasaklanması, kültürlerinin ana unsurları olan müzelerin, tarihi anıtların, ibadet yerlerinin kullanımının kısıtlanması veya buraların yok edilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir (Bu konudaki örnekler için bkz. Schabas, *Genocide In International Law*, 207-221).

<sup>32</sup> O'Keefe, *International Criminal Law*, 147; Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 108-109; Akün, "Soykırım (Jenosid) Suçu," 60; Değirmenci, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu," 87.



kavramının yaratıcısı Lemkin'in soykırım tanımı, ilgili grubun fiziksel veya biyolojik varlığının yanı sıra, kültürel varlığının yok edilmesine yönelik fiillerin de soykırım kavramı içerisinde değerlendirilmesine olanak verecek şekilde ortaya konulmuş ise de bu yaklaşım Amerika Birleşik devletleri başta olmak üzere, bazı devletlerce çeşitli gerekçelerle sakıncalı bulunmuştur. Amerika Birleşik Devletleri, kültürel soykırımın Soykırım Sözleşmesi'nde yerinin olmadığını savunarak, bu konunun azınlıkların korunması kapsamında ele alınması gerektiğini savunmuştur.<sup>33</sup> Aynı doğrultuda görüş belirten Fransa da soykırım tanımının fiziksel ve biyolojik soykırımla sınırlı tutulması gerektiğini, kültürel soykırımın Sözleşme'ye dahil edilmesinin devletlerin iç işlerine müdahale riskini taşıdığını öne sürmüştür. Hollanda ise bu konunun "insan hakları meselesi" olduğunu belirterek, benzer bir yaklaşım sergilemiştir.<sup>34</sup> Diğer taraftan Sovyetler Birliği, Tayvan, Çin, Lübnan, Polonya ve Venezuela gibi devletler, grupların kültürel varlık ve haklarının korunmasının da Soykırım Sözleşmesi içinde ele alınmasını savunan tarafta yer almışlar ve hazırlık çalışmaları süresince, "kültürel soykırım" kavramına Sözleşme'de ne şekilde yer verilebileceğine dair çeşitli görüşler ortaya koymuşlardır.<sup>35</sup> Bu konu yoğun tartışmalara neden olmuş ise de nihai karar "kültürel soykırım" kavramının Soykırım Sözleşmesi kapsamı dışında bırakılması yönünde olmuştur.

<sup>33</sup> Birleşmiş Milletler, Doc. E/623, 30 Ocak 1948.

<sup>34</sup> Schabas, *Genocide In International Law*, 208.

<sup>35</sup> Soykırım Sözleşmesi'ne dair görüşmeler sırasında, hangi taslaklara, hangi devletler tarafından, ne gerekçelerle itiraz edildiğine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Schabas, *Genocide In International Law*, 207-221.

## II. SOYKIRIM SUÇUNUN MANEVİ UNSURU (*MENS REA*)

### A. Soykırım Suçunun Manevi Unsuru (Mens Rea) Hakkında Genel Bilgi

Suçun manevi unsuru; bir diğer ifadeyle *mens rea*'sı, genel bir anlatımla, işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağ anlamına gelmektedir.<sup>36</sup> Bir failin işlediği suçtan mahkum edilebilmesi için, o suçun yasal tanımına göre belirli bir bilinç durumuna sahip olması aranır. *Mens rea*, bir başka ifade tarzıyla, failin sahip olduğu, çeşitli derecelerde olabilen suç işleme niyeti olarak da tanımlanabilir. Latince'de "suçlu zihin"<sup>37</sup> anlamına gelen bu ifade, "*Actus non facit reum nisi mens sit rea*"<sup>38</sup> ilkesinin kısaltılması ile oluşturulmuştur.<sup>39</sup> Bu çerçevede maddi unsur suçun dış cephesini oluşturmakta iken, failin iç dünyasına ilişkin olan ve suçun subjektif boyutunu teşkil eden manevi unsur, suçun iç cephesini oluşturur.<sup>40</sup>

Klasik suç teorisine göre, failin bir suçtan dolayı cezalandırılabilmesi için kusurlu olması aranmaktadır.<sup>41</sup> Söz

<sup>36</sup> M. Emin Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 391.

<sup>37</sup> "Guilty mind."

<sup>38</sup> "Düşünce kusurlu olmadıkça sadece bir fiil (bireyi) kusurlu yapmaz."

<sup>39</sup> Füsün Sokullu Akıncı, "Ceza Hukukunda Kusurluluk," *Ceza Hukuku Genel Hükümleri-70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınları, 1998), 95.

<sup>40</sup> Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 391.

<sup>41</sup> Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 142. 19. yüzyıl ceza hukuku anlayışının bir sonucu olarak ortaya çıkan klasik suç teorisine göre, kasıt ve taksir haksızlığın gerçekleştiriliş şekilleri olarak tipiklik içerisinde değil, kusurun türleri olarak kusur başlığı altında incelenmektedir. Bunun sonucu olarak, suçun manevi unsuru ile kusurluluk ve kusur aynı anlamda kullanılmıştır. Bununla birlikte, 20.

konusu kusur, kasıt (*dolus*) veya taksir (*culpa*) biçiminde ortaya çıkabilir. Kasıt ve taksirin de kendi içinde farklı sınıflandırma ve dereceleri bulunmakta olup, kasıt, doğrudan kasıt (*dolus directus*) veya olası kasıt (*dolus eventualis*) şeklinde olabilir.<sup>42</sup>

Soykırım suçunun oluşması için aranan manevi unsur da kasıttır.<sup>43</sup> Diğer bir söyleyişle, soykırım suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir.<sup>44</sup>

---

yüzyılın başlarından itibaren gelişmeye başlayan ve günümüzde modern ceza hukukuna hâkim olduğu söylenebilecek olan yeni bir anlayışla birlikte, kasıt ve taksir kusurun türleri olmaktan ziyade, haksızlığın gerçekleştiriliş şekilleri olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Söz konusu anlayış çerçevesinde, kasıt, taksir ve amaç-saik gibi hususlar suçun manevi unsurunu oluşturmakta olup, kusur kişi hakkındaki kınama yargısından ibaret görülmektedir. Bir başka ifadeyle kusurluluk, kişinin işlediği fiil nedeniyle kınanabilmesini ve haksızlık teşkil eden fiilin işiye yüklenebilmesini ifade eder. Türk ceza hukuku öğretisine bakıldığında, halen klasik suç teorisini benimseyen yazarların ağırlıkta olduğu söylenebilecek ise de kusuru kişi hakkındaki kınama yargısı olarak değerlendiren yazarların gün geçtikçe artmakta olduğu söylenebilir (Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 391-392; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 242; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 149).

<sup>42</sup> Roger S. Clark, "Elements of Crimes in Early Decisions of Pre-Trial Chambers of the International Criminal Court," *New Zealand Yearbook of International Law* 209, (2008), 210.

<sup>43</sup> Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 143; Değirmenci, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu," 94; Akün, "Soykırım (Jenosid) Suçu," 59. Ayrıca belirtmek gerekir ki; bu kasıt doğrudan kasıt (*dolus directus*) şeklinde olmalıdır (Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 148; Değirmenci, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu," 95).

<sup>44</sup> Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 143; Değirmenci, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu," 94.

Soykırım Sözleşmesi'nde, soykırım suçunun manevi unsuruna ilişkin ayrı bir madde bulunmamaktadır. Bununla birlikte UCM'yi kuran Roma Statüsü'nün "Ceza Hukukunun Genel Prensipleri" başlıklı üçüncü kısmında yer alan m. 30 manevi unsura ilişkindir. Bu düzenleme, soykırım suçu da dahil olmak üzere Statü'de düzenlenen tüm suçlar açısından manevi unsur ve manevi unsurun taşınması gereken özellikleri ortaya koyan genel nitelikli bir düzenlemedir. Söz konusu maddede vurgulandığı gibi kasıt, fiilen bilincinde olma ve aykırı davranma isteği (ihlal niyeti); kısaca bilme ve isteme şeklinde iki ayrı öğeden oluşur.<sup>45</sup> Bu iki öğenin birleşimiyle kasıt, suçun maddi unsurunu oluşturan fiilleri bilmek ve bu fiilleri gerçekleştirmeyi istemek şeklinde ortaya çıkmaktadır.<sup>46</sup> Suçun maddi unsurunu oluşturan fiilleri "bilmek" ise işlenen fiilin bir suç oluşturduğunun kesin olarak bilincinde olmak demektir; yani yalnızca işlenen fiilin suç oluşturabileceğine yönelik farkındalık yeterli değildir.<sup>47</sup>

Soykırım suçunun manevi unsuru açısından özellik arz eden konu, burada aranan kastın özel kasıt (*dolus specialis*) niteliğinde olmasıdır.<sup>48</sup> Özel kasıt, failin yasaklanan sonuca

---

<sup>45</sup> Roma Statüsü'nün İngilizce metni için bkz. "Rome Statute of the International Criminal Court," erişim tarihi Eylül 4, 2022, <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf>; Akün, "Soykırım (Jenosid) Suçu," 59.

<sup>45</sup> "Guilty mind."

<sup>46</sup> Schabas, *Genocide In International Law*, 242; Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 143; Akün, "Soykırım (Jenosid) Suçu," 59; Chantima Neth, "The Issue of Mens Rea in the Crime of Genocide and Why It Needs to be Amended?" *Legal Issues Journal* 7, no. 1 (2019), 17.

<sup>47</sup> Devrim Aydın, "The Interpretation of Genocidal Intent under the Genocide Convention and the Jurisprudence of International Courts," *The Journal of Criminal Law* 78, (2014), 430.

<sup>48</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 559; Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 143; Akün, "Soykırım

ulaşmak için kasten hareket etmesi anlamına gelir.<sup>49</sup> Dolayısıyla, özel kastın oluşabilmesi için fiilin doğrudan kasıtle işlenmiş olması gerekmektedir olup, olası kasıt, özel kastın oluşumu açısından yeterli olmayacaktır.<sup>50</sup>

Uluslararası hukukta soykırım suçunun düzenlenişine bakıldığında, bu suç açısından özel kasıt, “ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubun kısmen veya tamamen yok edilmesi amacı” olarak görünmektedir. İlgili grubun kısmen veya tamamen yok edilmesi amacı şeklinde ortaya çıkan özel kasıt da kastın yukarıda açıklanan unsurları olan, bilme ve isteme unsurlarından oluşur. Ancak, özel kastı meydana getiren bilme ve isteme, belirtilen sonuca (grubun kısmen veya tamamen yok edilmesi) yöneliktir. Soykırım suçu açısından “bilme” işlenen fiillerin ulusal, etnik, ırksal veya dini bir grubun kısmen veya tamamen yok edilmesine sebep olabileceğini bilmektir. “İsteme” ise nihai olarak söz konusu grubu kısmen veya tamamen yok etmenin amaçlanması ve bu amaca yönelik olarak hareket edilmesidir.<sup>51</sup>

Belirtilen içerikteki özel kasıt, soykırım suçunun işlenmiş olmasının ön şartı ve zorunlu unsurudur.<sup>52</sup> Ayrıca, yok etme kastı soykırım suçu için bir *sine qua non*'dur; yani suçun asli özelliğidir.<sup>53</sup> Özel kasıt, soykırım suçunun diğer suçlardan farklı

---

(Jenosid) Suçu,” 59; Değirmenci, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu,” 94.

<sup>49</sup> Akün, “Soykırım (Jenosid) Suçu,” 59.

<sup>50</sup> Aydın, “Genocidal Intent,” 430.

<sup>51</sup> Aydın, “Genocidal Intent,” 433.

<sup>52</sup> Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 143; Akün, “Soykırım (Jenosid) Suçu,” 59; Dilaver Nişancı, “Uluslararası Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu Düzenlemesinde Soykırım Suçu,” *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi (ASEAD)* 8, no. 2 (2021), 237.

<sup>53</sup> Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 143; Akün, “Soykırım (Jenosid) Suçu,” 59.

en çarpıcı özelliğidir.<sup>54</sup> Soykırım suçunun adam öldürme suçundan veya insanlığa karşı suçlar altında incelenebilecek diğer suçlardan ayrılabilmesi de bu özel kastın varlığı ile mümkün olabilmektedir.<sup>55</sup> Bundan dolayı, öğretide soykırım suçu için “*mens rea* suçu”<sup>56</sup> ifadesi kullanılmaktadır.<sup>57</sup>

### **B. Soykırım Suçunun Manevi Unsurunun (*Mens Rea'nın*) İspatı ve Bu Konuda Yaşanan Zorluklar**

Soykırım Sözleşmesi ve dolayısıyla uluslararası hukuk bakımından soykırım suçunun ortaya çıkması için gerçekleştirilen fiillerin önceden tasarlanması gerekmemektedir.<sup>58</sup> Yine buna paralel olarak, soykırım suçunu oluşturan fiillerin belli bir plan veya politika dahilinde gerçekleştirilmesine de gerek yoktur.<sup>59</sup> Öte yandan, soykırım suçunun düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun 76. maddesinde,

<sup>54</sup> UCMR'nin Muvunyi kararında, soykırım suçu, unsurları arasında yer alan ulusal, etnik, ırksal ve dinsel bir grubu kısmen veya tamamen yok etme niyeti şeklinde ortaya çıkan özel kasıt nedeniyle, benzersiz bir suç olarak nitelendirilmiştir (Prosecutor v. Muvunyi, Trial Chamber 2012, para. 478). Gacumbitsi kararında da aynı yönde bir değerlendirme yapılmıştır (Prosecutor v. Gacumbitsi, Trial Chamber 2004, para. 250).

<sup>55</sup> Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 149.

<sup>56</sup> “Crime of *mens rea*.”

<sup>57</sup> Sangkul Kim, “Rethinking the ‘Crime of Mens Rea’,” *Torkel Opsahl Academic Epublisher (TOAEP) FICHL Policy Brief Series*, no. 59 (2016), 1.

<sup>58</sup> Değirmenci, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu,” 95.

<sup>59</sup> Değirmenci, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu,” 96-97. Diğer yandan Schabas, soykırımın organizasyon ve planlama gerektiren, prototipik bir devlet suçu olduğunu ifade etmiştir (Schabas, *Genocide In International Law*, 243). Yani soykırım suçunun işlenebilmesi için, suçun niteliği gereği, her şekilde bir planlama gerekecektir. Her ne kadar uluslararası hukuk açısından soykırım suçunu oluşturan fiillerin bir plan veya politika dahilinde işlenmesi şart koşulmamakta ise de soykırım suçunun bir gruba yönelik olarak işlenen geniş ölçekli bir suç olduğu dikkate alındığında, Schabas'ın tespiti kanaatimizce doğrudur.

suçu oluşturan fiillerin “bir planın icrası suretiyle” gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>60</sup> Uluslararası hukuk açısından plan veya politikanın varlığı şart olmamakla birlikte, plan veya politikanın varlığı bu suçun niteliği gereği hemen hemen her durumda söz konusu olmakta ve böyle bir planın ortaya çıkartılması özel kastın ispatı açısından yararlı görülmektedir.<sup>61</sup> Zira, soykırım suçunda özel kastın ispatı uygulamada en fazla zorluk yaratan konuların başında gelmektedir.<sup>62</sup>

Failin belli bir grubu yok etme niyetini, kullandığı ifadeler ve yoruma yer bırakmayan cümleleriyle ikrar ettiği durumlarda,

---

<sup>60</sup> Öğretide, bu ifadenin suçun maddi unsurları arasına yeni bir unsur ilave etmemiş olduğu, tam tersi manevi unsurun ispatını kolaylaştırdığı belirtilmektedir (Değirmenci, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu,” 97).

<sup>61</sup> UCM’nin çeşitli kararlarında, plan veya politikanın varlığının özel kastın ispatı konusunda iddia makamına yardımcı olduğu belirtilmiştir (Değirmenci, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu,” 97; Çoban, “Uluslararası Hukukta Soykırım,” 52). UCMR kararlarında da failin gerçekleştirilen hareketleri yönlendiren, kilit bir konumda bulunmasına veya hareketlerin belli bir plan veya politika dahilinde gerçekleştirilmesine gerek olmadığı; ancak plan veya politikanın varlığının, grubun yok edilmesine dair özel kastın kanıtlanmasında önemli olduğu ifade edilmiştir (Prosecutor v. Semanza, Appeals Chamber 2005, para. 260; Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Chamber 1999, para. 276). UCMY’nin gördüğü Jelisić davasında da plan ve politikanın varlığının soykırım suçunun kanuni unsuru niteliğinde olmadığı, ancak özel kastın kanıtlanmasında, plan veya politikanın çoğu dava açısından önemli bir faktör haline gelebileceği ifade edilmiştir (Prosecutor v. Jelisić, Appeals Chamber 2001, para. 48).

<sup>62</sup> Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, s. 151; Değirmenci, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu,” 100.

özel kasıt kolaylıkla kanıtlanabilecektir.<sup>63</sup> Ancak tahmin edileceği üzere, ceza yargılamasında failin grubu yok etme niyetini açığa vurduğu durumlar son derece nadir olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>64</sup>

Failin ikrarı dışında özel kastın varlığı, bu kastın dışarıya yansımaları olduğu düşünülen başka bazı somut öğeler ve dolaylı kanıtlar<sup>65</sup> yoluyla ispat edilmeye çalışılmaktadır. UCMR'nin Muvunyi davasında mahkeme, özel kastın doğrudan kanıtlanamadığı hallerde çevreleyici durum ve koşullara bakılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>66</sup>

Özel kastın kanıtlanmasına yardımcı olabilecek nitelikteki dolaylı kanıtlara örnek olarak; mağdurların kasten ve sistematik olarak belli bir gruba dahil olmaları nedeniyle seçilirken, başka gruplara dahil kişilerin de bilinçli olarak seçilmemesi (dışlanması), yıkıcı ve ayrımcı hareketlerin tekrarlar gerçekleştirilmesi, hedef alınan grubun temel değerlerini ihlal edici nitelikte davranışlarda bulunulması,<sup>67</sup> gruba hitaben onur kırıcı söylemlerde bulunulması, kullanılan silahların ve sebep olunan fiziksel hasarın büyüklüğü, grup üyelerinin sistematik şekilde öldürülmesi<sup>68</sup> gösterilebilecektir.

Ayrıca, bir grup veya topluluğun kültürünün yok edilmesine yönelik hareketler, diğer bir ifadeyle “kültürel

---

<sup>63</sup> UCMR'nin Ndindabahizi kararında bu husus vurgulanmıştır. “The requisite intent may be proven by overt statements of the perpetrator...” (Prosecutor v. Ndindabahizi, Trial Chamber 2004, para. 454).

<sup>64</sup> Bu husus UCMR'nin Kayishema kararında ifade edilmiş olup bkz. Prosecutor v. Kayishema, Trial Chamber 2001, para. 525.

<sup>65</sup> “Circumstantial evidence”

<sup>66</sup> Prosecutor v. Muvunyi, Trial Chamber 2006, para. 480.

<sup>67</sup> Prosecutor v. Seromba, Appeals Chamber 2008, para. 176; Prosecutor v. Seromba, Trial Chamber 2006, para. 320.

<sup>68</sup> Prosecutor v. Gacumbitsi, Appeals Chamber 2006, para. 40.



soykırım” yukarıda belirtildiği gibi Soykırım Sözleşmesi çerçevesinde tek başına soykırım olarak kabul edilmemekle birlikte, kültürel müesseselere ve anıtlara yönelik saldırılar, ilgili grubun üyelerinin öldürülmesi ile birleştğinde, somut olayda soykırım kastı ile hareket edildiğine ilişkin bir kanıt olarak yorumlanabilecektir.<sup>69</sup>

Özel kastın, suçu oluşturan fiilin gerçekleştirilme anında failde bulunması yeterli olup, harekete geçmeden önce failin grubun yok edilmesi yönünde bir niyet taşımasına gerek yoktur.<sup>70</sup>

Ayrıca, mahkeme içtihatları ve öğretide, failin soykırım suçunu oluşturan fiilleri işlerken grubu yok etme kastının ötesinde, örneğin ekonomik veya siyasi menfaat elde etme gibi bir kişisel çıkarının bulunmasının, onun özel kasta sahip olmadığı anlamına gelmeyeceği; özel kastı dışlayıcı bir etki yapmayacağı ifade edilmiştir.<sup>71</sup>

Daha önce de ifade edildiği üzere, Soykırım Sözleşmesi’nde “ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya

---

<sup>69</sup> Schabas, *Genocide In International Law*, 267.

<sup>70</sup> Bu konuda UCMR’nin güncel görüşü için bkz. Prosecutor v. Simba, Appeals Chamber 2007, para. 266. Öte yandan UCMR, daha eski tarihli olan Kayishema ve Ruzindana davasında, mens rea’nın fiillerin gerçekleştirilmesinden önce failde bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Bu gereklilik, fiillerin önceden tasarlanması anlamına gelmemekle birlikte, harekete geçmeden önce failin grubun yok edilmesi yönündeki özel kasta sahip olmasını gerektirmektedir (Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Chamber 1999, para. 91). Kanaatimizce, önemli olan failin fiilleri gerçekleştirdiği sırada yok etme özel kastına sahip olmasıdır. Dolayısıyla, UCMR’nin son dönemdeki içtihadı daha yerinde görülmektedir.

<sup>71</sup> Prosecutor v. Karera, Trial Chamber 2007, para. 534; Prosecutor v. Muvunyi, Trial Chamber 2006, para. 479. Aynı görüşte bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 562; Değirmenci, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu,” 101.

tamamen ortadan kaldırmak” amacından söz edilmektedir. “Kısmen veya tamamen ortadan kaldırma” ifadesi failin kastıyla alakalı bir ifade olup, suçun maddi unsuru ile ilgili bir eşik belirlendiği şeklinde yorumlanmamalıdır.<sup>72</sup> Bir başka deyişle, bu ifade ile kastedilen failin soykırım suçunu oluşturan fiilleri gerçekleştirirken, ilgili grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırma amacında olmasıdır.<sup>73</sup> Ancak doğal olarak, suçu işlerken failin içinde taşıdığı kasıt, doğrudan onun fiillerine yansiyacaktır. Bununla bağlantılı olarak öğretide, söz konusu ifadenin ne şekilde yorumlanacağı, bu ifadeden yola çıkılarak soykırım suçunun oluşması için grup içerisinde kaç kişinin yok edilmesi gerektiği, bu konuda bir eşik olup olmadığı tartışılmıştır.<sup>74</sup> Bizim de katıldığımız görüşe göre, soykırım suçunun oluşabilmesi için, ilgili grubun niteliksel veya niceliksel olarak önemli bir kısmının yok edilmesi amaçlanmalıdır.<sup>75</sup> Nitelik veya nicelik olarak önemli bir kısım da ilgili grubun boyutu, yok edilmesi planlanan kişilerin grup içerisindeki pozisyonları, grup açısından ifade ettikleri anlam gibi hususlar dikkate alınarak her somut olayda yargı makamları tarafından ayrıca değerlendirilecektir. Somut olayın özelliklerine göre, bazı durumlarda tek bir kişinin öldürülmesi dahi soykırım suçu kapsamında değerlendirilebilir.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> Değirmenci, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu,” 97-98.

<sup>73</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*,” 559-560.

<sup>74</sup> Bu konudaki yaklaşımlar için bkz. Değirmenci, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu,” 98-99.

<sup>75</sup> Değirmenci, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu,” 98; Akün, “Soykırım (Jenosid) Suçu,” 58.

<sup>76</sup> Roger O’Keefe, *International Criminal Law* (New York: Oxford University Press, 2015), 147; Değirmenci, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu,” 99.

### C. Soykırım Suçunun Manevi Unsurunun (*Mens Rea'nın*) Yorumlanmasında Farklı Yaklaşımlar ve Öneriler

Soykırım suçunun uluslararası hukuktaki kanuni tanımında yer verilen manevi unsur, daha önce de belirtildiği gibi ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubun, kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması amacı şeklinde ortaya çıkan özel kasıttır. Bununla birlikte, bugüne kadar pratik ve teoride ortaya konulan farklı karar ve görüşlerden de anlaşılabilirdiği gibi söz konusu manevi unsur farklı şekillerde yorumlanmaya müsaittir.

Manevi unsura dair ortaya çıkan yorum farklılıklarının esas sebebi hükmün kaleme alınış tarzıdır. Soykırım Sözleşmesi ve onu örnek alan Roma Statüsü'nde aynı şekilde düzenlenen soykırım suçunda "ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubun ortadan kaldırılması amacı" olarak belirtilen *mens rea*, UCM'yi kuran Roma Statüsü'nün 30 maddesinde de yer verilen "bilme" ve "isteme" ögelerinden meydana gelen manevi unsurun, yalnızca "isteme" ögesine odaklanır gibi görünmektedir. Halbuki, soykırım suçunun manevi unsuru da Roma Statüsü'nde düzenlenen diğer suçlar gibi (örneğin insanlığa karşı suçlar) "bilme" ve "isteme" ögelerini birlikte içerir. Bilme unsuru, suçun işlendiği bağlam ile ilişkilidir. Roma Statüsü'nde de düzenleme yeri bulan ve uluslararası hukuk bakımından temel (çekirdek) uluslararası suçlar<sup>77</sup> olarak nitelendirilen soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarını adi suçlardan ayıran temel özellik, bu suçların işlendiği bağlamdır.<sup>78</sup> Örneğin, Roma Statüsü'nün 8. maddesi kapsamında bir savaş suçunun ortaya çıkması için suçun bir silahlı çatışma bağlamında

<sup>77</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 43. Soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının yanı sıra, saldırı suçu da temel (çekirdek) uluslararası suçlar olarak sınıflandırılmaktadır.

<sup>78</sup> Schabas, *Genocide In International Law*, 243.

işlenmesi ve failin de bu silahlı çatışmanın varlığı hakkında bilgi sahibi olması gerektiği açıktır. Aynı durum insanlığa karşı suçlar açısından da söz konusu olup, failin işlediği fiillerin herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olduğunu “bilmesi” gerektiği madde metninde açıkça belirtilmiştir.<sup>79</sup> Soykırım suçunun kanuni tanımında ise soykırım bağlamına ve failin bu bağlam hakkındaki bilgisine hiç değinilmemiş, yalnızca ilgili grubu yok etme amacına (diğer bir deyişle *mens rea*'nın “isteme” ögesine) yer verilmiştir. Bağlam ve failin bu bağlamdan haberdar olması konusu, aşağıda da açıklandığı üzere niteliği ve ölçeği gereği mutlaka belirli bir organizasyon gerektiren soykırım suçu açısından son derece önemli olmakla birlikte, hükmün kaleme alınış tarzı soykırım suçunun *mens rea*'sı konusunda farklı yorum ve uygulamaların önünü açmıştır.

Manevi unsurun yorumlanış tarzına göre, suç işleyen kişinin sahip olması gereken kastın içeriği ve yoğunluğu değişebilmekte, bu da doğrudan söz konusu kişinin soykırım suçundan dolayı cezalandırılıp cezalandırılmayacağını belirlemektedir. Dolayısıyla, soykırım suçunun manevi unsurunun yorumlanmasına dair farklı yaklaşımların ne denli önem taşıdığını ve ne kadar fark yarattığını anlamak zor olmayacaktır.

Daha önce ifade edildiği gibi uluslararası hukuk açısından soykırım suçunun ortaya çıkması için bir plan veya politikanın varlığı şart koşulmamakta ise de soykırım, ölçek itibarıyla belirli bir organizasyon ve plan olmadan işlenecek bir suç değildir. Bunun yanı sıra, nitelik itibarıyla soykırım, tek bir kişi tarafından işlenmeye de uygun olmayıp, bu sebeple öğretide soykırımın

---

<sup>79</sup> Roma Statüsü'nün İngilizce metninde “with knowledge of the attack” ifadesi bulunmaktadır.

kolektif bir suç olduğu belirtilmektedir.<sup>80</sup> Bu kapsamda, Schabas'ın da soykırımın prototipik bir devlet suçu olduğunu ifade etmesinin bir anlamı vardır.<sup>81</sup> Soykırımın, planlanması ve eyleme geçirilmesi için çoğunlukla devlet veya benzeri bir örgütlenmeye ihtiyaç duyulur ve soykırım suçu bu "bağlam" çerçevesinde ortaya çıkar. Bu sebeple, soykırım suçunun faillerinin çoğunlukla asker, polis gerilla gibi bir grubun mensubu olan kişiler olduğu görülmektedir.<sup>82</sup> Bu suçu işlemeye kalkışan devlet veya benzeri bir yapılanma içerisinde, her kademedен failin bulunacağı aşıkardır. Suça katılan faillerden kimi üst düzey görevliler olup, esasen planlama ve organizasyon düzeyinde faaliyet gösterirken, kimisi de alt kademede bulunan ve planları doğrudan eyleme geçiren; diğer bir deyişle, suçun maddi unsurunu oluşturan fiilleri doğrudan gerçekleştiren kişiler olacaktır. Ancak böyle bir durumda, manevi unsurun yorumlanış tarzına göre, daha alt kademelerdeki kişiler açısından soykırım suçunda aranan özel kasit şartının sağlanması mümkün olmayabilecektir. Bir başka ifadeyle, suçun işlenmesine alt kademelerden katılan failler, çoğunlukla planları uygulamaya geçiren kişiler olarak, soykırımın kanuni tanımında belirtilen en ağır maddi fiilleri işleyen kişiler olmaksay da ilgili grubu tamamen veya kısmen yok etmeyi amaçlayıp amaçlamadıkları tespit edilirken, soykırım suçu açısından aranan özel kastın şartlarını tam olarak sağlayamadıkları gerekçesiyle soykırım suçundan ceza almayabileceklerdir. Nitekim, özellikle yargı makamlarının manevi unsurun yorumlanmasına dair bugüne kadar benimsediği yaklaşım doğrultusunda, failerin soykırımdan cezalandırılmadığı, onun

<sup>80</sup> Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, 147.

<sup>81</sup> Schabas, *Genocide In International Law*, 243.

<sup>82</sup> Değirmenci, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu," 79.

yerine insanlığa karşı suçlar altında tanımlanan suçlar çerçevesinde ceza aldığı örnekler söz konusu olmuştur.<sup>83</sup>

*Ad hoc* mahkeme olarak kurulan UCMR ve UCMY'nin, geçmişte yaptıkları yargılamalarda, soykırım suçunda aranan özel kasıt şartını aynı şekilde yorumladıkları; failin pozisyonu ve suça katılma şekli ne olursa olsun, onun ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu kısmen veya tamamen yok etmeyi amaçlamış olması gerektiği görüşünü kabul ettikleri; yani amaç temelli yaklaşımı benimsedikleri görülmektedir.

Uluslararası hukuk açısından soykırım suçuna dair ilk ve en bilinen karar olma özelliğini taşıyan UCMR'nin Akayesu kararında mahkeme, "yok etme niyetini," "failin isnat edilen fiili açıkça ortaya koyma niyetinde olduğu, suçun kurucu unsurunu teşkil eden spesifik niyet,"<sup>84</sup> diğer bir deyişle failin "suçu işleme konusundaki açık niyeti"<sup>85</sup> şeklindeki *dolus specialis* olarak yorumlamıştır. Mahkeme, "fiziksel sonuç ile failin zihinsel durumu arasındaki psikolojik bağlantı" olarak beliren "soykırım niyetini" kasten işlenen suçun "ana unsuru" olarak

---

<sup>83</sup> Bu konudaki en çarpıcı örneklerden biri UCMY'nin Krajišnik kararıdır. Momčilo Krajišnik, mahkemenin manevi unsurun yorumlanmasına dair benimsediği görüş dolayısıyla, soykırım suçu için gerekli olan özel kastın somut olayda mevcut olmadığı sonucuna ulaşılması sebebiyle, soykırım suçundan cezalandırılmamış; onun yerine insanlığa karşı suçlar çerçevesinde hüküm giymiştir (Neth, "The Issue of Mens Rea," 22-23). Ayrıca dava ve verilen hükümlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. "Momčilo Krajišnik Sentenced to 20 Years by Appeals Chamber," United Nations International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, erişim tarihi Eylül 6, 2022, <https://www.icty.org/en/press/momcilo-krajišnik-sentenced-20-years-appeals-chamber>.

<sup>84</sup> Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, para 498.

<sup>85</sup> Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, para 518.

tanımlamıştır.<sup>86</sup> UCMR, sonraki kararlarında da Akayesu kararındaki bulgularını takip etmiş, söz konusu bulgulara ayrıca, failin korunan gruplardan birinin yok edilmesi amacıyla olması gerekliliğini eklemiştir.<sup>87</sup> Bu kapsamda, amaç temelli yaklaşıma göre fail, hangi pozisyonda olursa olsun ve soykırımı ne şekilde katılırsa katılsın, “tek başına” ilgili grubu tamamen veya kısmen yok etme niyetinde olmalı, gerçekleştirdiği tüm fiillerde bu yoğun kastı taşımalıdır.

UCMY'nin içtihatlarında da UCMR'nin bu yaklaşımının benimsendiği görülmektedir. Jelisić dosyasının dava aşamasında savcının, failin bilgisini temel alan yaklaşım ile ilerlenmesi talebini reddeden mahkeme, Akayesu kararındaki amaç temelli yaklaşımı esas almıştır.<sup>88</sup> Mahkeme, yargılamada amaç temelli yaklaşımı esas alsada Jelisić'in borderline kişiliğinin “belli bir grubu yok etme kastı taşımaya *per se* engel olmadığını”<sup>89</sup> failin rastgele işlediği öldürme fiillerinin özel kastı dışlayıcı bir etki yapmayacağını belirterek<sup>90</sup> Jelisić'i soykırımdan suçlu bulmuştur. Krstić davasında, özel kasta ilişkin aynı yaklaşımı devam ettiren mahkeme, temyiz aşamasında, soykırım suçunun vahim doğasının bilgi temelli yaklaşımın benimsenmesine uygun olmadığı gerekçesiyle bilgi temelli

---

<sup>86</sup> Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998, para 518.

<sup>87</sup> Kai Ambos, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?” *International Review of the Red Cross* 91, no. 876 (2009), 837.

<sup>88</sup> Prosecutor v. Goran Jelisić, Prosecutor’s Pre-Trial Brief, Case No. IT-95-10-PT, 19 November 1998, para. 3.1 (failin işlediği fiillerin olası sonucunun ilgili grubun tamamen veya kısmen yok edilmesini olacağını bilmesi).

<sup>89</sup> Prosecutor v. Goran Jelisić, Trial Judgement, Case No. IT-95-10-T, 14 December 1999, para. 70.

<sup>90</sup> Prosecutor v. Goran Jelisić, Trial Judgement, Case No. IT-95-10-T, 14 December 1999, para. 71.

yaklaşımı reddedip,<sup>91</sup> Krstić'in söz konusu özel kastı taşımadığına hükmederek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş ve Krstić'i yalnızca soykırım suçuna yardım ve yataklık yapmaktan suçlu bulmuştur.

Uluslararası Adalet Divanı gibi diğer önemli makamlar da özel kastın yorumlanması konusunda UCMR ve UCMY ile aynı yaklaşımı benimsemiştir.<sup>92</sup> Uluslararası Adalet Divanı, UCMY'nin Kupreškic kararına atıf yaparak, soykırım suçu açısından aranan özel kastı, "bir grup ya da bir grubun belli bir kısmını yok etmek için gerçekleştirilen direngen ve kasıtlı hareketlerin aşırı uç hali" olarak tanımlamıştır.<sup>93</sup> Yine, Darfur Soruşturma Komisyonu'nun da benzer bir yaklaşım içerisinde olduğu görülmüştür.<sup>94</sup> UCM'nin Ön Soruşturma Dairesi ise özel kast şartının yorumlanmasına ilişkin olarak yine geleneksel yaklaşım olarak adlandırılabilir yaklaşımı izlemiş ve yargılanması söz konusu olan üst düzey failerin soykırım kastını taşımadığına karar vermiş ise de en azından "bilgi temelli yaklaşıma" not olarak değinmiştir.<sup>95</sup>

Soykırım suçuna dair yargılama ve soruşturmalar yürüten uluslararası mahkeme ve makamların, failde aranan özel kastı tespit etme konusunda, ağırlıklı olarak geleneksel yaklaşımı benimsemesi, söz konusu yaklaşım doğrultusunda özel kastın varlığını kabul edebilmek açısından karşılanması zor bir standardın benimsenmesi anlamına gelmektedir. Daha açık bir

---

<sup>91</sup> Prosecutor v. Radislav Krstić, Appeal Judgement, Case No. IT-98-33-A, 19 April 2004, para. 134.

<sup>92</sup> Ambos, "What does 'intent to destroy' in genocide mean?" 838.

<sup>93</sup> Uluslararası Adalet Divanı, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro davası, Judgement, 26 February 2007, para. 188 (UCMY'nin atıf yapılan kararı, Prosecutor v. Zoran Kupreškic et al., above note 12, para. 636).

<sup>94</sup> Ambos, "What does 'intent to destroy' in genocide mean?" 839.

<sup>95</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ambos, "What does 'intent to destroy' in genocide mean?" 839, dipnot 42.



ifadeyle amaç odaklı yaklaşım, soykırım suçundan dolayı bireyleri cezalandırmayı zorlaştırıcı bir standart getirmektedir. Bu kapsamda, soykırım suçuna dair organizasyonda alt düzeyde yer alan ancak en ağır fiilleri işleyen faillerin, soykırım suçu için aranan özel kasta sahip olmadıkları gerekçesiyle, hak ettiklerinden daha hafif cezalar alması söz konusu olabilmektedir.

Bu duruma çare olarak, son yıllarda öğretilerde bazı çözüm yolları tartışılmaktadır. Bu çerçevede, soykırım suçu için aranan özel kasıt şartının yorumlanmasında öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüş,<sup>96</sup> saf amaç temelli yaklaşım yerine bilgi ve yapı temelli yaklaşımlar önerilmiştir.<sup>97</sup> Bu yaklaşımlardan bilgi temelli yaklaşım, amaç temelli yaklaşımın da temelini oluşturan, grubun yok edilmesi yönündeki özel kasta fazla ağırlık verilmesinin soykırım suçunu fazlaca “bireyselleştirdiği” yönündeki eleştirilerin sonucunda ortaya çıkmıştır.<sup>98</sup> Halbuki soykırım suçu, ifade ettiğimiz gibi bireysel olmaktan fazlaca uzak bir suç tipidir. Bilgi temelli yaklaşımı ilk kez ortaya atan kişilerden ve soykırımı ilişkin yasal tanımında “yok etme niyeti” olarak beliren kastın, failin duruma ilişkin bilgisini de kapsadığı görüşünü benimseyen yazarlardan biri olan Alexander Greenawalt, Soykırım Sözleşmesi’nde manevi unsurun kaleme alınış tarzını, farklı yorumlara sebebiyet verebilecek şekilde

---

<sup>96</sup> Öğretilerde ileri sürülen farklı görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Robert Cryer ve diğerleri, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (New York: Cambridge University Press, 2010), 226ff.; Ambos, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?” 839-842.

<sup>97</sup> Ambos, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?” 833.

<sup>98</sup> Carsten Stahn, *A Critical Introduction to International Criminal Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), 43.

belirsiz olması sebebiyle eleştirmiştir.<sup>99</sup> Yine bilgi temelli yaklaşımın savunucularından Otto Triffterer'a göre, soykırım suçuna ilişkin olarak aranan özel kasıt gerekliliği, lafzi ve tarihi açıdan yorumlandığında sınırlayıcı bir yapı getirmemektedir. Teleolojik açıdan bakıldığında, bir grubun yok edilmesi konusunda failin *dolus specialis* veya *dolus eventualis* ile hareket etmesi arasında herhangi bir fark yoktur.<sup>100</sup> Triffterer'ın söz konusu yaklaşımı benimsemesindeki ana motivasyonunun, özel kastın kanıtlanması; dolayısıyla failin soykırım suçundan cezalandırılması konusunda yaşanan zorluk olduğu ifade edilmektedir.<sup>101</sup>

Hans Vest, John Jones ve Claus Kress gibi yazarlar ise soykırım suçu açısından aranan kasıt unsurunu, bireysel ve kolektif anlamda iki ayrı açıdan değerlendirmek suretiyle, iki yönlü olarak ele almışlardır. Kasıt unsuruna ilişkin olarak bilgi temelli yaklaşımı benimseyen yazarlardan biri olan Vest, soykırım suçunda aranan kasıt, bireysel ve kolektif olmak üzere iki ayrı referans noktasından ele alarak değerlendirmiştir.<sup>102</sup> Vest'e göre, failin bireysel olarak gerçekleştirdiği, soykırım suçunu oluşturan maddi fiillere ilişkin olarak genel kasıt yeterli olup, bu fiilleri işlerken ilgili grubu yok etme kasıt taşımamasına gerek yoktur. Diğer yandan, failin kolektif ölçekte soykırım girişimi ve bunun sonuçlarına ilişkin olarak bilgi sahibi olması gerekmektedir. Bu bilginin düzeyine ilişkin olarak ise Vest,

---

<sup>99</sup> Alexander Greenawalt, "Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation " *Columbia Law Review*, no. 99 (1999), 2265ff

<sup>100</sup> Otto Triffterer, "Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such," *Leiden Journal of International Law (LJIL)*, no. 14 (2001), 404-405.

<sup>101</sup> Triffterer, "Genocide," 405-406; Ambos, "What does 'intent to destroy' in genocide mean?" 840.

<sup>102</sup> Ambos, "What does 'intent to destroy' in genocide mean?" 841.

“pratik kesinlik”<sup>103</sup> kavramını getirmiş, failin maddi fiilleriyle katıldığı girişimin soykırımsal sonuçlarına ilişkin bilgisinin pratik kesinlik düzeyine ulaşmasının, onun soykırım suçu için aranan kasıt şartını karşıladığının kabulü için yeterli olduğunu ifade etmiştir.<sup>104</sup> Vest’in bu yaklaşımı, esasen daha önce John Jones tarafından ortaya koyulan yaklaşımın bir benzeridir. Jones, soykırım suçundaki kasıt unsurunu, soykırım planının bir özelliği olan kasıt ve bu plana katılan bireyin kasıt olmak üzere iki farklı açıdan ele almıştır.<sup>105</sup> Jones’a göre, grubu yok etme kastının, yalnızca soykırım planında bulunması yeterli olacaktır; bu plana katılan kişinin ise soykırım suçunu oluşturan fiilleri (Soykırım Sözleşmesi m. 2) kasıtlı olarak gerçekleştirmesi ve soykırım bağlamına dair bilgi sahibi olması yeterlidir.<sup>106</sup> Kress de kolektif düzeydeki soykırım girişimi ile bireysel soykırım davranışını birbirinden ayırmış;<sup>107</sup> tipik bir soykırım açısından düşünüldüğünde, organizasyonun alt seviyesinde bulunan bir failin, bir taraftan kolektif soykırım girişimi hakkında bilgi sahibi olarak harekete geçmiş olması,<sup>108</sup> diğer taraftan ise korunan gruplardan biri olan ilgili grubun en azından bir kısmının yok edilmesi konusunda *dolus eventualis* ile hareket etmiş olması gerektiğini belirtmiştir.<sup>109</sup>

---

<sup>103</sup> “Practical certainty.”

<sup>104</sup> Hans Vest, “A Structure-Based Concept of Genocidal Intent,” *Journal of International Criminal Justice* 5, no. 4 (2007), 793.

<sup>105</sup> John R. W. D. Jones, “Whose intent is it anyway? - Genocide and the Intent to Destroy a Group,” *Man’s Inhumanity to Man - Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, eds. Lal Chand Vohrah et al. (The Hague: Brill | Nijho669f, 2003), 468, 471, 473, 477, 479–480.

<sup>106</sup> Ambos, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?” 841.

<sup>107</sup> Claus Kress, “The Darfur Report and Genocidal Intent,” *Journal of International Criminal Justice* 3, no. 3 (2005), 572ff

<sup>108</sup> Kress, “The Darfur Report,” 573ff

<sup>109</sup> Kress, “The Darfur Report,” 576-577.

Öğretide, görüşlerini esas olarak yukarıda belirtilen yazarların görüşleri üzerine inşa eden Kai Ambos ise soykırım organizasyonuna katılan kişileri, üst düzey, orta düzey ve alt düzey failer olarak ayırmış ve soykırım suçu için aranan kastın yoğunluğunun failin bulunduğu seviyeye göre değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur.<sup>110</sup> Bu kapsamda, kişisel özellikleri önem taşımayan, birbirlerinin yerine ikame edilmesi mümkün olan ve yapılan soykırım planının uygulayıcıları durumundaki alt düzey failerin (örneğin askeri bir yapı içerisindeki erlerin), bir grubu tek başlarına yok etme kastını taşıması pek olası olmadığı gibi, gerekli de değildir. Bu sebeple, alt düzey failer bir soykırım girişiminin parçası oldukları bilgisi ile grubu yok etme yönündeki kolektif kasta katkı yapma amacıyla hareket ediyorlar ise onlar açısından soykırım suçu için aranan kasıt standardının yerine getirildiği kabul edilebilir ve bu şekildeki alt düzey failer soykırım suçundan dolayı cezalandırılabilir.<sup>111</sup> Yani alt düzey failer açısından, soykırım organizasyonunun beyni konumundaki kişilerin, soykırım kastını taşıdığını “bilmek” yeterlidir. Soykırım planının beyni olan ve bu organizasyonu başlatan üst düzey failer açısından ise amaç temelli yaklaşımın benimsenmesi uygun olacaktır. Bir başka deyişle, bu kişilerin soykırım suçundan dolayı cezalandırılabilmesi için, soykırım suçuna karakteristik özelliğini veren, Soykırım Sözleşmesi ile korunan bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi amacını taşıdıkları ortaya konulmalıdır.<sup>112</sup> Orta düzey failerin, yani suç teşkil eden maddi fiilleri doğrudan gerçekleştiren konumda olmamakla birlikte, soykırım açısından önemli organizasyonel ve idari fonksiyona sahip kişilerin de üst düzey failerle denk

---

<sup>110</sup> Ambos, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?” 845-854.

<sup>111</sup> Ambos, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?” 846-847.

<sup>112</sup> Ambos, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?” 848-849.

olarak düşünülebileceği; bu sebeple onların da cezalandırılabilmesi için ilgili grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi amacını taşımaları gerektiği belirtilmektedir.<sup>113</sup>

Kanımızca, yukarıda belirtilen yazarların görüşleri doğrultusunda, soykırım suçunda kastı iki yönlü olarak değerlendirmek ve farklı seviyelerden soykırım suçunu işleyen kişiler için, kastın içerik ve yoğunluğu açısından farklı standartlar belirlemek mantıklı bir yaklaşım olacaktır. Soykırım suçunun oluşması için aranan özel kastı her düzeyden fail için amaç temelli yaklaşım doğrultusunda ele almak, kast unsurunun dar yorumlanması ve sanki kastın yalnızca iradi unsurdan ibaretmiş gibi değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır.<sup>114</sup> Halbuki kast, yalnızca iradi unsur olan “istemeyi” değil, aynı zamanda “bilme” unsurunu da içerisinde barındırmakta; bu unsurlardan biri diğerine göre üstün bir konumda bulunmamaktadır. Soykırım Sözleşmesi’nde (veya Soykırım Sözleşmesi’ni esas alan diğer yasal düzenlemelerde) kast unsurunun bu şekilde dar yorumlanmasını gerektiren hiçbir husus yoktur.<sup>115</sup> Bu kapsamda, alt düzey failer için kastın her iki unsurunu da kucaklayan bir yorumla, genel soykırım bağlamının bilinmesi ve bu bağlama katkı sağlayan maddi fiillerin iradi olarak gerçekleştirilmesi, bizim görüşümüze göre de uygun olan yaklaşımdır.

---

<sup>113</sup> Ambos, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?” 849. Ambos, orta düzey faile örnek olarak, Holokost’un en büyük organizatörlerinden biri olarak kabul edilen Adolf Eichmann’ı göstermektedir.

<sup>114</sup> Ambos, “What does ‘intent to destroy’ in genocide mean?” 858.

<sup>115</sup> David Stannard, “Three Responses to ‘Can There Be Genocide Without the Intent to Commit Genocide?’” *Journal of Genocide Research* 10, no. 1 (2008), 121.

## SONUÇ

Bu çalışmanın odak noktasını oluşturan soykırım suçunun manevi unsuru (*mens rea*), bu suçun diğer suçlardan ayırt edilmesini sağlayan, daha açık bir ifadeyle onu adam öldürme suçundan veya insanlığa karşı suçlar altında incelenebilecek diğer suçlardan ayıran en önemli unsur olarak kabul edilebilecek ise de aynı zamanda diğer unsurlara göre tespit edilmesi ve anlaşılması çok daha zor olan bir unsurdur.

Soykırım suçunun *mens rea'sı*, uluslararası hukuktaki kanuni tanımında “ulusal, etnik, ırksal ve dinsel bir grubun kısmen veya tamamen yok edilmesi amacı” olarak ortaya konulmuştur. Bu çerçevede soykırım suçu, yalnızca kasten işlenebilen, taksirle işlenmesi mümkün olmayan bir suçtur. Buna ek olarak, kanuni tanımdan da anlaşıldığı üzere, söz konusu kast, belirli (ve kanunen yasaklanan) bir sonucun elde edilmesine (ulusal, etnik, ırksal ve dinsel bir grubun kısmen veya tamamen yok edilmesi) yönelik olduğundan, özel kast niteliğindedir. Kast şartının sağlanması için failin işlediği fiillerin suç teşkil ettiğini bilmesi ve istemesi yeterli iken kanunen özel kastın arandığı hallerde, bilme ve isteme, ilgili yasal düzenlemede belirtilen amacın elde edilmesine yöneliktir. Soykırım suçu açısından “bilme” işlenen fiillerin ulusal, etnik, ırksal veya dini bir grubun kısmen veya tamamen yok edilmesine sebep olabileceğini bilme; “isteme” ise nihai olarak söz konusu grubu kısmen veya tamamen yok etmenin amaçlanması ve bu amaca yönelik olarak hareket edilmesi şeklinde ortaya çıkar.

Öte yandan, özel kastın tespit edilebilmesi ve somut olayda kanıtlanabilmesi, failin suçu meydana getiren fiilleri işlerken taşıdığı amacın, bir başka deyişle yalnızca kendisinin tam ve doğru olarak bilebileceği zihinsel durumunun ortaya konulmasını gerektirir. Bu sebeple özel kastın kanıtlanabilmesi son derece zordur. Bu zorluk nedeniyle bugüne kadar soykırımı

ilişkin yargılama yapan UCMR, UCMY ve UCM gibi mahkemeler, özel varlığını bu kastın dışarıya yansımaları olduğu düşünülen başka bazı somut öğeler ve dolaylı kanıtlar (örneğin yıkıcı ve ayrımcı hareketlerin tekrarlanması, ilgili gruba hitaben kullanılan onur kırıcı söylemler, kullanılan silahların ve sebep olunan fiziksel hasarın ağırlığı gibi) yoluyla ispat etmeye çalışmışlardır.

Yine, yukarıda ifade edildiği gibi manevi unsurun, soykırım suçunun diğer öğelerine göre anlaşılması da daha zordur. Bunun sebebi, “ulusal, etnik, ırksal ve dinsel bir grubun kısmen veya tamamen yok edilmesi amacı” olarak ortaya konulan *mens rea*’nın, somut olayda uygulanabilir olması için yargı makamlarınca yorum yapılması gereğidir. Söz konusu yorum esasen, soykırım suçunun maddi unsurunu teşkil eden fiilleri işleyen failin, bu fiilleri işlerken taşıdıkları kastın gerek içerik gerekse yoğunluk açısından değerlendirilmesine ve suçun oluştuğunun kabulü açısından yeterli olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir. Soykırım yargılaması yapan mahkemeler, uzunca bir süre, bu suçu işleyen her bir failin, düzeyleri ne olursa olsun “ulusal, etnik, ırksal ve dinsel bir grubun kısmen veya tamamen yok edilmesi amacı”ni taşıması gerektiğini kabul eden saf amaç odaklı yaklaşımı benimsemişlerse de son yıllarda öğretilerde amaç odaklı yaklaşıma karşı ileri sürülen görüşlerin artmaya başladığı ve bilgi odaklı yaklaşımın ağırlık kazanmaya başladığı görülmektedir. Bu çerçevede, soykırım suçunun oluşması için aranan kasıt unsuru, bireysel ve kolektif olarak iki ayrı bağlamda değerlendirilmekte olup genel bir anlatımla, suç teşkil eden fiilleri işleyen failin, bu fiillere ilişkin olarak kasıtlı şekilde hareket etmiş olması ve soykırım bağlamına dair bilgi sahibi olması yeterli görülmektedir. Bu kapsamda ilgili grubun yok edilmesi kastı, failin genel olarak bilgi sahibi olduğu soykırım plan ve organizasyonuna özgü bir özellik olarak aranmaktadır. Bilgi odaklı yaklaşıma ağırlık veren görüşlerin bir adım ilerisi olarak, öğretilerde son yıllarda ileri sürülen bir görüş de failerin sahip

olduğu kastın içerik ve yoğunluğunun, soykırım organizasyonuna katıldıkları düzeye göre belirlenmesi gerektiğini savunan görüştür. Bu çerçevede, soykırımın ana planlayıcıları olan ve organizasyonel yükünü taşıyan üst ve orta düzey failerin cezalandırılabilmesi için, ilgili grubun kısmen veya tamamen yok edilmesi kasta sahip olmaları aranırken, soykırım planının uygulayıcısı olan ve suç teşkil eden maddi fiilleri işleyen alt düzey failerin ise fiilleri kasten gerçekleştirmiş olmaları ve genel soykırım bağlamı hakkında bilgi sahibi olmaları ile bu organizasyona katkı sağladıkları düşüncesiyle hareket etmiş olmaları yeterli görülmektedir.

Failleri düzeylerine göre ayrıma tabi tutan bu son görüş ve genel olarak bilgi odaklı yaklaşımlar, “suçların suçu” olarak adlandırılan soykırım suçunu işleyen her düzeyden kişinin hak ettiği cezayı alması açısından son derece olumlu görülmektedir. Yargı makamlarının da *mens rea*'yı yorumlarken amaç odaklı yaklaşımı artık tamamen terk ederek, öğretide ileri sürülen güncel görüşleri benimsemesi, bu korkunç suçun kurbanlarını geri getirmeye yetmeyecek ise de bundan böyle çok daha hakkaniyetli kararlar verilmesini sağlayacaktır. Çok acı tecrübelerin sonucunda ayrı bir Sözleşme ile uluslararası hukukta tanınan soykırım suçu, şüphesiz istisnai durum ve koşullarda, nadiren uygulanmak üzere kabul edilmemiştir. Tam tersi, insanlığın en temel değerlerini, en acımasız biçimlerde çiğneyen bu suç tipi, en etkin şekilde cezalandırılmalı; bu suçu işlemeye cüret eden her fail, en ağır şekilde cezalandırılacağını bilmelidir. Bu kapsamda, soykırım suçunun cezalandırılabilirliğinin en belirleyici unsuru olarak kabul edilebilecek olan *mens rea*'ya ilişkin olarak, suçun varoluş amacıyla çelişen ve bu suçtan dolayı cezalandırılabilirliği kısıtlayan yaklaşımların terk edilmesi hayati önemdedir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.



**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olup olmadığını belirtmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author did not indicate whether he received financial support for this study.

**Conflict of Interest:** The author did not specify whether there was a conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated whether ethics committee approval is required.

---

## KAYNAKÇA

- Akün, Neslihan Verda. "Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku'nda Soykırım (Jenosid) Suçu." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*. 24, no. 1 (2004): 53-70.
- Alonzo-Maizlish, David. "In Whole or in Part: Group Rights, the Intent Element of Genocide, and the 'Quantitative Criterion'." *New York University Law Review*. 77, no. 5 (2002): 1369-1403.
- Ambos, Kai. "What does 'intent to destroy' in genocide mean?." *International Review of the Red Cross*. 91, no. 876 (2009): 833-858.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Ateş Ekşi, Canan. *Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Aydın, Devrim. "The Interpretation of Genocidal Intent under the Genocide Convention and the Jurisprudence of International Courts." *The Journal of Criminal Law*. 78, (2014): 423-441.
- Bayraktar, Köksal, Vesile Sonay Evik ve Gülşah Kurt. *Özel Ceza Hukuku Cilt I – Uluslararası Suçlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Clark, Roger S. "Elements of Crimes in Early Decisions of Pre-Trial Chambers of the International Criminal Court." *New Zealand Yearbook of International Law*. 209, (2008).
- Cryer, Robert, Haçan Friman, Darryl Robinson ve Elizabeth Wilmshurst. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. New York: Cambridge University Press, 2010.

- Çoban, Ebru. "Uluslararası Hukukta Soykırım Suçu ve Suça Zemin Hazırlayan Toplumsal Yapılar: Ruanda Örneği." *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 5. no. 17 (2008): 47-72.
- Değirmenci, Olgun. "Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Kararları Işığında Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu (TCK m. 76)." *TBB Dergisi*. no. 70 (2007): 50-111.
- Dressler, Joshua. *Understanding Criminal Law*. LexisNexis Publishing, 2010.
- Greenawalt, Alexander. "Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation." *Columbia Law Review*. no. 99 (1999): 2259-2994.
- Jones, Adam. *Genocide: A Comprehensive Introduction*. London: Routledge, 2006. Erişim tarihi Eylül 2, 2022. <https://www.mcvts.net/cms/lib07/NJ01911694/Centricity/Domain/155/Textbook.pdf>.
- Jones, John R. W. D. "Whose intent is it anyway? - Genocide and the Intent to Destroy a Group." *Man's Inhumanity to Man - Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, eds. Lal Chand Vohrah et al., 467-480. The Hague: Brill | Nijho677f, 2003.
- Kim, Sangkul. "Rethinking the 'Crime of Mens Rea'." *Torkel Opsahl Academic Epublisher (TOAEP) FICHL Policy Brief Series*. no. 59 (2016): 1-4.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kress, Claus. "The Crime of Genocide under International Law." *International Criminal Law Review*. 6, no. 4 (2006): 461-502.
- Kress, Claus. "The Darfur Report and Genocidal Intent." *Journal of International Criminal Justice*. 3, no. 3 (2005): 562-578.
- Lemkin, Raphael. *Acts Constituting a General (Transnational) Danger Considered as Offences Against the Law of Nations*. Special Report Presented to the 5<sup>th</sup> Conference for the

- Unification of Penal Law in Madrid (14-20 October 1933). Erişim tarihi Eylül 2, 2022. <http://www.preventgenocide.org/lemkin/madrid1933-english.htm>.
- Lemkin, Raphael. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress*. Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace (1944): 79 – 95. Erişim tarihi Eylül 2, 2022 <http://www.preventgenocide.org/lemkin/AxisRule1944-1.htm>.
- Neth, Chantima. "The Issue of Mens Rea in the Crime of Genocide and Why It Needs to be Amended?" *Legal Issues Journal*. 7, no. 1 (2019): 15-28.
- Nişancı, Dilaver. "Uluslararası Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu Düzenlemesinde Soykırım Suçu." *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi (ASEAD)*. 8, no. 2 (2021): 228-249.
- O'Keefe, Roger. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2015.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Schabas, William A. *Genocide In International Law: The Crime of Crimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Sokullu Akıncı, Füsun. "Ceza Hukukunda Kusurluluk." *Ceza Hukuku Günleri-70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 1998.
- Stahn, Carsten. *A Critical Introduction to International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Stannard, David. "Three Responses to 'Can There Be Genocide Without the Intent to Commit Genocide?'" *Journal of Genocide Research*. 10, no. 1 (2008): 111-133.
- Szpak, Agnieszka. "National, Ethnic, Racial, and Religious Groups Protected against Genocide in the Jurisprudence of

- the ad hoc International Criminal Tribunals." *European Journal of International Law*. 23, no. 1 (2012): 155-173.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. *Uluslararası Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Triffterer, Otto. "Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such." *Leiden Journal of International Law (LJIL)*. no. 14 (2001): 399– 408.
- Töner Şen, Semin. *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- United Nations International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. "Momčilo Krajišnik Sentenced to 20 Years by Appeals Chamber." Erişim tarihi Eylül 6, 2022. <https://www.icty.org/en/press/momcilo-krajsnik-sentenced-20-years-appeals-chamber>.
- Vest, Hans. "A Structure-Based Concept of Genocidal Intent." *Journal of International Criminal Justice*. 5, no. 4 (2007): 781–797.

# KORUYUCU AİLE VE ÇOCUK ARASINDA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI

*Establishing Contact between the Foster Family  
and the Child*

**Hayrunnisa ALTIN ŞAHİN\***

## Öz


Koruyucu aile, korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımını üstlenen aile veya kişidir. Koruyucu aile, çocuğun gelişimi için sorumluluk almakta ve çocuk ile yakın bir bağ kurmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 325. maddesinde üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı düzenlenmektedir. Koruyucu aile, bu hükme göre çocukla kişisel ilişki kurulmasını talep edebilir. Koruyucu aile ve çocuk arasında kişisel ilişki kurulabilmesi için olağanüstü hâllerin bulunması ve kişisel ilişkinin çocuğun menfaatine olması gerekir. Koruyucu aile ve çocuk arasında olumlu ve güçlü bir bağ olmasına rağmen koruyucu ailenin çocukla iletişim kuramaması olağanüstü bir

\* Arş. Gör. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, hayrunnisa.altin@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7959-7174.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 23.09.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 16.11.2022.

**Atıf/Citation:** Altın Şahin, Hayrunnisa. "Koruyucu Aile ve Çocuk Arasında Kişisel İlişki Kurulması." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 680-716.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

hâlin varlığını gösterir. Bu durumda, koruyucu aileyle kişisel ilişki kurması çocuğun bedensel, ruhsal ve sosyal yönden gelişimine katkı sağlıyorsa, koruyucu aile ve çocuk arasında kişisel ilişki kurulmalıdır. Kişisel ilişki kurulması kararı verilirken çocuğun görüşleri göz önünde bulundurulmalıdır. Kişisel ilişkinin çocuğun menfaatini tehlikeye düşürdüğü hâllerde, kişisel ilişki sınırlandırılmalı veya sona erdirilmelidir. Koruyucu aile ve çocuk arasındaki kişisel ilişkinin sınırları, Türk Medeni Kanunu'nun 324. maddesine kıyasen belirlenir. Bu çalışmada, koruyucu aile kavramı ve koruyucu ailenin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı incelenmektedir. Bu çerçevede, koruyucu ailenin çocukla kişisel ilişki kurmasının şartları ve kişisel ilişkinin sınırlandırılması ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Koruyucu Aile, Kişisel İlişki Kurma Hakkı, Olağanüstü Hâller, Çocuğun Menfaati, Çocuğun Görüşü.

## **Abstract**

A foster family is a family or person who takes care of a child in need of protection. The foster family takes responsibility for the development of the child and has a close relation with the child. Article 325 of the Turkish Civil Code regulates the right of third parties to contact with the child. According to this provision, the foster family may request contact with the child. Establishing contact between the foster family and the child depends on the existence of extraordinary circumstances and the best interest of the child in having contact. Although there is a positive and close relation between the foster family and the child, foster family's inability to contact with the child indicates the existence of an extraordinary circumstance. In this case, if establishing contact with the foster family contributes to the physical, mental and social development of the child, the foster family should be allowed to have contact with the child. The views of the child should be taken into consideration before the contact between the foster family and the child is allowed. If the

contact with the child has endangered the best interests of the child, it may be restricted or withdrawn. The restrictions of the contact between the foster family and the child are determined by analogy to Article 324 of the Turkish Civil Code. This study examines the concept of foster family and the foster family's right of contact with the child. In this framework, the conditions for the foster family to contact with the child and the restrictions of contact are discussed.

**Keywords:** Foster Family, Right of Contact, Extraordinary Circumstances, Child's Best Interest, View of the Child.

## Giriş

Koruyucu aile, öz ailesi tarafından bakımı sağlanamayan ve mahkemece hakkında korunma kararı alınmış olan çocuğun bakımını ve korunmasını üstlenen aile veya kişidir. Koruyucu aile bakımının amacı, çocuğun ailesinden ayrı kaldığı süreçte, sıcak bir ortamda ve onunla bire bir iletişim kurabilen insanların yanında yetişmesidir. Korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımını üstlenen koruyucu aile ve çocuk arasında sosyal bir aile bağı kurulabilmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 325. maddesi ana baba dışında kalan üçüncü kişilere çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanımaktadır. Başta hısımlar olmak üzere çocukla yakın ilişki kuran üçüncü kişiler bu hüküm kapsamında çocukla kişisel ilişki kurabilmektedir. Doktrinde ve yargı kararlarında koruyucu ailenin de TMK m. 325 uyarınca çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir.



# I. KORUYUCU AİLE KAVRAMI VE KORUYUCU AİLENİN TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ

## A. Koruyucu Aile Kavramı

### 1. Koruyucu Ailenin Tanımı ve Türleri

Koruyucu aile, ana babası tarafından bakımı sağlanamayan ve mahkemece hakkında koruma kararı alınmış olan çocuğun, kısa veya uzun süreli, ücretli veya gönüllü şekilde bakımını üstlenen aile veya kişidir.<sup>1</sup> Doktrinde, “koruyucu aile” kavramındaki “aile” ifadesi yanıltıcı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir; çünkü koruyucu aile olabilmek için evli olmak gerekmemektedir.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2020), 447; İlknur Serdar, “Koruyucu Aile,” iç. *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 2000), 192; Muammer Salim, “Geçmişten Günümüze Türkiye’de Çocuk Koruma Politikaları ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu,” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Isparta, 2011), 91; Ergün Yazıcı, “Türkiye’de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Bakım Yönteminde Yeni Yaklaşımlar,” *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2014): 255; Şeyda Yıldırım, “2000’li Yıllarda Çocuk Koruma Sistemi İçinde Bakım Hizmetlerinin Genel Görünümü,” *Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 15, no. 1 (2017), 100; Ülfet Görgülü, “Koruyucu Aile Uygulamasının İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi,” *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 12, no. 23 (2014): 46; Başak Görgeç, “Türk Medeni Kanunu’nda Velayet Hükümleri ve Özellikle Çocuğun Korunması,” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul, 2011), 123.

<sup>2</sup> Sevgi Usta Sayıta, *Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi* (İstanbul: Filiz, 1996), 21; Gökhan Karayakalı, “Velayet Hakkının Kullanılmasına İlişkin Hukuki Sorunlar ve Özellikle Koruyucu Aile Uygulaması,” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul, 2009), 54. Çocuğun anneannesinin koruyucu aile olduğu bir örnek için bkz. AYM, Bireysel Başvuru No: 2013/2910, 5.11.2015, § 19, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, [www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi](http://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi)). Çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi tedbiri, Türk hukukunda

Koruyucu aile hizmeti, çocuğun korunması gereken süre boyunca görev üstlenebilecek, tercihen Koruyucu Aile Yönetmeliği'nde tanımlanan eğitimi almış kişilerce yerine getirilmektedir. Bu hizmeti sağlayan aileler veya kişiler, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı İl veya İlçe Müdürlükleri tarafından denetlenmektedirler.<sup>3</sup>

Koruyucu aile, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu m. 3/b uyarınca korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımını üstlenmektedir. Bu hükme göre korunmaya ihtiyacı olan çocuk, ana babasının birinden veya her ikisinden mahrum kalmış olan veya kendi yararı için onların yanında bulunması uygun olmayan; beden, ruh, ahlâk gelişimi veya kişisel güvenliği tehlike altında bulunan çocuktur. Çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi için çocuk hakkında korunma kararı alınmış

---

TMK m. 347'de düzenlenmektedir. Bu hükme göre çocuğun bedensel veya zihinsel gelişimi tehlikedeysen veya çocuk manen terk edilmiş ise hâkim çocuğun bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesine karar verebilir. İsviçre Medeni Kanunu'nun TMK m. 347 ile aynı konuyu düzenleyen 310. maddesinde çocuğun uygun şekilde yerleştirilmesinden söz edilmekte, aile veya kurum ifadesine yer verilmemektedir. Bu sebeple, çocuğun aile veya kurum dışında bir kişinin yanına yerleştirilebileceği kabul edilmektedir; bkz. Peter Breitschmid, "Art. 310 ZGB," im Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, Hrsg. Thomas Geiser und Christiana Fountoulakis (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018), Art. 310 ZGB, N 8. Türk hukukunda da yerleştirme tedbirinin çocuğun bakımını üstlenebilecek bir kişinin yanında uygulanmasının mümkün olması gerektiği savunulmaktadır; Evgen Gülçin Elçin, "Türk Medeni Kanunu'nda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler," Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 35, no. 1 (2015): 99. Koruyucu Aile Yönetmeliği m. 4/1/h'de koruyucu ailenin kişi veya aile olabileceği belirtilmektedir. Bu sebeple koruyucu aile tedbiri kapsamında çocuğun bir kişinin yanına yerleştirilmesi mümkündür.

<sup>3</sup> 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu m. 23 ve Koruyucu Aile Yönetmeliği m. 4/h.

olması gerekmektedir. Korunma kararı, bütün koruma tedbirleri bakımından bir ön şarttır.<sup>4</sup>

Koruyucu aile hizmeti, bu hizmetin aile tarafından veya kişi tarafından veriliyor olmasına, ücret karşılığı veya ücretsiz olarak yapılmasına göre farklı türlere ayrılmaktadır. Koruyucu aileler, ücret karşılığında hizmet veren koruyucu aileler, gönüllü olarak hizmet veren koruyucu aileler, tek veya çok sayıda çocuğa bakım sağlayan koruyucu aileler gibi sınıflandırılabilir.<sup>5</sup> Bunun yanında, Koruyucu Aile Yönetmeliği m. 4'te akraba veya yakın çevre koruyucu aile modeli, geçici koruyucu aile modeli, süreli koruyucu aile modeli, uzmanlaşmış koruyucu aile modeli gibi koruyucu aile türlerine yer verilmektedir.

## 2. Koruyucu Aile Uygulamasının Amacı

Koruyucu aile uygulaması, ana babasının bakımından mahrum kalan çocukların uygun bir aile veya kişilerce bakımının üstlenilmesini amaçlamaktadır. Böylece, korunmaya ihtiyacı olan çocukların aile ortamında yetişmesi sağlanmaktadır. Çocuğun gelişimi açısından aile bakımı, kurum bakımına üstün tutulmaktadır. Bunun sebebi, kurum bakımında çocukla bire bir ve duygusal iletişim kurulmasının koruyucu aile bakımına göre daha zor olmasıdır.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Serdar, "Koruyucu Aile," 482; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (İstanbul: Vedat, 2017), IV § 2, N 1.

<sup>5</sup> Hasan Şenocak, "Korunmaya Muhtaç Çocuklara Sağlanan Bakım Yöntemleri," *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, no.51 (2006): 195, 196; Karayakalı, *Koruyucu Aile Uygulaması*, 56, 57.

<sup>6</sup> Serdar, "Koruyucu Aile," 470; Seda Kurtuluş Akbulut, "Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Aracılığıyla Evlat Edinme ve Koruyucu Aile Kurumu," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Ankara: 2011), 109; Emine Akyüz, "Velayet ve Çocuğun Korunması," iç. *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan*, ed. Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, Hasan Seçkin Ozanoğlu ve Süleyman Yılmaz (Ankara: Seçkin, 2009), 142; Emine Akyüz, "Medeni

Mahkemece hakkında korunma kararı alınan çocuk, koruyucu aile sayesinde, aile ortamında, sevgi, ilgi ve hoşgörü ile yetiştirilir.<sup>7</sup> Çocuk, ana babasından mahrum kaldığı süreyi kapsayacak şekilde geçici olarak koruyucu aile yanına yerleştirilir.<sup>8</sup> Çocuğun ana babasına geri dönme ihtimalinin zayıf olduğu durumlarda ise çocuğun bakımı ve korunması için evlat edinme seçeneğinin değerlendirilmesi daha uygundur.<sup>9</sup>

### 3. Çocuk ile Koruyucu Aile Arasındaki İlişkinin Niteliği

Koruyucu ailelik hukuken bir soybağı veya hısımlık ilişkisi sağlamamakla birlikte, çocuk ile çocuğun her türlü ihtiyacında yanında olan koruyucu aile arasında kişisel ve yakın bir bağ kurar. "Aile" kavramının karşılığının TMK ile sınırlı olmadığını vurgulayan Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında, koruyucu aile ile çocuk arasında aile bağlarının kurulabileceğini belirtmektedir. Bu bağın kurulduğu somut olaylarda, bu ilişkiye yönelik hukuka aykırı müdahaleler, Anayasa m. 20'de

---

Kanuna Göre Çocuğun Ana - Babasına Karşı Korunması," *Aile ve Toplum* 2, no. 2 (1991): 42; Şenocak, "Korunmaya Muhtaç Çocuklara Sağlanan Bakım Yöntemleri," 201; Karayakalı, *Koruyucu Aile Uygulaması*, 53; Salim, *Çocuk Koruma Politikaları*, 91; Lâtime Bıyıklı, "Koruyucu Aile Bakımı," *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi* 16, no. 2 (1983), 12. Sinem Yıldırımalp ve Özge Hız, "Türkiye'de Çocuk Refahı Bağlamında Korunmaya Muhtaç Çocuklara Sunulan Bir Hizmet: Koruyucu Aile Hizmeti," *Fırat Üniversitesi Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 2, no. 1 (2018), 106.

<sup>7</sup> Serdar, "Koruyucu Aile," 468; Şenocak, "Korunmaya Muhtaç Çocuklara Sağlanan Bakım Yöntemleri," 192; Karayakalı, *Koruyucu Aile Uygulaması*, 53, 54.

<sup>8</sup> Usta Sayita, *Koruyucu Aile*, 20; Şenocak, "Korunmaya Muhtaç Çocuklara Sağlanan Bakım Yöntemleri," 192; Akyüz, "Çocuğun Ana - Babasına Karşı Korunması," 44.

<sup>9</sup> Şenocak, "Korunmaya Muhtaç Çocuklara Sağlanan Bakım Yöntemleri," 192.

düzenlenen “aile hayatına saygı hakkı” çerçevesinde incelenmektedir.<sup>10</sup> Mahkeme, koruyucu aile ile çocuk arasında “aile hayatı” olarak nitelendirilebilecek bir ilişkinin kurulmuş sayılabilmesi için bazı kriterler getirmektedir. Bu kriterler, çocuğun ana babasıyla devam eden bir kişisel bağının bulunmaması veya bulunmaktaysa da bunun yakın bir ilişki olmaması, çocuğun bu bağın kurulabileceği bir süre boyunca koruyucu ailenin yanına kalması, koruyucu aile ile çocuğun birbirlerini ebeveyn - çocuk olarak benimsemesi, bu ilişkinin devamının çocuğun üstün yararına aykırı olmamasıdır.<sup>11</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bir kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 8’deki “aile hayatı” kavramından yalnızca evlilik temelli ilişkilerin değil; *de facto* diğer ilişkilerin de anlaşılabilceğini ifade etmiştir. Mahkeme, yakın kişisel bağların varlığını aile hayatının belirlenmesinde kriter olarak kabul etmiştir.<sup>12</sup> Bu kararda, iki yaşında koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun üç yılı aşkın süreyle bu aile yanında yaşaması ve bu aile ile ilişkisinin çocuk-ebeveyn ilişkisi şeklinde gelişmesi, AİHS m. 8 çerçevesinde aile hayatının varlığı için yeterli görülmüştür.<sup>13</sup>

Koruyucu aile, çocuğun kanuni temsilcisi değildir. Koruyucu ailenin çocuk adına karar alma veya hukuki işlem yapma yetkisi bulunmamaktadır. Koruyucu aileye yerleştirilen

---

<sup>10</sup> AYM, Bireysel Başvuru No: 2015/7216, 27.03.2019, § 72, 73, 77; AYM, Bireysel Başvuru No: 2015/11579, 18.04.2019, § 67, 98, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, [www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi](http://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi)).

<sup>11</sup> AYM, Bireysel Başvuru No: 2015/7216, 27.03.2019, § 74; AYM, Bireysel Başvuru No: 2015/11579, 18.04.2019, § 69, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, [www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi](http://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi)).

<sup>12</sup> AİHM, Başvuru No: 1598/06, T. 17.04.2012, § 35, (HUDOC, <https://hudoc.echr.coe.int>).

<sup>13</sup> AİHM, Başvuru No: 1598/06, T. 17.04.2012, § 37, (HUDOC, <https://hudoc.echr.coe.int>).

çocuk, ana babasının velayeti altında kalmaya devam edebilir.<sup>14</sup> Koruyucu ailelik, çocuğu evlat edinmekten de farklıdır. Koruyucu aile uygulamasının amacı koruyucu aile olarak belirlenen kişilerin evlat sahibi olma isteklerini yerine getirmek değildir. Koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişki, tedbir amacıyla kurulan geçici bir ilişkidir. Koruyucu aile uygulamasında çocuk ile bir hısımlık ilişkisi kurulmamaktadır.<sup>15</sup> Bu sebeple koruyucu aile yanına yerleştirilmekle çocuğun soyadı, mirasçılığı gibi konularda bir değişiklik olmamaktadır.<sup>16</sup>

## B. Koruyucu Ailenin Türk Hukukunda Düzenlenişi

Koruyucu aileye ilişkin düzenlemeler, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile 633 sayılı Sosyal Hizmetler Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de yer almaktadır. 14.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren<sup>17</sup> Koruyucu Aile Yönetmeliği'nde koruyucu aile uygulamasının işleyişi detaylı olarak düzenlenmektedir.

<sup>14</sup> Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku - Cilt III - Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz, 2022), N 1737; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku - İkinci Cilt - Aile Hukuku* (İstanbul: Beta, 2020), 437; Hayrunnisa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 2022), 90; Usta Sayıta, *Koruyucu Aile*, 90; Serdar, "Koruyucu Aile," 492; Akyüz, "Velayet ve Çocuğun Korunması," 143. Koruyucu aile yanına yerleştirmenin ana babanın velayet hakkını kaldırmayacağı, ancak çocuğu yetiştirme yetkisini sona erdireceği yönünde bkz. Günseli Demirci, "Türk Medeni Hukukunda Çocuğun Korunması," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Konya, 2010), 96.

<sup>15</sup> Serdar, "Koruyucu Aile," 472-474; Usta Sayıta, *Koruyucu Aile*, 36, 37; Şenocak, "Korunmaya Muhtaç Çocuklara Sağlanan Bakım Yöntemleri," 198.

<sup>16</sup> Usta Sayıta, *Koruyucu Aile*, 78; Karayakalı, *Koruyucu Aile Uygulaması*, 78, 79.

<sup>17</sup> RG. 14.12.2012, S. 28497.

TMK m. 347/I'e göre, çocuğun bedensel veya zihinsel gelişimi tehlikedeysen veya çocuk manen terk edilmiş ise hâkim çocuğun bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesine karar verebilir. Çocuğun bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesi için çocuğun gelişimindeki bu tehlikenin sürekli olması gerekir;<sup>18</sup> zira çocuğun ana babasından alınması ve başka bir yere yerleştirilmesi ağır bir tedbirdir. Çocuk ana babasının yanındayken bu tehlikeye karşı TMK m. 346 çerçevesinde uygulanabilecek daha hafif bir tedbir varsa o tercih edilmelidir.<sup>19</sup> Çocuğun yerleştirilmesi tedbirinin çocuğun bedensel ve zihinsel gelişiminin yanında psikolojik, ahlaki ve sosyal gelişiminin tehlikeye düşmesi hâlinde de uygulanacağı kabul edilmelidir.<sup>20</sup> TMK m. 347/I'de yer alan "manen terk edilmiş olma" ana babanın çocuğun gelişiminin tehlikede bulunması hâline kayıtsız kalmasını veya bu tehlikeyle mücadele etmemesini ifade

---

<sup>18</sup> Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan, 2015), 1147; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N 1734; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2022), 464; Esra Günay İnan, *Aile Hukukunda Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri* (Ankara: Adalet, 2018), 142. Aksi yönde bkz. Akyüz, "Çocuğun Ana - Babasına Karşı Korunması," 39.

<sup>19</sup> Öztan, *Aile Hukuku*, 1147; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N 1734; Akyüz, "Çocuğun Ana - Babasına Karşı Korunması," 38; Yıldız Abik, "Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı," iç. *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan*, ed. Ersin Çamoğlu, İlhan Helvacı, Veysel Başpınar, Halil Akkanat ve Zekeriya Kürşat (İstanbul: Filiz, 2011), 60; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 463; Özdemir ve Ruhi, *Çocuk Hukuku*, 89, 90. Bu hükmün ancak ölçülü olduğu takdirde hukuka uygun olacağı yönünde bkz. Hülya İmamoğlu, "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, no. 2 (2005): 200.

<sup>20</sup> Öztan, *Aile Hukuku*, 1148, 1149; İmamoğlu, "Çocuğun Kişiliğinin Korunması," 198. Çocuğun dilencilığe, hırsızlığa zorlanması gibi ahlaki gelişiminin tehlikeye düşmesi konusundaki örnekler için bkz. Akyüz, "Çocuğun Ana - Babasına Karşı Korunması," 39.

eder.<sup>21</sup> TMK m. 347/I'in uygulanma alanına çocuğun eğitim almasının engellenmesi, hastayken tedavisinden kaçınılması, istismar edilmesi veya suça yönlendirilmesi örnek verilebilir. Çocuğun yerleştirilmesi tedbiri, TMK m. 347/II'nin koşullarının gerçekleşmesi hâlinde de uygulanır. TMK m. 347/II'de ana baba ve çocuk arasındaki ilişkinin bir arada yaşamayı mümkün kılamayacak ölçüde bozulmuş olması hâlinde, çocuğun bir aile yanına veya kuruma yerleştirilebileceği düzenlenmektedir.

Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 3'e göre, TMK m. 347 uyarınca çocuğun bir aile yanına veya kuruma yerleştirilebilmesi için 2828 sayılı Hizmetler Kanunu m. 22'ye göre çocuk hakkında koruma kararı alınır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 5/c'de koruyucu aile yanına yerleştirme bir bakım tedbiri olarak öngörülmüştür. Bu hükme göre, çocuğun bakımından sorumlu kişiler, bir sebeple bu görevlerini yerine getiremiyorsa; çocuk, bakım yurdu ve koruyucu aile hizmetinden faydalanabilir.

---

<sup>21</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N 1734; Abik, "Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı," 63; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 464. Hatalı davranışları alışkanlık hâline getiren ve bu davranışları kendi çabası ile düzeltemeyecek çocukların manen terk edilmiş sayılacağı yönünde bkz. Akyüz, "Çocuğun Ana - Babasına Karşı Korunması," 400. Manen terk edilme kavramı ile çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmesinin ayrılmasının zor olduğu, manen terk edilmiş bir çocuğun bedensel ve zihinsel gelişiminin de tehlikede olduğu yönünde bkz. Öztan, *Aile Hukuku*, 1150. Manen terk edilmenin bedensel ve zihinsel olarak tehlike altında bulunan çocuğun kişilik gelişiminin olumsuz etkilenmesi olarak tanımlanabileceği yönünde bkz. Günay İnan, *Geçici Hukukî Himaye*, 143.



## II. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ DÜZENLENDİĞİ TMK M. 325 ÇERÇEVESİNDE KORUYUCU AİLENİN DURUMU

### A. Genel Olarak

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, başta çocuğu ziyaret hakkı olmak üzere her türlü iletişim aracıyla çocukla iletişim kurmayı ve onun hakkında bilgi edinmeyi ifade eden haktır. Kişisel ilişki kurma hakkı, özel hukukta kişiliğin bir parçası olarak görülmektedir.<sup>22</sup> Çocukla kişisel ilişki kurulması, TMK m. 323 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Ana ve babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkına TMK m. 323'te yer verilmektedir. Ana ve baba açısından yüküm hak olarak kabul edilen<sup>23</sup> bu hak, çocuk tarafından da kullanılabilen karşılıklı

---

<sup>22</sup> Cyril Hegnauer, "Kommentar zu Art. 270- 275 (mit Supplement)," im *BK - Berner Kommentar Band/Nr. II/2/2/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft* (Bern: Stämpfli & Cie, 1997), Art. 273 ZGB, N 12; Andrea Büchler, "Art. 273-275a ZGB," im *Kommentar zum Familienrecht, Scheidung, Band I: ZGB*, Hrsg. Ingeborg Schwenzer und Roland Fankhauser (Bern: Stämpfli, 2022), Art. 273 ZGB, N 7; Ingeborg Schwenzer und Michelle Cottier, "Art. 273 - Art. 275a ZGB," im *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456*, Hrsg. Thomas Geiser und Christiana Fountoulakis (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018), Art. 273 ZGB, N 3; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid und Alexandra Rumo - Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (Zürich: Schulthess, 2009), § 41, N 17; Öztan, *Aile Hukuku*, 1027; Akıntürk ve Ateş, *Aile Hukuku*, 396.

<sup>23</sup> Hegnauer, "Art. 273 ZGB," N 57; Büchler, "Art. 273 ZGB," N 8; Tuor, Schnyder, Schmid und Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, § 41 N 15; Öztan, *Aile Hukuku*, 1025; Fulya Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 16, no. 3-4 (2010): 219; İlknur Serdar, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. Özel Sayı (2007): 739-781; Sera Reyhani Yüksel, "Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no. 2 (2019): 1542; Canan Yılmaz, "Yargıtay

haktır.<sup>24</sup> TMK m. 325'te üçüncü kişilere çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanınmaktadır.<sup>25</sup> Üçüncü kişiler, ana babanın hayatta olup olmamasından veya ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkını kullanıp kullanmamasından bağımsız olarak çocukla kişisel ilişki kurabilir.<sup>26</sup>

Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 35, no. 1 (2015): 106; Zeynep Dönmez, "Aile İçi Cinsel İstismar Mağduru Çocuklarla Kişisel İlişki Kurma Hakkının Sınırlandırılması," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi - Prof. Dr. M. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı*, no. 2 (2022): 967; Remzi Demir, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocukla Kişisel İlişki Kurulması." *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 42 (2020): 174; Ahmet Türkmen, "Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26, no. 2 (2020): 1129, 1130.

<sup>24</sup> Claudia M. Mordasini-Rohner, "Art. 273 - Art. 275a ZGB," im *OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (Zürich: Orell Füssli, 2021), Art. 273 ZGB, N 11; Büchler, "Art. 273 ZGB," N 8; Tuor, Schnyder, Schmid und Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, § 41 N 15; Hülya İmamoğlu, "Ana Baba ve Çocuk Arasında Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun İradesinin Dikkate Alınması," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, no. 3 (2021): 844 dn. 3; Dönmez, "Kişisel İlişki Kurma Hakkının Sınırlandırılması," 966; Demir, "Çocukla Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 174; İlay Zeynep Suata, *Çocuk Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2021), 100. Bu yönde bkz. Yar. 2. HD, E. 2012/2698, K. 2012/22458, 25.9.2012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>).

<sup>25</sup> Türk hukukunda, çocuğun üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurma hakkı, başta 1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile sadece büyükanne ve büyükbaba için kabul edilmekte idi. Çocuğun büyükanne ve büyükbabasıyla kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı için bkz. Yar. İBK, E. 1959/12, K. 1959/29, 18.11.1959 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>). Büyükanne ve büyükbaba dışındaki üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurması, TMK m. 325 ile Türk hukukunda düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda, üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurması, 1976 yılında yapılan bir değişiklikle İMK m. 274/a hükmünde kabul edilmiştir.

<sup>26</sup> Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 222; Serdar, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı," 756; Yüksel, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 1548; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 426. Bkz. ve karşı Akıntürk ve Ateş, *Aile Hukuku*, 398. Bazı

TMK m. 325'te üçüncü kişilerin özellikle hısımlar olduğu belirtilmiş ancak bu hükmün kapsamı hısımlarla sınırlı tutulmamıştır. Başka bir ifadeyle, çocuğun büyükannesi ve büyükbabası, ayrı yaşadığı kardeşleri, anne ve babasının kardeşleri gibi kan ve kayın hısımlarının haricinde kalan üçüncü kişilerin de çocukla kişisel ilişki kurmayı talep etmesi mümkündür.<sup>27</sup> Doktrinde, hısımlar haricinde özellikle çocukla sosyal ana baba ilişkisine sahip üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurabileceği kabul edilmektedir.<sup>28</sup> Çocuk ve üçüncü kişi arasında özel bir ilişki bulunması olarak da ifade edilen bu şart, üçüncü kişinin çocuğu tanıması, çocuğun gelişimi için sorumluluk alması ve çocuğun bu ilişkiyi onaylaması olarak

---

durumlarda ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkını kullanması TMK m. 325'te aranan olağanüstü hâlin varlığı şartını ortadan kaldıracığı için üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurmasına engel olabilir. Mesela ana veya babadan birinin çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olması durumunda, bu hakka sahip ana veya babanın ebeveyni olan büyükanne ve büyükbaba çocukla iletişim kurabiliyorsa, ayrıca kişisel ilişki kurulması talebinde bulunamamalıdır; bkz. Hegnauer, "Art. 274a ZGB," N 21; Mordasini-Rohner, "Art. 274a ZGB," N 3. Ayrıca bkz. Yar. 2. HD, E. 2018/2039, K. 2018/4860, 11.4.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>).

<sup>27</sup> Hegnauer, "Art. 274a ZGB," N 11 ff.; Peter Breitschmid, "Art. 273 - 275a ZGB," im *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz* (Zürich: Schulthess, 2016), Art. 274a ZGB, N 1; Mordasini-Rohner, "Art. 274a ZGB," N 3; Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 241, 242; Serdar, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı," 755; Yüksel, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 1546; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 425; Yılmaz, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 133; Demir, "Çocukla Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 177; Türkmen, "Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı," 1148.

<sup>28</sup> Schwenzler und Cottier, "Art. 274a ZGB," N 3; Breitschmid, "Art. 274a ZGB," N 2; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N 1669; Serdar, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı," 755; Yılmaz, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 134; Suata, *Çocuk Hukuku*, 105.

açıklanmaktadır.<sup>29</sup> Bu çerçevede, koruyucu aile,<sup>30</sup> çocuğun velisi ile evliliği sona eren üvey ana ve babası,<sup>31</sup> çocuğun soybağına sahip olmayan biyolojik babası,<sup>32</sup> çocuğa uzun yıllar bakan kişiler,<sup>33</sup> çocuğun sütannesi,<sup>34</sup> vafitiz babası,<sup>35</sup> evlat edinilen çocuğun biyolojik ana ve babası<sup>36</sup> üçüncü kişiye örnek verilebilir.

- 
- <sup>29</sup> Hegnauer, "Art. 274a ZGB," N 9; Mordasini-Rohner, "Art. 273 ZGB," N 1.
- <sup>30</sup> Hegnauer, "Art. 274a ZGB," N 14; Schwenger und Cottier, "Art. 274a ZGB," N 3; Breitschmid, "Art. 274a ZGB," N 1; Mordasini-Rohner, "Art. 274a ZGB," N 3; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 220; Serdar, "Koruyucu Aile," 501, 502; Kurtuluş Akbulut, *Koruyucu Aile Kurumu*, 135, 136; Yüksel, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 1546; Serdar, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı," 754, 755; Yılmaz, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 133.
- <sup>31</sup> Mordasini-Rohner, "Art. 274a ZGB," N 3; Schwenger und Cottier, "Art. 274a ZGB," N 3; Hegnauer, "Art. 274a ZGB," N 14; Breitschmid, "Art. 274a ZGB," N 1; Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 242; Serdar, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı," 755; İmamoğlu, "Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun İradesi," 846; Öztan, *Aile Hukuku*, 1032, 1033; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 425; Yılmaz, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 133; Suata, *Çocuk Hukuku*, 105; Meltem Ertuğrul, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı ve Pandemi Döneminde Hakkın Kullanılmasına Yönelik Problemler," *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (2022): 102.
- <sup>32</sup> Mordasini-Rohner, "Art. 274a ZGB," N 3; Schwenger und Cottier, "Art. 274a ZGB," 4; Serozan, *Çocuk Hukuku*, III § 5, N 90; Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 242, 243; Serdar, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı," 755; Yılmaz, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 133; Ertuğrul, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı," 101, 102. Çocuk ve soybağı olmayan biyolojik babası arasında kişisel ilişki kurulması konusunda ihtiyatlı davranılması gerektiği yönünde bkz. Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N 1670 dn. 334.
- <sup>33</sup> Öztan, *Aile Hukuku*, 1032, 1033.
- <sup>34</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N 1670 dn. 334; Akıntürk ve Ateş, *Aile Hukuku*, 398; Yüksel, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 1546; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 425; Demir, "Çocukla Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 177, 178; Ertuğrul, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı," 102.
- <sup>35</sup> Hegnauer, "Art. 274a ZGB," N 14; Breitschmid, "Art. 274a ZGB," N.1; Mordasini-Rohner, "Art. 274a ZGB," N 3.
- <sup>36</sup> Mordasini-Rohner, "Art. 274a ZGB," N 3; Schwenger und Cottier, "Art. 274a ZGB," N 3; Tuor, Schnyder, Schmid und Rumo-Jungo, *Das Schweizerische*

Koruyucu aile, korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımını üstlenen, çocuğun gelişimi için sorumluluk alan ve çocukla yakın bir bağ kuran aile veya kişidir. Koruyucu aile ve çocuk arasında kurulan bu özel bağ, koruyucu ailenin TMK m. 325 uyarınca çocukla kişisel ilişki kurma hakkının varlığını göstermektedir. TMK m. 326 uyarınca çocuk ile kişisel ilişki kurulabilmesi için velayet hakkına sahip olan veya çocuğun kendisine bırakıldığı kişinin rızası gerekir. Bu rızanın olmaması hâlinde kişisel ilişki mahkeme kararıyla kurulur. Çocukla kişisel ilişki kurulması kararından sonra yükümlülük altındaki tarafın kişisel ilişkinin kurulmasını zorlaştıracak davranışlardan kaçınması gerekir.<sup>37</sup>

Koruyucu ailenin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda da gündeme gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, TMK m. 325 kapsamında, çocuğun menfaatine uygun düşüyorsa, kişisel ilişki kurma hakkının koruyucu aileyi de kapsayacak şekilde üçüncü kişilere tanınmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Ancak bu başvurularda, başvuruçular, çocukla kişisel ilişki kurma talebiyle yargı mercilerine başvurularını gösterir bir belge sunmadıklarından Anayasa Mahkemesi somut olay bakımından

---

*Zivilgesetzbuch* § 41, N 17; Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 243; Öztan, *Aile Hukuku*, 1032, 1033. Bu yönde bkz. Yar. HGK, E. 2014/2-533, K. 2016/331, 16.3.2016; Yar. 2. HD, E. 2012/2698, K. 2012/22458, 25.9.2012, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>). Ayrıca bkz. Yar. 2. HD, E. 2016/14329, K. 2016/13900, 20.10.2016, (Yargıtay Bilgi Bankası, [karararama.yargitay.gov.tr](http://karararama.yargitay.gov.tr)). Evlat edinilen çocuğun öz ana babasıyla kişisel ilişkisi düzenlenirken duyarlı davranılması gerektiği yönünde bkz. Serozan, *Çocuk Hukuku*, III § 5, N 90.

<sup>37</sup> Öztan, *Aile Hukuku*, 1033.

değerlendirmede bulunmamıştır.<sup>38</sup> AİHM'e yapılan bir başvuruda ise bir koruyucu aile, biyolojik annesinin yanına döndürülen çocukla kişisel ilişki kurma hakkının sınırlandığını ileri sürmüştür. Bu kararında AİHM, koruyucu ailenin çocukla kişisel ilişki kurma hakkının varlığını kabul etmiştir. Bu hususta koruyucu ailenin yapmış olduğu talebin yerel mahkemelerce özenli ve hızlı olarak incelenmemesini AİHS m. 8 anlamında aile hayatına saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.<sup>39</sup>

## **B. Koruyucu Ailenin Çocukla Kişisel İlişki Kurmasının Şartları**

Koruyucu aile çocukla kişisel ilişki kurma talebinde bulunursa hâkim, TMK m. 325'teki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini inceler. TMK m. 325 uyarınca üçüncü kişinin çocukla kişisel ilişki kurabilmesi için olağanüstü bir hâlin mevcut olması ve çocuğun kişisel ilişki kurulmasında menfaatinin bulunması gerekir. TMK m. 325'te belirtilen olağanüstü hâl ve çocuğun menfaati şartları, üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma hakkının ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkına göre daha sınırlı şekilde kabul edildiğini göstermektedir.

TMK m. 325'e göre koruyucu ailenin çocukla kişisel ilişki kurabilmesi için koruyucu aileyle çocuk arasındaki bağ gereği kişisel ilişkilerinin devam ettirilmesinin gerekmesi ve bu ilişkinin çocuğun yararına olması gerekir. Koruyucu aile ve çocuk arasında kişisel ilişkinin kurulması koruyucu aile

---

<sup>38</sup> AYM, Bireysel Başvuru No: 2015/7216, 27.03.2019, § 95; AYM, Bireysel Başvuru No: 2015/11579, 18.04.2019, § 90, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, [www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi](http://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi)).

<sup>39</sup> AİHM, Başvuru No: 1598/06, T. 17.04.2012, (HUDOC).

tarafından talep edilebileceği gibi çocuk tarafından da talep edilebilir.<sup>40</sup>

## 1. Olağanüstü Bir Hâlin Mevcut Olması

TMK m. 325'te düzenlenen "olağanüstü hâllerin mevcut olması" şartı, üçüncü kişiyle çocuk arasındaki ilişkinin korunmasının gerekliliğini ifade eder. Üçüncü kişi ve çocuk arasındaki bağ gereği kişisel ilişkilerinin devam ettirilmesi gerekiyorsa bu şartın sağlandığı kabul edilmelidir.<sup>41</sup> Olağanüstü hâl, özellikle durumlarındaki bir değişiklik sebebiyle üçüncü kişilerin çocukla iletişim kuramamaları sonucunda ortaya çıkar.<sup>42</sup> Olağanüstü hâlin mevcut olup olmadığını somut olaya göre hâkim takdir eder.<sup>43</sup>

Doktrinde olağanüstü hâlin varlığı farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bir görüşe göre olağanüstü hâlin mevcut olması ile kast edilen, kişisel ilişki kurulmaması hâlinde üçüncü kişilerin çocukla görüşüp özlem giderme ve çocuğu sevme imkânlarının hiç kalmamasıdır.<sup>44</sup> Bir diğer görüş olağanüstü hâlin mevcut olmasını iki başlık altında ele almaktadır. Bunlardan ilki, ana ve baba arasındaki evliliğin ölüm veya boşanma ile sona ermesi sebebiyle çocuğun yakınları veya

<sup>40</sup> Çocuğun üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurma talebinde bulunmasının mümkün olduğu yönünde bkz. Türkmen, "Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı," 1147, 1148. Üçüncü kişilerle kişisel ilişkinin üçüncü kişilerin yanında çocuğun da hakkı olduğu yönünde bkz. Serozan, *Çocuk Hukuku*, III § 5, N 90.

<sup>41</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N 1669; İmamoğlu, "Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun İradesi," 846; Özdemir ve Ruhi, *Çocuk Hukuku*, 255.

<sup>42</sup> Hegnauer, "Art. 274a ZGB," N 19.

<sup>43</sup> Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 243; Yüksel, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 1547

<sup>44</sup> Akıntürk ve Ateş, *Aile Hukuku*, 398; Serdar, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı," 755.

çocuğu yetiştiren kişilerin çocukla kişisel ilişkilerini sürdürememesidir. İkincisi, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı bulunan tarafın şahsi bir sebeple bundan mahrum kalmasına bağlı olarak üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kuramamasıdır.<sup>45</sup> Bir başka görüş ise olağanüstü hâlin varlığını çocuğun üçüncü kişilerle kişisel ilişkisini devam ettirmeye ihtiyaç duyması, bu ilişkinin kurulmaması hâlinde çocuğun manevi ve ahlaki gelişiminin tehlikeye girmesi olarak açıklamaktadır.<sup>46</sup>

Koruyucu ailenin görevini layıkıyla yerine getirmesine ve çocukla koruyucu aile arasında olumlu ve güçlü bir bağ olmasına rağmen koruyucu ailelik sona ermiş olabilir. Bu duruma çocuğun bir kişi tarafından evlat edinilmesi,<sup>47</sup> çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilme sebebinin ortadan kalkması veya koruyucu ailenin hayatında yaşanan değişiklikler sebebiyle koruyucu aileliği bırakması sonucunda koruyucu aileliğin sona ermesi örnek gösterilebilir. Çocuğun menfaatine uygun düşünürse, koruyucu aileliğin sona ermesinden sonra da çocuk ile koruyucu aile arasında kişisel ilişkinin kurulması gerekir. Çocuğun yakın bir bağ kurduğu koruyucu ailenin yanından ayrılmak zorunda kalması ve koruyucu aileyle görüşmesinin

---

<sup>45</sup> Hegnauer, "Art. 274a ZGB," N 19; Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 243, 244. Ana veya babadan birinin ölümü üzerine büyükanne veya büyükbabanın çocukla iletişim kuramaması ilk duruma örnek verilebilir. Velayeti elinde bulundurmayan ancak kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan ana veya babanın hastalık, vakit bulamama gibi bir sebeple kişisel ilişki kurmaması üzerine büyükanne veya büyükbabanın da kişisel ilişkiden mahrum kalması ikinci duruma örnek verilebilir. Örnekler için bkz. Hegnauer, "Art. 274a ZGB," N 19; Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 243, 244.

<sup>46</sup> Yüksel, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 1547.

<sup>47</sup> Hegnauer, "Art. 274a ZGB," N 19.



engellenmesi hâlinde olağanüstü bir hâlin varlığından söz edilebilir.

## 2. Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun Menfaatinin Olması

### a. Genel Olarak

TMK m. 325/I'e göre üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurabilmeleri için bu ilişkinin çocuğun menfaatine uygun olması gerekir. Çocuğun menfaati, üçüncü kişilerle kişisel ilişkinin kurulup kurulmaması kararının yanında bu ilişkinin sınırlarının belirlenmesinde de dikkate alınmalıdır.<sup>48</sup> Ana babanın kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin TMK m. 323'te bu ilişkinin kural olarak çocuğun menfaatine olduğu kabul edilmektedir. Ancak üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurmasında çocuğun menfaatinin ayrıca ispatlanması gerekir.<sup>49</sup> Bu sebeple, TMK m. 325 hükmünün uygulanmasında çocuğun menfaatinin TMK m. 323 hükmüne kıyasla daha önemli olduğunu söylemek mümkündür.<sup>50</sup> Çocuğun menfaati kavramının içeriğini çocuğun bedensel, ruhsal, sosyal, ekonomik ve hukuki yönden gelişimi oluşturur.<sup>51</sup> Kişisel ilişki kurulması kararı verilirken çocuğun

---

<sup>48</sup> Hegnauer, "Art. 274 ZGB," N 21, 22; Schwenzler und Cottier, "Art. 274 ZGB," N 16; Öztan, *Aile Hukuku*, 1032; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 2021), N 829; Serdar, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı," 756.

<sup>49</sup> Hegnauer, "Art. 274 ZGB," N 20.

<sup>50</sup> Schwenzler und Cottier, "Art. 274a ZGB," N 2.

<sup>51</sup> İmamoğlu, "Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun İradesi," 850; Serdar, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı," 745. Yargıtay, kişisel ilişki kurulmasına ilişkin verdiği kararlarda çocuğun menfaatini gözetmektedir; bkz. Yar. 2. HD, E. 2006/9388, K. 2006/18010, 20.12.2006, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>). Yargıtay, bazı kararlarında, kişisel ilişki düzenlenirken çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının gözetilmesi gerektiğini ifade etmiştir; bkz.

menfaatinin üçüncü kişilerin menfaatinden üstün tutulması gerekir.<sup>52</sup>

Çocuğun kişisel ilişki kurulmasında menfaatinin olup olmadığının tespitinde çocuğun bu kişisel ilişkiye karşı tutumu, kişisel ilişkinin çocuğa sağlayacağı koşullar ve özellikle çocuğun ihtiyaçlarının karşılanmasına katkısı, kişisel ilişki kurma talebinde bulunanların çocuğa ve çocuğun mevcut ilişkilerine olan yaklaşımları ve bu ilişkiler üzerindeki etkileri gibi pek çok husus incelenmelidir.<sup>53</sup> Üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurmasına izin verilirken sadece çocuğun değil, çocuğun ebeveyninin veya ona bakmakla yükümlü olan diğer kişilerin menfaati de göz önünde bulundurulmalıdır. Üçüncü kişinin çocukla kişisel ilişki hakkı, çocuğun mevcut ilişkilerine zarar

---

Yar. 2. HD, E. 2016/11823, K. 2016/11701, 14.6.2016; Yar. 2. HD, E. 2016/10491, K. 2016/11696, 14.6.2016; Yar. 2. HD, E. 2005/12054, K. 2005/14804, 25.10.2005, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>). Yargıtay, kişisel ilişkinin kaldırılmasına yönelik bir kararda, çocuğun üstün yararı belirlenirken çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin amaçlanması gerektiğini belirtmiştir; bkz. Yar. 2. HD, E. 2021/3937, K. 2021/4976, 16.06.2021, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>). Bir kararında annesini kaybeden çocukların yas sürecinde büyükanne ve büyükbaba ile kişisel ilişki kurulmasının çocukların ruhsal durumunu destekleyeceğini belirten Yargıtay, kişisel ilişkinin bu sebeple çocuğun menfaatine olduğuna karar vermiştir; bkz. Yar. 2. HD, E. 2020/3888, K. 2020/4296, 29.9.2020, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>).

<sup>52</sup> Breitschmid, "Art. 274a ZGB," N 2; Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 244; Yüksel, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 1549. Çocuğun üstün yararının ana babanın yararından ve isteklerinden önce geldiği yönünde bkz. Yar. 2. HD, E. 2020/1388, K. 2020/2448, 1.6.2020, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>).

<sup>53</sup> Hegnauer, "Art. 274a ZGB," N 16; Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 244, 245; Yüksel, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 1550.

verecek ölçüde sınırsız değildir.<sup>54</sup> Kişisel ilişki kurulması talebi incelenirken çocuğun üçüncü kişiyle önceki ilişkisi de dikkate alınmalıdır.<sup>55</sup>

Çocuğun menfaatinin bulunup bulunmadığına sadece çocuğun mevcut ve subjektif duygu ve düşüncelerine göre karar verilmemelidir. Çocuğun menfaati, çocuğun objektif olarak ilerleyen süreçteki gelişimi de göz önüne alınarak değerlendirilmelidir.<sup>56</sup> Hâkim, üçüncü kişinin çocukla kişisel ilişki kurmasının çocuğun menfaatine olup olmadığı konusunda uzman görüşüne başvurabilir.<sup>57</sup>

Çocuk ile koruyucu aile arasında kişisel ilişki kurulurken koruyucu ailenin çocuğa ve çocuğun mevcut ilişkilerine yaklaşımı özellikle önemlidir. Çocuğun koruyucu aile ile kişisel ilişki kurmasının çocuğun sosyal durumuna ve mevcut ilişkilerine zarar verip vermeyeceği,<sup>58</sup> çocuğun fiziksel, zihinsel ve ruhsal gelişimini ne şekilde etkileyeceği incelenmelidir. Kişisel ilişki kurulması kararının verilmesinde çocuğun koruyucu ailenin yanında geçirdiği süre, koruyucu ailenin bu

---

<sup>54</sup> Breitschmid, "Art. 274a ZGB," N 3; Serozan, *Çocuk Hukuku*, III § 5, N 90.

<sup>55</sup> Yüksel, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 1549, 1550.

<sup>56</sup> Mordasini-Rohner, "Art. 273 ZGB," N 7.

<sup>57</sup> Yargıtay, bir kararında, uzman görüşü alınarak karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir; bkz. Yar. 2. HD, E. 2013/25241, K. 2014/6786, 25.3.2014, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>). Yargıtay, bir kararında, evlat edinilen bir çocuğun öz annesiyle kişisel ilişki kurup kurmaması konusunu incelerken, annesiyle ilişki kuramamanın çocuğu olumsuz yönde etkileyeceği ve kişisel ilişki kurulmasının çocuğun gelişimine katkı sağlayacağı yönündeki uzman raporunu dikkate almıştır; bkz. Yar. 2. HD, E. 2012/2698, K. 2012/22458, 25.9.2012, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>). Yargıtay, bir başka kararında, çocuğun sağlık ve eğitim durumunun yanında psikolog ve pedagoğ tarafından hazırlanan sosyal inceleme raporunu kişisel ilişkinin içeriğini belirlerken dikkate almıştır; bkz. Yar. 2. HD, E. 2021/3036, K. 2021/4379, 2.6.2021, (Yargıtay Bilgi Bankası, [karararama.yargitay.gov.tr](http://karararama.yargitay.gov.tr))

<sup>58</sup> Hegnauer, "Art. 274a ZGB," N 16.

süreçte çocukla olan ilişkisi, koruyucu aileliğin sona erme sebebi gibi pek çok husus etkili olabilir. Mesela, çocuğun koruyucu ailenin yanında uzun süre kaldığı ve koruyucu aileyle olumlu güçlü bir bağ kurduğu durumlarda çocuğun koruyucu aileyle kişisel ilişki kurmaya devam etmesi çocuğun menfaatine olabilir. Buna karşılık, koruyucu aile ilişkisinin koruyucu ailenin çocuğa zarar verici davranışlarda bulunması gibi bir sebeple sona erdiği veya koruyucu ailenin içinde bulunduğu koşulların çocukla kişisel ilişki kurulmasına uygun olmadığı durumlarda çocuk ve koruyucu aile arasında kişisel ilişki kurulması çocuğun menfaatine uygun değildir.

Koruyucu aile ile ilişkisi sona eren çocuk, her zaman öz ailesinin yanına dönmez. Koruyucu Aile Yönetmeliği m. 21'e göre, çocuğun ailesinin yanına dönmesi mümkün değilse, çocuğun akrabaları veya yakın çevresi koruyucu aile sıfatıyla çocuğu yanına alabilir. Bu kişiler, koruyucu ailelik için uygun değilse, çocuk bir başka koruyucu aile yanına yerleştirilir. Koruyucu aile uygulamasından yararlandırılmayan çocuklar içinse uygun olan başka bir koruma hizmeti tercih edilir. Koruyucu Aile Yönetmeliği m. 21'e göre koruyucu ailenin yanından ayrılan çocuk, bir uyum sürecine girecektir. Bu aşamada, çocukla kişisel ilişki kuran koruyucu ailenin çocuğa destek olması çocuğun menfaatinde. Ancak kişisel ilişki, çocuğu bu süreçte olumsuz etkileyecekse, mesela koruyucu aile uyum sürecine zarar verecek davranışlarda bulunuyorsa ve çocuğu olumsuz yönden etki altında bırakıyorsa, çocuğun menfaatine uygun değildir.

### **b. Kişisel İlişki Kurulması Konusunda Çocuğun Görüşünün Alınması**

Çocukla kişisel ilişki kurulup kurulamayacağı belirlenirken çocuğun bu konudaki iradesinin belirlenmesi amacıyla

görüşünün de alınması gerekir.<sup>59</sup> Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin TMK m. 323 vd. hükümlerinde bu konuda çocuğun görüşlerinin alınmasına ilişkin bir düzenlemeye verilmemektedir. Çocuğun dinlenilme hakkı, Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenmektedir. Bu hükümde, iç hukuka göre yeterli ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça bilgilendirilme, danışılma ve görüşlerini ifade etme hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Bu hükmün yanında, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 12 ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 3 hükümlerinde de çocuğa kendisini ilgilendiren konularda görüş bildirme hakkı tanınmaktadır.

Çocuğun görüşlerinin alınıp alınmaması konusunda yaş sınırı tayin edilmemelidir. Çocuğun özerk ve kararlı bir irade oluşturma ve görüşlerini açıklama olgunluğuna erişmiş olması, dinlenilmesi için yeterlidir.<sup>60</sup> İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında, çocuğun altı yaşından itibaren dinleneceğini ifade

---

<sup>59</sup> Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N 1658; İmamoğlu, "Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun İradesi," 850; Öztan, *Aile Hukuku*, 1029.

<sup>60</sup> İmamoğlu, "Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun İradesi," 852, 853; Öztan, *Aile Hukuku*, 1037; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 60, 61; Dönmez, "Kişisel İlişki Kurma Hakkının Sınırlandırılması," 958, 959; Demir, "Çocukla Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 183; Yılmaz, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 115, 116; Gülçin Elçin Grassinger, "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar," iç. *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt. I*, ed. Baki İlkey Engin (İstanbul: On İki Levha, 2010), 835. Karar verebilme yeteneği olan çocuğun görüşünün alınması yönünde bkz. Hegnauer, "Art. 273 ZGB," N 77. İdrak yaşındaki çocuğun tercihlerinin dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Yar. 2. HD, E. 2020/1388, K. 2020/2448, 1.6.2020. Bu yönde ayrıca bkz. Yar. 2. HD, E. 2020/6490, K. 2021/913, 02.02.2021, (Yargıtay Bilgi Bankası, karararama.yargitay.gov.tr). 12 yaşından itibaren çocuğa karar vermesi için geniş bir yetki tanınması gerektiği yönünde bkz. Mordasini-Rohner, "Art. 273 ZGB," N 7.

etmektedir.<sup>61</sup> Karar verme yetisine sahip olmayan çocukların da kişisel ilişki kurulmasına karşı tutumunun dikkate alınması gerekir.<sup>62</sup> Önemli olan çocuğun bu konudaki iradesini bir şekilde yansıtmış olmasıdır.

## C. Kişisel İlişkinin İçeriği ve Sınırları

### 1. Kişisel İlişkinin İçeriği

Çocukla kişisel ilişki kurulmasının başlıca yolu çocuğu ziyaret hakkıdır. Buna karşılık, kişisel ilişki kurma hakkı çocuğu ziyaret hakkıyla sınırlı olmayıp, çocukla iletişimi ve çocuk hakkında bilgi almayı sağlayan her türlü iletişim aracı ile kullanılabilir. Bu çerçevede, elektronik araçlarla sesli veya görüntülü konuşma, mektup, e-posta gibi yöntemlerle çocukla kişisel ilişki kurulabilir.<sup>63</sup> Koruyucu ailenin çocukla kişisel ilişki kurulmasının en verimli yolu, çocukla yüz yüze görüşmesini ve birlikte vakit geçirmesini sağlayan ziyaret hakkıdır. Ancak, çocuğun menfaatinin gerektirdiği durumlarda hâkim, koruyucu aileyle çocuk arasında başka bir yolla iletişim kurulmasına da karar verebilir.

Koruyucu aile ve çocuk arasında kişisel ilişki düzenlenirken, çocuğun yaşı, çocuğun ve koruyucu ailenin fiziksel ve ruhsal sağlığı, çocuk ile koruyucu ailenin yerleşim yerleri arasındaki

<sup>61</sup> BGE 131 III 553, N 1.2.3 (bger.ch).

<sup>62</sup> Mordasini-Rohner, "Art. 273 ZGB," N 7.

<sup>63</sup> Hegnauer, "Art. 273 ZGB," N 79; Schwenzler und Cottier, "Art. 273 ZGB," N 12; Mordasini-Rohner, "Art. 273 ZGB," N 3; Breitschmid, "Art. 273 ZGB," N 2; Büchler, "Art. 273 ZGB," N 6; Tuor, Schnyder, Schmid und Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* § 41, N 18; Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N 1659; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 204; Serdar, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı," 760; Öztan, *Aile Hukuku*, 1025; Suata, *Çocuk Hukuku*, 99, 100; Yılmaz, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 118; Demir, "Çocukla Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 180, 181; Ertuğrul, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı," 97.

mesafe ve ulaşım koşulları, koruyucu ailenin yaşam koşulları ve ailesi, çocuğun ve koruyucu ailenin kişisel ilişkiye ayırabilecekleri uygun zaman dilimleri, koruyucu ailenin ve çocuğun kişiliği gibi kriterler dikkate alınmalıdır.<sup>64</sup> Çocukla kişisel ilişki kurma kararı verilirken, kişisel ilişkinin şekli, zamanı, yeri ve süresine ilişkin bilgilerin ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerekir.<sup>65</sup>

Kişisel ilişki kurmanın getirdiği masraflar kural olarak kişisel ilişki kurma hakkı tanınan koruyucu aile tarafından karşılanmalıdır. Koruyucu ailenin maddi durumunun elverişsiz olması hâlinde, bu masrafların bir kısmının veya tamamının çocuğa bakmakla yükümlü kişiler tarafından karşılanmasına karar verilebilir.<sup>66</sup>

## 2. Kişisel İlişkinin Sınırları

Koruyucu ailenin çocukla kişisel ilişki kurmasının sınırları, TMK m. 325/II'de yapılan yollama sebebiyle ana babanın kişisel ilişki kurma hakkının sınırlarını düzenleyen TMK m. 324 hükmüne göre belirlenir. TMK m. 324'te sayılan durumların

---

<sup>64</sup> Ana babanın kişisel ilişki hakkı bakımından bu yönde bkz. Hegnauer, "Art. 273 ZGB," N 64 ff.; Mordasini-Rohner, "Art. 273 ZGB," N 6; Tuor, Schnyder, Schmid und Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* § 41, N 18; Öztan, *Aile Hukuku*, 1030; Suata, *Çocuk Hukuku*, 106 ff.

<sup>65</sup> Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N 1660; Serdar, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı," 761 ff.; Yılmaz, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 121; Demir, "Çocukla Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 185. Yargıtay, kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlarda kişisel ilişkinin infazda tereddüt yaratmayacak şekilde düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir; bkz. Yar. 2. HD, E. 2020/3888, K. 2020/4296, 29.9.2020; Yar. 2. HD, E. 2016/11823, K. 2016/11701, 14.6.2016, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>).

<sup>66</sup> Ana babanın kişisel ilişki hakkı bakımından bu yönde bkz. Hegnauer, "Art. 273 ZGB," N 146; Breitschmid, "Art. 273 ZGB," N 7; Mordasini-Rohner, "Art. 273 ZGB," N 10.

gerçekleşmesi hâlinde, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya sona erdirilebilir. Çocuğun menfaatinin gerektirdiği durumlarda bu durumların varlığı, kişisel ilişkinin sınırlandırılmasına veya içeriğinin değiştirilmesine yol açar.<sup>67</sup> Bu konuda hâkimin somut olayın koşullarına göre karar vermesi gerekir. TMK m. 324 hükmünün üçüncü kişiler ve dolayısıyla koruyucu aile bakımından uygulanmasında üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurmaya ilişkin menfaatinin kişisel ilişki kurma hakkına sahip ana babanın menfaatine göre daha az önemli olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>68</sup>

Kişisel ilişkinin kurulması için aranan çocuğun menfaati şartı, kişisel ilişki devam ettiği sürece mevcut olmalıdır. Çocuğun huzurunun ve menfaatinin tehlikeye girmesi, başka bir ifadeyle kişisel ilişkinin çocuğun bedensel, ruhsal veya sosyal yönden gelişimini tehdit etmeye veya gelişimine zarar vermeye başlaması, TMK m. 324/II uyarınca kişisel ilişki hakkının reddedilmesine veya sona erdirilmesine yol açar.<sup>69</sup> TMK m. 324/II hükmü, çocukla kişisel ilişki kuran tarafı cezalandırmayı

---

<sup>67</sup> Hegnauer, "Art. 274 ZGB," N 22; Mordasini-Rohner, "Art. 274 ZGB," N 7; Öztan, *Aile Hukuku*, 1040; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, N 1666; Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 234, 235; Yılmaz, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 126. Yargıtay, bazı kararlarında, çocuğun bedeni ve fikri gelişiminin olumsuz yönde etkilebileceği gerekçesiyle büyükanne ve büyükbabasıyla arasında düzenlenen kişisel ilişkinin süresinin daha kısa belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir; bkz. Yar. 2. HD, E. 2016/11823, K. 2016/11701, 14.6.2016; Yar. 2. HD, E. 2016/10491, K. 2016/11696, 14.6.2016; Yar. 2. HD, R. 2004/7964, K. 2004/9028, 6.7.2004, (Kazancı İhtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>).

<sup>68</sup> Hegnauer, "Art. 274a ZGB," N 22; Mordasini-Rohner, "Art. 274a ZGB," N 4.

<sup>69</sup> Hegnauer, "Art. 274 ZGB," N 23; Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 234; Demir, "Çocukla Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 180; Yılmaz, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 127.



değil, çocuğu korumayı amaçlamaktadır.<sup>70</sup> TMK m. 324/II'nin uygulanması için çocuğun menfaatinin zarar göreceği yönünde bir tehlikenin varlığı yeterli olup çocuğun zarar görmesi aranmaz.<sup>71</sup> Çocuğun yararının tehlikeye düştüğünün kabul edilmesi için üçüncü kişinin kusurlu olması gerekli değildir.<sup>72</sup> Koruyucu ailenin, çocuğu ihmal etmesi, fiziksel şiddete başvurması, cinsel istismar tehdidi gibi durumlar, TMK m. 324/II uyarınca çocuğun menfaatinin tehlikeye girmesine yol açan davranışlara örnek verilebilir.<sup>73</sup>

TMK m. 324/II'ye göre kişisel ilişki kurma hakkına sahip tarafın TMK m. 324/I'deki yükümlülüklerini ihlal etmesi de kişisel ilişkinin reddedilmesine veya sona erdirilmesine sebep olur. TMK m. 324/I'e kıyasen çocukla kişisel ilişki kuran üçüncü kişinin çocuk ve ona bakmakla yükümlü kişiler arasındaki ilişkileri zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınması gerekir. Mesela kişisel ilişki kurma hakkına sahip koruyucu ailenin çocuğu öz ailesinin veya çocuğu evlat edinen ailenin eğitim ve sosyal yaşamına ilişkin kurallara aykırı davranışlara yönlendirmesi, çocuğun ailesiyle olan ilişkisini zedeleyebilir.<sup>74</sup> Bunun yanında, TMK m. 324/I hükmünün ihmalle ihlal edilmesi de mümkündür. Kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan koruyucu ailenin bu hakkını

---

<sup>70</sup> Hegnauer, "Art. 274 ZGB," N 18; Mordasini-Rohner, "Art. 274 ZGB," N 3.

<sup>71</sup> Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 236.

<sup>72</sup> Schwenzer und Cottier, "Art. 274 ZGB," N 5; Hegnauer, "Art. 274 ZGB," N 25; Mordasini-Rohner, "Art. 274 ZGB," N 3; Öztan, *Aile Hukuku*, 1039; Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 236.

<sup>73</sup> TMK m. 324/II kapsamında bu örnekler için bkz. Hegnauer, "Art. 274 ZGB," N 23; Mordasini-Rohner, "Art. 274 ZGB," N 6; Breitschmid, "Art. 274 ZGB," N 7; Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 236, 237; Yılmaz, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 127.

<sup>74</sup> Ana baba bakımından bu örnek için bkz. Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 237, 238.

öngörülen sınırlar içerisinde kullanmaması, mesela ziyaretlerinden kaçınması veya çocuğu ona bakmakla yükümlü kişilerin yanına vaktinde bırakmaması da TMK m. 324/I'in kapsamına girer.<sup>75</sup>

TMK m. 324/II'ye kıyasen, üçüncü kişinin kişisel ilişki sırasında çocukla ciddi olarak ilgilenmemesi ve görüşmelerdeki özensiz tavırları kişisel ilişkinin sonlandırılmasına sebep olabilir. Mesela, koruyucu ailenin mazeret göstermeksizin uzun süre ziyarette bulunmaması, çocukla olan ilişkisini geliştirmek için gerekli ilgiyi ve özeni göstermemesi bu şartın gerçekleştiğini gösterir.<sup>76</sup>

Kişisel ilişkiyi sona erdiren sebepler, TMK m. 324'te sınırlı olarak sayılmamakta ve TMK m. 4 uyarınca hâkimin diğer önemli sebeplerin varlığı hâlinde kişisel ilişki kurma talebini reddedebileceği veya kişisel ilişki kurma hakkını sona erdirebileceği kabul edilmektedir. Buna göre, mesela, kişisel ilişki kurulmasını talep eden kişinin kişilik özelliklerinin çocuk üzerinde olumsuz etki yaratacağının anlaşılması önemli bir sebep teşkil edebilir.<sup>77</sup> Karar verebilme yeteneğine sahip olan çocuğun etki altında kalmaksızın kişisel ilişkiden kesin olarak

---

<sup>75</sup> TMK m. 324 kapsamında bu örnekler için bkz. Hegnauer, "Art. 274 ZGB," N 27; Breitschmid, "Art. 274 ZGB," N 4; Mordasini-Rohner, "Art. 274 ZGB," N 4; Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 238. Yargıtay, bir kararında, büyükbabanın kişisel ilişki süresinin sonunda çocuğu annesine teslim etmekten kaçınmasını çocuğun huzurunun, bedeni ve fikri gelişiminin tehlikeye girmesi olarak nitelendirmiştir; bkz. Yar. 2. HD, E. 2002/2248, K. 2002/2813, 4.3.2002, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>).

<sup>76</sup> TMK m. 324/II kapsamında bu örnekler için bkz. Schwenzer und Cottier, "Art. 274 ZGB," N 7; Hegnauer, "Art. 274 ZGB," N 28; Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 238.

<sup>77</sup> Hegnauer, "Art. 274 ZGB," N 32.

kaçınması da önemli bir sebeptir.<sup>78</sup> Yine, çocukla kişisel ilişki kurmayı talep eden kişinin çocuğu kaçırma tehlikesinin olması, çocuğa veya ebeveynine karşı işlenen bir suçtan sorumlu olması kişisel ilişki kurulmasına engel olabilir.<sup>79</sup> Buna karşılık, kişisel ilişki kurulmasının mümkün ve makul olduğu durumlarda, o ana kadar ilişki kurulmamış olması veya kurulan ilişkinin istenildiği kadar güçlü olmaması sebebiyle reddedilmesi önemli bir sebep sayılmamalıdır.<sup>80</sup>

Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 4/III'te, çocuğun yararının gerektirdiği durumlarda ana ve babanın çocukla kişisel ilişki kurmasının üçüncü kişinin gözetiminde gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir. Çocuğu koruyucu bir tedbir olarak öngörülen bu ihtimal ana baba bakımından istisnai hâllerde uygulanmalıdır. Doktrinde üçüncü kişiler gözetiminde gerçekleştirilecek kişisel ilişki kurma hakkının, çocuğun yararının bu ilişkinin kaldırılmasına sebep olacak şekilde tehlikeye girmesi hâlinde uygulanabileceği ileri sürülmektedir.<sup>81</sup> Üçüncü kişilerin gözetiminde kişisel ilişki kurulmasına, uygulamada, TMK m. 325 uyarınca üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı bakımından da rastlanmaktadır. Yargıtay, bir kararında, büyük baba ve torunu arasındaki kişisel ilişkinin annenin adresinde ve gözetiminde gerçekleşmesini isabetsiz bulmuş, bu durumun kişisel ilişki kurma hakkının amacın aykırı olacağını ifade etmiştir.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> Hegnauer, "Art. 274 ZGB," N 33; Schwenzler und Cottier, "Art. 274 ZGB," N 13; Mordasini-Rohner, "Art. 274 ZGB," N 6; Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 240, 241.

<sup>79</sup> Mordasini-Rohner, "Art. 274 ZGB," N 6.

<sup>80</sup> Hegnauer, "Art. 274 ZGB," N 37; Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması," 241.

<sup>81</sup> Büchler, "Art. 273 ZGB," N 17; Schwenzler und Cottier, "Art. 273 ZGB," N 26; Yılmaz, "Çocukla Kişisel İlişki Kurulması," 131.

<sup>82</sup> Bkz. Yar. 2. HD, E. 2010/1005, K. 2010/11852, 15.6.2010, (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>).

Koruyucu aile ve çocuk arasındaki kişisel ilişkinin de mümkünse üçüncü bir kişinin müdahalesi olmaksızın gerçekleştirilmesi, kişisel ilişki hakkının amacına daha uygun olur.

## SONUÇ

Koruyucu aile, öz ailesi tarafından bakılmayan korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımını üstlenen aile veya kişidir. 2828 sayılı Hizmetler Kanunu m. 22'ye göre hakkında koruma kararı alınan çocuk TMK m. 347 uyarınca koruyucu aile yanına yerleştirilebilir. Denetime tabi bir uygulama olan koruyucu aile bakımı, çocuğun öz ailesinden ayrı kaldığı süreçte aile ortamında, sevgi, ilgi ve hoşgörü ile yetiştirilmesini amaçlar. Korunmaya ihtiyacı olan çocuk, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı İl Müdürlüğü ile koruyucu aile arasında yapılan bir sözleşmeyle koruyucu aile yanına yerleştirilir.

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında koruyucu aile ve çocuk arasındaki ilişki Anayasa'nın 20. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarınca aile hayatı kapsamında incelenmektedir. Koruyucu aile ve çocuk arasındaki ilişkinin aile hayatı olarak nitelendirilmesi bu kişiler arasında yakın bir ilişkinin varlığını gerektirmektedir. Özellikle çocuğun uzun süre koruyucu ailenin yanında kaldığı durumlarda koruyucu aile çocuk için sosyal ana baba rolünü üstlenmektedir.

Çocuğun koruyucu ailenin yanından ayrılması hâlinde koruyucu ailenin TMK m. 325 uyarınca çocukla kişisel ilişki kurma hakkı olabilir. Bunun için koruyucu aile ile çocuk arasındaki bağ gereği kişisel ilişkilerinin devam ettirilmesinin gerekmesi ve kişisel ilişkinin kurulmasında çocuğun yararının bulunması gerekir. Koruyucu ailenin çocukla kişisel ilişki kurmasına karar verilirken çocuğun bu konudaki görüşlerinin alınması da önemlidir.

Koruyucu ailenin çocukla kişisel ilişki kurması kararı verilirken veya bu ilişki sınırlandırılırken çocuğun yararı ön planda tutulmalıdır. Başka bir ifadeyle, kişisel ilişkinin çocuğun bedensel, ruhsal ve sosyal yönden gelişimine katkısı dikkate alınmalıdır. Koruyucu ailenin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, çocuğa ve çocuğun mevcut ilişkilerine zarar verecek ölçüde sınırsız değildir.

Koruyucu aile ve çocuk arasında kişisel ilişki kurulurken koruyucu ailenin çocuğa ve mevcut ilişkilerine yaklaşımı, kişisel ilişkinin çocuğun fiziksel, zihinsel ve ruhsal gelişimini ne şekilde etkileyeceği, çocuğun koruyucu ailenin yanında geçirdiği süre ve bu sürede çocukla olan ilişkisi, koruyucu aileliğin sona erme sebebi, kişisel ilişkinin çocuğun yeni hayatına uyum sürecine olan etkisi gibi hususlar dikkate alınır. Kişisel ilişkinin sınırlandırılması veya sona erdirilmesine ilişkin TMK m. 324 hükmü koruyucu aile ve çocuk arasında kurulan kişisel ilişki için de kıyasen uygulanır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olup olmadığını belirtmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author did not indicate whether he received financial support for this study.

**Conflict of Interest:** The author did not specify whether there was a conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated whether ethics committee approval is required.

---

## KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız. "Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı." İç. Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, 1-73. Editör Ersin Çamoğlu, İlhan Helvacı, Veysel Başpınar, Halil Akkanat ve Zekeriya Kürşat. İstanbul: Filiz, 2011.
- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. *Türk Medenî Hukuku - İkinci Cilt - Aile Hukuku*, İstanbul: Beta, 2020.
- Akyüz Emine. *Çocuk Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2020.
- Akyüz, Emine. "Medeni Kanuna Göre Çocuğun Ana - Babasına Karşı Korunması." *Aile ve Toplum* 2, no. 2 (1991): 31-48.
- Akyüz, Emine. "Velayet ve Çocuğun Korunması." İç. Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, 111-156. Editör Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, Hasan Seçkin Ozanoğlu ve Süleyman Yılmaz. Ankara: Seçkin, 2009.
- Bıyıklı, Lâtime. "Koruyucu Aile Bakımı." *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi* 16, no. 2 (1983): 11-15.
- Breitschmid, Peter. "Art. 273 - 275a ZGB." Im *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz*, Zürich: Schulthess, 2016.
- Breitschmid, Peter. "Art. 310 ZGB." Im *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456*. Herausgeber(in): Thomas Geiser und Christiana Fountoulakis. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018.
- Büchler, Andrea. "Art. 273-275a ZGB." Im *Kommentar zum Familienrecht, Scheidung, Band I: ZGB*. Herausgeber(in): Ingeborg Schwenzer und Roland Fankhauser, Bern: Stämpfli, 2022.
- Demir, Remzi. "Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocukla Kişisel İlişki Kurulması." *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 42 (2020): 169-195.

- Demirci, Günseli. "Türk Medeni Hukukunda Çocuğun Korunması." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Konya, 2010.
- Dönmez, Zeynep. "Aile İçi Cinsel İstismar Mağduru Çocuklarla Kişisel İlişki Kurma Hakkının Sınırlandırılması." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi - Prof. Dr. M. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı*, no. 2 (2022): 951-977.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku - Cilt III - Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz, 2022.
- Elçin, Evgen Gülçin. "Türk Medeni Kanunu'nda Soybağı ve Çocuğun Korunmasında Revize Edilmesi Gereken Hükümler." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 35, no. 1 (2015): 97-102.
- Elçin Grassinger, Gülçin: "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar." İç. *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt. I*, 823-846. Editör Baki İlkay Engin. İstanbul: On İki Levha, 2010.
- Erdem, Mehmet ve Aslı Makaracı Başak. *Aile Hukuku*, Ankara: Seçkin, 2022.
- Ertuğrul, Meltem. "Kişisel İlişki Kurma Hakkı ve Pandemi Döneminde Hakkın Kullanılmasına Yönelik Problemler." *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (2022): 95-115.
- Erlüle, Fulya. "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 16, no. 3-4 (2010): 217-248.
- Görgeç, Başak. "Türk Medeni Kanunu'nda Velayet Hükümleri ve Özellikle Çocuğun Korunması." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul, 2011.
- Görgülü, Ülfet. "Koruyucu Aile Uygulamasının İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi." *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 12, no. 23 (2014): 45-58.

- Günay İnan, Esra. *Aile Hukukunda Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri*, Ankara: Adalet, 2018.
- Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*, İstanbul: On İki Levha, 2021.
- Hegnauer, Cyril. "Kommentar zu Art. 270- 275 (mit Supplement)." Im *BK - Berner Kommentar Band/Nr. II/2/2/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft*, Bern: Stämpfli & Cie, 1997.
- İmamoğlu, Hülya. "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, no. 2 (2005): 183-217.
- İmamoğlu, Hülya. "Ana Baba ve Çocuk Arasında Kişisel İlişki Kurulmasında Çocuğun İradesinin Dikkate Alınması." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 70, no. 3 (2021): 841-865.
- Karayakalı, Gökhan. "Velayet Hakkının Kullanılmasına İlişkin Hukuki Sorunlar ve Özellikle Koruyucu Aile Uygulaması." *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul, 2009.
- Kurtuluş Akbulut, Seda. "Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Aracılığıyla Evlat Edinme ve Koruyucu Aile Kurumu." *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. Ankara, 2011.
- Mordasini-Rohner, Claudia M. "Art. 273 - Art. 275a ZGB." Im *OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Zürich: Orell Füssli, 2021.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*, Ankara: Turhan, 2015.
- Özdemir, Hayrunnisa ve Ahmet Cemal Ruhi. *Çocuk Hukuku*, İstanbul: On İki Levha, 2022.
- Salim, Muammer. "Geçmişten Günümüze Türkiye’de Çocuk Koruma Politikaları ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu." *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*. Isparta, 2011.
- Schwenzer, Ingeborg und Michelle Cottier. "Art. 273 - Art. 275a ZGB." Im *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456*.



- Herausgeber(in): Thomas Geiser und Christiana Fountoulakis. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018.
- Serdar, İlknur. "Kişisel İlişki Kurma Hakkı." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. Özel Sayı (2007): 739-781.
- Serdar, İlknur. "Koruyucu Aile." İç. *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, 467-537, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 2000.
- Serozan, Rona. *Çocuk Hukuku*, İstanbul: Vedat, 2017.
- Şenocak, Hasan. "Korunmaya Muhtaç Çocuklara Sağlanan Bakım Yöntemleri." *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, no.51 (2006): 177-228.
- Suata, İlay Zeynep. *Çocuk Hukuku*, Ankara: Yetkin, 2021.
- Tuor, Peter, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid und Alexandra Rumo - Jungo. *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich: Schulthess, 2009.
- Türkmen, Ahmet. "Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26, no. 2 (2020): 1126-1156.
- Usta Sayıta, Sevgi. *Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi*, İstanbul: Filiz, 1996.
- Yazıcı, Ergün. "Türkiye'de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Bakım Yönteminde Yeni Yaklaşımlar." *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2014): 247-270.
- Yıldırım, Şeyda. "2000'li Yıllarda Çocuk Koruma Sistemi İçinde Bakım Hizmetlerinin Genel Görünümü." *Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 15, no. 1 (2017), 87-110.
- Yıldırımalp, Sinem ve Özge Hız. "Türkiye'de Çocuk Refahı Bağlamında Korunmaya Muhtaç Çocuklara Sunulan Bir Hizmet: Koruyucu Aile Hizmeti." *Fırat Üniversitesi Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 2, no. 1 (2018): 95-114.

Yılmaz, Canan. "Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 35, no. 1 (2015): 103-141.

Yüksel, Sera Reyhani. "Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no. 2 (2019): 1539-1556.

# İŞLENEMEZ SUÇ

## *Impossible Attempts*

**Hakan GÜNDÜZ\***

### Öz


Suç, belirli aşamalardan geçerek bir süreç içinde işlenmektedir. Suçun oluşuncaya kadar geçirdiği bu sürece “suç yolu (*iter criminis*)” denilmektedir. Suç yoluna girerek işlemeye kastettiği suçun icrasına başlayan fail bazen suçun bir kısım unsurlarının eksikliği nedeniyle suçu tamamlayamaz. İşlenemez suçlarda, suçun manevi unsurunda bir eksiklik yoktur. Ancak, eksik olan suçun maddi unsurlarından; (özel faillik niteliğine sahip) fail, fiil veya konudur. Hareketin suç tipi açısından suçu tamamlamaya elverişli olmasıyla suçun konusunun yokluğu birbirinden farklıdır. Hareketin elverişsizliği somut olayda söz konusu olabilir; ancak, suçun konusunun elverişsizliği değil, yokluğundan bahsedilebilir. Suçun konusunun yokluğu ile “*elverişsiz teşebbüs*” aynı anlama gelmemekle birlikte, “*işlenemez suç*”; “*elverişsiz teşebbüs*”, “*suçun maddi konusunun yokluğu*” ve

\* Dr. Öğr. Üyesi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi), hakan.gunduz@hku.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-2437-8329.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 19.09.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 20.12.2022.

**Atıf/Citation:** Gündüz, Hakan. “İşlenemez Suç.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 717-761.

**“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.”** 

“özel faillik niteliğini taşımama” hallerini kapsayacak bir kavramdır.

**Anahtar kelimeler:** İşlenemez Suç, Suça Teşebbüs, Hareket, Suçun Konusunun Yokluğu, Özgü Suç.

## **Abstract**

The offense is committed in a process by going through certain stages. This process, which the offense goes through until it occurs, is called the "criminal path (iter criminis)". The perpetrator, who starts the execution of the offense he intends to commit by entering the criminal path, sometimes cannot complete the offense due to the lack of some elements of the offense. In impossible attempts, there is no deficiency in the subjective element of the offense. However, from the objective elements of the missing typicality; The perpetrator (having the characteristic of special agency) is the act or the subject. The fact that the act is suitable for completing the offense and the absence of the subject of the offense are different from each other. Although the absence of the subject of the offense and "impossible attempts" do not have the same meaning, "impossible attempts"; It is a concept that encompasses "impossible attempts", "absence of the material subject of the offense" and "not have a special perpetrator qualification".

**Keywords:** Impossible Attempts, Attempts to Offense, Act, Absence of the Subject, Specific Offense.

## **GİRİŞ**

Suç, belirli aşamalardan geçerek bir süreç içinde işlenmektedir. Suçun oluşuncaya kadar geçirdiği bu sürece "suç

*yolu (iter criminis)*” denilmektedir.<sup>1</sup> Suç yolu doktrinde birbirine benzer tasnifler yapılarak incelenmektedir.<sup>2</sup> Ayrıntılı bir tasnif olması nedeniyle suç yolu; düşünce, karar, hazırlık, icra, tamamlanma ve son bulma aşamaları şeklinde incelenebilir. Düşünce aşaması, failin iç dünyası ile ilgili bir aşamadır; henüz dış dünyaya yansıyan bir suç işleme kararı mevcut değildir. Karar aşamasında kişinin davranışı, henüz ceza kanunlarının koruma altına aldığı bir hukuki değeri ihlal eden iradi insan davranışına dönüşmediğinden, “*filsiz suç olmaz*” ilkesi gereğince, suç işleme kararına ceza hukuku yaptırımlarının uygulanması söz konusu değildir.<sup>3</sup> Suç işlemeye karar veren failin bu yöndeki iradesinin dış dünyaya yansıdığı ilk aşama, hazırlık aşamasıdır. Kural olarak hazırlık hareketleri, başlı başına bir suç tipini ihlal etmediği sürece, ceza hukukunun müdahale alanına girmez ve dolayısıyla cezalandırılmaz. İcra

---

<sup>1</sup> Veli Özer Özbek ve ark., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017), 485; İzzet Özgenc, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 454; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2005), 182; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 516.

<sup>2</sup> Suç yolunu; düşünce, icra, tamamlanma ve sona bulma aşamaları şeklinde tasnif eden yazarlar olduğu gibi (Toroslu, *Ceza Hukuku*, 182; Önder Tozman, “Suça Teşebbüs,” Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, 2008, 8; Hakeri, *Genel Hükümler*, 516); suç fikrinin ortaya çıkması, hazırlık hareketleri, icra hareketleri, suçun tamamlanması şeklinde (Özbek ve ark., *Genel Hükümler*, 485.); suç projesinin yazılı veya sözlü açıklanması, hazırlık hareketleri, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi ve suçun tamamlanması aşaması şeklinde (Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım I* (İstanbul: Beta Yayınevi, 1997), 413); hazırlık hareketleri, teşebbüs, suçun tamamlanması ve suçun sona ermesi şeklinde (Kayıhan İçel ve ark., *Suç Teorisi* (İstanbul: Sebat Yayıncılık, 1999), 299) tasnif edildiği görülmektedir.

<sup>3</sup> Pervin Aksoy İpekçioğlu, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009), 21.

aşaması, kural olarak ceza hukukunun müdahalesinin başladığı aşamadır. Suç işleme kararı veren ve işlemeye kastettiği suçun hazırlık aşamasını tamamlayan failin, soyut nitelikteki suç işleme kararını tipe yani suçun kanuni tanımına uygun icrai veya ihmali davranış biçiminde somutlaştırarak icraya koyması bu aşamada söz konusu olur.<sup>4</sup> Suç tipinde gösterilen hareketin doğrudan doğruya icrası ile başlayan söz konusu aşama suçun tamamlanması anına kadar devam edecektir ve suça teşebbüs de ancak bu aşamada söz konusu olacaktır; hazırlık aşamasından farklı olarak failin dış dünyaya yansıyan hareketleri suçla korunan hukuki değeri ihlal etme tehlikesi yaratmış ve failin suç kastı şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya çıkmıştır.<sup>5</sup> İcra aşamasından sonra suçun tamamlanma aşaması gelir. Suçun tamamlanmasını, failin hukuka aykırı fiili ile suçun kanuni tanımında gösterilen tüm objektif ve sübjektif unsurları gerçekleştirmesi olarak anlamak gerekir.<sup>6</sup> Suçun tamamlanması, suçun gerçekleştiği anı ifade etmekle birlikte, suçun son bulma aşaması suç yolunun kapandığı anı göstermektedir.<sup>7</sup> Suçun tamamlanma anı ile sona erme anının birbirinden farklı zamanlar olmasının suça teşebbüs hükümlerinin uygulanması

---

<sup>4</sup> Toroslu, *Ceza Hukuku*, 182.

<sup>5</sup> Zafer İçer, "Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması Meselesi," Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, 22-23.

<sup>6</sup> Kural olarak ceza kanunlarında suçlar, tüm unsurları tamamlanmış suç tipleri şeklinde kurgulanmıştır. Ancak, bazı suç tipleri ile korunan hukuki değerlere atfedilen öneme binaen teşebbüs aşamasında kalan suçların tamamlanmış suç gibi cezalandırıldığını görmekteyiz. Bu suçlara, "teşebbüs suçu" veya "kalkışma suçu" adı verilmektedir. Anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs (TCK m. 309), Cumhurbaşkanı suikaste teşebbüs (TCK m. 310/1), rüşvet suçu açısından, rüşvet konusunda anlaşmaya varılması (TCK m. 252/3), uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin satışı arzı (TCK m. 188/3) bu suçlara örnek olarak gösterilebilir.

<sup>7</sup> Toroslu, *Ceza Hukuku*, 183.

açısından bir önemi yoktur. Zira, teşebbüs hükümlerinin uygulanması suçun tamamlanma anına kadar mümkündür; bu aşamadan sonra suçun icrası bir süre devam etse dahi teşebbüs hükümleri uygulanamayacak ve fail tamamlanmış suçtan cezalandırılacaktır.

Suç teorisinin önemli konu başlıklarının başında gelen “suça teşebbüse” ilişkin hükümler asıl ceza normunu tamamlayan yardımcı norm niteliğindedir.<sup>8</sup> Teşebbüse ilişkin hükümler kanunda mevcut olmasaydı, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olarak, icrasına başlanmış ve fakat failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamış suçlardan dolayı failin cezalandırılması mümkün olamazdı. Ceza kanunlarının genel hükümleri arasında yer alan teşebbüse ilişkin düzenlemeler, kanuni tipte gösterilen suç tamamlanamasa dahi icrasına başlanması nedeniyle haksızlık boyutuna ulaşmış fiilin cezalandırılmasını mümkün kılmaktadır. Bu yönüyle teşebbüse ilişkin hükümler, cezalandırılabilirliğin alanını genişleten hükümlerdir<sup>9</sup> ve böyle durumlarda, tamamlanmış suça ilişkin ceza normu ile teşebbüse ilişkin normun bir araya gelmesiyle uygulanması mümkün olan suçun özel görünüş şekli söz konusudur.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> İçel ve ark., *Suç Teorisi*, 304; M. Emin Artuk ve ark., *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 622-623; Özgüç, *Genel Hükümler*, 545; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 415; Doğan Soyaslan, *Teşebbüs Suçu* (Ankara: Kazancı Yayınevi, 1994), 52; İpekçioğlu Aksoy, *Suçta Teşebbüs*, 33-34.

<sup>9</sup> Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku I*, 414; Soyaslan, *Teşebbüs Suçu*, 52; Adem Sözüer, *Suçta Teşebbüs* (İstanbul: Kazancı Yayınevi, 1994), 46; Artuk ve ark., *Genel Hükümler*, 622; Özgüç, *Genel Hükümler*, 544; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 414-415; Özbek ve ark., *Genel Hükümler*, 486; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016), 447.

<sup>10</sup> Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, 46-47.

Failin fiilinin suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirmeye elverişli olmaması şeklinde kısaca tarif edilebileceğimiz “*elverişsiz teşebbüs*” ile “*işlenemez suç*” kavramları ve bunların kapsamları üzerinde geçmişten günümüze hukuki tartışmalar sürmektedir. Bununla birlikte, suçun maddi unsurlarından biri olan “*konu*”nun yokluğu hali doktrinde genel olarak “*işlenemez suç*” kapsamında kabul edilmekle birlikte, aşağıda ayrıntısına yer verildiği üzere, bazı yazarlarca bu durumun “*elverişsiz teşebbüs*” kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Ayrıca, doktrinde ağırlıklı olarak hareketin suçu tamamlamaya elverişli olmamasını ve suçun maddi konusunun bulunmamasını birlikte ifade etmek üzere “*işlenemez suç*” kavramı kullanılmakla birlikte, genel olarak “*işlenemez suç*” başlığı altında incelenmeyen, ancak Yargıtay’ın son zamanlarda verdiği kararlarına yansıyan “*özel faillik niteliğini taşımama*” halinin de “*işlenemez suç*”un üçüncü görünüm şekli olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşünde olduğumuzdan, “*işlenemez suç*” konusundaki hukuki tartışmalara değinerek, görüşlerimizi ifade etmenin yerinde olacağı düşüncesiyle, çalışmamızı kaleme aldık.

Çalışmamızda öncelikle işlenemez suçun genel esaslarını inceleyeceğiz, bu kapsamda işlenemez suç kavramına ve işlenemez suçun cezalandırılıp cezalandırılmaması gerektiği yönündeki görüşlere değineceğiz. Müteakiben işlenemez suçun görünüm şekillerini ele alacağız.

## I. İŞLENEMEZ SUÇUN GENEL ESASLARI

### A. İşlenemez Suç Kavramı

Türk ceza hukuku doktrininde, icrasına başlanan hareketin neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olmamasını ve suçun konusunun bulunmamasını birlikte ifade etmek üzere “*işlenemez*



suç" kavramını kullanan yazarlar<sup>11</sup> olduğu gibi, aynı hususları "elverişsiz teşebbüs" başlığı altında inceleyen yazarlar<sup>12</sup> olduğunu; bununla birlikte ikili bir ayrıma giderek hareketin suçtu tamamlamaya elverişli olmamasını ifade etmek üzere "elverişsiz teşebbüs" ve suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle işlenememesi durumunda ise "işlenemez suç" kavramını kullanan yazarlar<sup>13</sup> olduğunu görmekteyiz.

Hareketin neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olmamasını ve suçun konusunun bulunmamasını "elverişsiz teşebbüs" kapsamında inceleyen yazarlar; tipik neticeyi meydana getirmeye uygun nitelikteki hareketin yanı sıra suçun konusunun yokluğunun da fiilin elverişliliği kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, konunun teşebbüs kurumu ile yakın ilişki içinde olduğu, bu iki kurumun birbirinden ayrı düşünülmeeyeceğinin Alman Ceza Kanunu'nun

---

<sup>11</sup> Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler I* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1993), 501; Uğur Alacakaptan, *İşlenemez Suç* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 223, tarihsiz), 1; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 195; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukuku*, 473; Özbek ve ark., *Genel Hükümler*, 499; Tozman, *Suçta Teşebbüs*, 134; Gürkan Özocak, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018), 133; Aykut Ersan, "İşlenemez suç," *Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi*, sayı 4 (2017): 50; Murat Aydın, "İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, sayı 1 (2013): 80; Devrim Aydın, "Suça Teşebbüs," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, sayı 1 (2006): 100; Sevi Bakım, "İşlenemez Suç," *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, sayı 1 (2021): 292; Büşra Erdem, "İşlenemez Suç," Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022, 9-10; Nurullah Kantarcı, *İşlenemez Suç*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 27; Abdülbaki Giyik, "İşlenemez Suç," *Ceza Hukuku Dergisi* 8, sayı 21 (2013): 182.

<sup>12</sup> Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, 191-192; Gözde Kazaker, "Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs," Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, 7-8.

<sup>13</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, 560-561; Koca ve Üzülmez, *Genel Hükümler*, 429-430.

düzenlemelerinden<sup>14</sup> de anlaşıldığı, neticeyi meydana getirmek için yapılan hareketin elverişsizliğini esas alan “*elverişsiz teşebbüs*” teriminin konuyu en iyi şekilde açıkladığı gerekçeleriyle, bu terimin tercih edildiğini beyan etmektedir.<sup>15</sup>

Hareketin neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olmamasını ve suçun konusunun bulunmamasını birlikte ifade etmek üzere “*işlenemez suç*” kavramını kullanan yazarlar ise; suçun işlenemez olduğunu belirtmesi, teşebbüs kurumu karşısında bağımsızlık kazanması, bu kavramın hareketin elverişsizliğiyle birlikte konunun bulunmamasını da kapsayacak içeriğe sahip olması nedeniyle, “*işlenemez suç*” kavramının tercih edildiğini ifade etmektedir.<sup>16</sup>

Hareketin suçu tamamlamaya elverişli olmamasını ifade etmek üzere “*elverişsiz teşebbüs*” ve suçun maddi konusunun bulunmaması nedeniyle işlenememesi durumunda ise “*işlenemez suç*” kavramını kullanan yazarlara göre; fiilin suç tipi açısından elverişli olmasıyla suçun konusunun yokluğu birbirinden farklıdır. Hareketin elverişsizliği söz konusu olabilir; ancak, suçun konusunun elverişsizliği değil, yokluğundan bahsedilebilir. Bu da “*işlenemez suç*” olarak adlandırılan kurumu ortaya çıkartır.<sup>17</sup>

Kanaatimizce; hareketin elverişli veya elverişsiz olması suça teşebbüse vücut verecek nitelikte icra hareketlerinin bulunup bulunmadığının tespitiyle ilgilidir; ancak, suçun maddi

<sup>14</sup> Alman Ceza Kanunu m. 23/3: “*Fail ağır bilgi ve anlama hatası nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak edememişse, mahkeme ceza vermekten vazgeçebilir veya cezayı taddiren indirebilir.*”, Yenisey, Feridun ve Gottfried Plagemann. *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2015), 20-21.

<sup>15</sup> Sözüer, *Suç Teşebbüs*, 191-192; Kazaker, *Elverişsiz Teşebbüs*, 7-8.

<sup>16</sup> Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 1; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukuku*, 473.

<sup>17</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, 560-561; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 429-430.

konusunun yokluğunun, hareketin teşebbüse elverişliliği ile doğrudan bir ilgisi yoktur. Örneğin, daha önce ölmüş bir kişiye bunun farkında olmadan öldürme kastı ile silahla ateş eden failin hareketi kasten öldürme suçunu işlemeye elverişli harekettir; ancak, icra hareketinin gerçekleştiği sırada suçun maddi unsurlarından “konunun” yokluğu nedeniyle, işlenemez suç söz konusudur. Ancak, elverişsiz hareketin söz konusu olduğu durumlarda da suçun maddi unsurlarından “fail” unsurunun yokluğu nedeniyle “işlenemez suç” söz konusudur. Her iki durumda da suçun maddi unsurlarından birinin yokluğu nedeniyle, tipiklik gerçekleşmeyecek ve fail maddi unsurları yönünden oluşmayan suçtan cezalandırılmayacaktır. Örneğin; mekanizmasının arızalı olması sebebiyle ateş etme imkân ve kabiliyetine sahip olmayan bir tabancayla öldürme kastıyla mağdura ateş etmeye çalışan failin hareketi ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişsizdir. Bu durumda, kasten öldürme suçunun icra hareketi niteliğinde tipik fiilin mevcut olduğundan bahsetmek mümkün olmadığından, suçun maddi unsurlarından tipe uygun “fail”in mevcut olmaması nedeniyle “işlenemez suç” söz konusudur. Kısacası, “suçun konusunun yokluğu” ile “elverişsiz teşebbüsün” aynı anlama gelmediğini, ancak, “işlenemez suç”un, “elverişsiz teşebbüsü” ve “suçun maddi konusunun yokluğunu” içine alacak şekilde üst kavram olduğunu değerlendiriyoruz.

Bununla birlikte, doktrinde genel olarak “işlenemez suç” başlığı altında incelenmeyen, ancak Yargıtay’ın son zamanlarda verdiği kararlarına yansıyan ve kanaatimizce işlenemez suçun bir görünüm şekli olan “özel faillik niteliğini taşımama” halini de konumuz kapsamında incelemenin yerinde olacağını değerlendiriyoruz.

Suçun objektif/maddi unsurlarından olan “fail”, tipe uygun fiili işleyen gerçek kişidir. Ceza kanunlarında tanımlanan suçlar kural olarak herkes tarafından işlenebilir; ancak, bazı suçlar

açısından failin belirli hukuki veya fiili durumda bulunması<sup>18</sup>, belli niteliklere sahip olması veya özel bir yükümlülük altında bulunması<sup>19</sup> aranmakta ise bu suçlara “özgü suçlar” denilmektedir.<sup>20</sup> Özgü suçlar da kendi içerisinde; sadece özel faillik niteliğini taşıyanların işleyebileceği “gerçek özgü suçlar” ve temel şekli herkes tarafından işlenebilen bir suçun nitelikli halinin özel faillik niteliğini taşıyanlar tarafından işlenebileceği “görünüşte özgü suçlar” şeklinde bir tasnife tabi tutulmaktadır.<sup>21</sup> Sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen zimmet, rüşvet, işkence, görevi kötüye kullanma gibi görev suçları “gerçek özgü suçlara”; herkes tarafından işlenebilen kasten öldürme suçunu altsoy veya üstsoydan birine karşı işlemesi nedeniyle bu suçun nitelikli halinden dolayı daha ağır cezayla cezalandırılan fail açısından bu suç “görünüşte özgü suçlara” örnek olarak verilebilir.

Özgü suçlardan; sadece özel faillik niteliğine sahip olan kişilerin işleyebileceği “gerçek özgü suçlar”ın, “özel faillik niteliğini taşımayan” kişiler açısından “işlenemez suç” kapsamında olduğunu değerlendiriyoruz. Zira, “gerçek özgü suçlar” açısından fiili işleyen kişinin kanunun aradığı özel faillik niteliğine sahip olmaması durumunda, tipikliğin gerçekleştiğinden bahsetmek mümkün değildir. Bu konunun ayrıntısını “İşlenemez suçun görünüm şekilleri” başlığı altında işleyeceğiz.

---

<sup>18</sup> Toroslu, *Genel Hükümler*, 64.

<sup>19</sup> Artuk ve ark., *Genel Hükümler*, 300.

<sup>20</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, 211-212; Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 115.

<sup>21</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, 212.

## B. İşlenemez Suçun Cezalandırılıp Cezalandırılmaması Meselesi

### 1. İşlenemez Suçun Cezalandırılması Gerektiğini İleri Süren Teoriler

İşlenemez suçun cezalandırılması gerektiğini savunan görüşlerden, Alman hukukçular Tittman, Grolmann ve Von Buri tarafından savunulması nedeniyle “*Alman Teorisi/Okulu*” olarak kabul edilen ve “*objektif teori*”ye karşı ortaya atılan “*sübjektif teori*”ye göre; suça teşebbüsten dolayı failin cezalandırılabilmesi için objektif bir tehlikenin varlığı gerekli değildir ve yapılan hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişli olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan failin suç işleme iradesinin ortaya çıkmasıdır. Failin iradesinin suç tipini ihlale yöneldiğinin dış dünyaya yansıyan hareketlerle anlaşılması teşebbüsten cezalandırılması için yeterlidir.<sup>22</sup>

İşlenemez suçun cezalandırılması gerektiğini savunan teorilerden bir diğeri olan ve ilk olarak pozitivist İtalyan hukukçu Garofalo tarafından ileri sürülüp sonrasında birçok pozitivist yazar tarafından benimsenmesi nedeniyle “*pozitivist görüş*” de denilen “*sübjektif tehlike teorisi*”ne göre; teşebbüsten dolayı failin cezalandırılması için önemli olan suç tipi ile korunan hukuki menfaatin objektif bir tehlikeye maruz kalması değildir. Önemli olan failin suç işlemeye yönelmiş iradesidir. Sübjektif tehlike teorisinin bu noktadan sonra sübjektif teori ile görüşleri ayrılmaktadır. Sübjektif tehlike teorisi, suç işleme iradesini ortaya koyan failin aynı zamanda ahlaki kötülüğünün belirlenmesi gerekir. Fail tarafından suç işlemek için seçilmiş

---

<sup>22</sup> Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku I*, 462; Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 32-34; Özbek ve ark., *Genel Hükümler*, 500; İpekçioğlu Aksoy, *Suçta Teşebbüs*, 97-98; Özocak, *Suçta Teşebbüs*, 138; İlhan Akbulut, “İşlenemez Suç,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 53, sayı 1-4 (1990), 140.

araçlar onun suç işleme enerjisinin yetersizliğini veya budalalığını ortaya koymuşsa toplum açısından tehlikeli olmayan failin cezalandırılmaması gerekir.<sup>23</sup> Örneğin, tuz ile mağdurdu öldürebileceğini düşünüp harekete geçen fail suç kastını ortaya koymuş olmakla birlikte dış dünyaya yansıyan fiili ile toplum açısından tehlikeli olmadığını ortaya koyduğu için cezalandırılmamalıdır. Ancak tam tersine mağdurun yemeğine zehirli bir madde olan arsenik katarak öldürmek isterken koyacağı maddeyi karıştırıp mağdurun yemeğine tuz koyan fail ahlaki kötülüğünü ve toplum açısından tehlikeliliğini ortaya koyduğundan kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılmalıdır.<sup>24</sup>

## 2. İşlenemez Suçun Cezalandırılmaması Gerektiğini İleri Süren Teoriler

İşlenemez suçun cezalandırılmaması gerektiğini savunan teorilerden ilki İtalya'da Romagnosi ve Almanya'da Feuerbach tarafından ortaya atılan, en büyük savunucuları Rossi ve Carrara olan objektif teoridir.<sup>25</sup> Bu teoriye göre, hukuki konuların çözümünde ahlaki endişelere yer verilemez. Failin fiilinin suçla korunan hukuki menfaati ihlal etmesi veya tehlikeye düşürmesi gerekir. Hareketin elverişsizliği veya konunun yokluğu nedeniyle zarar verme iktidarından yoksun olan ve bu nedenle toplum açısından zararsız olan fiilleri cezalandırmak haksızlık olur. Bu nedenle, işlenemez suç cezalandırılmaz.<sup>26</sup> Objektif teori; gerek suçun konusu ve gerekse hareket açısından mutlak veya nispi elverişsizlik şeklinde bir ayrıma gitmekte, elverişsizlik mutlak ise faile ceza verilmeyeceğini, elverişsizlik nispi ise failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiğini

<sup>23</sup> Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 40-41; Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku I*, 463.

<sup>24</sup> Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 41.

<sup>25</sup> Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku I*, 460; Akbulut, "İşlenemez Suç," 141.

<sup>26</sup> Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 44; Özbek ve ark., *Genel Hükümler*, 500.

ileri sürmektedir. Hareket veya suçun konusu tipik neticenin meydana gelmesine mutlak olarak elverişli değilse, işlenemez suç söz konusudur ve fail cezalandırılmamalıdır. Örneğin, gebe olmayan kadının üzerinde çocuk düşürücü hareketlerin yapılması konunun mutlak yokluğu nedeniyle işlenemez suçtur; ancak gebe kadının çocuğunun düşürülmesine yönelik ilacın yetersiz dozda verilmesinde elverişsizlik nispidir ve fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır.<sup>27</sup>

İşlenemez suçun cezalandırılmaması gerektiğini savunan teorilerden bir diğeri “*yeni objektif teori*” olarak da adlandırılan “*somut tehlike teorisi*”dir. Objektif teori hareketin veya konunun mutlak-nispi elverişliliğini ex-post yani değerlendirmenin yapıldığı güne göre yaptığı halde, somut tehlike teorisi bu değerlendirmeyi ex-ante yani hareketin yapıldığı andaki koşullara göre ve mutlak-nispi elverişlilik şeklinde bir ayrıma gitmeden yapar. Somut tehlike teorisine göre, hareket suçun konusu üzerinde objektif olarak bir tehlike yaratmamış veya önemsiz bir tehlike yaratmış ise fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz.<sup>28</sup>

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin yakın tarihli bir kararında<sup>29</sup> “*somut tehlike teorisi*”nin benimsediği ifade edilerek, bu teoriye göre; “...*hâkim, psişik ve fizyolojik gelişmesi normal olan insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini nazara almak ve belli istatistik kanunları ile id quod plerumque accidit (ortak hayat tecrübelerine göre, belli insan davranışlarının nedensellik bağlamında netice verdiği makul bir olasılık derecesini ifade eden ortak tecrübe ilkesi) ilkesini ve faili o olay bakımından mevcut özel bilgilerini de göz önünde bulundurmak*

<sup>27</sup> Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku I*, 460-461; Önder, *Ceza Hukuku*, 407-408.

<sup>28</sup> Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 408-409; Özbek ve ark., *Genel Hükümler*, 500; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukuku*, 477; İpekçioğlu Aksoy, *Suçta Teşebbüs*, 101.

<sup>29</sup> Yar. 16. CD, E. 2018/7103, K. 2019/1953, 22.03.2019; erişim tarihi Eylül 7, 2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

suretiyle hareketin yapıldığı anda hareketin mevzuunun mevcudiyetinin muhtemel olup olmadığını araştırarak...muhtemel olması durumunda eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı sonucuna ulaşacaktır. Yani hâkim, somut olayda *ex post* değil *ex ante* bir değerlendirme ile normal bir insanın bilgi, tecrübe ve niteliklerini, günlük hayat tecrübelerini, failin olay ile ilgili özel bilgilerinin nazara alarak hareketin yapıldığı anda suçun konusunun varlığının muhtemel olup olmadığını araştıracaktır. Konunun varlığı muhtemel ise -ve esasen mutlak yokluk durumu da yoksa- eylemin teşebbüs kapsamında kaldığı kabul edilerek..." cezalandırılacağı ifade edilmiştir.

Bu başlık altında değineceğimiz son teori Almanya'da ortaya atılan "*hukuki imkansızlık teorisi*"dir. Bu teoriye göre; tipe uygunluk suçun mevcudiyetinin temel şartı olduğundan, fiil tipe uygun değilse cezalandırılmaz. Tipik fiilin unsurlarının eksik olması suçun oluşumunu nasıl engelliyorsa bu durum suça teşebbüsü de önleyecektir. Örneğin, kasten öldürme suçunun konusu fiilin icrası sırasında yaşayan kişinin hayatı olduğuna göre, cesedin öldürülmesi nasıl mümkün değilse, öldürmeye teşebbüs de imkansızdır. Yine kendi malını başkasının malı zannederek alan kişinin de tipik olmayan bu fiilden dolayı hırsızlık suçunun icrasına başladığı söylenemez.<sup>30</sup>

### 3. Görüşümüz

İşlenemez suçlarda tipikliğin manevi unsurunda bir eksiklik yoktur. Başka bir deyişle fail belirli bir suçu işleme kastıyla hareket etmektedir. Ancak, eksik olan tipikliğin maddi unsurlarından; (özel faillik niteliğine sahip) fail, fiil veya maddi konudur. Bu noktada fiilin elverişsizliğinden bahsedebiliriz; ancak, maddi konunun elverişsizliğinden değil yokluğundan, failin de özel faillik niteliğine sahip olmamasından

<sup>30</sup> Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku I*, 461; M. Tahir Taner, *Ceza Hukuk Umumi Kısım* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 532, 1953), 285-286; Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 49-52.



bahsedebiliriz. Öldürme kastıyla cesede ateş etme, gebe olmayan kadının sözde çocuğunu düşürtmeye çalışma, başkasının zannederek kendi malını alma örneklerinde olduğu gibi suçun maddi konusu bulunmadığından tipiklikteki bu eksiklikten dolayı suç oluşmayacaktır. Bununla birlikte, suçu tamamlamaya elverişli hareketlerin yapılması halinde tipik fiilden bahsedebiliriz. Örneğin, kasten öldürme suçunda mekanizması arızalı olduğu için ateş etme kabiliyetine sahip olmayan tabancayı mağdura doğrultup öldürme kastıyla tetiğe basma hareketinin kasten öldürme suçu açısından elverişsiz hareket olduğu ve fiilin tipik olmadığı açıktır. Ayrıca, gerçek özgü suçlardan birini, örneğin sadece asker kişi sıfatına sahip olanlar tarafından işlenebilen sırf askeri suçlardan<sup>31</sup> birini, ancak bu özel faillik niteliğine sahip olanlar işleyebilecek bu niteliğe sahip olmayanlar açısından tipikliğin gerçekleştiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Tipikliğin maddi unsurlarının oluşmaması nedeniyle hukuken bir suçun varlığından söz etmek mümkün olmadığına göre, Anayasa'nın 38. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun<sup>32</sup> (TCK) 2. maddesinde düzenlenen ve ceza hukukuna hakim olan temel ilkelerden olan "*kanunilik ilkesi*" gereğince, işlenemez suçtan failin cezalandırılması mümkün değildir. Zira, Alman Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme gibi<sup>33</sup> bazı ülkelerin kanunlarında işlenemez suçun cezalandırılmasına ilişkin hükümler mevcut olmasına rağmen, hukukumuzda işlenemez suçun cezalandırılmasına imkân tanıyan bir düzenleme mevcut

<sup>31</sup> 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun Ek 11. maddesinin 2. fıkrasına göre: "*Bu Kanunda düzenlenen ve asker kişiler tarafından işlenen 60 ncı, 62 nci, 65 inci, 66 ncı, 67 nci, 68 inci, 70 inci, 79 uncu, 81 inci, 82 nci, 85 inci, 87 nci, 88 inci, 89 uncu, 90 mcı, 91 inci, 97 nci, 98 inci, 100 üncü, 101 inci, 102 nci ve 136 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar, sırf askerî suçtur.*"

<sup>32</sup> RG. 12.10.2004, S. 25611.

<sup>33</sup> Bkz. 14. dipnot.

değildir. Bunun bir eksiklik olduğunu değerlendirmiyoruz. Zira, işleme kastettiği suçla korunan hukuki değeri ihlal tehlikesi veya suçun maddi konusu üzerinde herhangi bir zarar doğurma tehlike doğurmayan failin toplum açısından tehlikeliliği gerekçe gösterilerek cezalandırılması veya -*güvenlik tedbiri uygulanabilmesinin zemininde de işlenmiş bir suçun bulunması gerektiği de göz önünde bulundurulduğunda*- güvenlik tedbiri uygulanması yönünde düzenleme yapılması, bizi sübjektif teorinin benimsenmesi ve ceza sorumluluğunun alanını belirsiz kılıp katlanılmaz hale getirmek sonucunu doğuracak olan "*failin niyetini cezalandırmak*" noktasına götürecektir.

Bu çerçevede yukarıda belirttiğimiz görüşlerden "*hukuki imkansızlık teorisi*"ni benimsediğimizi ifade edebiliriz. Ancak, hareketin elverişliliğini belirlerken hareketin suçun konusu üzerinde somut bir tehlike meydana getirmeye elverişli olup olmadığını değerlendirmek suretiyle bir sonuca varmak gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin, 30 metre etkili menzili olan av tüfeği ile 300 metre mesafedeki mağdura öldürme kastı ile ateş eden failin elindeki araç objektif olarak değerlendirildiğinde ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişlidir. Ancak, kullanıldığı mesafe itibarı ile suçun maddi konusu üzerinde herhangi bir tehlike meydana getirme ihtimali bulunmamaktadır. Bu noktada hareketin suçun konusu üzerinde herhangi bir tehlike oluşturmadığı durumlarda, elverişli hareketin mevcut olmaması nedeniyle "*işlenemez suç*" bulunduğu sonucuna varmak gerektiğini değerlendiriyoruz.

## II. İŞLENEMEZ SUÇUN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

İşlenemez suçun görünüm şekillerinin "*elverişsiz teşebbüs*", "*suçun maddi konusunun yokluğu*" ve "*özel faillik niteliğini taşımama*" olduğunu yukarıda belirtmiştik. Şimdi sırasıyla bu konuları ele alalım.

## A. Elverişsiz Teşebbüs

Elverişsiz teşebbüsü açıklamaya başlamadan önce, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, suça teşebbüsün şartlarını belirtip bu şartlardan biri olan *“failin gerçekleştirdiği fiilin suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirmeye elverişli olması”* şartını inceleyelim.

5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinin 1. fıkrasındaki<sup>34</sup> düzenlemeden hareketle, teşebbüs aşamasında kalan suçtan dolayı failin cezalandırılabilmesi için; failin kasten işlenebilen bir suçu işleme kastı ile hareket etmesi, icra hareketi niteliğindeki fiilin fail tarafından gerçekleştirilmesi, failin gerçekleştirdiği fiilin suçun kanuni tanımındaki unsurları gerçekleştirmeye elverişli olması ve failin elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerinin tamamlanamaması veya (neticeli suçlar açısından) icra hareketleri tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

765 sayılı mülga TCK'nın teşebbüsü düzenleyen 61. maddesinde *“vesaiti mahsusa”* yani *“elverişli araç”* ifadesi kullanılmış olmasına rağmen 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinde *“elverişli araç”* kavramını da içine alan daha kapsamlı bir ifade olan *“elverişli hareket”* kavramının kullanılması daha yerinde olmuştur. Nitekim bu husus 35. madde gerekçesinde<sup>35</sup>; *“Suça teşebbüste kullanılan araç suçun kanuni tanımında öngörülen fiili meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Ancak elverişlilik sadece kullanılan araç bakımından değil,*

---

<sup>34</sup> *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”*

<sup>35</sup> Erişim tarihi Haziran 30, 2022, <https://legalbank.net/belge/madde-35/2677348>.

*suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bulunmalıdır.” şeklinde ifade edilmiştir.*

Elverişlilik nisbi bir kavramdır ve suçta kullanılan aracın kime karşı, hangi şartlar altında, nasıl, ne şekilde ve hangi amaçla kullanıldığından mücerret olarak, tek başına “*aracın elverişli*” olup olmamasından bahsetmek doğru değildir.<sup>36</sup> Hareket; suçla korunan hukuki menfaati ihlal edebilme iktidarına sahip olduğu takdirde “*elverişli hareket*” olarak kabul edilir.<sup>37</sup>

Somut olayda fail tarafından kullanılan araç da dahil olmak üzere icrasına başlanılan fiilin, suçu tamamlamaya (sırf hareket suçları açısından suçun kanuni tanımında gösterilen unsurları gerçekleştirmeye, neticeli suçlar açısından neticeyi gerçekleştirmeye) elverişli olup olmamasına göre, değerlendirme yapıp bir sonuca varmak gerekir. Örneğin, şeker somut olaydan bağımsız ele alındığında ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli bir araç olarak değerlendirmezken, şeker hastasına verildiğinde ölüm neticesini meydana getirmeye elverişli bir hareket olarak değerlendirilir; boş veya arızalı bir tüfek atış yapma kabiliyetine sahip olmadığı için bu yönüyle ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli olmamakla birlikte, bu silah somut olayda yakın mesafeden mağdurun başına sertçe vurmak suretiyle kullanıldığında ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli hareket olarak kabul edilir.<sup>38</sup>

Yargıtay da bir kararında<sup>39</sup>; sanık tarafından mağdurun adresine kargo ile gönderilen bombanın mağdurun adresinin

<sup>36</sup> Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 62; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 493; Toroslu, *Ceza Hukuku*, 194; Aydın, “İşlenemez Suç,” 81; İpekçioğlu Aksoy, *Suçta Teşebbüs*, 71.

<sup>37</sup> Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 17.

<sup>38</sup> Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 62.

<sup>39</sup> Yar. 1. CD, E. 2016/3543, K. 2017/5248, 20.12.2017, erişim tarihi Eylül 7, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

eksik olması nedeniyle ulaşmadan geri döndüğü olayda, sanığın hareketinin objektif olarak neticeyi gerçekleştirmeye elverişli olmaması nedeniyle işlenemez suç niteliğinde olacağı sonucuna vararak sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken kasten öldürme suçuna teşebbüsten ceza verilmesini nedeniyle ilk derece mahkemesinin hükmünü bozmuştur.

Failin hareketinin suçu tamamlamaya “*elverişli*” olup olmadığının kim tarafından, neye göre belirleneceğini, değerlendirme yapılırken kriterlerimizin ne olacağını tespit etmek gerekir. “*Elverişli – elverişsiz hareketin*” tespitine ve hangi durumda “*elverişsiz teşebbüs*”ün söz konusu olduğuna ilişkin çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bu teorilerden öncelikle objektif teorileri, sonrasında sübjektif teoriyi ana hatları ile inceleyelim.

18. ve 19. klasik ceza hukukçuları tarafından ortaya atılan (eski) objektif teori; hareketin elverişli olup olmadığı noktasında mutlak-nispi elverişlilik şeklinde bir ayrıma gider; failin suçta kullandığı araçlarla neticeyi gerçekleştirmesi hiçbir şekilde mümkün değilse hareketin mutlak elverişsizliği söz konusudur. Örneğin, büyü yaparak mağduru öldürmeye çalışan failin hareketi mutlak olarak elverişsizdir ve bu durumda işlenemez suç söz konusudur. Ancak, aracın miktarından veya kullanım tarzı gibi geçici/arazi olarak ortaya çıkan nedenlerden dolayı hareket neticeyi gerçekleştiriyorsa elverişsizlik nispidir. Örneğin, mağduru öldürme kastıyla yemeğine katılan zehrin öldürücü dozda kullanılmaması, zırh giymiş olan mağdurun göğsüne failin bıçak saplayarak öldürmeye çalışması, az önce yatağından çıkmış olan mağduru yatağında zannederek failin karanlıkta boş olduğunu bilmediği yatağa bıçak saplaması örneklerinde hareketin elverişsizliği nispidir ve failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir.<sup>40</sup> Bu teori tarafından

<sup>40</sup> Erem, *Genel Hükümler I*, 501; Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 67; Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, 186; Taner, *Ceza Hukuku*, 284-285; İpekçioğlu Aksoy, *Suçta Teşebbüs*, 106; Özocak, *Suçta Teşebbüs*, 152.

mutlak-nispi elverişsizlik şeklinde yapılan bu ayırım, her somut olayda hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığı ex ante yani olay anındaki şart ve koşullara göre yapılması gerektiği, bu şekilde bir ayırımın doğru olmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir.<sup>41</sup>

Hareketin mutlak – nispi elverişsizliği ayırımına iştirak etmeyen İtalyan hukukçu Manzini tarafından “*yetersizlik teorisi*” ileri sürülmüştür. Bu teoriye göre; hareketin elverişliliği ve yetersizliği şeklinde bir ayırma gitmek, hareketin neticeye neden olmasının imkânsız olduğu haller için hareketin elverişsizliğinden ve elverişsiz teşebbüsten bahsetmek gerekir. Bununla birlikte, failin suçta kullandığı aracın nitelik veya nicelik yönünden yetersiz olması yahut failin aracı kullanım tarzından kaynaklanan yetersizlik hallerinde suç tamamlanamamış olsa dahi fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır.<sup>42</sup> Örneğin, mağduru öldürmek için yemeğine şeker konulması halinde elverişsiz hareketten dolayı “*elverişsiz teşebbüs*” nedeniyle fail cezalandırılmayacaktır; ancak aynı mağdurun yemeğine zehir konulsa ve konulan zehrin miktarı ölüm neticesini doğurabilecek kadar yeterli değilse, fail hareketin yetersizliği nedeniyle teşebbüs aşamasında kalan suçtan cezalandırılacaktır. Manzini’nin ileri sürdüğü bu teori, objektif teorinin mutlak-nispi elverişsizlik ayırımına terminolojik bir yenilik getirmekten öteye gidemediği, elverişlilik problemini tatmin edici bir çözüme kavuşturmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir.<sup>43</sup>

Elverişsiz hareketi açıklamak için ortaya atılan mutlak-nispi elverişsizlik şeklinde yapılan ayırım ile hareketin elverişsizliği-yetersizliği şeklindeki ayırma getirilen eleştiriler üzerine, ilk

<sup>41</sup> Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 68.

<sup>42</sup> Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 72; Özocak, *Suçta Teşebbüs*, 135

<sup>43</sup> Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 73-74.

olarak İtalyan ceza hukukçusu Carrara tarafından ortaya atılan ve “yeni objektif teori”<sup>44</sup> olarak da adlandırılan “somut tehlike teorisi”ne göre; sadece failin suçta kullandığı aracın elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi doğru değildir; hareketin yapıldığı andaki (ex ante) somut şartlara göre bir bütün olarak suçla korunan menfaat üzerinde zararlı veya tehlikeli bir netice meydana getirme potansiyeline sahip olup olmadığının tespit edilmesi, bu şekilde somut tehlike oluşturmeyen hareketlerin elverişsiz hareket olarak değerlendirilmesi gerekir. Hâkim bu değerlendirmeyi yaparken ortalama bir insanı ve failin özel bilgisini de göz önünde bulundurarak sonuca varacaktır.<sup>45</sup>

Failin ortaya koyduğu suç işleme kastının toplum açısından tehlikeliliğini esas alan subjektif teori<sup>46</sup>; açısından hareketin neticeyi meydana getirmeye kesin olarak elverişsiz olması önem arz etmemektedir. Önemli olan suç işleme iradesini ortaya koyan failin suç tipiyle korunan hukuki değer üzerinde tehlike yaratmasıdır. Bu nedenle elverişsiz teşebbüsün de cezalandırılması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>47</sup>

5237 sayılı TCK’nın 35. maddesi metni ve gerekçesinden<sup>48</sup>, kanun koyucunun teşebbüsten dolayı failin cezalandırılabilmesi

---

<sup>44</sup> Önder, *Ceza Hukuku*, 408; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukuku*, 477; Artuk ve ark., *Genel Hükümler*, 661.

<sup>45</sup> Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 74-77; Soyaslan, *Teşebbüs Suçu*, 99-100; Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, 187; Erdem, *İşlenemez Suç*, 104ff., 119; Kantarcı, *İşlenemez Suç*, 251ff.; Bakım, “İşlenemez Suç,” 302-303; Giyik, “İşlenemez Suç,” 187-188; Ayşen Alan, “İşlenemez Suç,” *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, sayı 16 (2020): 455-456, 475.

<sup>46</sup> İçel ve ark., *Suç Teorisi*, 310; Önder, *Ceza Hukuku*, 395-396; Artuk ve ark., *Genel Hükümler*, 621.

<sup>47</sup> Önder, *Ceza Hukuku*, 410; Artuk ve ark., *Genel Hükümler*, 661.

<sup>48</sup> “...Suça teşebbüs düzenlemesinde getirilen diğer bir yenilik, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Eğer

için suç işleme kararını ortaya koyan hareketlerin gerçekleştirilmesini yeterli gören sübjektif görüşe taraftar olmadığı, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamayı arayan maddi objektif teoriyi benimsediği anlaşılmaktadır. Kanunumuz elverişsiz teşebbüsü cezalandırmayı mümkün kılan bir düzenleme içermediğinden, yürürlükteki hukukumuz açısından elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması mümkün değildir.

Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarında, mutlak – nispi elverişsizlik şeklinde bir ayırım yapmadan hareketin suçu tamamlamaya elverişli olup olmamasına göre bir sonuca gittiği görülmektedir. Yargıtay'ın “...Katılana ait ...bankası kartının çalıntı ihbarı üzerine iptal edilmesi nedeniyle kullanılmasının imkansız hale gelmesinden sonra sanık... tarafından kullanılmak isterken ATM’de karta el konulduğu anlaşılacakla, bu kartla ilgili işlenemez suç hükümlerinin...” uygulanmayarak banka kartını kötüye kullanma suçundan verilen mahkûmiyet hükmünü bozduğu<sup>49</sup>, “olayda sanığın kullandığı tabanca ele geçirilmemiş olsa bile kuru sıkıdan bozma bilye/saçma/kurşun parçası atar tabanca kullandığı ve

---

*failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki sübjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacaktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık – icra hareketleri ayırımı konusunu bir kanıtlama sorunu hâline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilir. Açıklanan bu nedenlerle, Tasarıdaki “kastı şüpheye yer bırakmayacak” ölçütü madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine “doğrudan doğruya icraya başlama” ölçütü kabul edilmiştir. Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır...” erişim tarihi Haziran 30, 2022, <https://legalbank.net/belge/madde-35/2677348>.*

<sup>49</sup> Yar. 8. CD, E. 2018/1757, K. 2018/3390, 27.03.2018, erişim tarihi Eylül 27, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay/BilgiBankasiIstemciWeb/>.



*katılanın kafasındaki yaranın niteliği, araba kaportasındaki sacın delinmemiş olması dikkate alındığında, ele geçirilemeyen ve ancak soruşturmayla niteliği belirlenen tabancanın öldürmeye teşebbüs suçunu işlemeye elverişli olmadığı ve sanık açısından öldürmeye teşebbüs suçunun işlenemez suç olduğu anlaşılmalı, TCK'nın 86/2-3(e) maddesinde düzenlenen silahla kasten yaralama suçundan cezalandırılması yerine..."* kasten öldürme suçuna teşebbüsten verilen mahkûmiyet hükmünü bozduğu<sup>50</sup>, *"sanığın uyuşturucu madde almak amacıyla uyuşturucu madde ticareti isnadıyla yakalanan ...'a ait telefon numarasını aradığı ve telefonu açan polisle yaptığı görüşme üzerine yakalandığı olayda; üzerinde herhangi bir uyuşturucu ya da uyarıcı madde ele geçirilmeyen, suç tarihi ve öncesinde uyuşturucu madde kullandığı teknik yöntemlerle saptanmayan sanığın, satıcı şahıslar kolluk görevlilerinin gözetiminde iken, onlardan uyuşturucu madde satın almasının mümkün olmaması nedeniyle eylemi 'işlenemez suç' niteliğinde olduğundan suçun yasal unsurlarının gerçekleşmediği gözetilmeksizin, sanığın beraati yerine..."* kullanmak için uyuşturucu madde bulundurmaktan suçundan verilen mahkûmiyet hükmünü bozduğu<sup>51</sup> kararları bu uygulamaya örnek verilebilir.

Yukarıda belirtilen görüşler, Yargıtay uygulaması ve TCK'nın 35. maddesi metni ile gerekçesi çerçevesinde *"hareketin elverişliliğinin"* nasıl tespit edileceği konusunu değerlendirip kendi görüşümüzü ifade edecek olursak: Failin suç işlemeye iradesini ortaya koymasını ve bu kapsamda toplum açısından tehlikeliliğini esas alan, hareketin kastedilen suçu işlemeye elverişli olup olmadığını göz önünde bulundurmaktan ve adeta *"failin niyetini"* cezalandırması nedeniyle cezalandırılabilirliğin alanını çok genişleten subjektif teoriye iştirak etmiyoruz. TCK'nın 35. maddesi metni ve gerekçesinden de kanun koyucu

<sup>50</sup> Yar. 8. CD, E. 2020/5788, K. 2021/2526, 17.02.2021, erişim tarihi Eylül 7, 2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

<sup>51</sup> Yar. 10. CD, E. 2015/3098, K. 2018/9177, 11.12.2018, erişim tarihi Eylül 7, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

iradenin sübjektif teoriye taraftar olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Objektif teorilerden ise mutlaka birine bağlı kalarak sonuca varmayı da doğru bulmuyoruz. Klasik objektif teori tarafından yapılan hareketin mutlak ve nispi elverişsizliği ayırımına da katılmıyoruz. Zira, hareketin suçu tamamlamaya elverişli olup olmadığını tespitte önemli olan, hareketin suçun konusu üzerinde somut zarar doğurma tehlikesinin mevcut olup olmadığıdır; böyle bir somut tehlike olayda ya gerçekleşmiştir ya da gerçekleşmemiştir. Kullanılan araçların niteliği, miktarı, kullanılma şekli, hareketin yapıldığı yer, zaman da dahil olmak üzere somut olayın tüm gerçekleşme şartları açısından, hareketin suçun konusu üzerinde böyle bir somut tehlike doğurması imkânsız ise elverişsiz teşebbüs söz konusudur. Örneğin, mekanizması atışa kesin olarak mâni olacak şekilde arızalı (silahın tutukluk yapması şeklinde geçici arızalar değil) veya içinde mermi olmaması nedeniyle ateş etme kabiliyetini haiz olmayan silahla ateş ederek bir insana karşı kasten öldürme veya kasten yaralama suçlarını işlemek imkansızdır; zira, gerçekleştirilme şekli itibarı ile yapılan hareketin suçun konusu üzerinde somut bir zarar doğurma tehlikesi kesin olarak yoktur. Bu noktada somut tehlike teorisine yakın görüşteyiz. Somut tehlike teorisinde savunulduğu gibi, hâkimin değerlendirme yaparken ortalama bir insanı ve varsa failin özel bilgisini dikkate alıp hareketin somut olayın tüm şartları açısından suçu tamamlamaya elverişli olup olmadığını değerlendirmesi gerekir. Ancak, bu değerlendirmeyi suçun işlendiği ana giderek (ex ante) yapmak bazı durumlarda bizi objektif teoriden tamamen uzaklaştırıp sübjektif teori ile aynı noktaya getirebilir. Örneğin, hasmını öldürmek için satın aldığı ruhsatsız silahın mekanizmanın arızalı olduğunu ve bu nedenle atış yapma kabiliyetine sahip olmadığını bilmeyen failin, mağdurun bulunduğu yere tabancanın etkili menziline olacak şekilde yaklaşıp silahının namlusuna mermiyi sürdüğünü ve ateş etmek için silahını doğrultup tetiğe bastığını, ancak arızası nedeniyle silahın ateş almadığını düşünelim. Bu olaydan sonra (ex post)

gerçekleşen duruma göre değerlendirme yaptığımızda, suçun konusu olan mağdurun hayatı üzerinde somut bir tehlike gerçekleşmediği için, başka bir deyişle kullanılan araç da dahil olmak üzere yapılan hareketin ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli olmaması nedeniyle, elverişsiz teşebbüs bulunduğu sonucuna varmak ve faili kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırmamak; o ana kadar gerçekleşen suçlar olan ruhsatsız ateşli silah bulundurma ve tehdit suçlarından cezalandırmak gerekir. Bu değerlendirme olayın olduğu ana gidilerek (ex ante) ve ortalama bir insan esas alınarak yapıldığında, fiilin gerçekleştirildiği anda silahtaki mekanik arıza henüz bilinmediğinden, bunu o sırada bilmeyen fail veya ortalama kişinin suçun konusu üzerinde o andaki şartlara göre muhtemel tehlike yarattığı ve failin kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerektiği sonucuna varılacaktır. Bu örnek, içinde mermi bulunmadığı fail tarafından bilinmeyerek kasten öldürme suçunu işlemek için kullanılan tabanca açısından da verilebilir. İçinde mermi bulunmayan ve o anda fail tarafından mermi konulma ihtimali de olmayan bir tabanca atışa kesin olarak elverişli değildir; ex post bir değerlendirmede böyle bir aracın kasten öldürme suçu açısından suçun konusu üzerinde somut bir tehlike meydana getirme ihtimali olmadığı sonucuna ulaşılır. Ancak, ex ante bir değerlendirme yapıldığında hareketin yapıldığı andaki şartlara göre suçun konusu üzerinde tehlike doğurma ihtimalinin mevcut olduğu ve failin kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerektiği sonucuna varılacaktır. Verilen örneklerden anlaşılacağı üzere, gerçekleşen durumda failin hareketiyle suçun konusu olan mağdurun hayatı üzerinde somut herhangi bir tehlike gerçekleşmediği halde, hareketin yapıldığı anda ortalama kişinin subjektif bilgisine veya bilgi eksikliğine dayanarak yapılan değerlendirmede muhtemel tehlikenin mevcut olduğu sonucuna varılabilecektir. Bu da bizi subjektif teori tarafından benimsendiği gibi, yaptığı hareketle toplum açısından tehlikeliliğini ortaya koyan “failin niyetini” cezalandırmak sonucuna götürecektir; halbuki gerçekleşen

durumda failin hareketi neticeyi gerçekleştirmeye objektif olarak “*elverişli*” değildir. TCK’nın 35. maddesi metni ve gerekçesinde de dile getirildiği üzere “*elverişli hareketlerle*” icrayı arayan kanun koyucunun iradesinin böyle olmadığı anlaşılmaktadır. Yargıtay’ın yukarıda örnek olarak verdiğimiz kararlarında da hareketin elverişliliğinin ex post yapıldığını görüyoruz. Zira, yukarıda da yer verdiğimiz banka kartını kötüye kullanma suçuna ilişkin kararlarda<sup>52</sup> Yargıtay failin elde ettiği kartların kullanıma açık olup olmadığını tespit edilerek bir sonuca varılması gerektiğini özellikle vurgulamaktadır. Bu değerlendirme ve tespit ancak olaydan sonra hâkim tarafından yapılacak bir araştırmayla mümkün olabilir. Ex ante yani olay anına gidilerek bir değerlendirme yapılsaydı ortalama bir insanın veya failin bilgisi yeterli olacaktı ve olay anında kartın kapalı olmadığını düşünerek hareket ettiği açık olan failin hareketi elverişli olarak değerlendirilecekti. Ancak, yukarıda örnek mahiyetinde yer verdiğimiz Yargıtay kararlarında hareketin elverişliliği değerlendirmesinin ex post yapıldığı görülmektedir. Aksine bir kabul ve uygulamanın, gerçekte suçun konusu bir tehlikeye maruz kalmamış olsa ve failin hareketi suçu tamamlamaya elverişli olmasa dahi, failin veya ortalama kişinin olay anındaki tasavvuru esas alınarak elverişsiz teşebbüsten faili cezalandırmak sonucunu doğuracağı kanaatindeyiz. Biz de belirttiğimiz gerekçelerle ve özellikle TCK’nın suça teşebbüs açısından benimsediği objektif görüşten uzaklaşmamak adına, hareketin suçun konusu üzerinde somut bir tehlike oluşturup oluşturmadığının hâkim tarafından, failin gerçekleştirildiği tüm şartlar göz önünde bulundurulurken ex

<sup>52</sup> Yargıtay’ın konuya ilişkin verdiği bir başka karar şu şekildedir; “*Sanığın, işyerinden çaldığı katılana ait kredi kartlarından para çekmeye çalıştığı ancak kartların kullanıma kapalı olması nedeniyle çekemediği olayda; sanığın eyleminin işlenemez suç niteliğinde olduğu gözetilerek atılı suçtan beraati yerine, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi... bozmayı gerektirmiştir.*” Yar. 8. CD, E. 2018/1625, K. 2019/13067 04.11.2019, erişim tarihi Eylül 7, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

post yapılması ve sonucuna göre hareketin suçu tamamlamaya elverişli olup olmadığına karar verilmesi gerektiği görüşündeyiz.

## B. Suçun Maddi Konusunun Yokluğu

Bilindiği üzere, tipikliğin maddi unsurlarından biri de suçun konusudur. Failin fiilinin yöneldiği insan veya şey, suçun konusu olarak tanımlanmaktadır.<sup>53</sup> Suçun işlenmesiyle korunan hukuki değer ihlal edilmekte; suçun konusu ise zarara uğratılmakta veya tehlikeye düşürülmektedir.<sup>54</sup> Suç tipiyle korunan hukuki değer, suçun hukuki konusu; suçun üzerinde işlendiği kişi veya eşya ise suçun maddi konusu olarak adlandırılmaktadır.

İşlenemez suç kavramına ilişkin genel değerlendirmeler yaptığımız başlık<sup>55</sup> altında da belirttiğimiz üzere, suçun maddi konusunun yokluğunun, hareketin teşebbüse elverişliliği ile doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. “Fiil” ve “konu” suçun/tipikliğin maddi unsurlarından olduğundan, her iki durumda da suçun maddi unsurlarından birinin yokluğu nedeniyle tipiklik gerçekleşmeyecek ve “işlenemez suç” olarak adlandırdığımız bu durum nedeniyle fail maddi unsurları yönünden oluşmayan suçtan cezalandırılmayacaktır.

Sübjektif teorinin, suç kastını ortaya koyan failin neticeyi gerçekleştirmeye elverişsiz hareketi bulunmasına rağmen failin suça teşebbüsten cezalandırılması gerektiği yönündeki görüşü, bu teorinin taraftarları açısından suçun konusunun yokluğu hallerinde de aynı gerekçelerle geçerliliğini korumaktadır. Suç işleme kastını ortaya koyarak toplum açısından tehlikeliliği ve

<sup>53</sup> Toroslu, *Ceza Hukuku*, 66; Koca ve Üzülmez, *Genel Hükümler*, 117.

<sup>54</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, 220.

<sup>55</sup> I/A. İşlenemez Suç Kavramı

ahlaki kötülüğü belirlilik kazanan fail, birtakım tesadüflerin gerçekleşmesi nedeniyle neticenin gerçekleşmemesi durumunda cezasız kalmamalıdır. Örneğin, mağdurun elini soktuğu cebinde para bulamayan veya daha önce öldüğünü bilmediği mağdura ateş eden fail, bundan dolayı işlenemez suç olduğu gerekçesiyle cezadan kurtulmamalıdır.<sup>56</sup>

Doktrinde objektif teori tarafından suçun maddi konusunun mutlak-nispi/arızı yokluğu şeklinde bir ayrıma gidildiğini, hareketin yapıldığı sırada konunun mevcut olmadığı durumların mutlak yokluk olarak kabul edilerek, bu hallerde işlenemez suçun söz konusu olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Failin öldürme kastıyla cesede ateş etmesi veya gebe olmayan bir kadının sözde çocuğunu düşürtmeye yönelik fiiller gerçekleştirilmesi yahut hırsızlık yapmak amacıyla failin girdiği deponun tamamen boş olması nedeniyle bir şey çalamaması örneklerinde suçun konusunun mutlak yokluğu nedeniyle işlenemez suç söz konusudur. Konunun nispi yokluğu ise esasen mevcut olan konunun hareketin yapıldığı anda geçici olarak bulunmayışını ifade eder. Mağdurun cüzdanının failin elini soktuğu cebinde değil bir başka cebinde bulunması, mağdurun az önce boşalttığı yatağa fail tarafından (bu durum bilinmeden) bıçak saplanması örneklerinde konunun o anda mevcut olmaması nispidir ve fail elinde olmayan nedenlerle tamamlayamadığı suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Taner, *Ceza Hukuku*, 282; Demirbaş, *Genel Hükümler*, 515; Coşkun Koç, "Suçun Konusunun Yokluğu Durumunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 147 (2020), 64-65.

<sup>57</sup> Önder, *Ceza Hukuku*, 407-408; Erem, *Genel Hükümler I*, 501-502; Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 115-116; Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: US-A Yayıncılık, 2016), 318-319; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukuku*, 478; İpekçioğlu Aksoy, *Suçta Teşebbüs*, 109; Aydın, "İşlenemez Suç," 86; Özocak, *Suçta Teşebbüs*, 156; Koç, "Suçun Konusunun Yokluğu," 57, 61ff.

Suçun konusunun mutlak-nispi yokluğu şeklinde bir ayırım yapılması; her iki halde de suçun işlenmesi netice itibarıyla aynı derecede imkânsız olduğundan, suçun konusunun mutlak bulunmayışına işlenemez suç, arızı olarak bulunmayışına ise suça teşebbüs şeklinde ayrı hukuki sonuçlar bağlanmasının yerinde olmadığı şeklindeki gerekçelerle eleştirilmiştir.<sup>58</sup> Zira, suçun konusunun yokluğu bakımından mutlak veya nispi yokluk şeklinde bir ayırım yapılamaz; suçun konusu ya vardır ya da yoktur. Suçun konusunun yokluğu farazi bir değerlendirmeye değil, somut olayın şartları göz önünde bulundurularak tespit edilebilir. Bu nedenle suçun konusunun bulunmadığı hallerde işlenemez suçun var olduğu kabul edilmelidir.<sup>59</sup>

Bu eleştiriler üzerine, suçun konusunun hareketin icrasına başlamadan önce yokluğu ile hareketin icrasına başlanmasından sonra yokluğu şeklinde ikili bir ayırım yapılması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, icra hareketleri başlamadan önce suçun konusu mevcut değilse işlenemez suç söz konusudur. Cesede öldürme kastıyla ateş edilmesi veya mağdurun bulunduğu zannedilen yatağa bıçak saplanması örneklerinde olduğu gibi icra hareketleri başlamadan önce suçun konusu mevcut olmadığı için işlenemez suç söz konusudur. Ancak, kendisine tehdit mektubu gönderildiği sırada hayatta olan mağdurun mektubu okumadan önce ölmesi, kendisinin bulunduğu istikamete hasmı tarafından silahın namlusunun çevrildiğini fark eden mağdurun fail ateş etmeye fırsat bulamadan buradan uzaklaşması örneklerinde olduğu gibi icra hareketleri başladıktan sonra suçun konusu ortadan

---

<sup>58</sup> Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 116-118; Ersan, "İşlenemez Suç," 61.

<sup>59</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, 561; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, 431.

kalktığından, failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir.<sup>60</sup>

Konunun mevcut olup olmamasına yönelik değerlendirme olaydan sonra (ex post) ve hareketin objektif tehlikeliliği dikkate alınmadan yapıldığından, cezalandırılabilir teşebbüsün alanını işlenemez suç lehine daralttığı gerekçesiyle bu görüş de eleştirilmiştir.<sup>61</sup> Bu kapsamda ileri sürülen somut tehlike veya diğer adıyla yeni objektif teori ise, suçun konusunun yokluğu ile ilgili değerlendirmenin klasik/eski objektif teori tarafından ileri sürüldüğü gibi olaydan sonra (ex post) değil, olayın olduğu ana gidilerek (ex ante) yapılması gerektiği görüşündedir.<sup>62</sup> Hâkimin bu değerlendirmeyi yaparken fiziken ve ruhen sağlıklı ortalama bir insanı ve failin mevcutsa somut olaya ilişkin özel bilgisini de dikkate alarak, hareketin yapıldığı anda suçun konusunun muhtemel olarak mevcut olup olmadığını araştırması ve suçun konusunun mevcudiyeti muhtemelse teşebbüs hükümlerini uygulaması, değilse işlenemez suçun varlığı kabul edilerek faili cezalandırmaması gerekir.<sup>63</sup>

Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararında<sup>64</sup>; "...suça sürüklenen çocuğun şikayetçiye ait işyerinden yalnızca, sahte olması münasebetiyle ekonomik değeri bulunmayan 200 TL parayı çaldığı

<sup>60</sup> Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 118-123.; Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 319; İpekçioğlu Aksoy, *Suçta Teşebbüs*, 111; Koç, "Suçun Konusunun Yokluğu," 58; Özocak, *Suçta Teşebbüs*, 158; Giyik, "İşlenemez Suç," 189.

<sup>61</sup> Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 124-125.

<sup>62</sup> Önder, *Ceza Hukuku*, 408; Erem, *Genel Hükümler I*, 502; Centel, Zafer ve Çakmut, *Ceza Hukuku*, 478; Erdem, *İşlenemez Suç*, 138; Bakım, "İşlenemez Suç," 305-306.

<sup>63</sup> Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 125-126; Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler*, 319; İpekçioğlu Aksoy, *Suçta Teşebbüs*, 115; Özocak, *Suçta Teşebbüs*, 161; Koç, "Suçun Konusunun Yokluğu," 65-68.

<sup>64</sup> Yar. 13. CD, E. 2015/17287, K. 2017/5738, 22.5.2017, erişim tarihi Eylül 7, 2022,  
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).



*husususu sübuta ermiş ise de, 'Yeni Türk Ceza Adalet Sisteminde' elverişsiz teşebbüsü cezalandırmanın mümkün olmadığı, suç konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez bir suçun söz konusu olduğu, sabit kabul edilen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmadığının anlaşılması karşısında, CMK'nın 223/2-a maddesi hükmü uyarınca suça sürüklenen çocuk ...'ın hırsızlığa teşebbüsten beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi"* nedeniyle mahkûmiyet hükmünü bozduğu görülmektedir. Bu Karar'a sonuç olarak katılmakla birlikte, suçun maddi konusunun yokluğu ile elverişsiz teşebbüsü aynı anlama gelen kavramlar şeklindeki kabule iştirak etmiyoruz. Benzer bir olaya ilişkin verilen kararda Yargıtay; sanığın şikayetçinin tezgahında bulunan poşet içerisinde maddi değeri olmayan çakıl taşını çalmasının, suç konusunun yokluğu nedeniyle işlenemez suç olduğunu kabul ederek, sanığın beraati yerine hırsızlığa teşebbüsten verilen mahkûmiyet hükmünü bozmuştur.<sup>65</sup> Yargıtay konuya ilişkin bir başka kararında da; derneklerce düzenlenen kimlik kartlarının hukuksal sonuç doğurma yeteneği bulunmaması, yasal hiçbir geçerliliğinin olmaması nedeniyle sahtecilik suçlarına konu oluşturmayacağı gerekçesiyle bu durumu suçun konusunun bulunmaması sebebiyle işlenemez suç kabul ederek, sahtecilik suçundan verilen mahkûmiyet hükmünü bozmuştur.<sup>66</sup> Yargıtay'ın bu kararlarında açıkça ifade edilmemekle birlikte, suçun konusunun mevcut olup olmadığına dair değerlendirme olayın olduğu ana gidilerek (ex ante) hareketin yapıldığı anda suçun konusunun muhtemelen olup olmadığına göre değil, olaydan sonra (ex post) gerçekleşen somut durumda konunun yokluğunun tespiti sonucuna göre yapıldığı anlaşılmaktadır.

<sup>65</sup> Yar. 13. CD, E. 2018/12296, K. 2018/18521, 18.12.2018, erişim tarihi Eylül 7, 2022, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

<sup>66</sup> Yar. 6. CD, E. 2002/20150, K. 2003/9400, 04.12.2003, erişim tarihi Eylül 7, 2022, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/6cd-2002-20150.htm>.

Yukarıda ifade edilen görüşlerden, suçun konusunun yokluğu halinde dahi toplum açısından tehlikeliliğini ortaya koyan failin cezalandırılması gerektiği yönündeki “failin niyetini” cezalandıran subjektif görüşe taraftar olmadığımızı öncelikle ifade edelim. Suçun konusunun mutlak – nispi yokluğu yahut hareketin icrasına başlamadan önceki yahut sonraki yokluğu şeklindeki ayrımlara katılmıyoruz. Suçun maddi konusu ya vardır ya da yoktur. Örneğin, fail mağdurun parasını/cüzdanını çalmak için montunun bir cebine elini soktuğunda, cüzdanın diğer cepte olması ve durumun mağdur tarafından fark edilip failin yakalanması halinde, mağdurun bu cebinin boş olması suçun konusunun bulunmadığı anlamına gelmemektedir; elinde olmayan nedenlerle işlemeyi kastettiği suçu tamamlayamayan failin hırsızlık suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerekir. Bununla birlikte, failin hırsızlık amacıyla tamamen boş bir depoya veya apartman dairesine girmesi durumunda bu suçun maddi konusunu oluşturan “taşınır mal”ın yokluğu nedeniyle, suçun konusunun varlığından herhangi bir şekilde söz edilemeyen böyle bir durumda, fail açısından işlenemez suç teşkil eden hırsızlık suçundan failin cezalandırılması mümkün değilse de bu ana kadar olan fiillerinin vücut verdiği konut dokunulmazlığının ihlali suçundan cezalandırılması mümkündür. Ancak, failin girdiği deponun birden fazla odasından birinin tamamen boş olması, fakat diğer odalarında veya deponun başka herhangi bir yerinde hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecek eşyanın bulunması durumunda, aynı şeyi söylemek mümkün değildir; depoda girdiği odanın boş olduğunu gören failin taşınır mal bulunan diğer odalara bakmadan yakalanması durumunda hırsızlık suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerekir. Somut tehlike teorisinin (yeni objektif teori), suçun konusunun yokluğu ile ilgili değerlendirmenin olayın olduğu ana gidilerek (ex ante) yapılması gerektiği yönündeki görüşüne de iştirak etmiyoruz. Zira, bu görüşe göre, hâkim suçun konusunun varlığı veya yokluğuna karar verirken, ortalama bir insanı ve failin özel

bilgisini esas alarak olayın olduğu andaki verilere göre bu değerlendirmeyi yapacaktır. Örneğin, failin bir sandalyede uyuduğunu düşündüğü ama gerçekte olaydan kısa bir süre önce kalp krizi geçirerek ölmüş olan hasmına öldürme kastıyla ateş ettiği olayda, olayın olduğu andaki verilere göre ortalama insan veya fail mağdurun yaşadığını düşünerek ateş edecektir (Aksi bir düşüncede olsa bu fiili gerçekleştirmeyeceği açıktır). Ex ante yapılacak değerlendirmedeki bu verilere göre, suçun konusunun hareketin yapıldığı anda muhtemelen var olduğu kabul edilerek failin kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerekir. Ancak, olaydan sonra (ex post) yapılacak otopsi ile mağdurun ölüm anının failin fiilinden önce olduğu ve dolayısıyla fail icra hareketlerine başlamadan önce suçun maddi unsurlarından konunun bulunmadığı anlaşılacaktır. Bu durum da suça teşebbüsle ilgili bir mesele olmayıp, tipikliğin unsurlarından birinin bulunmaması nedeniyle, bir tipiklik problemidir. Başka bir örneği somut tehlike teorisi üzerinden açıklarsak, icra hareketlerinin başladığı sırada sürekli kullandığı yatağında olmayan mağduru yatağında zannederek öldürme kastıyla bıçağı yatağa saplayan failin, olayın olduğu ana gidilerek (ex ante) yapılacak değerlendirmeyle, o andaki verilere göre suçun konusu olan mağdurun bu yatakta bulunmasının muhtemel olması ve bu durumun da suçun konusu üzerinde muhtemel tehlike doğurması nedeniyle kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerekir. Ancak, olaydan sonra yapılacak (ex post) değerlendirmeyle, suçun konusunun fiilin icra edildiği yerde olmaması nedeniyle suçun maddi unsurlarından “konu”nun bulunmadığı ve tipikliğin gerçekleşmediğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Öte yandan, suçun konusu fiilin icra edildiği yerde bulunmuyorsa, başka bir deyişle fiil ile konu unsurlarının zamansal ve mekânsal olarak bir arada bulunması mevzu bahis değilse, işlenen fiille “konu”nun objektif ve somut bir tehlikeye maruz kaldığını söylemek de mümkün değildir. Verdiğimiz bu örnekte, mağdurun her zaman kullandığı yatakta mağdur değil bir başkası uyusa ve fail

mağdur zannederek bu şahsı öldürse, somut tehlike teorisine göre, ex ante yapılacak bir değerlendirmeyle, faili hem öldürmek isteyip de öldüremediği kişiye karşı kasten öldürme suçuna teşebbüsten hem de öldürdüğü 3. kişiye karşı kasten öldürme suçundan cezalandırmak gerekir. Failin niyetini cezalandırmak olduğu açık olan ve sübjektif teoriye yaklaşan somut tehlike teorisine belirttiğimiz gerekçelerle iştirak etmiyoruz. Yargıtay'ın yukarıda yer verdiğimiz kararlarında da suçun konusunun varlığı veya yokluğu ile ilgili değerlendirme bizim de iştirak ettiğimiz şekilde olaydan sonraki verilere göre (ex post) yapılmaktadır.

Sonuç olarak, fiilin icrası sırasında suçun konusunun muhtemel varlığı veya yokluğu ayrımı yerinde değildir; ex post yapılacak bir değerlendirmeyle suçun konusunun fiilin icrası sırasında bulunmadığı tespit edildiği takdirde, suçun maddi unsurlarından birinin yokluğu nedeniyle tipikliğin gerçekleşmediği ve dolayısıyla suçun oluşmadığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, failin o ana kadar gerçekleştirdiği fiiller ayrı bir suç oluşturuyorsa, fail bundan dolayı cezalandırılmalıdır.<sup>67</sup>

### C. Özel Faillik Niteliğini Taşımama

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, sadece özel faillik niteliğine sahip olan kişilerin işleyebileceği “gerçek özgü suçlar” açısından fiili işleyen kişinin kanunun aradığı özel faillik niteliğine sahip olmaması durumunda, tipikliğin gerçekleştiğinden bahsetmek mümkün değildir.

Doktrinde, bu konu üzerinde mefruz/sözde suç ve elverişsiz teşebbüs kavramları kapsamında tartışmalar bulunmaktadır.

<sup>67</sup> Suçun konusunun yokluğuna ilişkin değerlendirmenin ex post yapılması gerektiğine yönelik benzer görüş için bkz. Kantarcı, *İşlenemez Suç*, 267ff.

Failin suç işlediğini zannetmesine rağmen, aslında böyle bir suçun mevcut olmaması şeklinde ifade edilebilecek mefruz suçun; hukuki veya fiili yanılmaya dayanan mefruz suç şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulduğunu görmekteyiz.<sup>68</sup> Hukuki yanılmada, failin fiili bir suça vücut vermemesine rağmen, fail fiilinin suç olduğunu zannetmektedir. Zina yapan kişinin bunun bir suç tipini ihlal ettiğini zannetmesi örneğinde olduğu gibi, böyle durumlarda tersine yasak hatası söz konusudur.<sup>69</sup> Fiili yanılmada ise, başkasının malı zannederek failin kendi malını alması örneğinde olduğu gibi, *-tersine unsur yanılıgısı olarak adlandırılacak böyle bir durumda-* fail normun hukuki varlığında değil maddi unsurlarında yanılmaktadır.<sup>70</sup> Alman hukukunda, özel faillik niteliğini taşıyan kişilerin işleyebileceği özgü suçlarda, failin fiilini gerçekleştirdiği sırada bu niteliğe sahip olmamasını, fiili yanılma olarak nitelendirip, failden kaynaklanan elverişsizlik hali olarak gören ve bu durumu *“elverişsiz teşebbüs”* kapsamında değerlendiren yazarlar olduğu gibi, böyle bir durumda suçun maddi unsurlarından *“fail”* unsurunun eksik olması nedeniyle *“sözde suç”*un varlığını kabul eden yazarlar da bulunmaktadır.<sup>71</sup>

Türk doktrininde konunun çok fazla tartışılmadığını görmekteyiz. Alacakaptan; sözde suç ile işlenemez suçu birbirinden ayırmaktaki kriterin, icra edilmesi amaçlanan fiilin kanunda suç sayılıp sayılmaması olduğunu, sözde suçun yalnız hukuki yanılmadan doğabileceğini, doktrinin fiili yanılma sebebiyle sözde suç şeklinde nitelendirdiği durumun işlenemez suç kapsamında incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> Demirbaş, *Genel Hükümler*, 232-233.

<sup>69</sup> Erdem, *İşlenemez Suç*, 47.

<sup>70</sup> Demirbaş, *Genel Hükümler*, 233; Alan, *“İşlenemez Suç,”* 444.

<sup>71</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Kantarcı, *İşlenemez Suç*, 279ff.

<sup>72</sup> Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, 11.

Önder'in ise hareketin elverişsizliğini, suçun konusunun yokluğunu ve "suç tipinin ihlal edilebilmesi için failin belirli niteliklere sahip olmasını" işlenemez suç kapsamındaki üç durum olarak ifade ettiğini görmekteyiz.<sup>73</sup>

İşlenemez suçu bir tipiklik problemi, başka bir deyişle tipikliğin maddi unsurlarından birinin somut olayda mevcut olmaması nedeniyle tipikliğin gerçekleşmesinin mümkün olmaması olarak kabul etmemiz nedeniyle, bu kapsamdaki "özel faillik niteliğinin bulunmaması" halinin de "işlenemez suç" kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bizi bu şekilde bir tasnif yapmaya sevk eden nedenlerin başında yukarıda Türk doktrinine ilişkin yer verilen görüşler ve Yargıtay'ın gerçek özgü suçlardan sırf askeri suçlarla ilgili olarak yakın tarihlerde verdiği istikrar bulmuş kararları gelmektedir. Bu kararlardan bazılarını inceleyerek konuya açıklık getirelim.

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında<sup>74</sup>; "...Fırar ve izin tecavüzü eylemleri, askerliğe elverişli kişiler tarafından işlenebilen sırf askeri suç niteliğindeki suçlardan olduğundan, sanığın suç tarihlerini kapsayacak şekilde askerliğe elverişsizlik durumunun belirlenmesi halinde eylemlerin işlenemez suç niteliğine bürüneceği kuşkusuzdur. Gülhane Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 28/07/2016 tarihli sağlık kurulu raporu ile, suç tarihlerinde askerliğe elverişli olmadığı tespit edilen sanığın üzerine atılı firar suçunun işlenemez suç vasfına dönüştüğü gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde ceza

<sup>73</sup> Önder, *Ceza Hukuku*, 407. Kantarcı; Alman hukukundaki görüşlere benzer bir tasnife giderek, "...fail, somut olayın maddi şartlarında bir hataya düşmüş ise bu durum tersine unsur yanlılığı olarak değerlendirilmeli ve elverişsiz teşebbüsün ortaya çıktığı kabul edilmelidir. Buna karşın fail, somut olaya ilişkin tüm şartları bilmesine rağmen, yanlış bir hukuki yorum sebebiyle kendisini fail zannediyorsa bu ihtimalde sözde suçun ortaya çıktığı kabul edilmelidir." şeklinde görüşlerini ifade etmektedir. Kantarcı, *İşlenemez Suç*, 289.

<sup>74</sup> Yar. 19. CD, E. 2018/8475, K. 2019/15043, 04.12.2019, erişim tarihi Eylül 7, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay/BilgiBankasiIstemciWeb/>.

*verilmesine yer olmadığına ve güvenlik tedbiri uygulanmasına karar verilmesi...*" nedeniyle hükmü bozmuştur. Bir başka kararda<sup>75</sup> da; "...sağlık kurulu ek raporu ile 19/09/2013 tarihinde itibaren askerliğe elverişli olmadığı tespit edilen **sanık açısından sırf askeri suç niteliğinde olan ve sadece asker kişiler tarafından işlenebilen firar suçu işlenemez suç haline geldiğinden sanığın atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,..." nedeniyle mahkûmiyet hükmünü bozmuştur.**

Yukarıda zikredilen kararlar ile benzeri kararlara<sup>76</sup> yansıyan olaylarda; fail askeri birliğinden firar ederek veya gittiği izinden dönmeyerek Askeri Ceza Kanununun (AsCK) 66. maddesinde düzenlenmiş firar veya izin tecavüzü suçunun icrasına başlamakta, kesintisiz suçlardan olan bu suçların icrasının bittiği tarihten sonra, suç tarihlerinde askerliğe elverişli olup olmadığına dair şüphe bulunan failin Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliği'nde<sup>77</sup> düzenlemiş olan "*askerliğe elverişlilik*" sağlık kriterlerini taşıyıp taşımadığına dair sağlık kurulu raporu aldırılmaktadır. Sırf askeri suçlardan olması nedeniyle sadece fiili işlediği tarihlerde "*asker*" olma "*özel faillik niteliğini*" taşıyanların işleyebileceği firar veya izin tecavüzü suçları, suç tarihlerini kapsayacak şekilde (geçmişe dönük olarak) hakkında "*askerliğe elverişli değildir.*" kararlı sağlık kurulu raporu verilen fail açısından, "*işlenemez suç*" niteliğinde olmakta ve tipikliğin gerçekleşmemesi nedeniyle fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekmektedir.

<sup>75</sup> Yar. 19. CD, E. 2019/27927, K. 2019/14701, 27.11.2019, erişim tarihi Eylül 7, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

<sup>76</sup> Yar. 19. CD, E. 2019/29933, K. 2019/14699, 27.11.2019; Yar. 19. CD, E. 2019/30245, 2019/12513, 09.10.2019, erişim tarihi Eylül 7, 2022, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

<sup>77</sup> RG. 11.11.2016, S. 29885

Yargıtay'ın bu kararlarına iştirak ediyoruz ve benzeri durumlarda diğer sırf askeri suçlar<sup>78</sup> ile bunlar dışında kalan "gerçek özgü suçlar" açısından da failin fiili gerçekleştirdiği sırada "özel faillik niteliğini taşımaması" hallerinin işlenemez suç kapsamında olduğunu değerlendiriyoruz. Örneğin, benzeri bir değerlendirmeyi AsCK'nın 87. maddesinde düzenlenmiş olan ve sırf askeri suç niteliğindeki "emre itaatsizlikte ısrar" suçu açısından da yapabiliriz. Failin bu suçun kanuni tanımındaki fiili işlediği tarihte, sağlık kurulu raporu ile "askerliğe elverişli olmadığına" karar verildiği takdirde, bu suç fail açısından işlenemez suç olacaktır.<sup>79</sup>

Bununla birlikte, fiili işlediği sırada özel faillik niteliğini taşımayan kişi açısından, sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilecek zimmet, rüşvet, irtikap, işkence, görevi kötüye kullanma gibi görev suçları veya yalan tanıklık gibi bizzat işlenebilen suçlar da işlenemez suç mahiyetinde olacaktır. Ancak, özel faillik niteliğini taşımayan kişinin fiili bir başka suç oluşturuyorsa, fail bu suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Örneğin; zimmet suçunun faili olabilmek için sadece kamu görevlisi sıfatını taşımak yeterli değildir. Kamu görevlisinin görevi nedeniyle zilyedliği devredilmiş veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu Devlet malı üzerinde malik gibi tasarrufta bulunması; bu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesi gereklidir. Zimmet suçunun failinin fiili işlediği sırada kamu görevlisi olması yeterlidir, emeklilik, istifa gibi bir sebeple

---

<sup>78</sup> Bkz. dpn. 31.

<sup>79</sup> Failin suç tarihinde askerliğe elverişli olup olmadığına dair tıbbi inceleme soruşturma veya kovuşturma sırasında ilgili makamların kararıyla yapılmakta ve alınan sağlık raporu içeriğine göre, failin suç tarihinde askerliğe elverişli olmadığına karar verildiği takdirde, failin suç tarihindeki özel faillik niteliği olan "asker" olma durumu ortadan kalktığı için, isnat edilen "emre itaatsizlikte ısrar" suçu fail açısından "işlenemez suç" niteliğinde olmaktadır.



bu sıfatın sonradan kaybedilmiş olması önemli değildir.<sup>80</sup> Kural bu olmakla birlikte, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun<sup>81</sup> 48. maddesi veya diğer ilgili mevzuatta kamu görevlisi olarak atanmak için aranan gerekli şartları taşımadığı halde hileli davranışlarıyla (örneğin sahte diploma ibraz ederek) kamu görevine atanmasını sağlayan kişi bu görev sırasında kendisine zilyetliği devredilmiş Devlet malını zimmetine geçirse ve bu nedenle zimmet suçundan ceza soruşturması veya kovuşturması başlatıldıktan sonra, kamu görevine atanmasına ilişkin yaptığı hileli davranış tespit edilerek yetkili idari makam tarafından kamu görevine atanmasına dair idari işlemin geri alınmasına karar verilse<sup>82</sup>, fail suç tarihinde sahip olduğu kamu görevlisi sıfatını geçmişe etkili olarak kaybedeceğinden ve dolayısıyla suç tarihinde özel faillik niteliğini taşımadığından, bu kişi açısından zimmet suçunun işlenemez suç olacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte, failin fiili güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğundan, bu suçtan cezalandırılması gerekecektir.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 1252; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 1047.

<sup>81</sup> RG. 23.07.1965, S. 12056.

<sup>82</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), 463-464 "...Geri almada geri alınan işlemin öncesine dönlür. Geri alma ile birlikte, işleme bağlı diğer hukuki işlemlerin, sonuçların ortadan kaldırılması gerekir. ... İlgilisinin hilesi, yanlış beyanı, sahte belge kullanımı ve idarenin açık hatası hallerinde, geri alma için getirilen dava açma süresi sınırı uygulanmaz. Bu tür işlemler her zaman geri alınabilir..."; Ramazan Çağlayan. *İdare Hukuku Dersleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 412-415 "Geri alma, işlemin yapıldığı tarihten itibaren ortadan kaldırılması, hukuk aleminde çıkarılması veya bir idari işlemin başka bir idari işlemle hükümsüz hale getirilmesi, yapıldığı tarihten itibaren hukuk alanından silinmesi demektir. ... Yokluk, açık hata ve ilgilinin hileli davranışı sonucu oluşan işlemlerin geri alınmasında belli bir sürenin ileri sürülemeyeceği, bunların her zaman geri alınabileceği, zira bu tür işlemlerin korunması gereken kişisel sonuçlar doğurmayacağı kabul edilmektir."

<sup>83</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, *Ceza Özel Hukuku*, 1251.

## SONUÇ

Hareketin elverişli veya elverişsiz olması suça teşebbüse vücut verecek nitelikte icra hareketlerinin bulunup bulunmadığının tespitiyle ilgilidir; suçun maddi konusunun yokluğunun, hareketin teşebbüse elverişliliği ile doğrudan bir ilgisi yoktur. Ancak, elverişsiz hareketin söz konusu olduğu durumlarda da suçun maddi unsurlarından “*fil*” unsurunun yokluğu nedeniyle “*işlenemez suç*” söz konusudur. Her iki durumda da suçun maddi unsurlarından birinin yokluğu nedeniyle, tipiklik gerçekleşmeyecek ve fail maddi unsurları yönünden oluşmayan suçtan cezalandırılmayacaktır.

Suçun konusunun yokluğu ile “*elverişsiz teşebbüsün*” aynı anlama gelmediğini, ancak, “*işlenemez suç*”un, “*elverişsiz teşebbüsü*” ve “*suçun maddi konusunun yokluğunu*” içine alacak şekilde üst kavram olduğunu değerlendiriyoruz. Bununla birlikte, doktrinde genel olarak “*işlenemez suç*” başlığı altında incelenmeyen, ancak Yargıtay’ın son zamanlarda verdiği kararlarına yansıyan “*özel faillik niteliğini taşımama*” halinin de işlenemez suçun bir görünüm şekli olduğunu değerlendiriyoruz. Özel faillik niteliğine sahip olan kişilerin işleyebileceği “*gerçek özgü suçlar*” açısından fiili işleyen kişinin kanunun aradığı özel faillik niteliğine sahip olmaması durumunda, tipikliğin gerçekleştiğinden bahsetmek mümkün değildir. “*Özel faillik niteliğini taşımayan*” kişiler bu suçların faili olamayacağından, tipikliğin maddi/objektif unsurlarından birinin mevcut olmaması nedeniyle, bu kişiler açısından “*işlenemez suç*”un söz konusu olduğu kanaatindeyiz.

İşlenemez suçlarda tipikliğin manevi unsurunda bir eksiklik yoktur. Başka bir deyişle fail belirli bir suçu işleme kastıyla hareket etmektedir. Ancak, eksik olan tipikliğin maddi unsurlarından; (özel faillik niteliğine sahip) fail, fiil veya maddi konudur. Bu noktada fiilin elverişsizliğinden bahsedebiliriz; ancak, maddi konunun elverişsizliğinden değil yokluğundan

bahsedebiliriz. Öldürme kastıyla cesede ateş etme, gebe olmayan kadının sözde çocuğunu düşürtmeye çalışma, başkasının zannederek kendi malını alma örneklerinde olduğu gibi suçun maddi konusu bulunmadığından tipiklikteki bu eksiklikten dolayı suç oluşmayacaktır.

Tipikliğin maddi unsurlarının oluşmaması nedeniyle hukuken bir suçun varlığından söz etmek mümkün olmadığına ve hukukumuzda işlenemez suçun cezalandırılmasına imkân tanıyan bir düzenleme mevcut olmadığı göre, Anayasa'nın 38. maddesi ile TCK'nın 2. maddesinde düzenlenen ve ceza hukukuna hakim olan temel ilkelerden olan "*kanunilik ilkesi*" gereğince, işlenemez suçtan dolayı failin cezalandırılması mümkün değildir. Bunun bir eksiklik olduğunu değerlendirmiyoruz. Zira, işlemeye kastettiği suçla korunan hukuki değeri ihlal tehlikesi veya suçun maddi konusu üzerinde herhangi bir tehlike doğurmayan failin toplum açısından tehlikeliliği gerekçe gösterilerek cezalandırılması veya güvenlik tedbiri uygulanması yönünde düzenleme yapılması, bizi sübjektif teorinin benimsenmesi ve ceza sorumluluğunun alanını belirsiz kılıp katlanılmaz hale getirmek sonucunu doğuracak olan "*failin niyetini cezalandırmak*" noktasına götürecektir.

TCK'nun 35. maddesi metni ve gerekçesinden, kanun koyucu iradenin "*hareketin elverişliliğini*" tespit konusunda sübjektif teoriye taraftar olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Hareketin suçu tamamlamaya elverişli olup olmadığının tespitinde, TCK'nın suça teşebbüs açısından benimsediği objektif görüşten uzaklaşmamak adına, hareketin suçun konusu üzerinde somut bir tehlike oluşturup oluşturmadığının hâkim tarafından, fiilin gerçekleştirildiği tüm şartlar göz önünde bulundurularak ex post yapılması ve sonucuna göre hareketin suçu tamamlamaya elverişli olup olmadığına karar verilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Suçun konusunun mutlak – nispi yokluğu yahut hareketin icrasına başlamadan önceki yahut sonraki yokluğu şeklindeki

ayrımara iştirak etmiyoruz. Suçun maddi konusu ya vardır ya da yoktur. Hâkim tarafından olay anına gidilip ortalama bir kişi esas alınarak değerlendirme yapılması ve fiilin icrası sırasında suçun konusunun muhtemel varlığı veya yokluğu ayrımı yapılarak sonuca gidilmesi de kanaatimizce yerinde değildir; ex post yapılacak bir değerlendirmeyle suçun konusunun fiilin icrası sırasında bulunmadığı tespit edildiği takdirde, tipikliğin gerçekleşmediği ve dolayısıyla suçun oluşmadığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte, failin o ana kadar gerçekleştirdiği fiiller ayrı bir suç oluşturuyorsa, fail bundan dolayı cezalandırılmalıdır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olup olmadığını belirtmiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author received no financial support for this study.

**Conflict of Interest:** The author did not specify whether there was a conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

**KAYNAKÇA**

- Akbulut, İlhan. "İşlenemez Suç." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 53, sayı 1-4 (1990): 139-143.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.
- Alacakaptan, Uğur. *İşlenemez Suç*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 223.
- Alan, Ayşen. "İşlenemez Suç." *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, sayı 16 (2020): 437-479.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Aydın, Devrim. "Suça Teşebbüs." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, sayı 1 (2006): 85-113.
- Aydın, Murat. "İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, sayı 1 (2013): 77 – 104.
- Bakım, Sevi. "İşlenemez Suç." *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, sayı 1 (2021): 289-322.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.
- Çağlayan, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım I*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1997.
- Erdem, Büşra. "İşlenemez Suç." Doktora Tezi. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.
- Erem, Faruk. *Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler I*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1993.

- Ersan, Aykut. "İşlenemez Suç." *Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi*, sayı 4 (2017): 49-68.
- Giyik, Abdulkaki. "İşlenemez Suç." *Ceza Hukuku Dergisi* 8, sayı 21 (2013): 181-195.
- Hafızoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: US-A Yayıncılık, 2016.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- İçel, Kayıhan, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu ve Yener Ünver. *Suç Teorisi*. İstanbul: Sebat Yayıncılık, 1999.
- İçer, Zafer. "Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması Meselesi." Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- İpekçioğlu Aksoy, Pervin. *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.
- Kantarıcı, Nurullah. *İşlenemez Suç*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Kazaker, Gözde. "Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs." Doktora Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmaz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Koç, Coşkun. "Suçun Konusunun Yokluğu Durumunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 147 (2020): 49-73.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.

- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Özocak, Gürkan. *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Soyaslan, Doğan. *Teşebbüs Suçu*. Ankara: Kazancı Yayınevi, 1994.
- Sözüer, Adem. *Suçta Teşebbüs*. İstanbul: Kazancı Yayınevi, 1994.
- Taner, M. Tahir. *Ceza Hukuk Umumî Kısım*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 532, 1953.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2005.
- Tozman, Önder. "Suça Teşebbüs." Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Yenisey, Feridun ve Gottfried Plagemann. *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2015.

# FRANSIZ VERİ KORUMA OTORİTESİNİN (CNIL) GOOGLE KARARI VE TÜRK HUKUKU BAĞLAMINDA ÇEREZLER

*Cookies in the Context of the French Data  
Protection Authority's (CNIL) Google Decision and  
Turkish Law*

**Alper IŞIK\***

## Öz


Çerezler, internet üzerindeki gezinti üzerinde pozitif ve negatif olmak üzere önemli etkilere sahiptir. Genel olarak web üzerindeki gezinti performansını artırmayı amaçlayan çerezler, aynı zamanda gezinti takibi yaparak hedefli reklamcılık uygulamalarında ya da profillemeye faaliyetlerinde de kullanılmaktadır. Bu yüzden çerez uygulamaları, veri koruma hukukunun önemli bir alanını oluştururlar ve AB mevzuatında düzenlenmişlerdir. 2021 yılında Google'ın çerezlerin yönetimine dair yapmış olduğu uygulamalara dair şikayetler, Fransız Veri

\* Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı), alper@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3784-8297.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 14.10.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 18.11.2022.

**Atıf/Citation:** Işık, Alper. "Fransız Veri Koruma Otoritesinin (Cnil) Google Kararı ve Türk Hukuku Bağlamında Çerezler." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 762-797.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 



Koruma Otoritesi (CNIL) tarafından soruşturulmuş ve Google'ın iki şirketine toplam 150 milyon Euro para cezası verilmiştir. Söz konusu karar, çerezlerin nasıl konumlandırılması gerektiğine ve yönetimine dair önemli tespitlere yer vermektedir. Makalemizde söz konusu karar ele alınacak ve karardan yola çıkarak Türk hukukunda çerezlerin düzenlenmesine ilişkin önerilere yer verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Çerezler, Kişisel Veriler, Elektronik Haberleşme, Rıza, CNIL.

## **Abstract**

Cookies have both positive and negative effects on web browsing. Cookies, which aim to improve overall web browsing performance, are also used in targeted advertising applications or profiling activities by tracking navigation. As a result, cookie practices are an important area of data protection law and are governed by EU legislation. Complaints about Google's cookie management practices were investigated by the French Data Protection Authority (CNIL) in 2021, and two Google companies were fined a total of 150 million euros. The aforementioned decision contains critical detections on how cookies should be located and managed. The decision in question will be discussed in this paper, and suggestions for cookie regulation in Turkish law will be made based on the judgement.

**Keywords:** Cookies, Personal Data, Electronic Communication, Consent, CNIL.

## **GİRİŞ**

Çerezler, internet üzerinden yürütülen günlük faaliyetlerin çoğunda farkında olmadan karşımıza çıkan ve web üzerindeki hareketleri takip etmeye de yarayan metin dizeleridir. Çerezler fonksiyonları gereği kişisel veri de işleme ya da depolama imkanına sahip oldukları için kişisel verilerin korunması

hukuku bağlamında da ele alınmaktadır. 2021 yılının sonunda Fransız Veri Koruma Otoritesi (CNIL) Google'ın Fransa'da yürürlükte olan çerez politikası hakkında kullanıcılar tarafından iletilen şikayetlerin ardından bir soruşturma başlatmıştır. Soruşturmanın sonucunda ortaya çıkan karar, Avrupa Birliği (AB) ve Fransız mevzuatı bağlamında çerezlerin hukuki çerçevesini ele almış ve bu mevzuat kapsamında çerez konumlandırmasının nasıl olması gerektiğini ortaya koymuştur. Karar sonucunda Google'ın iki şirketine toplamda 150 milyon Euro para cezası verilmiştir. Türkiye'de ise 2022 yılının Ocak ayında Kişisel Verileri Koruma Kurulu (kısaca Kurul), çerezler hakkında bir rehber taslağı yayınlamıştır. Paydaşların görüşlerine açılan bu rehber, aynı yılın Haziran ayında son halini almıştır. Söz konusu rehberde de temel olarak AB mevzuatı ile Türk mevzuatının bir sentezi yapılmış ve çerez konumlandırmasında dikkate alınması gereken hususlara işaret edilmiştir. Makalede öncelikle, çerez kavramından ve konuyla ilgili AB mevzuatından bahsedilecektir. Ardından da CNIL'in Google kararı ele alınacaktır. Son olarak ise Türk hukukundaki durum ve Kurul tarafından yayınlanan rehber ışığında Türk mevzuatının bir değerlendirmesi yapıp CNIL kararından yola çıkarak önerilerde bulunulacaktır.

## **I. GENEL OLARAK ÇEREZLER (COOKIES)**

### **A. Çerez Kavramı**

Çerezler, kullanıcı belirli bir sunucuya eriştiği zaman kullanıcının cihazına yerleştirilen bir metin dizisi olarak tanımlanmaktadır. Bu metin dizeleri, sonraki isteklerin başında o sunucuya geri iletilir. Çerezler ilk olarak 1994'te Mosaic tarayıcısının 1.0 öncesi sürümlerinde kullanılmış ve çerezler için

ilk standart 1997'de yayınlanmıştır.<sup>1</sup> Çerezler, temel olarak internet üzerinde kullanıcı deneyimini iyileştirmeyi hedeflemektedir.<sup>2</sup> Ancak bu özelliğinin yanı sıra çerezler kişinin web üzerindeki hareketlerini de takip etme imkanına sahiptir.<sup>3</sup> Genellikle analiz için kullanıcının cihazında benzersiz bir kimlik içeren bir çerez saklanır. Bu kimlik, kullanıcı web sitesini her ziyaret ettiğinde tarayıcıyı tanımlamak ve ardından davranışını analiz etmek için kullanılmaktadır. Ancak profil oluşturmak yalnızca çerezler aracılığıyla değil, çeşitli biçimlerde ve farklı araçlar aracılığıyla da gerçekleştirilebilir.<sup>4</sup>

Belirli özelliklerine göre çerezler arasında ayrımlar yapılmaktadır. Ayrımlardan ilki kullanım sürelerine göre yapılan ayrımdır. Bunlar oturum çerezleri ve daimi çerezler olarak adlandırılabilir. Oturum çerezleri, kısa süreli çerezlerdir. Kullanıcının çerezi konumlandırılan internet sitesinden ayrılmasıyla ya da tarayıcısını kapatmasıyla çerez kullanımı sona ermektedir. Daimi çerezler ise kullanıcı, oturumunu, tarayıcısını ve hatta cihazını kapatsa da silinmeyen çerezlerdir.<sup>5</sup> Daimi çerezler genellikle kullanıcı tercihlerini ya da şifre gibi tanımlayıcı bilgileri içermektedir ve özel olarak silinmediği ya da

---

<sup>1</sup> Aaron Cahn vd, "An Empirical Study of Web Cookies," İç. *Proceedings of the 25th International Conference on World Wide Web (WWW '16: 25th International World Wide Web Conference, Montréal Québec Canada: International World Wide Web Conferences Steering Committee, 2016)*, 891, <https://doi.org/10.1145/2872427.2882991>.

<sup>2</sup> Burak Yeşilaltay, "Çerez Kullanımının Hukuki Çerçevesi," Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2020), 2.

<sup>3</sup> Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 38.

<sup>4</sup> Chris Jay Hoofnagle vd, "Behavioral Advertising: The Offer You Cannot Refuse," *Harvard Law & Policy Review* 6 (2012): 281-85; Paul Voigt ve Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)* (New York: Springer Berlin Heidelberg, 2017), 28.

<sup>5</sup> Yeşilaltay, "Çerez Kullanımının Hukuki Çerçevesi," 8.

süreleri dolmadığı sürece tarayıcıda kalırlar. Bu tür çerezler kullanılarak hedefli reklam faaliyetleri yapılabilmektedir.<sup>6</sup>

Çerezlerle ilgili olarak yapılan bir diğer ayırım ise birinci parti ve üçüncü parti çerezler ayırımıdır. Birinci parti çerezler, kullanıcının eriştiği site tarafından konumlandırılan çerezleri ifade etmektedir. Bu tür çerezler özellikle e-ticaret siteleri tarafından, örneğin alışveriş sepetlerinin sürekliliğini sağlamak için, yaygınlıkla kullanılır. Üçüncü parti çerezler ise kullanıcının eriştiği siteden farklı bir site tarafından yerleştirilen çerezlerdir. Bu çerezler genellikle veri şirketleri, online reklam ve takip uygulamaları tarafından kullanılır.<sup>7</sup> Çerezlerin kullanılmasını önleyen teknikler geliştikçe izleme mekanizmalarını aktive etmek için farklı çerez modelleri de ortaya çıkmıştır. Bunlara süper çerezler ismi verilmektedir. Süper çerezler, tarayıcıların değil başka programların içine saklandığı için ve yönetilmeleri ya da silinmeleri zorlaşmaktadır. Bu çerezler silinseler dahi yer aldıkları web sayfasına girildiklerinde tekrar yerleştirilebilmektedir. Ayrıca süper çerezler, klasik çerezlerin topladığı tüm verileri toplayabilmektedir. Kullanıcıya bir bildirim yapılmadığı için de fark edilmeleri zordur.<sup>8</sup>

## B. Çerezlerle İlgili Düzenlemeler

### 1. AB Mevzuatı

Çerezlerle ilgili olarak AB düzenlemelerine baktığımızda karşımıza temel olarak iki düzenleme çıkmaktadır. Bunlardan

---

<sup>6</sup> Leyla Keser Berber, *Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılık (Online Behavioral Advertising) Uygulamaları Özelinde Kişisel Verilerin Korunması*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 23.

<sup>7</sup> Cahn vd., "An Empirical Study of Web Cookies," 891.

<sup>8</sup> Keser Berber, *Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılık (Online Behavioral Advertising) Uygulamaları Özelinde Kişisel Verilerin Korunması*, 24.

ilki 2002/58/AT sayılı AB E-Gizlilik Direktifi'dir<sup>9</sup> (ePrivacy Directive, kısaca EPD). Söz konusu Direktif, 2009/136/AT sayılı Direktif<sup>10</sup> ile değişikliğe uğramıştır. Söz konusu değişiklik çerezler ve davranışsal reklamcılık gibi konulara dair kurallar getirdiği için Çerez Direktifi olarak da adlandırılmaktadır.<sup>11</sup> İkinci düzenleme ise 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'dür (General Data Protection Regulation, kısaca GDPR). Her iki düzenlemede de çerezlere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir ancak bu durum kuşkusuz bir ikilik yaratmaktadır. Bu ikiliği daha iyi anlayabilmek için EPD ile GDPR arasındaki ilişkiye değinmek yerinde olacaktır. Bu konuda Avrupa Veri Koruma Kurulu (European Data Protection Board, kısaca EDPB) bir rapor hazırlamıştır.<sup>12</sup> Söz konusu rapora göre, her iki düzenleme arasında bir bütünleşme ilişkisi mevcuttur ve her iki

---

<sup>9</sup> Direktif için bkz. *Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications)*, Erişim tarihi Eylül , 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058>.

<sup>10</sup> *Directive 2009/136/EC Of The European Parliament and of the Council of 25 November 2009 Amending Directive 2002/22/EC on Universal Service and Users' Rights Relating to Electronic Communications Networks and Services, Directive 2002/58/EC Concerning the Processing of Personal Data and the Protection of Privacy in the Electronic Communications Sector and Regulation (Ec) No 2006/2004 on Cooperation Between National Authorities Responsible for the Enforcement of Consumer Protection Laws*, Erişim tarihi Eylül 15, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32009L0136>.

<sup>11</sup> Mehmet Bedii Kaya, *Elektronik Ticaret Hukuku - Ticari Elektronik İletiler*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 34.

<sup>12</sup> *Opinion 5/2019 on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities*, Erişim tarihi Eylül 16, 2022, [https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/201905\\_edpb\\_opinion\\_eprivacydir\\_gdpr\\_interplay\\_en\\_0.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/201905_edpb_opinion_eprivacydir_gdpr_interplay_en_0.pdf).

düzenleme birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Söz konusu düzenlemeler arasında özel kanun – genel kanun ilişkisi mevcuttur.<sup>13</sup> Çünkü GDPR, genel olarak kişisel verilerin korunmasına ve veri işleyen tüm aktörlerin yükümlülüklerine odaklanmış genel bir düzenlemeyken; EPD, yalnızca elektronik haberleşme sektörü özelinde dijital gizlilik ve haberleşmenin gizliliği konularına odaklanan özel bir düzenlemedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki davranış analizi için veri toplama veya kullanıcı takibini kolaylaştırma aracı olarak işlev gören çerezlerin mevcut olması durumunda, GDPR'ın geçerli olması kaçınılmazdır.<sup>14</sup>

Çerezlerle ilgili ilk olarak EPD'nin 5/3. maddesi bir hüküm içermektedir.<sup>15</sup> Genel olarak çerezlerin tabi olduğu hukuki rejim, EPD'ye bakıldığında ikili bir şekilde ele alınmaktadır. Çerez konumlandırılmasında temel kural, kullanıcı ya da abonenin

---

<sup>13</sup> *Opinion 5/2019 on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities*, 12.

<sup>14</sup> Adrian Dabrowski ve diğerleri, "Measuring Cookies and Web Privacy in a Post-GDPR World" iç. *Passive and Active Measurement*, ed. David Choffnes ve Marinho Barcellos, Lecture Notes in Computer Science (Switzerland: Springer International Publishing, 2019), 260, [https://doi.org/10.1007/978-3-030-15986-3\\_17](https://doi.org/10.1007/978-3-030-15986-3_17).

<sup>15</sup> "Member States shall ensure that the use of electronic communications networks to store information or to gain access to information stored in the terminal equipment of a subscriber or user is only allowed on condition that the subscriber or user concerned is provided with clear and comprehensive information in accordance with Directive 95/ 46/EC, inter alia about the purposes of the processing, and is offered the right to refuse such processing by the data controller. This shall not prevent any technical storage or access for the sole purpose of carrying out or facilitating the transmission of a communication over an electronic communications network, or as strictly necessary in order to provide an information society service explicitly requested by the subscriber or user," Erişim tarihi Eylül 11, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0058&from=EN>.

95/46 AT sayılı Direktif'e göre (2018'den itibaren GDPR'ın 94. maddesine göre GDPR'a) açık ve kapsamlı şekilde bilgilendirilerek rızasının alınmasıdır ve hatta kullanıcı ya da aboneye böyle bir işlemenin reddi hakkının da sağlanmasıdır. Maddenin devamında ise iki durum istisna olarak düzenlenmiştir. Bunlardan ilki “yalnızca bir elektronik iletişim ağı üzerinden bir iletişimin gerçekleştirilmesi veya iletimini kolaylaştırmak amacıyla” konumlandırılan çerezlerdir. Diğeri ise “abone veya kullanıcı tarafından açıkça talep edilen bir bilgi toplumu hizmetini sağlamak için kesinlikle gerekli olan” çerezlerdir. EPD'nin 25. Resitali'nde de çerezlere yer verilmektedir.<sup>16</sup> Söz konusu Resital'de çerezlerin faydalı yanlarından da bahsedilmekle birlikte, kullanımları için GDPR'a uygun olarak açık ve kesin şekilde kullanıcıların bilgilendirilmiş olmaları gerektiği

---

<sup>16</sup> “However, such devices, for instance so-called ‘cookies’, can be a legitimate and useful tool, for example, in analysing the effectiveness of website design and advertising, and in verifying the identity of users engaged in online transactions. Where such devices, for instance cookies, are intended for a legitimate purpose, such as to facilitate the provision of information society services, their use should be allowed on condition that users are provided with clear and precise information in accordance with Directive 95/46/EC about the purposes of cookies or similar devices so as to ensure that users are made aware of information being placed on the terminal equipment they are using. Users should have the opportunity to refuse to have a cookie or similar device stored on their terminal equipment. This is particularly important where users other than the original user have access to the terminal equipment and thereby to any data containing privacy-sensitive information stored on such equipment. Information and the right to refuse may be offered once for the use of various devices to be installed on the user’s terminal equipment during the same connection and also covering any further use that may be made of those devices during subsequent connections. The methods for giving information, offering a right to refuse or requesting consent should be made as user-friendly as possible. Access to specific website content may still be made conditional on the well-informed acceptance of a cookie or similar device, if it is used for a legitimate purpose,” Erişim tarihi Eylül 11, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0058&from=EN>.

belirtilmektedir. Kullanıcılara çerez kullanımını reddetme seçeneği de sunulmaktadır. Bu durum özellikle çerez konumlandırılan cihazı başkalarının kullandığı durumlarda daha önemli hale gelmektedir. Söz konusu bilgilendirmede, kabul ve reddetme süreçleri de mümkün olduğunca kullanıcı dostu olmalıdır. Ayrıca spesifik bir web sitesi içeriğine erişim, meşru bir amaç taşıması kaydıyla, kullanıcının açık ve kesin bir şekilde bilgilendirilmesi sonucu çerezleri kabulüne bağlı olabilir. Bu durum çerez duvarları kavramını akla getirmektedir. Çerez duvarları, kullanıcının çerezleri kabul etmeden site içeriğine erişememesini ifade etmektedir. GDPR, çerez duvarları konusunu kategorik olarak yasaklamamakta ancak rızanın serbestçe verilmesi konusunda önceki düzenlemelere göre daha katı bir tutum sergilemektedir.<sup>17</sup> Rıza konusunda da EPD'nin 2(f) maddesi, GDPR'a gönderme yapmaktadır. EPD'nin 15/2. maddesinin hükmünde de cezalar konusunda GDPR'a ve ülkelerin iç hukukuna gönderme yapılmaktadır.<sup>18</sup> GDPR'ın 95. maddesi<sup>19</sup> de EPD'de yer alan yükümlülükler ek yükümlülükler getirilmemesini düzenlemektedir. Bu yüzden

---

<sup>17</sup> Frederik J Zuiderveen Borgesius ve diğerleri, "Tracking Walls, Take-It-Or-Leave-It Choices, the GDPR, and the ePrivacy Regulation," *European Data Protection Law Review*, no. 3 (2017), 361.

<sup>18</sup> "2. The provisions of Chapter III on judicial remedies, liability and sanctions of Directive 95/46/EC shall apply with regard to national provisions adopted pursuant to this Directive and with regard to the individual rights derived from this Directive," Erişim tarihi Eylül 11, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0058&from=EN>.

<sup>19</sup> "This Regulation shall not impose additional obligations on natural or legal persons in relation to processing in connection with the provision of publicly available electronic communications services in public communication networks in the Union in relation to matters for which they are subject to specific obligations with the same objective set out in Directive 2002/58/EC," Erişim tarihi Eylül 24, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN#d1e6648-1-1>.



çerezlere dair temel yükümlülükler EPD'de; söz konusu yükümlülüklerle uyulmamasının yaptırımı ise GDPR'da düzenlenmektedir. İki düzenleme birbirini bu açıdan tamamlamaktadır.

GDPR'da ise doğrudan çerezlere dair bir düzenleme olmamakla birlikte, 30. Resital'de<sup>20</sup> çerezlerden bahsedilmektedir. Buna göre çerez tanımlayıcıları aracılığıyla elde edilen verilerle, benzersiz tanımlayıcılardan ya da başka kaynaklardan alınan bilgilerin eşleştirilmesiyle gerçek kişilerin profillerinin çıkartılması mümkündür. Ancak söz konusu profillemeye faaliyetleri GDPR'ın 22. maddesinde özel olarak düzenlenmekte ve kişilerin otomatik işlemeye dayalı bir karara tabi olmama hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>21</sup> Bununla beraber 173. Resital'de EPD'nin GDPR ile tutarlılığı sağlamak için gözden geçirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> "Natural persons may be associated with online identifiers provided by their devices, applications, tools and protocols, such as internet protocol addresses, cookie identifiers or other identifiers such as radio frequency identification tags. This may leave traces which, in particular when combined with unique identifiers and other information received by the servers, may be used to create profiles of the natural persons and identify them," Erişim tarihi Eylül 24, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN#d1e6648-1-1>.

<sup>21</sup> Alper Işık, "İnsan Hakları Açısından GVKT ve 6698 sayılı KVKK'da Yalnızca Otomatik İşlemeye Dayalı Bir Karara Tabi Olmama Hakkı," iç. I. Uluslararası Kişisel Verileri Koruma Kongresi (12-14 Kasım 2021), (Ankara: Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2022), 95-103.

<sup>22</sup> "This Regulation should apply to all matters concerning the protection of fundamental rights and freedoms vis-à-vis the processing of personal data which are not subject to specific obligations with the same objective set out in Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council, including the obligations on the controller and the rights of natural persons. In order to clarify the relationship between this Regulation and Directive 2002/58/EC, that Directive should be amended accordingly. Once this Regulation is adopted, Directive 2002/58/EC should be reviewed in particular in order to ensure

Çünkü GDPR, EPD'yi de kapsayan bir uygulama alanına sahiptir ve EPD ile GDPR arasındaki ilişkinin netleştirilmesi için EPD'nin değiştirilmesi gerekmektedir.

EPD ile GDPR arasındaki uyumu sağlamak için ise E-Gizlilik Tüzüğü (ePrivacy Regulation, kısaca EPR)<sup>23</sup> taslağı ortaya çıkmıştır. Söz konusu taslak ile GDPR arasındaki ilişkide temel olarak EPD ile GDPR arasındaki ilişkiyle benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla Tüzük taslağı ve GDPR arasında da özel kanun – genel kanun ilişkisi devam etmektedir.<sup>24</sup> Ayrıca, EPR'nin GDPR tarafından sağlanan kişisel verilerin koruma seviyesini düşürmemesi de esastır.<sup>25</sup> Tüzük taslağı, genel olarak çerezlere ilişkin kuralları basitleştirmekle birlikte çerezlerin daha dar bir alanda kullanımını da hedeflemektedir.<sup>26</sup> EPR taslağı, rıza konusunda da GDPR ile paralellik göstermektedir. Ayrıca farklı işleme amaçları için rızaların ayrı tutulması gerektiği ve tüm amaçların tek tek belirtilerek her biri için ayrı rıza alınması da

---

*consistency with this Regulation,”* Erişim tarihi Eylül 24, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN#d1e6648-1-1>.

<sup>23</sup> Tüzük Taslağı için bkz. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Concerning the Respect for Private Life and the Protection of Personal Data in Electronic Communications and Repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications)*, Erişim tarihi Eylül 16, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0010>.

<sup>24</sup> Hüseyin Can Aksoy ve Mesut Halıcıoğlu, “E-Gizlilik Tüzüğü Çalışmaları Işığında Türk Hukukunda Elektronik Haberleşmenin Gizliliğinin Korunması,” *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, no. 2 (2020), 5.

<sup>25</sup> Giovanni Buttarelli, “The Commission Proposal for a Regulation on ePrivacy: Why Do We Need a Regulation Dedicated to ePrivacy in the European Union?,” *European Data Protection Law Review*, no. 2 (2017), 157.

<sup>26</sup> Serhat Turan, “Çevrimiçi Mahkumiyet: Çerezler Karşısında Özgür İrade Ütopyası,” iç. *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, ed. Leyla Keser Berber ve Ali Cem Bilgili, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 131.

hükme bağlanmaktadır.<sup>27</sup> Bununla birlikte EPR taslağı, kullanıcıların sürekli bir rıza talebine maruz kalmasını halinde bir rıza yorgunluğu oluşacağından bahisle, kullanıcıların çerez ayarlarını henüz tarayıcılarını yüklerken yapmalarına ve bu tercihlerin her web sitesi için geçerli olmasına olanak tanımaktadır.<sup>28</sup> Bu sayede üçüncü taraf çerezlerinin kullanımın azalacağı öngörülmekte ve bu durumun online hedefli reklamcılık sektörünü olumsuz etkileyeceği belirtilmektedir.<sup>29</sup> Ancak söz konusu EPR taslağı yürürlüğe girmediği için taslak bağlamında getirilen düzenlemeler henüz yürürlükte değildir.

## 2. Madde 29 Çalışma Grubu Raporları

Çerezlerin tabi olduğu hukuki düzenlemelerin genel çerçevesini açıkladıktan sonra yardımcı kaynaklara değinmek yerinde olacaktır. Bunun için Madde 29 Çalışma Grubu'nun çerezlere ilişkin olarak hazırlamış olduğu raporlara değinmek çerezlere dair yükümlülüklerin kapsamını belirlemek için faydalı olacaktır. Madde 29 Çalışma Grubu'na göre, çerezlerin zorunlu olup olmaması çerez konumlandırılanların tabi olduğu yükümlülükleri farklılaştırmaktadır. Bu yükümlülük, çerez konumlandırılmasının rızaya tabi olup olmaması bağlamında önem arz etmektedir. Madde 29 Çalışma Grubu'nun 95/46 AT sayılı Direktif döneminde yayınlamış olduğu Çerez Rıza Muafiyeti Hakkında Görüş'e göre bazı çerezlerin konumlandırılması kullanıcının rızasından muaftır. Bu tasnife

---

<sup>27</sup> Leyla Keser Berber, Ayça Atabey ve Melis Mert, "E-Gizlilik Tüzük Taslağının Son Versiyonu Üzerine Düşünceler," *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, no. 2 (2019), 70.

<sup>28</sup> Aksoy ve Halicioğlu, "E-Gizlilik Tüzüğü Çalışmaları Işığında Türk Hukukunda Elektronik Haberleşmenin Gizliliğinin Korunması," 9.

<sup>29</sup> Christina Etteldorf, "Data Protection Authorities Try to Fill the Gap between GDPR and e-Privacy Rules," *European Data Protection Law Review*, no. 2 (2018), 235.

göre rızadan muaf çerezler için iki kriter belirlenmiştir. İlk kriter, Kriter A olarak tanımlanmaktadır. Bu kritere göre çerez “*yalnızca bir elektronik iletişim ağı üzerinden bir iletişimin iletimi amacıyla*” kullanıldığında rıza istisnasına tabidir.<sup>30</sup> Kriter B olarak tanımlanan kritere göre ise; çerez “*abone veya kullanıcı tarafından açıkça talep edilen bir bilgi toplumu hizmeti sağlayıcısının hizmeti sağlaması için kesinlikle gerekli*” olması durumunda rıza istisnasından faydalanacaktır.<sup>31</sup>

Madde 29 Çalışma Grubu’nun çerezlerle ilişkin bir diğer raporu da çerezler için rıza alınmasına yöneliktir.<sup>32</sup> Bu rapor özellikle rızaya tabi olan çerezlerin konumlandırılması halinde, rızanın ne şekilde olması gerektiğine odaklanmaktadır. Raporda dört şart öne çıkmaktadır. Bunlar; spesifik bilgilendirme, zamanlama, aktif tercih ve serbestçe verilme olarak sayılabilir.<sup>33</sup> Buna göre ilk olarak kullanıcı; bir web sayfasına eriştiğinde web sitesinde yer alan farklı tipte olan ve farklı amaçlarla konumlandırılan çerezlerle ilgili tüm gerekli bilgilere erişebilmelidir. Kullanıcılar ayrıca çerezlerle ilgili isteklerini nasıl belirtebilecekleri, çerezlerin tümünü ya da bir kısmını nasıl kabul edebilecekleri veya reddedebilecekleri ve gelecekte bu tercihlerini nasıl değiştirebilecekleri konusunda

---

<sup>30</sup> “Opinion 04/2012 on Cookie Consent Exemption” (Article 29 Data Protection Working Party, 2012), 2, Erişim tarihi Eylül 14, 2022, [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp135\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp135_en.pdf).

<sup>31</sup> “Opinion 04/2012 on Cookie Consent Exemption,” 2.

“Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies” (Article 29 Data Protection Working Party, 2013), “Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies” (Article 29 Data Protection Working Party, 2013), Erişim tarihi Eylül 26, 2022, [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208_en.pdf).

<sup>33</sup> “Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies,” 3.

bilgilendirilmelidir.<sup>34</sup> Zamanlama olarak ise rıza, veri işleme süreci başlamadan verilmiş olmalıdır.<sup>35</sup> Üçüncü şart olarak belirtilen aktif tercih ise kullanıcının olumlu bir eylemi ya da aktif davranışı yoluyla yapılan tercihleri ifade etmektedir. Herhangi bir davranışın olmadığı durumlar geçerli bir rıza olarak kabul edilmez.<sup>36</sup> Son olarak yer verilen kriter ise rızanın serbest seçim sonucunda verilmiş olmasıdır. Buna göre; kullanıcıya giriş sayfasında çerezlerle ilgili gerçek ve anlamlı bir seçim sunulmalıdır. Kullanıcı, çerezlerin tamamını veya bir kısmını kabul etme, reddetme ya da gelecekte bu tercihlerini değiştirme imkanına sahip olmalıdır. Bu durum özellikle takip çerezleri söz konusu olduğunda daha da önem kazanmaktadır. Çünkü bu tür çerezler genellikle web sitelerinde bireysel davranışları takip etmek, bu davranışa dayalı profiller oluşturmak, ilgi alanlarını ortaya çıkarmak ve insanları bireysel olarak etkileyen kararlar almak için kullanılmaktadır. Kişileri bu şekilde sınıflandırmak için takip çerezleri kullanıldığında, ortaya çıkan verilerin kişisel veri olması muhtemeldir. Dolayısıyla bu noktada kişisel verilerin işlenmesi için veri sorumlusunun kullanıcının açık rızasını alması şarttır.<sup>37</sup>

### 3. ABAD'ın Planet49 Kararı

Son olarak çerezler konusunda önemli bir etkiye sahip olan bir kararı ele almak faydalı olacaktır. Bu karar Avrupa Birliği

---

<sup>34</sup> "Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies," 3.

<sup>35</sup> "Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies," 4.

<sup>36</sup> "Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies," 4-5.

<sup>37</sup> "Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies," 5-6.

Adalet Divanı'nın (kısaca ABAD) Planet49 Kararı'dır.<sup>38</sup> Söz konusu karar hem çerezler ve rıza konusuna dair getirmiş olduğu yorum hem de EPR taslağı üzerinde belirli bir etkiye sahip olduğu için önemlidir. Dava konusu olay, bir Alman şirketi olan Planet49 tarafından ortaklarının ürünlerinin reklamını yapmak amacıyla konumlandırılan çerezlerin, kullanıcıların onayına önceden işaretli olarak sunulmasıdır. Söz konusu faaliyete Alman Tüketici Örgütleri Federasyonu itiraz etmiş ve Alman mahkemelerinde bu durumu dava konusu yapmıştır. Dava üzerine Alman Federal Adalet Divanı (Bundesgerichtshof), ABAD'dan konuya ilişkin AB düzenlemelerinin yorumlanmasını talep etmiştir. Kararda ABAD, kullanıcının rızasının açık şekilde alınmış olması gerektiğini; kullanıcının rızasını, iradesinin özgürce, belirli ve bilinçli bir şekilde belirtilmesini sağlayan herhangi bir uygun yöntemle vermesinin açık rıza olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla bu faaliyet, pasif davranıştan ziyade aktif bir davranışa işaret etmektedir. Ancak bir onay kutusunun kullanıcının önüne işaretlenmiş bir şekilde çıkması sonucunda verildiği kabul edilen izin, pasif bir davranışa işaret eder ve kullanıcının aktif davranışı olarak değerlendirilemez.<sup>39</sup> Bu durum kullanıcının cihazında saklanan ya da erişilen verilerin kişisel veri olup olmamasına göre de değişmemektedir. Çünkü burada amaç kullanıcının bilgisi dışında cihazına girilmesi riskinden kullanıcıyı

---

<sup>38</sup> Judgment of the Court (Grand Chamber) of 1 October 2019. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. v Planet49 GmbH. Request for a preliminary ruling from the Bundesgerichtshof. Erişim tarihi Eylül 24, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0673>.

<sup>39</sup> Par. 49-52. Erişim tarihi Eylül 24, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0673>.

korumaktır.<sup>40</sup> Bununla birlikte hizmet sağlayıcı, kullanıcıya çerezlerin faaliyette bulunacağı süre ve üçüncü kişilerin bu çerezlere erişip erişemediğine dair bilgi de vermelidir.<sup>41</sup>

## II. FRANSIZ VERİ KORUMA OTORİTESİNİN (CNIL) GOOGLE KARARI

Fransız Veri Koruma Otoritesi (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, kısaca CNIL), 31 Aralık 2021 tarihinde Fransız "Bilgi ve Özgürlük Kanunu"nun<sup>42</sup> 82. maddesini ihlal ettikleri gerekçesiyle Google LLC şirketi hakkında 90 Milyon Euro ve Google İrlanda şirketi hakkında 60 Milyon Euro para cezasına hükmetmiştir.<sup>43</sup> Karar çerezlerin konumlandırılması ve yönetimiyle ilgilidir ve CNIL tarafından verilen en yüksek para cezalarından biri olduğundan dolayı önem arz etmektedir. Karar her ne kadar Fransız iç hukukuna dayanarak verilse de ilgili hukukun yorumlanması GDPR ışığında yapılmaktadır. Bu yüzden kararda GDPR ve EPD bağlamında çerezlerin yönetimine dair önemli değerlendirmelere yer verilmektedir.

CNIL'in Google'ın çerez faaliyetlerine dair ilk kararı 2013 yılındadır. Bu kararda CNIL, Google'a, kullanıcıların cihazlarında çerez konumlandırmadan önce bilgilendirme yapmasına ve ardından rıza alınması gerektiğine karar

---

<sup>40</sup> Par. 68-70. Erişim tarihi Eylül 24, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0673>.

<sup>41</sup> Par. 81. Erişim tarihi Eylül 26, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62017CJ0673>.

<sup>42</sup> Kanun metni için bkz. Erişim tarihi Eylül 13, 2022, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000886460/2022-09-13/>.

<sup>43</sup> Karar için bkz. Délibération SAN-2021-023 du 31 décembre 2021, Erişim tarihi Eylül 13, 2022, <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000044840062>.

vermiştir.<sup>44</sup> 2019 yılında da CNIL tarafından Google'a reklamların kişiselleştirilmesinin geçerli rızaya dayanmamasından dolayı 50 Milyon Euro para cezası verilmiştir.<sup>45</sup> Söz konusu ceza, verildiği dönemde bir ulusal veri koruma otoritesi tarafından verilen en yüksek ceza olarak kayıtlara geçmiştir.<sup>46</sup>

CNIL 2014 yılında benzer bir soruşturmayı Facebook için de yürütmüş ve 16 Mayıs 2017 tarihinde Facebook Inc.'e ve Facebook İrlanda'ya yeterli bilgi vermeden büyük miktarda kullanıcının kişisel verisini toplayarak ve davranışsal bilgiler elde etmek için tanımlama bilgileri kullanarak "Bilgi ve Özgürlük Kanunu"nu ihlal ettikleri için 150.000 Euro para cezası verdiğini duyurmuştur. Ceza miktarı, o tarihte yasanın izin verdiği en yüksek para cezası miktarıdır.<sup>47</sup> Buradan da anlaşılacağı üzere, CNIL hükmettiği ilk cezalardan bu yana davranışsal reklamcılık ve profillemeye konusuna özel bir önem vermektedir.<sup>48</sup> Söz konusu karar bu açıdan da önemlidir.

---

<sup>44</sup> Kimberly A. Houser ve W. Gregory Voss, "GDPR: The End of Google and Facebook or a New Paradigm in Data Privacy?," *Richmond Journal of Law and Technology*, no. 1 (2018), 30.

<sup>45</sup> Karar için bkz. Erişim tarihi Kasım 14, 2022, [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/san-2019-001\\_21-01-2019.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/san-2019-001_21-01-2019.pdf).

<sup>46</sup> Olivia Tambou, "France · Lessons from the First Post-GDPR Fines of the CNIL against Google LLC," *European Data Protection Law Review*, no. 1 (2019), 80.

<sup>47</sup> Kimberly A. Houser ve W. Gregory Voss, "GDPR: The End of Google and Facebook Or a New Paradigm in Data Privacy," *Richmond Journal of Law & Technology*, no. 1 (2018), 38.

<sup>48</sup> Brian Daigle ve Mahnaz Khan, "The EU General Data Protection Regulation: An Analysis of Enforcement Trends by EU Data Protection Authorities," *Journal of International Commerce & Economics*, 2020 (2020), 15.



## A. Olaylar

CNIL, 16 Mart 2020 tarihinde, Google'ın Fransa web sitesi üzerinde online bir kontrol gerçekleştirmiştir. Kontrol, Google'ın faaliyetlerinin Fransız "Bilgi ve Özgürlük Kanunu" hükümlerine uygun olup olmadığını denetleme amacını taşımaktadır. 8 Haziran 2020 tarihinde ise ilgili Kanun'un 22. maddesi gereğince CNIL başkanı tarafından bir raportör atanmıştır. 7 Aralık 2020 tarihinde SAN-2020-012 sayılı karar ile Google LLC ve Google İrlanda şirketlerine sırasıyla 60 milyon ve 40 milyon Euro tutarında idari para cezası verilmiştir. Bu kararda özellikle; ilgili kişilerin açık ve eksiksiz şekilde bilgilendirilmesi, rızaya tabi tüm çerezlerin amaçlarının ve onları reddetmek için gerekli araçların sunulması konularına yer verilmiştir. Karar üzerine şirketler 29 Ocak 2021'de Fransız Danıştay'na (Le Conseil d'État) başvurarak tedbirin durdurulmasını talep etmişler ancak bu talep 4 Mart 2021'de reddedilmiştir. Konuyla ilgili olarak 7 Aralık 2020 tarihinde bir temyiz başvurusu da yapılmıştır. Söz konusu başvuru, CNIL'in makalede inceleme konusu yapılan SAN-2021-023 du 31 décembre 2021 kararının hemen ardından 28 Ocak 2022 tarihinde sonuçlanmıştır. Bu kararda da CNIL kararına benzer gerekçelerle Google'ın çerez konumlandırmalarında kullanıcıları olması gerektiği şekilde bilgilendirmediği ve kullanıcılar siteye girer girmez otomatik olarak cihazlarına çerez yerleştirildiği belirtilmiş ve Google'ın itirazları reddedilmiştir.<sup>49</sup> Sonrasında 30 Nisan 2021 tarih ve SAN-2021-004 sayılı karar ile, Google'ın "google.fr web sitesine giren kişiler artık rızaya tabi çerezlerin tüm amaçlarını ve bunları reddetmek için kendilerine sunulan yöntemleri, siteye geldiklerinde görünen bilgi başlığı aracılığıyla açık ve eksiksiz bir şekilde bilgilendirildiği sürece, ihtiyati tedbiri yerine getirdiğini" tespit

---

<sup>49</sup> Karar için bkz. Erişim tarihi Ekim 11, 2022, [https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000045084087?init=true&page=1&query=&searchField=ALL&tab\\_selection=cetat](https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000045084087?init=true&page=1&query=&searchField=ALL&tab_selection=cetat).

etmiştir. Ancak 18 Mart, 31 Mart, 2 Nisan ve 28 Nisan 2021'de CNIL, Fransa'da bulunan kullanıcılara sunulan google.fr ve youtube.com web sitelerinden çerezleri reddetme yöntemlerine dair şikayetler almış ve 1 Haziran 2021 tarihinde google.fr ve youtube.com web sitelerinde online bir kontrol gerçekleştirmiştir. Online kontrolün bir parçası olarak soruşturmayı yürüten heyet kullanıcı olarak google.fr ve youtube.com web sitelerini ziyaret etmiş; “Kişiselleştir” butonu, “Gizlilik Politikası” ve “Kullanım Koşulları” bu bağlamda incelenmiştir. 21 Haziran ve 9 Temmuz 2021 tarihinde de google.fr web sitesinde çerezleri reddetme yöntemlerini kınayan iki yeni şikayet CNIL’e ulaşmıştır. 28 Temmuz 2021 tarihinde CNIL Başkanı tarafından bir raportör görevlendirilmiş ve 2 Eylül 2021’de sonuçlanan soruşturma sonucunda hazırlanan rapor Fransız “Bilgi ve Özgürlük Kanunu”nun 82. Maddesinin<sup>50</sup> ihlal edildiğini hüküm altına almıştır.<sup>51</sup>

## B. CNIL Kararı Bağlamında Çerezler

### 1. İlgili Hukuk Kuralları

Kararda birden fazla tartışma alanı olsa da kararın temel noktası çerezlerin yönetimidir. Bu noktada Avrupa veri koruma düzeninden kaynaklı olarak hem GDPR ve EPD hem de Fransız “Bilgi ve Özgürlük Kanunu” dikkate alınarak karar verilmiştir. Söz konusu Kanun, veri koruması konusunu ele alan ilk ulusal düzenlemelerden biridir ve veri korumaya ilişkin 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin taslağının hazırlanmasını büyük

---

İlgili Kanun'un 82. Maddesi için bkz. Erişim tarihi Ekim 3, 2022, [https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article\\_lc/LEGIARTI000037813978](https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000037813978).

<sup>51</sup> Par. 1-29, Délibération SAN-2021-023 du 31 décembre 2021, Erişim tarihi Eylül 13, 2022, <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000044840062>.

ölçüde etkilemiştir.<sup>52</sup> Kararda ihlalin temeli Fransız “Bilgi ve Özgürlük Kanunu”nun 82. maddesidir. İlgili maddeye göre; bir elektronik haberleşme hizmetinin abonesi veya kullanıcısı, açık ve eksiksiz olarak bilgilendirilmelidir. Bu bilgilendirme kullanıcının cihazındaki bilgilere erişmeyi ya da söz konusu cihaza bilgi yazmayı amaçlayan eylemin amacını ve kullanıcı ya da abonenin bu eyleme nasıl itiraz edebileceğini içermelidir.<sup>53</sup> Bu tür erişim veya yazma eylemi, ancak abone veya kullanıcının bu tür bilgileri aldıktan sonra, bağlantı sağladığı cihazından veya kontrolü altındaki başka herhangi bir cihazdan, uygun şekilde rızasını açıklamış olması koşuluyla gerçekleşebilir. Dolayısıyla çerez konumlandırmalarında bilgilendirme ve rıza koşulunun gerçekleşmiş olması ilgili Kanun’da yer almaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise bilgilendirmenin istisnaları düzenlenmiştir. Bunlar; yalnızca elektronik yollarla iletişime izin vermek veya bunu kolaylaştırmak amacına sahip olan ya da bir iletişim hizmetinin sağlanması için kesinlikle gerekli olan çerez konumlandırma faaliyetleridir. Görüldüğü gibi önceki başlıklarda ele alınan çerezlere dair düzenlemelerle paralellik arz eden bu madde, CNIL’in de kararında önemli bir yere sahiptir. Ayrıca madde rıza konusuna atıf yapmakta ancak rızanın içeriğine dair bir belirleme yapmamaktadır. Çünkü rıza konusu GDPR’ın 4. maddesinde düzenlenmektedir.

## 2. Çerezlerin Yönetimi

Yukarıda belirtildiği üzere, çerezlere dair AB hukuku bağlamında temel metin olan EPD, ilgili Resitali’nde ve

---

<sup>52</sup> Audrey Bachert-Peretti, “La protection constitutionnelle des données personnelles : les limites de l’office du Conseil constitutionnel face à la révolution numérique,” *Revue française de droit constitutionnel*, no. 2 (2019), 279.

<sup>53</sup> Sergio Guida, “Third-Party Cookies and Alternatives: What Consequences in Terms of Consent?,” *European Journal of Privacy Law & Technologies*, no. 2 (2021), 12.

maddesinde çerez kullanımı için GDPR'a uygun olarak açık ve kesin şekilde kullanıcıların bilgilendirilmiş olmaları ve rızalarının alınması gerektiğini belirtmektedir. Kararda da rıza koşullarının GDPR'a göre incelendiği görülmektedir. GDPR bağlamında rıza; serbestçe, somut, bilgilendirmeye dayalı, açık bir şekilde ve net bir olumlu eylemle gerçekleşmelidir. Bu kriterlerin kümülatif olması, rıza için yüksek bir eşik oluşturmaktadır. Veri koruma otoritelerinin her bir kriteri katı bir şekilde yorumlama eğilimi de söz konusu yüksek eşığe katkıda bulunmaktadır.<sup>54</sup> CNIL'in konuya dair yapmış olduğu soruşturma ve yorumlama da söz konusu tespiti haklı çıkarmaktadır. 1 Haziran 2021 tarihinde CNIL, google.fr ve youtube.com üzerinde bir inceleme yapmıştır. Bu inceleme sonucunda, söz konusu sitelere girildiğinde yalnızca "kabul ediyorum" seçeneğinin çıkmakta olduğu tespit edilmiştir. Kullanıcı "kabul ediyorum" butonunu tıklamasının ardından ilgili pencere kaybolmakta ve kullanıcı gezinmeye devam etmektedir. Ancak çerezleri reddetmek isteyen kullanıcılar "kişiselleştir" butonunu seçip yeni açılan arayüzde bu işlemi devam ettirebilmektedir. Bu yeni açılan arayüzde çerezlerin reddedilmesi ya da bazı çerezlerin devre dışı bırakılması mümkündür. Bu durum EDPB'nin<sup>55</sup> rızanın "serbestçe" verilmiş olması ilkesine dair yaklaşımına<sup>56</sup> ve CNIL'in daha önce

---

<sup>54</sup> Lee A. Bygrave ve Luca Tosoni, "Article 4(11) Consent" iç. *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, ed. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, ve Christopher Docksey (United Kingdom: Oxford University Press, 2019), 181.

<sup>55</sup> EDPB'nin rızaya ilişkin olarak yayınlamış olduğu rehber için bkz. *Guidelines 05/2020 on Consent under Regulation 2016/679, Adopted on 4 May 2020*, 13-19. Erişim tarihi Ekim 11, 2022, [https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_202005\\_consent\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf).

<sup>56</sup> Délibération SAN-2021-023 du 31 décembre 2021, Par. 129

yayınlanmış olduğu tavsiye metinlerinde<sup>57</sup> “veri sorumlusunun kullanıcılara okuma ve/veya yazma işlemlerini aynı derecede basitlikle hem kabul etme hem de reddetme imkanı” sunulması gerektiği görüşüyle beraber ele alınmaktadır.<sup>58</sup>

Kontrolde elde edilen bulgulara göre, kullanıcının çerezleri kabul etmesi için bir buton bulunsa da kullanıcıların çerezlerin depolanmasını kolayca reddetmesini sağlayan bir buton bulunmamaktadır. Çerezlerin reddedilmesi için kullanıcının en az beş işlem gerçekleştirmesi gerekmektedir.<sup>59</sup> Dolayısıyla bu durum çerezleri reddetmeyi zorlaştıran, kabul etmeyi teşvik eden ve rıza serbestisinin gerekliliklerini göz ardı eden bir boyuta sahiptir. Bu yüzden çerezleri reddetme mekanizmasının daha karmaşık hale getirilmesi, kullanıcıları çerezleri reddetmekten caydırmakta ve kabul etmeye teşvik etmektedir.<sup>60</sup> Bu durum Fransız “Bilgi ve Özgürlük Kanunu”nun 82. maddesine aykırı bir durum oluşturmaktadır. Google ise bu

---

<sup>57</sup> CNIL, “*Délibération n° 2020-092 du 17 septembre 2020 portant adoption d’une recommandation proposant des modalités pratiques de mise en conformité en cas de recours aux «cookies et autres traceurs»*”ün 2. maddesinde; okuma ve/veya yazma işlemlerine rıza göstermeyi reddetmenin, rıza göstermeyle aynı ekrandan ve aynı kolaylıkla erişilebilir olması gerektiğini şiddetle tavsiye etmiştir. Aksi durumda kullanıcının seçimini önyargılı hale getirme riski bulunmaktadır. Söz konusu karar için bkz. Erişim tarihi Ekim 11, 2022, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042388197>.

CNIL, “*Délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019 portant adoption de lignes directrices relatives à l’application de l’article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d’un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs)*”ün 2. Maddesinde rızayı reddetmenin veya geri çekmenin, vermek kadar kolay olması gerektiğini kabul etmiştir. Karar için bkz. Erişim tarihi Ekim 11, 2022, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038778053>.

<sup>58</sup> Par. 126, Délibération SAN-2021-023 du 31 décembre 2021.

<sup>59</sup> Par. 133, Délibération SAN-2021-023 du 31 décembre 2021.

<sup>60</sup> Par. 135, Délibération SAN-2021-023 du 31 décembre 2021.

durumun seçim özgürlüğünü ihlal eden bir yanı olmadığını, kullanıcıların “*kişiselleştir*” butonuna tıklayarak çerezleri reddetme imkanına sahip oldukları müddetçe “*tümünü reddet*” butonu sunulmamasının, serbestçe rıza verme ilkesine aykırı olmadığını savunmaktadır. Ancak CNIL, söz konusu savunmaya itibar etmemiştir. Çünkü kullanıcının ilk anda, aynı seviyede ve aynı formatta sunulan ve üzerinde sırasıyla “*tümünü kabul et*” ve “*tümünü reddet*” ya da “*yetkilendir*” ve “*yasakla*” yazan iki buton arasında seçim yapabilmesi ya da “*rıza göster*” ve “*rıza gösterme*” veya diğer eşdeğer ve yeterince açık formülasyonlarla çerezleri reddetmesinin rıza vermek kadar kolay bir şekilde gerçekleştirilmesi için basit ve açık bir yol bulunması gerekmektedir.<sup>61</sup> Ayrıca CNIL'in tavsiye metninde paydaşlara düşen yeni yükümlülükler yaratmadığını, sadece Fransız “Bilgi ve Özgürlük Kanunu”nun 82. maddesinin nasıl uygulanması gerektiğini somut terimlerle gösterdiğini belirtmektedir.<sup>62</sup>

Kararda, çerezlere dair “*tümünü reddet*” butonuna yer veren internet sitelerinde çerezlerin kabul oranının düştüğüne de yer verilmektedir.<sup>63</sup> Bu yüzden de çerezleri reddetmenin, kabul etmekten daha karmaşık hale getirilmesi, kullanıcıları reddetmekten caydırmakta ve kabul etmeye teşvik etmektedir. Çünkü bir internet sitesini ziyaret eden kullanıcılar için “*kişiselleştir*” butonuna tıklayarak tercihler yapmak ya da çerezleri reddetmek için belirlenen karmaşık yolu izlemek internette gezinmenin hızı ve akıcılığı da düşünüldüğünde zor bir durumdur. Bu yüzden Google’ın getirmiş olduğu seçim imkanı, rıza lehine bir ön kabul yaratmakta ve seçim özgürlüğünü engellemektedir. CNIL, bu tespitlerden yola çıkarak, Google’ın Fransa’da mukim kullanıcılara çerez

<sup>61</sup> Par. 128, Délibération SAN-2021-023 du 31 décembre 2021.

<sup>62</sup> Par. 130, Délibération SAN-2021-023 du 31 décembre 2021.

<sup>63</sup> Par. 134, Délibération SAN-2021-023 du 31 décembre 2021.

kullanımını reddetmenin, rıza vermek kadar basit bir yolunu sunmadığı müddetçe, GDPR ışığında yorumlanan Fransız “Bilgi ve Özgürlük Kanunu”nun 82. maddesini ihlal ettiği kanaatine varmıştır.<sup>64</sup>

Bu değerlendirmenin ardından CNIL, Google LLC ve Google İrlanda'nın; google.fr ve youtube.com web sitelerinde, Fransa'da yerleşik kullanıcıların cihazlarında bilgi okuma ve/veya yazma izni alma yöntemlerini değiştirmeleri gerektiğine; rıza özgürlüğünü garanti altına almak için de kabul ya da ret durumları için eşdeğer basitlikte bir mekanizma sağlamaları gerektiğine karar vermiştir. Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere Google LLC şirketi hakkında 90 Milyon Euro ve Google İrlanda şirketi hakkında 60 Milyon Euro para cezasına hükmetmiş ve kararın tebliğinin üzerinden üç aylık sürenin geçmesinin ardından, ihlalin devam ettiği her gün için de 100 bin Euro para cezası uygulanmasına karar vermiştir.<sup>65</sup>

### III. TÜRK HUKUKUNDA ÇEREZLER

#### A. Mevzuat Belirsizliği Sorunu

Türk hukukunda çerezlere dair mevzuat konusunda bir belirsizlik vardır. Bu bağlamda 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (kısaca KVKK) ya da 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun (kısaca EHK) uygulanabileceği gündeme gelmektedir.<sup>66</sup> EHK'nın 51. maddesinin 3. fıkrası bilgilendirme ve açık rıza halinde çerez konumlandırılmasının

---

<sup>64</sup> Par. 136, Délibération SAN-2021-023 du 31 décembre 2021.

<sup>65</sup> Délibération SAN-2021-023 du 31 décembre 2021.

<sup>66</sup> Hüseyin Can Aksoy ve Mesut Halıcıoğlu, “AB ve Türk Hukuklarında Çerezler: Kişisel Verilerin Korunması Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme,” *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, no. 1 (2021), 62.

mümkün olduğunu belirtmektedir.<sup>67</sup> Konuyla ilgili ayrıca, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (kısaca BTK) tarafından yayınlanan bir yönetmelik mevcuttur.<sup>68</sup> Ancak Yönetmelik'te çerezleri ele alan bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla Türk hukukunda çerezlere dair temel düzenleme söz konusu Kanun maddesinde yer almaktadır. Söz konusu düzenleme çerezlerin içerdikleri bilgilere göre bir ayırım yapmamaktadır. Bu yüzden konumlandırılan çerez, kişisel veri içermese de bilgilendirme ve açık rızanın söz konusu olduğu düşünülmektedir. Bununla birlikte bazı çerezler kişisel veri de barındırmaktadır. Bu durum söz konusu çerezlerin KVKK kapsamında ele alınması anlamına gelebilmektedir.

## B. KVKK Bağlamında Çerezler

İlk olarak belirtmek gerekir ki KVKK'da çerezler özelinde bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. KVKK bağlamında çerezler konusu, genellikle KVKK'nın genel ilkeleriyle<sup>69</sup> ve hukuka uygunluk sebepleriyle ilişkilendirilmekte ve bu kapsamda değerlendirilmektedir. AB mevzuatına benzer bir ilişkinin EHK ve KVKK arasında olduğunu da söylemek mümkün değildir. Ancak EHK, EPD'nin aksine bilgi toplumu hizmetlerine dair bir düzenleme içermediği için bu noktada

---

<sup>67</sup> Madde 51/3 "Elektronik haberleşme şebekeleri, haberleşmenin sağlanması dışında abonelerin/kullanıcıların terminal cihazlarında bilgi saklamak veya saklanan bilgilere erişim sağlamak amacıyla işletmeciler tarafından ancak ilgili abonelerin/kullanıcıların verilerin işlenmesi hakkında açık ve kapsamlı olarak bilgilendirilmeleri ve açık rızalarının alınması kaydıyla kullanılabilir."

<sup>68</sup> *Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunmasına İlişkin Yönetmelik*, erişim tarihi Ekim 11, 2022, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/12/20201204-13.htm>.

<sup>69</sup> Genel ilkeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Nafiye Yücedağ, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler," *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, no. 1 (2019), 49.



doğan boşluğun KVKK tarafından giderilebileceği düşünülmektedir. Nitekim Kurul'un 27 Şubat 2020 tarihli ve 2020/173 sayılı kararında yorumu bu yönde olmuştur.<sup>70</sup> Bu karara göre, zorunlu çerezler için aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeli; zorunlu olmayan çerezler için ise aydınlatma yükümlülüğüne ek olarak kullanıcıların açık rızası alınmalıdır.<sup>71</sup> Kurul ayrıca, EHK'nın 51. maddesinin elektronik haberleşme hizmeti sağlayan veya altyapısını işleten şirketleri kapsayıp, diğer birçok veri sorumlusunu kapsamadığını ifade etmektedir.<sup>72</sup> Bu durumda da KVKK'nın uygulama alanı bulabileceği söylenebilir. Ancak çerezler özelinde kanun düzeyinde bir düzenlemenin eksikliği farklı yorumları ortaya çıkartabilmektedir. Örneğin EHK'nın ilgili maddesinin kişisel veri içersin ya da içermesin tüm çerezleri kapsadığı da iddia edilebilir. Böyle bir durumda KVKK uygulama alanı bulamayacaktır. Ortaya çıkan bu yorum farklılıklarını gidermek için Kurul çalışmalarını artırmış ve bir rehber yayınlamıştır.

### C. Kurul'un Çerezlere Dair Rehberi

Kurul tarafından, 2022 yılının Ocak ayında çerezlere dair bir rehber taslağı yayınlanmıştır.<sup>73</sup> İlgili paydaşların görüşlerine açılan bu taslağın ardından Kurul, 2022 yılının Haziran ayında Ocak ayındaki rehberin genişletilmiş bir versiyonu olan "Çerez

---

<sup>70</sup> Karar özeti için bkz. Erişim tarihi Ekim 11, 2022, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6739/2020-173>.

<sup>71</sup> Seldağ Güneş Peschke, Yasin Aydoğdu ve Lutz Peschke, "İnternet Sitelerinin ve Mobil Uygulamaların Çerez (Cookies) Politikalarında Dezenformasyon ve Hukuki Boyutu," iç. *İnternet Hukukunda Dezenformasyonla Mücadele*, ed. Bülent Kent, Yasin Söyler, ve Merve Ayşegül Kulular İbrahim, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 20.

<sup>72</sup> *Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber* (Ankara: Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2022), 14.

<sup>73</sup> *Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber Taslağı* (Ankara: Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2022).

Uygulamaları Hakkında Rehber (Rehber)'i yayınlamıştır. Rehber'de EHK'da yer alan düzenlemenin yalnızca servis sağlayıcılar açısından bağlayıcı bir hüküm olmasından yola çıkarak, çerez uygulamaları bağlamında KVKK'nın uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Bu noktada açık rıza gerektiren haller ya da diğer veri işleme sebeplerine dayanarak veri işlenecek haller arasında bir ayrıma gidilmiştir. Rehberde yapılan ayrıma göre zorunlu olan çerezler için açık rıza alınmasına gerek yoktur. Açık rıza alınmasına gerek olmayan durumlar; *“sadece iletişimin elektronik haberleşme şebekesi üzerinden sağlanması amacıyla kullanılması (Kriter A)”* ya da *“çerez kullanımının abonenin veya kullanıcının hizmet almak için açıkça talep ettiği hizmet için kesinlikle gerek olması (Kriter B)”* durumlarıdır.<sup>74</sup>

Rehberde söz konusu kriterler örneklendirilmiştir. Kısaca belirtmek gerekirse; Kullanıcı Girdili Çerezler (Kriter B), Kimlik Doğrulama Çerezleri (Kriter B), Kullanıcı Merkezli Güvenlik Çerezleri (Kriter B), Multimedya Oynatıcısı Oturum Çerezleri (Kriter B), Yük Dengelemesi Oturum Çerezleri (Kriter A), Kullanıcı Ara Yüzünü Kişiselleştirme Çerezleri (Kriter B), Sosyal Eklenti İçerik Paylaşımı (beğen, paylaş, yorum) Çerezleri (Kriter B), Açık Rıza Yönetim Platformu için Kullanılan Çerezler (Kriter B), Birinci Taraf Analitik Çerezler (Kriter B), İnternet Sitesinin Güvenliği için Kullanılan Çerezler (Kriter B), açık rıza dışında kalan işleme şartlarına dayanılabilecek çerezler olarak belirtilmiştir.<sup>75</sup> Sosyal Eklenti Takip Çerezleri ve Çevrim içi Davranışsal Reklamcılık Çerezleri ise açık rıza işleme şartına dayanılarak konumlandırılması gereken çerezler olarak nitelendirilmiştir.<sup>76</sup> Açık rıza alınırken dikkat edilmesi gereken hususlara da Rehber'de yer verilmiştir. Yukarıda CNIL kararı

---

<sup>74</sup> Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber, 15.

<sup>75</sup> Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber, 18-26.

<sup>76</sup> Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber, 27-28.

özelinde de bahsedilen, rıza verme ya da vermeme seçeneklerinin aynı basitlik ve kolaylıkla seçilebilmesi de Rehber’de yer almaktadır. Buna göre; rıza panelinde “*kabul et*”, “*reddet*” ve “*tercihler*” butonlarının eşit renk, büyüklük ve puntoda sunulması bu bağlamda iyi uygulama örneği olarak tanımlanmaktadır.<sup>77</sup>

Belirtmek gerekir ki Rehber’de belirlenen kriterler ile Madde 29 Çalışma Grubu’nun belirtmiş olduğu kriterler aynıdır. Dolayısıyla yukarıda bahsedilen rıza istisnaları (Kriter A ve B), Kurul tarafından da benimsenmektedir. Ancak bu noktada Türk ve AB mevzuatları arasında bir paralellik olup olmadığı sorusu önem arz etmektedir. Çünkü Madde 29 Çalışma Grubu Raporu, AB mevzuatı bağlamındaki düzenlemeler özelinde hazırlanmış bir rapordur. Oysa Kurul’un Rehber’i, Türk hukuku bağlamında hazırlanmıştır. Her iki belge de benzer sonuçları ortaya koymasına rağmen AB ve Türk mevzuatlarının aynı paralelliği taşıdığını söylemek mümkün değildir. EPD’de çerezlere rıza gösterme konusunda istisnalara yer verilmekte ama Türk hukuku açısından konuyu ele alan EHK’da rızaya dair herhangi bir istisnaya yer verilmemektedir. Dolayısıyla Rehber’de tanımlanan istisnaların Türk hukuku açısından yasal bir temelini olmadığını belirtmek gerekir. Üstelik Anayasa’nın 20. maddesinin 3. fıkrası kanunla öngörülme ya da açık rıza halinde veri işlemenin mümkün olduğunu düzenlemektedir.<sup>78</sup> Bu yüzden kanunlarda yer almayan bir istisnayı Rehber’de düzenlemek Türk hukuk sistemine uygun düşmemektedir. Bu durum kabul edildiğinde kişisel veri içeren çerezler için KVKK’da yer alan açık rıza dışındaki veri işleme sebeplerine gidilebilirken; kişisel veri içermeyen çerezler için EHK kapsamında bir değerlendirme yaparak, açık ve kapsamlı olarak

<sup>77</sup> Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber, 32.

<sup>78</sup> Sezen Kama Işık, *Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış: 2016/679 Sayılı GVKT (GDPR) ile 6698 Sayılı KVKK’nın Detaylı Analiz ve Karşılaştırması İle* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 249.

bilgilendirildikten sonra açık rızanın mevcudiyeti halinde çerez konumlandırılmasının mümkün olduğunu kabul etmek gerekecektir. Kuşkusuz bu durum kişisel veri işlenmesinde kullanılmayan çerezlerin daha sıkı korunması sonucunu doğuracaktır. Kurul'un yayınlamış olduğu Rehber de çerezler yoluyla kişisel verilerin işlenmesini ele almakta, kişisel veri işlenmesinde kullanılmayan çerezleri kapsamamaktadır.<sup>79</sup>

#### **IV. CNIL KARARINDAN YOLA ÇIKARAK TÜRK HUKUKUNA ÖNERİLER**

CNIL'in makale kapsamında ele alınan karar incelendiğinde, AB ve Fransa mevzuatının çerezler konusuna yaklaşımı kolaylıkla anlaşılabilir. Üstelik ortada farklı düzeyde normlar söz konusudur. Çerezlerin tabi olduğu hukuki rejim EPD'de, rızanın ne şekilde alınacağı GDPR'da ve uygun rıza alınmamasının sonuçları da Fransız "Bilgi ve Özgürlük Kanunu"nda düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler; çerezlerin kural olarak bilgilendirmeye dayalı açık rızanın mevcudiyeti halinde konumlandırılabilceğini belirtmektedir. Ayrıca ilgili düzenlemeler, açık rızanın istisnalarına da yer vermektedir.

Türk hukuku açısından bakıldığında ise ilk olarak EHK'da çerezlerle bağlantılı bir hükme rastlanmakta, KVKK'da ise çerezlere dair bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Ancak Kurul'un yayınlamış olduğu Rehber'de, çerezler yoluyla kişisel veri işlenmesinin KVKK'ya tabi olacağı belirtilmektedir. Bu noktada çerez kullanımı, KVKK'nın veri işleme şartları bağlamında ele alınmaktadır. Bu durumda çerezlere dair Kurul'un yorumu aslında KVKK'nın ilgili maddelerinin üzerinden olmaktadır. Dolayısıyla Türk hukukunda çerezlere

---

<sup>79</sup> Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber, 7.

dair, CNIL kararı gibi detaylı değerlendirmelerin ortaya çıkması mümkün görünmemektedir. Oysa çerezler yoluyla kişisel verilerin işlenmesi süreçlerinde rıza almaya yönelik birçok yönlendirici uygulamaya rastlanmaktadır.<sup>80</sup> Ayrıca özellikle reklam ya da pazarlama çerezleri yoluyla elde edilen kişisel veriler profillemeye amacıyla da kullanılabilir. Yukarıda belirtildiği üzere GDPR'ın 22. maddesinde bu konuya dair özel bir düzenleme bulunmaktadır. KVKK bağlamında profillemeye konusu düzenlenmiş olsa da çerezler bağlamında özel bir düzenleme ihtiyacı güncelliğini korumaktadır. Bu yüzden konuyla ilgili mevzuat tartışmalarını gidermek adına çerezlere dair kanuni bir düzenlemenin yapılması önem taşımaktadır. Kurul'un yayınlamış olduğu Rehber, belirli tartışmalarının önünü almakla birlikte, rıza istisnaları bağlamında AB hukukunu temel almaktadır. Bu yüzden GDPR'a uyum çalışmaları kapsamında çerezler konusunun, EPD'deki düzenlemeye benzer şekilde ele alınmasının Türk hukuku açısından faydalı olacağı düşünülmektedir.

## SONUÇ

Çerezlerin web sitelerinin performanslarını ve kullanıcı deneyimlerini iyileştirmek başta olmak üzere faydaları mevcuttur. Ancak çerezler bu özelliklerinin ötesinde hedefli reklamcılık uygulamaları başta olmak üzere takip amaçlı da kullanılabilir. Birçok çerez uygulaması doğası gereği kişisel veri işlemekte ve depolamaktadır. Bu durum çerezlerle kişisel verilerin korunması mevzuatı arasında bir bağ kurmaktadır. Bu doğrultuda EPD ve GDPR'ın ilgili hükümleri çerezlerin tabi olduğu hukuki düzeni anlamak açısından önem arz etmektedir. Bununla birlikte Fransız "Bilgi ve Özgürlük

---

<sup>80</sup> Söz konusu uygulamalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Güneş Peschke, Aydoğdu, ve Peschke, "İnternet Sitelerinin ve Mobil Uygulamaların Çerez (Cookies) Politikalarında Dezenformasyon ve Hukuki Boyutu."

Kanunu'nda çerezlere dair spesifik bir düzenleme mevcuttur. Bu çerçevede Google'ın Fransa'da mukim kullanıcılara sunmuş olduğu web sitelerinde konumlandığı çerezler, CNIL tarafından söz konusu düzenlemelere aykırı bulunmuştur. Çünkü hem konuyla ilgili hukuki düzenlemelerden hem de Madde 29 Çalışma Grubu' ile CNIL'in yayınlamış olduğu belgelerden anlaşılmaktadır ki, kullanıcıların çerezlere dair rıza vermesi gerektiği durumlarda, rıza vermekle vermemek aynı basitlik ve kolaylıkta sağlanmalıdır. Google'ın çerez yönetiminde çerezleri kabul etmeye yönelik teşvikler ve reddetmeye yönelik zorluklar bulunduğu için söz konusu basitlik ve kolaylıktan bahsetmek mümkün değildir. Bu durum, GDPR bağlamında rızanın serbestçe verilmesi gerektiği ilkesine uygun düşmemektedir. Bu sebeple Google'a ilgili mevzuat uyarınca 150 milyon Euro para cezası verilmiştir. Bu ceza GDPR kapsamında verilen yüksek cezalardan biridir ve veri koruma hukuku bağlamında çerezlere verilen önemi göstermektedir.

Türk hukukunda ise çerezler konusunda EHK ve KVKK'nın birlikte uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmaktadır. Kurul tarafından yayınlanan Rehber'de AB düzenlemelerinden yoğun bir şekilde esinlenme mevcuttur. Ancak AB mevzuatı Türk hukukunda doğrudan bir anlama/karşılığa sahip değildir. Bu yüzden Rehber'de yer verilen AB hukuku temelli tespitlerin yasal dayanağını tespit etmek zordur. KVKK ve EHK bağlamında bir değerlendirme yapıldığında ise kişisel veri işlemeye yarayan çerezler için KVKK gündeme gelebilirken diğer çerezler için EHK'nın uygulanması söz konusu olacaktır. Oysa EHK'da yer alan düzenleme her durumda bilgilendirme ve açık rıza olması halinde çerez konumlandırılmasının mümkün olduğunu düzenlemektedir. Öte yandan Rehber'de KVKK'nın uygulandığı varsayıldığında bazı durumlarda açık rıza dışında kanunda düzenlenen diğer veri işleme sebeplerine dayanılabileceği ifade edilmektedir. Kuşkusuz bu durumda EHK ile KVKK arasında bir çelişki doğmaktadır. Söz konusu çelişkinin ise bir rehberle değil, AB

mevzuatından ilham alan bir kanun düzenlemesiyle yapılması isabetli olacaktır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olup olmadığını belirtmiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author received no financial support for this study.

**Conflict of Interest:** The author did not specify whether there was a conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

## KAYNAKÇA

- Aksoy, Hüseyin Can ve Mesut Halıcioğlu. "AB ve Türk Hukuklarında Çerezler: Kişisel Verilerin Korunması Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme." *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*. no. 1 (2021): 61-88.
- Aksoy, Hüseyin Can ve Mesut Halıcioğlu. "E-Gizlilik Tüzüğü Çalışmaları Işığında Türk Hukukunda Elektronik Haberleşmenin Gizliliğinin Korunması." *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*. no. 2 (2020): 1-18.
- Bachert-Peretti, Audrey. "La protection constitutionnelle des données personnelles: les limites de l'office du Conseil constitutionnel face à la révolution numérique." *Revue française de droit constitutionnel*. no. 2 (2019): 261.
- Buttarelli, Giovanni. "The Commission Proposal for a Regulation on ePrivacy: Why Do We Need a Regulation Dedicated to ePrivacy in the European Union?." *European Data Protection Law Review*. no. 2 (2017): 155-59.
- Bygrave, Lee A. ve Luca Tosoni. "Article 4(11) Consent." İç. *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*. Ed. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, ve Christopher Docksey. 174-87. United Kingdom: Oxford University Press, 2019.
- Cahn, Aaron, Scott Alfeld, Paul Barford ve S. Muthukrishnan. "An Empirical Study of Web Cookies." iç. *Proceedings of the 25th International Conference on World Wide Web*. 891-901. Montréal Québec Canada: International World Wide Web Conferences Steering Committee, 2016. <https://doi.org/10.1145/2872427.2882991>.
- Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber. Ankara: Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2022.
- Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber Taslağı. Ankara: Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2022.



- Dabrowski, Adrian, Georg Merzdovnik, Johanna Ullrich, Gerald Sendera ve Edgar Weippl. "Measuring Cookies and Web Privacy in a Post-GDPR World." İç. *Passive and Active Measurement*, editör David Choffnes ve Marinho Barcellos. 258-70. Lecture Notes in Computer Science. Switzerland: Springer International Publishing, 2019. [https://doi.org/10.1007/978-3-030-15986-3\\_17](https://doi.org/10.1007/978-3-030-15986-3_17).
- Daigle, Brian, ve Mahnaz Khan. "The EU General Data Protection Regulation: An Analysis of Enforcement Trends by EU Data Protection Authorities." *Journal of International Commerce & Economics*. 2020 (2020): 1-38.
- Etteldorf, Christina. "Data Protection Authorities Try to Fill the Gap between GDPR and e-Privacy Rules." *European Data Protection Law Review*. no. 2 (2018): 235-38.
- Guida, Sergio. "Third-Party Cookies and Alternatives: What Consequences in Terms of Consent?." *European Journal of Privacy Law & Technologies*. no. 2 (2021).
- Güneş Peschke, Seldağ, Yasin Aydoğdu ve Lutz Peschke. "İnternet Sitelerinin ve Mobil Uygulamaların Çerez (Cookies) Politikalarında Dezenformasyon ve Hukuki Boyutu." İç. *İnternet Hukukunda Dezenformasyonla Mücadele*. Editör: Bülent Kent, Yasin Söyler, ve Merve Ayşegül Kulular İbrahim. 17-38. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Hoofnagle, Chris Jay, Ashkan Soltani, Nathaniel Good, Dietrich J Wambach, ve Mika D Ayenson. "Behavioral Advertising: The Offer You Cannot Refuse." *Harvard Law & Policy Review*. (2012): 24.
- Houser, Kimberly A., ve W. Gregory Voss. "GDPR: The End of Google and Facebook or a New Paradigm in Data Privacy?." *Richmond Journal of Law and Technology*. no. 1 (2018): 1-109.
- Işık, Alper. "İnsan Hakları Açısından GVKT ve 6698 sayılı KVKK'da Yalnızca Otomatik İşlemeye Dayalı Bir Karara Tabi Olmama Hakkı." İç. *I. Uluslararası Kişisel Verileri*

- Koruma Kongresi (12-14 Kasım 2021)*. 95-103. Ankara: Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2022.
- J Zuiderveen Borgesius, Frederik, Sanne Kruikemeier, Sophie C Boerman, ve Natali Helberger. "Tracking Walls, Take-It-Or-Leave-It Choices, the GDPR, and the ePrivacy Regulation." *European Data Protection Law Review*. no. 3 (2017): 353-68.
- Kama Işık, Sezen. *Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış: 2016/679 Sayılı GVKT (GDPR) ile 6698 Sayılı KVKK'nin Detaylı Analiz ve Karşılaştırması İle*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Kaya, Mehmet Bedii. *Elektronik Ticaret Hukuku - Ticari Elektronik İletiler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Keser Berber, Leyla. *Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılık (Online Behavioral Advertising) Uygulamaları Özelinde Kişisel Verilerin Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Keser Berber, Leyla, Ayça Atabey ve Melis Mert. "E-Gizlilik Tüzük Taslağının Son Versiyonu Üzerine Düşünceler." *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*. no. 2 (2019): 66-74.
- Küzeci, Elif. *Kişisel Verilerin Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- "Opinion 04/2012 on Cookie Consent Exemption." Article 29 Data Protection Working Party, 2012. [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp135\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp135_en.pdf).
- Tambou, Olivia. "France · Lessons from the First Post-GDPR Fines of the CNIL against Google LLC." *European Data Protection Law Review*. no. 1 (2019): 80-84.
- Turan, Serhat. "Çevrimiçi Mahkumiyet: Çerezler Karşısında Özgür İrade Ütopyası." İç. *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*. Editör: Leyla Keser Berber ve

- Ali Cem Bilgili. 121-36. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Voigt, Paul ve Axel von dem Bussche. *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*. New York: Springer Berlin Heidelberg, 2017.
- “Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies.” Article 29 Data Protection Working Party, 2013. [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208_en.pdf).
- Yeşilaltay, Burak. “Çerez Kullanımının Hukuki Çerçevesi.” Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2020.
- Yücedağ, Nafiye. “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler.” *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*. no. 1 (2019): 47-63.

# ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARDA YÜKLEMENİN YERİNE GETİRİLMESİ TALEBİNİN İLERİ SÜRÜLEBİLECEĞİ SÜRE

*The Time for Requesting to Fulfil The Burden in  
terms of Testamentary Dispositions*

**Reyhan TUHAN BOZ\***

## Öz


Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufla mirasçılara ya da ölüme bağlı tasarruftan yararlanacak kimselere bazı yüklemeler getirmesi mümkündür. Çalışmada mirasbırakanın bu şekilde öngörmüş olduğu yüklemelerin yerine getirilmesi talebinin ileri sürülebileceği süre ve bu talebin yükümlünün mirasçılara karşı ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığı, doktrindeki farklı görüşler ile İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay kararları ışığında ele alınmıştır. Netice itibarıyla yüklemenin yerine getirilmesinin talep edilebilmesi için kanunî bir sınıır

\* Doktor Öğretim Üyesi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, reyhantuhanboz@trabzon.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6324-5860.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 16.10.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 29.11.2022.

**Atıf/Citation:** Tuhan Boz, Reyhan. "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yüklemenin Yerine Getirilmesi Talebinin İleri Sürülebileceği Süre." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 798-822.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 

bulunmadığı, mirasçının veya vasiyet alacaklısının ömrü boyunca veya en azından vasiyet konusundan yararlandığı sürece yüklemeyi yerine getirmek zorunda olduğu ve yükümlünün mirasçılarının art mirasçı ya da art vasiyet alacaklısı olarak atanmadıkça yüklemeyi yerine getirmekle yükümlü olmadığı kanaatine varılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Yükleme, Zamanaşımı, Vasiyetname, Yükümlü, Miras, Ölüme Bağlı Tasarruf.

## **Abstract**

Through the testamentary disposition, the inheritors can impose some burdens on their own heirs or on individuals who will profit from the testamentary disposition. The research took into account various interpretations of the doctrine as well as judgements from the Swiss Federal Court and the Turkish Court of Cassation to determine whether there is a time limit for submitting a request for the fulfilment of the burdens imposed by the testator and whether this request can be made against the heirs of the beholden. As a result, it has been determined that there is no legal time limit for demanding the burden's fulfilment, that the heir or specific legatee must fulfil the burden during their lifetime or at least for as long as they benefit from the will, and that heirs of the beholden are not obligated to fulfil the burden unless they have been appointed as reversioners.

**Keywords:** Burden, Prescription, Testament, Beholden, Inheritance, Testamentary Disposition.

## **GİRİŞ**

Mirasbırakan, ölümünden sonra hüküm doğurmak üzere mirasçılara veya vasiyet alacaklılarına olumlu veya olumsuz bazı yükümlülükler getirebilir. Mirasbırakanın bir alacak hakkı

doğurmaksızın ölüme bağlı tasarrufuyla getirmiş olduğu bu yükümlülük, yükleme olarak ifade edilir.<sup>1</sup>

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda öngördüğü yükleme, bir alacak hakkı teşkil etmeksizin yüklemenin lehtarına sadece yüklemenin yerine getirilmesi hususunda bir talep hakkı tanımaktadır (TMK m. 515). Fakat yüklemenin yerine getirilmesine ilişkin bu talep hakkının ne zamana kadar ileri sürülebileceğinin; söz konusu yüklemeyi yerine getirmekle yükümlü olanların yanı sıra yükümlünün mirasçılarında da yüklemenin yerine getirilmesinin talep edilebilip edilemeyeceğinin irdelenmesi gerekmektedir.

Çalışmada öncelikle yükleme kavramının ortaya konulması ve benzeri diğer kavramlardan ayrımının yapılması için yükleme kavramı incelenecektir. Devamında yüklemelerin yerine getirilmesi ve buna ilişkin talep ele alınacaktır. Ardından yüklemenin yerine getirilmesine ilişkin talebin ileri sürülebileceği süre sorunu ve bu talebin yükümlünün mirasçılara karşı ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığı doktrindeki farklı görüşler ve yargı kararları ışığında değerlendirilecektir.

---

<sup>1</sup> Bkz. Bruno Herzer, *Erbrechtliche Auflagen und Bedingungen* (Zürich: E. Lang, 1941), 37 ff.; Alexander Beck, *Grundriss des Schweizerischen Erbrechts* (Bern: Stämpfli Verlag, 1976), 88; Arnold Escher ve Arnold Escher, "Art. 482," iç. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, III. Band, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536)* (Zürich: Schulthess & CO AG, 1959), Rn. 13; Daniel Staehelin, "Art. 482," iç. *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, ed. Thomas Geiser, Stephan Wolf, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019), Rn. 14; Kemal Tahir Gürsoy, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 1 (1953): 457-541, 468; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987) 281; Abdülkerim Yıldırım, *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2004), 97; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1984), 178.

## I. YÜKLEME KAVRAMI

Kanunkoyucu TMK m. 515'te yer alan "*Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruflarını koşullara veya yüklemelere bağlayabilir. Tasarruf hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren, her ilgili koşul veya yüklemenin yerine getirilmesini isteyebilir.*

*Hukuka ve ahlaka aykırı koşullar ve yüklemeler, ilişkin buldukları tasarrufu geçersiz kılar.*

*Anlamsız veya yalnız başkalarını rahatsız edici nitelikte olan koşullar ve yüklemeler yok sayılır."* hükmüyle mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda yüklemelere yer verebileceğini öngörmekle birlikte Alman Medeni Kanunu'nun aksine yükleme kavramını tanımlamamış, bu konuda detaylı bir düzenleme getirmemiştir.<sup>2</sup>

Kanunkoyucu yükleme (*Auflage*) kavramına iki farklı konuda daha yer vermiştir. Bunlar vakıflara ilişkin TMK m. 113/II ve bağışlamaya ilişkin TBK m. 291 hükümleridir. TMK m. 515 ve TBK m. 291 hükümlerinde 'yükleme' kavramı tercih edilmişken TMK m. 113/II hükmünde 'yükümlülük' kavramı yer almaktadır. Söz konusu hükümlerin karşılıkları olan 743 sayılı mülga TMK m. 80/II ve 462 ile 818 sayılı mülga BK m. 240 hükümlerinin tamamında ise kullanılan kavram 'mükellefiyet' şeklindedir. Mülga kanunlar döneminde doktrinde hukukî bir vazifenin yerine getirilmesi mecburiyetini ifade eden mükellefiyet, geniş anlamda mükellefiyet (*Rechtspflicht*) olarak adlandırılmaktayken 743 sayılı mülga TMK m. 80/II ve 462 ile 818 sayılı mülga BK m. 240 hükümleri anlamındaki mükellefiyet,

---

<sup>2</sup> BGB § 1940 hükmünde yükleme, mirasbırakanın vasiyetnameyle, mirasçı veya vasiyet alacaklısını, bir başkasına alacak hakkı vermeksizin bir edimde bulunmakla yükümlü kılması olarak ifade edilmiştir.

dar anlamda mükellefiyet (*Auflage*) olarak adlandırılmaktaydı.<sup>3</sup> Esasen kanunkoyucu TMK m. 515 ve TBK m. 291’de kullanmayı tercih ettiği ‘yükleme’ kavramını TMK m. 113/II hükmünde de kullanarak söz konusu ayrıma duyulan ihtiyacı sona erdirebilirdi.<sup>4</sup> Ancak bu hususa kanunkoyucu tarafından dikkat edilmediğinden TMK m. 113/II hükmünde yer alan yükümlülük kavramının, dar anlamda yükümlülüğü yani yüklemeyi ifade ettiğini belirtmek gerekmektedir.

Yükleme doktrinde “*ivazsız tevcihlere tevcihte bulunan tarafından eklenmiş olan ve tevcihi kabul eden, tevcihte bulunan kimse veya üçüncü şahısların menfaatına olmak üzere belli bir edimde bulunmak mecburiyeti altına sokan fer’i bir kayıt*” olarak tanımlanmaktadır.<sup>5</sup> Ölüme bağlı tasarruflarda yükleme ise müşterek hukuktan günümüze gelen bir kavram olup mirasbırakanın alacak hakkı doğurmaksızın mirasçılara veya vasiyet alacaklılarına belli bir amacın gerçekleşmesine yönelik ölüme bağlı tasarrufunda öngördüğü yükümlülüktür.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Turgut Akıntürk, “Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 27, no. 3-4, (1970): 219-247, 232.

<sup>4</sup> Vakıflara ilişkin TMK m. 113/II hükmünde de yükleme kavramının tercih edilmesi gerektiği yönünde bkz. Murat Sarıkaya, “Türk Medenî Kanunu'na Göre Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (2021): 602-619, 612.

<sup>5</sup> Akıntürk, “Şart ve Mükellefiyet,” 233-234; ayrıca bkz. Gürsoy, “Şart ve Mükellefiyet,” 468.

<sup>6</sup> Doktrinde ölüme bağlı tasarruflarda yükleme kavramına ilişkin benzer tanımlar için bkz. Herzer, *Auflagen und Bedingungen*, 37 ff.; Gürsoy, “Şart ve Mükellefiyet,” 468; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 281; Beck, *Schweizerischen Erbrechts*, 88; Akıntürk, “Şart ve Mükellefiyet,” 233-234; Yıldırım, *Şart ve Mükellefiyetler*, 97; Samim Gönensay ve Kemaleddin Birsen, *Miras Hukuku* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963), 144; Oğuzman, *Miras Hukuku*, 178; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Miras Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015), 162; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 356; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (İstanbul: Der Kitabevi, 2018), 142; Gökhan Antalya, *Marmara*



Yükleme teşkil eden yükümlülük, mirasbırakanın son arzularını ifade eden bir ölüme bağlı tasarruftur.<sup>7</sup> Örneğin, mirasçılarının kendisini unutmamasını isteyen mirasbırakan vasiyetnamesinde her ölüm yıl dönümünde kendisi için mevlit okutulmasını ya da öldüğünde evinin önündeki bahçeye gömülmeyi öngörebilir. Benzer şekilde mirasbırakan arazisini vasiyet ettiği kimselere bu arazinin bir kısmına tüm çocukların kullanımına açık bir park yaptırılmalarını da yükleyebilir. Mirasbırakan, yükleme ile esasında bir amacın gerçekleştirilmesini arzulamaktadır<sup>8</sup> ve yüklemeyi de bu amacın gerçekleştirilmesi için öngörmüştür. Bu amaç, şahsî nitelikte olabileceği gibi dinî, ilmî, sosyal vb. bir amaç da olabilir.<sup>9</sup>

Mirasbırakan, yükleme ile arzuladığı amacın gerçekleştirilmesi için belli bir davranışta bulunma ya da kaçınma yönünde bir görev yüklemektedir.<sup>10</sup> Fakat

---

*Hukuk Yorumu Miras Hukuku*, Cilt III, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 243; Mehmet Serkan Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 122; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 221; Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, *Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 152.

<sup>7</sup> Michael Lüdi, *Auflagen und Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen unter Berücksichtigung des deutschen Rechts* (Zürich: Schulthess Verlag, 2016), 19, 21; Staehelin, *Basler Kommentar*, Art. 482, Rn.14.

<sup>8</sup> Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 276; Gürsoy, "Şart ve Mükellefiyet," 469, 473; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 281; Yıldırım, *Şart ve Mükellefiyetler*, 98-99; Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, 162; Antalya, *Miras Hukuku*, 244; Akıntürk, "Şart ve Mükellefiyet," 234; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, 221; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, 122.

<sup>9</sup> Gürsoy, "Şart ve Mükellefiyet," 469, 473; Akıntürk, "Şart ve Mükellefiyet," 234; Yıldırım, *Şart ve Mükellefiyetler*, 98-99; Oğuzman, *Miras Hukuku*, 185; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, 122; Öztan, *Miras Hukuku*, 279; Müjgan Gömeç, "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Koşul ve Yüklemeler," *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 1, no. 1 (2021): 31-53, 44.

<sup>10</sup> Bülent Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, Cilt I, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975-1976), 161; Gürsoy, "Şart ve Mükellefiyet," 474;

mirasbırakanın görev olarak öngördüğü davranışın nasihat veya tavsiye niteliğinde olup olmadığına dikkat edilmelidir. Başka bir ifadeyle nasihat ve tavsiye, yükleme ile karıştırılmamalıdır. Mirasbırakanın nasihat veya tavsiye niteliğindeki beyanları yükleme olarak değerlendirilemez. Mirasbırakanın bu türden arzularının bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Buna karşılık yükleme niteliğindeki arzuların yerine getirilmemesi hâlinde ilgilerin dava yoluna başvurmaları mümkündür.<sup>11</sup>

Yükleme, lehtara<sup>12</sup> bir alacak hakkı tanımaz.<sup>13</sup> Bu bağlamda yüklemenin yerine getirilmemesi hâlinde lehtar, tazminat talebinde bulunamaz; o sadece yüklemenin yerine getirilmesi

---

Yıldırım, *Şart ve Mükellefiyetler*, 99; Öztan, *Miras Hukuku*, 277; Akıntürk, "Şart ve Mükellefiyet," 235; Eren ve Yücer Aktürk, *Miras Hukuku*, 152;

<sup>11</sup> Staehelin, *Basler Kommentar*, Art. 482, Rn. 19; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, 124; Akıntürk, "Şart ve Mükellefiyet," 236; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 281; Gönensay ve Birsen, *Miras Hukuku*, 144; Öztan, *Miras Hukuku*, 279.

<sup>12</sup> Yüklemenin lehtarı, mirasbırakanın kendisi olabileceği gibi yüklemeyi yerine getirmekle yükümlü mirasçı veya vasiyet alacaklısı da olabilir. Bkz. Herzer, *Auflagen und Bedingungen*, 28; Yıldırım, *Şart ve Mükellefiyetler*, 105; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, 123; Öztan, *Miras Hukuku*, 279; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 358; Böyle bir durumda yüklemenin mi yoksa bir koşulun ya da nasihatın mı söz konusu olduğuna her zaman dikkat edilmesi gerektiği hususunda bkz. Herzer, *Auflagen und Bedingungen*, 29; Lehtarın gerçek veya tüzel kişi veyahut kişilik hakkı olmayan bir varlık olması da mümkündür. Bkz. Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, 162; Herzer, *Auflagen und Bedingungen*, 28; Hasan İşgüzar, Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz, *Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 65; Öztan, *Miras Hukuku*, 277-278.

<sup>13</sup> Jean Nicolas Druey, *Grundriss des Erbrechts*, (Bern: Stämpfli Verlag, 2002), 148; Escher ve Escher, Art. 482, Rn. 13; Staehelin, *Basler Kommentar*, Art. 482, Rn. 17; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 281; Öztan, *Miras Hukuku*, 277; Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, 162; Eren ve Yücer Aktürk, *Miras Hukuku*, 152; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, 130; Gömeç, "Koşul ve Yüklemeler," 45.

için dava hakkına sahiptir.<sup>14</sup> Lehtarın yüklemenin yerine getirilmesi için başvurduğu dava da teknik anlamda ifa davası değildir. Bu dava, davacının kendisine bir ifada bulunulmasına değil; sadece mirasbırakan tarafından yükümlülük ile izlenen amacın sağlanmasına yöneliktir.<sup>15</sup>

Yüklemelerin ilgililer lehine bir alacak hakkı doğurmaması, onları vasiyetlerden ayıran özelliğidir.<sup>16</sup> Ayrıca yüklemenin malvarlığına ilişkin bir menfaat olması da şart değildir.<sup>17</sup> Fakat doğrudan ya da dolaylı olarak bir malvarlığı değerinin belirli kişilere kazandırılmasını esas alan ölüme bağlı tasarruf, yükleme olarak değil vasiyet olarak nitelendirilir.<sup>18</sup> Nitekim vasiyet ile mirasbırakan belirli bir malvarlığı değeri üzerinde bir kimseye

---

<sup>14</sup> Christian Brückner, Thomas Weibel ve Francesca Pesenti, *Die erbrechtlichen Klagen* (Zürich: Schulthess Verlag, 2022), 177; Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*, 239; Druey, *Grundriss des Erbrechts*, 148; Staehelin, *Basler Kommentar*, Art. 482, Rn. 17; Akıntürk, “Şart ve Mükellefiyet,” 236; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 357; Yıldırım, *Şart ve Mükellefiyetler*, 99; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 142; Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, 163; İşgüzar, Demir ve Yılmaz, *Miras Hukuku*, 66; Öztan, *Miras Hukuku*, 277; Eren ve Yücer Aktürk, *Miras Hukuku*, 154; Antalya, *Miras Hukuku*, 247; BGE 94 II 88.

<sup>15</sup> Herzer, *Auflagen und Bedingungen*, 54; Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, 166; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 360; Yıldırım, *Şart ve Mükellefiyetler*, 123; Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*, 239.

<sup>16</sup> Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*, 32; Philipp Studhalter, “Art. 482,” iç. Orell Füssli *Kommentar: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser, (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021), Rn. 8; Staehelin, *Basler Kommentar*, Art. 482, Rn. 17; Oğuzman, *Miras Hukuku*, 185; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, 222; BGE 101 II 25, 27.

<sup>17</sup> Herzer, *Auflagen und Bedingungen*, 38; Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*, 25; Gürsoy, “Şart ve Mükellefiyet,” 504; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, 130; Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, 163; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 358; Öztan, *Miras Hukuku*, 279; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, 222.

<sup>18</sup> Druey, *Grundriss des Erbrechts*, 149; Gürsoy, “Şart ve Mükellefiyet,” 504-505; Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*, 67; Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, 130-131; Öztan, *Miras Hukuku*, 279; krş. Antalya, *Miras Hukuku*, 235.

alacak hakkı sağlama niyetindeyken, yüklemde her ne kadar bir malvarlığı değeri yüklemenin konusunu oluştursa da mirasbırakan arzuladığı amacın gerçekleşmesi için bir tahsiste bulunmaktadır.<sup>19</sup>

Yükleme, koşuldan da farklı bir hukukî kurumdur. Koşula bağlanan ölüme bağlı tasarrufun hükümlerini doğurabilmesi için koşulun gerçekleşmesi gerekir. Fakat yüklemenin yerine getirilip getirilmemesinin ölüme bağlı tasarruf üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.<sup>20</sup> Bununla birlikte yüklemenin yerine getirilmesi tek başına dava edilebilirken koşulun yerine getirilmesi için dava açılmaz.<sup>21</sup>

## II. YÜKLEMENİN YERİNE GETİRİLMESİ

Yükleme bir yönüyle de ahlaki bir yükümlülüktür ve hukuken lehtara bir alacak hakkı vermese de yerine getirilmesine ilişkin talep hakkının ileri sürülmesine çoğu durumda gerek olmayacağı düşünülmektedir.<sup>22</sup> Buna rağmen yüklemenin yerine getirilmediği, mirasbırakanın iradesinin göz

<sup>19</sup> Ergüne, *Vasiyetnamenin Yorumu*, 130; krş. İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 142; Gürsoy, "Şart ve Mükellefiyet," 501 ff.; Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri*, 161;

<sup>20</sup> Druey, *Grundriss des Erbrechts*, 149; Staehelin, *Basler Kommentar*, Art. 482, Rn. 1; Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 282; Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, 164; Oğuzman, *Miras Hukuku*, 179; Gönensay ve Birsen, *Miras Hukuku*, 145; Eren ve Yücer Aktürk, *Miras Hukuku*, 153; Öztan, *Miras Hukuku*, 284; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 359; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, 222; Gömeç, "Koşul ve Yüklemeler," 48.

<sup>21</sup> Peter Weimar, "Art. 428," iç. *Berner Kommentar: Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen*, Art. 457-516 ZGB (Bern: Stämpfli Verlag, 2009), Rn. 2; Studhalter, *Orell Füssli Kommentar*, Art. 482, Rn. 11; Oğuzman, *Miras Hukuku*, 179; Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, 164; Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*, 31; Öztan, *Miras Hukuku*, 279; Gömeç, "Koşul ve Yüklemeler," 48.

<sup>22</sup> Herzer, *Auflagen und Bedingungen*, 61.

ardı edildiği hâller bulunmaktadır. Bu nedenle kanunkoyucu TMK m. 515/I hükmünde ölüme bağlı tasarrufun hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan itibaren her ilgilinin yüklemenin yerine getirilmesini isteyebileceğini öngörmüştür. Yukarıda ifade edildiği üzere yükleme, bir alacak hakkı tanımaz. Dolayısıyla hükümde ilgililere yüklemenin yerine getirilmesine ilişkin tanınan dava hakkı, borçlar hukuku anlamında bir ifa davası değildir. Söz konusu davada bir ifada bulunulması talep edilmez, yalnızca mirasbırakanın arzuladığı amacın yerine getirilmesi istenir.<sup>23</sup> Sadece yüklemenin aynen yerine getirilmesi imkânı tanıyan bu talep (*Vollziehungsanspruch*), *sui generis* nitelik arz etmektedir.<sup>24</sup> Yüklemenin yerine getirilmemesi sebebiyle bir tazminat talebi de doğmayacağından bu davada yöneltilecek talep, yalnızca geleceğe yönelik olabilir.<sup>25</sup>

Yüklemenin yerine getirilmesi talep edildiğinde esas olan mirasbırakanın öngördüğü yükümlülüğün rıza ile yerine getirilmesidir. Bu bağlamda yüklemenin yerine getirilmiş sayılması için yükümlünün ortaya koyduğu davranışlar neticesinde yüklemenin tam olarak başarılı biçimde yerine getirilmesinin gerekip gerekmediği ya da gerekli dikkat ve özenin gösterilmiş olmasının yeterli olup olmayacağı önem arz etmektedir. Tek seferde yerine getirilecek veya açıkça tanımlanmış yükümlülükler bakımından yüklemenin yerine

---

<sup>23</sup> Gürsoy, "Şart ve Mükellefiyet," 513-514; Escher ve Escher, Art. 482, Rn. 21; Studhalter, *Orell Füssli Kommentar* Art. 482, Rn. 8; Oğuzman, *Miras Hukuku*, 185; Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, 166; Öztan, *Miras Hukuku*, 280; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 145; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, 223.

<sup>24</sup> Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*, 239; Staehelin, *Basler Kommentar*, Art. 482, Rn. 28; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 360; benzer şekilde Yıldırım, yüklemenin yerine getirilmesine ilişkin talebi, talebin konusu bir hak iddiası olmadığından bahisle "özel bir talep ve dava" olarak nitelendirmektedir. Bkz. Yıldırım, *Şart ve Mükellefiyetler*, 123.

<sup>25</sup> Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*, 239.

getirilip getirilmediğinin tespiti daha kolaydır. Buna karşılık mirasbırakan periyodik olarak tekrarlanacak bir yükümlülük öngörmüşse veya yükümlülük kişisel özelliklerle bağlantılıysa tam olarak yerine getirmeden ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymak daha zor olacaktır.<sup>26</sup> Bu tespit yapılırken yükümlünün gerçekleştirdiği davranışların yeterliliği her somut olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmeli ve bu değerlendirmede yine mirasbırakanın iradesi, arzuladığı amaç esas alınmalıdır.<sup>27</sup> Öte yandan yüklemenin bir alacak hakkı yaratmadığı sadece yerine getirme talebi tanıdığı göz önünde bulundurulduğunda yükümlüden yüklemenin yerine getirilmesi konusunda bir başarı beklenmemeli; sadece yükümlünün mirasbırakanın arzuladığı amacın gerçekleşmesi için gerekli dikkat ve özeni göstermiş olması yeterli olmalıdır. Burada yükümlünün becerileri, eğitim durumu gibi bireysel özellikleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Yükümlü gereken özeni göstermesine rağmen başarısız olmuşsa bu hâlde yüklemenin yerine getirilmiş olduğu kabul edilmelidir.<sup>28</sup>

Yüklemenin rıza ile yerine getirilmemesi hâlinde ise yüklemeyi yerine getirmek zorunda olan mirasçıya veya vasiyet alacaklısına karşı dava açılır.<sup>29</sup> Davacı ise, yüklemenin yerine getirilmesi ile ilgili olan, yükleme ile izlenen amacın yerine getirilmesinde maddî veya manevî menfaati olan herkeştir.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*, 240.

<sup>27</sup> Uzun süreli periyodik olarak devam eden yükümlülükler bakımından değişen koşullar dikkate alınmalıdır. Bkz. Herzer, *Auflagen und Bedingungen*, 64 ff.; Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*, 241.

<sup>28</sup> Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*, 240.

<sup>29</sup> Yıldırım, *Şart ve Mükellefiyetler*, 101 ff.; Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, 165; Öztan, *Miras Hukuku*, 281;

<sup>30</sup> Mirasbırakan yüklemenin lehtarını açıkça belirlemişse yüklemenin yerine getirilmesini sadece bu kişi ya da kişiler talep edebilir. Bkz. Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, 166.

Davacının illâki hukukî bir menfaatinin mevcudiyeti gerekmez.<sup>31</sup> Örneğin, bir hayır kurumu, hatta mirasbırakanın bir dostu ya da bakıcısı da yüklemenin yerine getirilmesi için dava açabilir.<sup>32</sup>

### III. YÜKLEMENİN YERİNE GETİRİLMESİNİN TALEP EDİLEBİLECEĞİ SÜRE

Yüklemenin yerine getirilmesinin ne zamana kadar talep edilebileceği önem arz etmektedir. Öncelikle, mirasbırakan, yüklemenin devam edeceği süreyi açıkça belirlemiş olabilir veya yorum yoluyla mirasbırakanın yüklemeyi belli bir süre için öngördüğü neticesine varılabilir. Bu hâlde öncelikle mirasbırakanın öngördüğü bu süre göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>33</sup> Örneğin, mirasbırakan on yıl boyunca ya da 2030 yılına kadar kimsesiz çocuklara yardımda bulunma yükümlülüğü getirmişse sürenin sona ermesiyle artık yükleme talep edilemeyecektir. Buna karşılık mirasbırakan tarafından böyle bir süre öngörülmemişse yüklemenin ne zamana kadar devam edeceği hususunda kanunkoyucu açık bir düzenleme getirmemiştir. Bu konudaki önemli içtihatları ve doktrinindeki farklı görüşleri şu şekilde özetlemek mümkündür:

İsviçre Federal Mahkemesi, eski tarihli bir kararında yüklemelerin yerine getirilmesine ilişkin talebin zamanaşımına

---

<sup>31</sup> Studhalter, *Orell Füssli Kommentar*, Art. 482, Rn. 11; Escher ve Escher, Art. 482, Rn. 20; Staehelin, *Basler Kommentar*, Art. 482, Rn. 25; Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, 165; Öztan, *Miras Hukuku*, 280; aksi kanaatte bkz. Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 428, Rn. 34.

<sup>32</sup> Gürsoy, “Şart ve Mükellefiyet,” 514; Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*, 244-245; Studhalter, *Orell Füssli Kommentar*, Art. 482, Rn. 11; Staehelin, *Basler Kommentar*, Art. 482, Rn. 25; İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 146; İnan, Ertaş ve Albaş, *Miras Hukuku*, 222-223.

<sup>33</sup> Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*, 248; Staehelin, *Basler Kommentar*, Art. 482, Rn. 33; Yıldırım, *Şart ve Mükellefiyetler*, 125; Antalya, *Miras Hukuku*, 247.

tâbi olup olmadığının şüpheli olduğunu belirtmekle birlikte, her hâlükârda dava hakkı doğmadan zamanaşımının başlamayacağına işaret ederek vasiyetnamelerin yerine getirilmesine ilişkin TMK m. 602 (ZGB Art. 601) hükmünde öngörülen on yıllık sürenin kıyasen uygulanabileceğini ifade etmiştir.<sup>34</sup> Daha sonraki tarihli bir Federal Mahkeme kararına konu olayda, mirasbırakanın, bir zaman sınırı getirmeksizin, vasiyet ettiği malın tamamının veya bir kısmının satılması ya da kamulaştırılması hâlinde, elde edilen gelirin mirasçılara miras hakları oranında devredilmesine ilişkin öngörmüş olduğu yüklemenin ne kadar süre yerine getirilmesi gerektiği hususundaki tespitinde<sup>35</sup>: yüklemenin talep edilebileceği sürenin kanunda düzenlenmemiş olmasının açık ya da örtülü bir boşluk olarak nitelendirilemeyeceğini; zira burada tasarruf özgürlüğünün esas alınması gerektiğini ve kanunî bir sınırlama bulunmadığı sürece tasarruf özgürlüğünün geçerli olmaya devam edeceğini, buradaki problemin hakkaniyet kavramı dahilinde çözülmesinin daha doğru olacağını ifade etmiştir. Bu bağlamda vasiyetnameye göre satış veya kamulaştırma hâlinde elde edilen gelirin tüm mirasçılara paylaşılması gerektiği ve mirasbırakan bir süre ile sınırlandırmadığından bu yükümlülüğün kanunun izin verdiği sürece devam edeceği; fakat TMK m. 521 (ZGB Art. 488) hükmünde art mirasçı atama iki kuşakla sınırlandırılmış olduğundan mirasbırakanın vasiyetnameyle normal olarak 50-70 yıl hatta daha uzun süreli hukukî bağlar kurabileceği; bu sürenin, hakkında kanunî bir zaman sınırlanması öngörülmemiş olması sebebiyle vasiyetnameyle ilgili yüklemeler bakımından da geçerli olabileceğini belirtilmektedir. Ayrıca mahkeme, yüklemenin

---

<sup>34</sup> BGE 76 II 208-209; Ayrıca bkz. Hans Michael Riemer, "Bedingungen und Auflagen, namentlich bei Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen. Zugleich eine Analyse von BGE 120 II 182," *Jusletter*, Temmuz, <https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2000/83/657.html>, Rn. 11.

<sup>35</sup> BGE 87 II 355-364.



tasarruf özgürlüğüyle bağdaştığı ölçüde ve kanunen bir zaman sınırı getirilmediği sürece ne ahlâka ne de hukuka aykırı olacağını ve yükümlünün hayatı boyunca veya en azından vasiyetten faydalandığı sürece yüklemeyi yerine getirmek zorunda olduğunu ifade etmiştir. Buna karşılık mahkeme, yükümlünün ölümü hâlinde onun mirasçılara yüklemeyi yerine getirme talebinin ileri sürülüp sürülemeyeceği konusunda bir hüküm kurmadığını açıkça dile getirmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da lehine vasiyette bulunulan kimseye vasiyette belirtilen arsa üzerine hastanenin istediği şekilde bir pavyon yapılması ve bu pavyona mirasbırakan ile kocasının adının verilmesi yönündeki yüklemenin yerine getirilmesine ilişkin davadan *“ilgililer tarafından zamanaşımına bağlı olmaksızın her zaman açılması mümkün olan bir ifa davası”* olarak bahsetmiştir.<sup>36</sup>

Doktrinde ise bazı yazarlar<sup>37</sup>, yükleme ve vasiyet arasındaki benzerlik sebebiyle vasiyetlere ilişkin zamanaşımı süresinin yüklemelere de kıyasen uygulanacağını savunurken; bazı yazarlar, bu görüşü yüklemenin alacak hakkı ortaya çıkarmaması sebebiyle reddetmektedir.<sup>38</sup>

*Weimar*, yükümlünün işlem özgürlüğünü hukuka ve ahlaka aykırı olacak biçimde sınırlandırmadığı sürece yüklemenin

<sup>36</sup> YHGK E. 1982/2-540 K. 1982/922 T. 26.11.1982 (Kazancı 10.08.2022).

<sup>37</sup> Bu görüşteki yazarlar için bkz. Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*, 248; Christian Brückner, Thomas Weibel ve Francesca Pesenti, *Die erbrechtlichen Klagen*, 179, dn. 163; Staehelin, *Basler Kommentar*, Art. 482, Rn.31.

<sup>38</sup> Bkz. Brückner, Weibel ve Pesenti, *Die erbrechtlichen Klagen*, 179; Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*, 248; Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 361; Yükleme bir alacak hakkı tanımadığından alacak hakkı için geçerli olan genel zamanaşımı süresinin de yüklemenin yerine getirilmesi talepleri bakımından uygulanması mümkün değildir. Bkz. *Weimar*, *Berner Kommentar*, Art. 428, Rn. 25.

ömür boyu yerine getirilebileceği kanaatindedir.<sup>39</sup> Öte yandan yazar, Federal mahkemenin art mirasçı atanmasına ilişkin TMK m. 521/II (ZGB 488/II) hükmünden hareketle iki kuşaklık, 50- 70 yıllık hatta biraz daha uzun süreli bir hukukî bağın caiz olduğu yönündeki kararında dava konusunun bir yüklenme değil vasiyet olduğunu ve her hâlükârda vasiyetname özgürlüğünün anlamının mirasbırakanın ölümünden sonra 50-70 yıl daha yüklemenin korunmasını gerekli kılmayacağını, aksi hâlde mirasbırakanın bir vakıf kurması gerektiğini savunmaktadır.<sup>40</sup> Yazara göre yükümlüye onun ölümüyle sona erecek şekilde bağlı olmayan yüklemeler sona ermezler.<sup>41</sup> Örneğin, mirasbırakanın oğlu mirasbırakandan kısa bir süre sonra ölmüşse o zaman torunu yüklemeleri yerine getirmekle yükümlü olabilir. Fakat Federal Mahkeme'nin kararında TMK m. 521/II (ZGB Art. 488/II) ile kurduğu ilişki neticesinde yükümlünün bağımsız yüklemelerin yükümlüsünün mirasçılarını bağladığı fakat mirasçılarının mirasçılarını bağlamadığına ulaşılır.<sup>42</sup>

*Druey'e göre* mirasbırakanın iradesi daha kısa bir süreyi göstermediği sürece genel hukuk ilkeleri temelinde zaman bakımından bir üst sınırın uygulanması gerekir. Yazar, bu sınırın Federal Mahkeme'nin bir kararında (BGE 87 II 355, 362-363) kabaca 50-70 yıl olarak belirlenmiş olduğunu ve bunun da TMK m. 521/II (ZGB Art. 488/II) hükmünde belirtilen iki kuşaklık zaman dilimine denk geldiğini; bununla birlikte mahkemenin,

<sup>39</sup> Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 428, Rn. 5; Escher ve Escher, yüklemenin zaman bakımından sınırlandırılmaksızın talep edilmesinin, belirli hukuk ilkeleriyle çatışması halinde sınırlandırılabilceğini ifade etmektedir. Bkz. Escher ve Escher, Art. 482, Rn. 26.

<sup>40</sup> Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 428, Rn. 5.

<sup>41</sup> Riemer, "Bedingungen und Auflagen," Rn. 9; Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 428, Rn. 6.

<sup>42</sup> Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 428, Rn. 6.

mirasbırakanın yalnızca yüklemeyi yerine getirecek kimsenin ömrünü hayal edebileceğini varsaymış olduğunu belirtmektedir.<sup>43</sup> *Studhalter*'e göre ise yükleme yükümlünün ölümüyle, en geç 50 ila 70 yıl sonra, sona erer.<sup>44</sup>

*Lüdi* ise, yüklemelerin tabi olacağı azami sürenin kural olarak yükümlünün yaşam süresinden bağımsız olarak belirlenmesi gerektiği kanaatindedir. Yazara göre eğer mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufuyla yüklemeyi zaman bakımından sınırlandırmışsa yükümlünün yaşam süresi değil, bu süre dikkate alınmalıdır.<sup>45</sup> Fakat TMK m. 521/II (ZGB 488/II) hükmü, bu hâlde kıyasen uygulanacak bir sınır teşkil eder. Buna göre bir yüklemenin azami süresi, iki kuşağın ortalama yaşam süresinden hareketle mirasbırakanın ölümünden itibaren 50-70 yıllık bir süreye tekabül eder ama *favor testamenti* ilkesi gereği bu süre 70 yıl olarak kabul edilmelidir.<sup>46</sup> Mirasbırakan yükleme için belli bir süre öngörmemişse veya yorum yoluyla da yüklemeyi bir süreye tabi tuttuğu sonucu çıkarılamıyorsa, TMK m. 521/II hükmünden çıkarılan 70 yıllık azamî süre uygulanır. Bu kapsamda yükümlüden veya vasiyet konusundan bağımsız, intikal edebilen bir yükleme söz konusu ise mirasbırakanın ölümünden itibaren 70 yıl boyunca yüklemenin yerine getirilmesi talep edilebilir. Buna karşılık yükümlü ile yükleme arasında sıkı ilişki bulunuyorsa yükümlünün ortalama yaşam beklentisine göre azamî süre belirlenir. Buna göre mirasbırakanın ölüm anındaki yükümlünün yaşı ile ortalama yaşam beklentisi arasında 70 yıldan uzun süre varsa azamî süre, bağımsız yüklemelerde olduğu gibi 70 yıldır.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Druey, *Grundriss des Erbrechts*, 150.

<sup>44</sup> *Studhalter, Orell Füssli Kommentar*, Art. 482, Rn.14.

<sup>45</sup> Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*,84-85.

<sup>46</sup> Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*,85.

<sup>47</sup> Lüdi, *Auflagen und Bedingungen*, 85-86.

Türk doktrinde bazı yazarlar, Federal Mahkeme'nin bahsedilen kararından (BGE 87 II 355-364) hareketle mahkemenin kural olarak mirasbırakanın yüklemeyi yerine getirecek kimseyi onun ömrü boyunca yükümlülük altına sokmak istediği varsayımını kabul etmiş olduğunu; eğer mirasbırakanın bu yönde farazî iradesi belirlenemiyorsa o zaman TMK m. 521/II hükmünün kıyas yoluyla uygulanmasıyla sürenin yükümlü ile onun ilk sıradaki mirasçılarının hayatlarıyla sınırlandırılması gerektiğini kabul etmiş olduğunu belirtmektedir.<sup>48</sup> Bazı yazarlar ise Federal Mahkeme'nin yüklemeyi yerine getirmekle yükümlü kimsenin ömrü boyunca bu yüklemenin devam edeceğini açıkladığını; yükümlü kimsenin ölümünden sonra yüklemenin ifasının bu kimsenin mirasçılarında talep edilip edilemeyeceği sorusunu cevapsız bıraktığını ifade etmektedir.<sup>49</sup>

*Antalya'*ya göre yüklemenin zamansal sınırı, mirasbırakanın amacına ve yüklemenin konusuna göre belirlenmelidir. Yazara göre yüklemenin süresiz olarak kabul edilmesine de bir mâni bulunmamaktadır.<sup>50</sup> *Serozan* ise kalıcı bir edim arzulayan mirasbırakanın yükleme yerine vakıf kurması gerektiğini belirtmektedir.<sup>51</sup>

Kanaatimizce, bu sorunun çözümünde İsviçre Federal Mahkemesi kararı (BGE 87 II 355-364) dikkatlice incelenmelidir. Kararda, her şeyden önce yüklemenin yükümlünün mirasçılara intikali hususunda bir değerlendirme yapılmamış olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Federal Mahkeme burada yalnızca mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün zaman bakımından kanunî bir sınırı olup olmadığını değerlendirmiştir.

---

<sup>48</sup> Bkz. Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, 167; Yıldırım, *Şart ve Mükellefiyetler*, 125-126; Antalya, *Miras Hukuku*, 247.

<sup>49</sup> Bkz. İmre ve Erman, *Miras Hukuku*, 146.

<sup>50</sup> Antalya, *Miras Hukuku*, 247.

<sup>51</sup> Serozan ve Engin, *Miras Hukuku*, 361.

Bu bakımdan art mirasçı atanmasında iki kuşak sınırını getiren TMK m. 521 (ZGB Art. 488) hükmünde dahi mirasbırakanın 50 ila 70 yıl gibi bir süre sonraki intikali konu alan bir tasarrufta bulunabileceği hatırlatılmıştır. Dolayısıyla Federal Mahkemece yükleme bakımından TMK m. 521 (ZGB Art. 488) hükmünün kıyasen uygulanmasından türetilen 70 yıllık zamanaşımı söz konusu değildir. Bu karardan, yüklemenin TMK m. 521 (ZGB Art. 488) hükmünün kıyasen uygulanmasıyla 70 yıl veya daha farklı bir süre sınırına tâbi olduğu sonucu çıkartılamaz. Kaldı ki TMK m. 521 hükmünün uygulanması bakımından da 50-70 yıl gibi bir azamî süre bulunmamaktadır. TMK m. 521 hükmündeki iki kuşak sınırının öngörülmesinin amacı, bir malvarlığının veya terekeye dahil olan malın tedavülden kaldırılması ve nesiller boyu belirli kişilere intikalinin sağlanması suretiyle art mirasçılık kurumunun pratikte *aile fideikomisi*<sup>52</sup> veya benzeri sonuç doğuracak bir hâle dönüşmesinin önüne geçmektir.<sup>53</sup> Böylece önemli büyüklükteki servetin bölünmeden nesiller boyu aile içinde tutulması engellenerek feodalite benzeri bir düzenin ortaya çıkması tehlikesinin bertaraf edilmesi hedeflenmektedir. Bu durum ya Alman Medeni Kanunu'nda olduğu gibi teslim için gereken süreyi sınırlandırarak<sup>54</sup> ya da Türk- İsviçre Medeni

---

<sup>52</sup> Aile fideikomisi, "bir kimsenin irade açıklamasıyla, malvarlığında bulunan bir malı veya terekesinin tamamını, kendisinin öngördüğü intikal sırasına göre ve üzerinde tasarrufta bulunulmasını yasaklayacak şekilde aileye özgülemesidir.". Ayrıntılı bilgi için bkz. İpek Sevda Söğüt, "Roma ve Türk Hukuku'nda Aile Fideikomisi (Fideicommissum Familiae Relictum) Kavramı," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 147, (2020):143-181,143.

<sup>53</sup> Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 488, Rn.11; Studhalter, *Orell Füssli Kommentar*, Art. 488, Rn.10; Balthasar Bessenich ve Samuel Rickli, "Art. 488," iç. *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, ed. Thomas Geiser, Stephan Wolf, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019), Rn. 4; Söğüt, "Aile Fideikomisi Kavramı," 178; Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, 175.

<sup>54</sup> BGB § 2109/I hükmünde art mirasçı atamasının mirasın açılmasından 30 yıl sonra geçersiz olacağı düzenlenmiştir.

Kanunu'nda benimsendiği gibi art mirasçılarının sayısını sınırlandırarak önlenmeye çalışılmaktadır.<sup>55</sup> Burada göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus ise TMK m. 522/II hükmüne göre mirasbırakanın mirasın art mirasçıya geçişini ileri bir tarihe bağlamasının mümkün olmasıdır. Örneğin, mirasbırakan mirasın 2150 yılı itibariyle art mirasçıya geçmesini öngörebilir. Böyle bir durumda öngörülen tarihe kadar miras, güvence göstermeleri koşuluyla ön mirasçının mirasçılarına intikal edecektir. Doktrinde bu durumun engellenmesi için mirasbırakanın belirleyebileceği tarihin TMK m. 797 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla en çok 100 yıllık bir süreyle sınırlandırılmasının yerinde olacağı ileri sürülmektedir.<sup>56</sup> Bu tartışma da göstermektedir ki TMK m. 521 hükmü, 50-70 yıllık bir süre sınırını ihtiva etmemektedir.

Mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufta bulunurken koşul, vasiyet veya vakıf kurma imkânına rağmen bir yüklemeye getirmektedir. Mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufla yükümlülük arasında güçlü bir bağ olmasını isteseydi söz konusu görevi bir koşul olarak getirerek amacını gerçekleştirmek için daha etkili bir tercihte bulunmuş olurdu. Benzer şekilde amacının daimî olmasını isteyen mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufla vakıf kurabilirdi. Veyahut bir kişinin doğrudan alacaklı konumuna geleceği bir vasiyette de bulunmayı tercih edebilirdi. Bunlar yerine lehtarına bir alacak hakkı doğurmayan yüklemeye kurumunu tercih etmiş bulunan mirasbırakan, yüklemenin

---

<sup>55</sup> Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 488, Rn.12.

<sup>56</sup> Studhalter, *Orell Füssli Kommentar*, Art. 488, R n.11; Stephanie Hrubesch-Millauer, "Art. 488," iç. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Erbrecht Art. 457-640 ZGB*, ed. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo, (Zürich: Schulthess Verlag, 2016), Rn. 12; İsviçre hukukunda bu öneriyi sunan yazarların gerekçeleri hakkında bilgi için bkz Dural ve Öz, *Miras Hukuku*, 176; *Weimar'* a göre mirasbırakanın art mirasçıya geçişi için ileri bir tarihin öngörülmesinin mümkün olduğu ve bu şekilde yapılacak art mirasçı atamasının doğrudan TMK m. 372/II' ye aykırı olamayacağı kanaatindedir. Bkz. Weimar, *Berner Kommentar*, Art. 488, Rn.14.

yerine getirilmesinin esasen son arzularının yükümlü için ifade ettiği manevî anlamla ilişkili olduğunun farkındadır. Yükümlünün, ölenin son arzusuna göstereceği sadâkati zaman bakımından sınırlayan bir kural bulunmamaktadır. Öte yandan yükümlü ile mirasbırakan arasındaki manevî bağın, nesilden nesile aktarılmasının beklenebilir olmadığı da açıktır.

Yükümlü, yükleme tanımı gereği, ancak karşılıksız bir kazandırmanın kabul edeni olabilir. Bu bağlamda mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufla yüklediği yüklemenin yükümlüsü, vasiyet alacaklıları ile mirasçılardır. Kanaatimizce, mirasbırakan bir süre sınırı getirmemişse yüklemenin yerine getirilmesi, yükümlünün ömrü boyunca, en azından vasiyetten faydalandığı sürece, talep edilebilir. Yükümlünün ölümüyle ise kural olarak yükleme sona erer. Mirasbırakanın öngördüğü görev, yükümlünün mirasçılara geçmez. Zira mirasçılar ve vasiyet alacaklılarının mirasçılara, mirasbırakandan bir intikal söz konusu değildir. Dolayısıyla bu kimseler, yüklemenin yükümlüsü olmazlar. Örneğin, mirasbırakan bir süre getirmeksizin, taşınmazını vasiyet etmiş olduğu kimseye evin bedelinin binde biri ile her yıl yoksullara yemek dağıtılmasını öngörmüş olsun. Vasiyet alacaklısının mirasbırakandan beş yıl sonra ölmesi hâlinde bu yükümlülük, vasiyet alacaklısının çocuğuna veya yasal mirasçılara geçmez. Ancak, TMK m. 521 çerçevesinde bir art mirasçılık durumu söz konusu ise o zaman yükleme de art mirasçıya geçer. Bu hâlde yükümlünün mirasçılarından yüklemenin yerine getirilmesinin talep edilmesinin TMK m. 521 hükmünde belirtilen iki kuşak sınırına tâbi olacağını söylemek mümkün olur.

## SONUÇ

Yükleme, lehtara bir alacak hakkı tanımaz. Bununla birlikte mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda öngördüğü yüklemenin yerine getirilmesi, TMK m. 515 hükmüne göre menfaati olan herkes tarafından yükümlüden dava yoluyla talep

edilebilir. Bu dava, teknik anlamda bir ifa davası olmayıp sadece yüklemenin aynen yerine getirilmesi imkânı tanıyan, *sui generis* nitelikte bir davadır.

Yüklemenin yerine getirilmesine ilişkin talep hakkı tanıyan kanunkoyucu, söz konusu talebin ne zamana kadar ileri sürülebileceğini belirtmemiştir. Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararının (BGE 87 II 355-364) doktrindeki görüşleri şekillendirdiği tespit edilmişse de doktrinde özellikle yüklemenin talep edilebileceği süre ve yükümlünün mirasçılara karşı bu talebin ileri sürülüp sürülemeyeceği noktasında farklı görüşler bulunmaktadır.

Kanaatimizce mirasbırakan yüklemeyi süre ile sınırlandırmamışsa yükümlü, ömrü boyunca, en azından vasiyetten faydalandığı sürece kendisinden yüklemenin yerine getirilmesi talep edilebilir. Yükümlünün ölümüyle kural olarak yükleme sona erer. Mirasbırakanın öngördüğü yükleme, yükümlünün mirasçılara geçmez. Yükümlünün mirasçuları, yüklemenin yükümlüsü değildir. Ancak TMK m. 521 çerçevesinde bir art mirasçılık durumu söz konusu ise o zaman yükleme de art mirasçıya geçer. Ancak böyle bir durumda, yüklemenin, yükümlünün mirasçılara intikali bakımından TMK m. 521/II hükmünde belirtilen iki kuşak sınırına tâbi olur.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author received no financial support for this study.

**Conflict of Interest:** There is no conflict of interest.



**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

---

## KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut. "Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 27, no. 3-4 (1970): 219-247.
- Antalya, Gökhan. *Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku*. Cilt III. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Beck, Alexander. *Grundriss des Schweizerischen Erbrechts*. Bern: Stämpfli Verlag, 1976.
- Bessenich, Balthasar ve Samuel Rickli. "Art. 488." iç. *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*. ed. Thomas Geiser, Stephan Wolf. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.
- Brückner, Christian, Thomas Weibel ve Francesca Pesenti. *Die erbrechtlichen Klagen*. Zürich: Schulthess Verlag, 2022.
- Druey, Jean Nicolas. *Grundriss des Erbrechts*. Bern: Stämpfli Verlag, 2002.
- Dural, Mustafa ve Turgut Öz. *Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.
- Eren, Fikret ve İpek Yücer Aktürk. *Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Ergüne, Mehmet Serkan. *Vasiyetnamenin Yorumu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Escher, Arnold ve Arnold Escher. "Art. 482." iç. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, III. Band, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536)*. Zürich: Schulthess & CO AG, 1959.
- Gömeç, Müjgan. "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Koşul ve Yüklemeler." *Kırıkale Hukuk Mecmuası* 1, no. 1 (2021): 31-53.
- Gönensay, Samim ve Kemaleddin Birsen. *Miras Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1963.
- Gürsoy, Kemal Tahir. "Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyet." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 1 (1953): 457-541.

- Herzer, Bruno. *Erbrechtliche Auflagen und Bedingungen*. Zürich: E. Lang, 1941.
- Hrubesch-Millauer, Stephanie. "Art. 488." iç. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Erbrecht Art. 457-640 ZGB*. ed. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo. Zürich: Schulthess Verlag, 2016.
- İmre, Zahit ve Hasan Erman. *Miras Hukuku*. İstanbul: Der Kitabevi, 2018.
- İnan, Ali Naim, Şeref Ertuş ve Hakan Albaş. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- İşgüzar, Hasan, Mehmet Demir ve Süleyman Yılmaz. *Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987.
- Köprülü, Bülent. *Miras Hukuku Dersleri*. Cilt I. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975-1976.
- Lüdi, Michael. *Auflagen und Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen unter Berücksichtigung des deutschen Rechts*. Zürich: Schulthess Verlag, 2016.
- Oğuzman, M. Kemal. *Miras Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1984.
- Öztan, Bilge. *Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Riemer, Hans Michael. "Bedingungen und Auflagen, namentlich bei Schenkungen und Verfügungen von Todes wegen. Zugleich eine Analyse von BGE 120 II 182." *Jusletter*, Temmuz, [https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2000/83/\\_657.html](https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2000/83/_657.html).
- Sarıkaya, Murat. "Türk Medenî Kanunu'na Göre Vakıflarda Amacın Değiştirilmesi." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (2021): 602-619.
- Serozan, Rona ve Baki İlkay Engin. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

- Söğüt, İpek Sevda. "Roma ve Türk Hukuku'nda Aile Fideikomisi (Fideicommissum Familiae Relictum) Kavramı." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 147, (2020):143-181.
- Stahelin, Daniel. "Art. 482." iç. *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II.* ed. Thomas Geiser, Stephan Wolf. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.
- Studhalter, Philipp. "Art. 482." iç. *Orell Füssli Kommentar: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch.* ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser. Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021.
- Weimar, Peter. "Art. 428." iç. *Berner Kommentar: Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB.* Bern: Stämpfli Verlag, 2009.
- Yıldırım, Abdülkerim. *Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler.* Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.

# SAİD HALİM PAŞA'DA HUKUK VE TOPLUM İLİŞKİSİ

## *The Relationship Between Law and Society in Said Halim Pasha*

Ahmet Selim KADIOĞLU\*

### Öz


Bu çalışmamızda Osmanlı'nın son yüzyılında başlayıp Cumhuriyet'le devam eden siyasal, sosyal ve hukuksal değişim sürecinde etkin aktörlerden biri olan Said Halim Paşa'nın hukuk ve toplum ilişkisi çerçevesinde görüşleri incelenmektedir. Bir yandan yüksek bürokratik ve siyasi görevleriyle etkin bir uygulamacı olan, diğer yandan da fikri mesaisini aktif biçimde sürdüren Said Halim, düşünsel çalışmalarının odağına devletin ve milletin çöküntü ve çözülmeden nasıl kurtarılacağı sorununu almıştır. Bu kapsamda hukukun toplumsal niteliğine vurgu yapmış, hukukun sosyal bir kurum olarak nihayetinde ait olduğu topluma özgü olduğunu ifade etmiştir. Ona göre kanunlar her toplumun kendi tarihsel ve geleneksel birikiminin ürünüdürler. Bu nedenle başka toplumlardan doğrudan yapılan

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ahmetselim.kadioglu@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0877-4513.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 17.10.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 28.11.2022.

**Atıf/Citation:** Kadioğlu, Ahmet Selim. "Said Halim Paşa'da Hukuk ve Toplum İlişkisi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 823-855.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 

kanun iktibasları yarardan çok zarar getirirler. Said Halim, bu duruma örnek olarak Kanun-i Esasi üzerinde ısrarla durmuş, Kanun-i Esasi'nin Osmanlı Devleti ve toplumuna büyük zararlar verdiğini ileri sürmüştür. Uygulayıcı ve teorisyen kimliğiyle faal bir aktör olarak toplumsal sorunlara eğilen, bu kapsamda hukuka ve hukuk-toplum ilişkilerine de değinen Said Halim, konunun Türkiye eksenli ele alınışlarında fikirleri dikkate alınması gereken önemli düşünürlerden biridir.

**Anahtar kelimeler:** Hukuk ve toplum ilişkisi, Said Halim Paşa, hukukun kaynağı, hukukun işlevselliği, hukuk ve değişme, Kanun-i Esasi.

### **Abstract**

In this article, Said Halim Pasha's views on the relationship between law and society will be examined. He was one of the active actors in the process of political, social and legal change that started in the last century of the Ottoman Empire and continued with the Republic. Said Halim, who was an important practitioner with duties in high bureaucratic and political positions on the one hand and he actively pursued his intellectual work on the other, placed the problem of how the state and society could be saved from collapse and dissolution to the center of his studies. In this context, he emphasized the social nature of law and stated that law, as a social institution, is ultimately unique to the society to which it belongs. According to him, laws are the product of each society's own historical and traditional accumulation. For this reason, direct law citations from other societies bring more harm than good. Said Halim insistently mentioned Kanun-i Esasi as an example of this situation, and claimed that Kanun-i Esasi had caused great harm to the Ottoman Empire and society. As an active practitioner and a theoretician, Said Halim focused on social problems, and in this regard worked on law and law-society relations. Therefore, he is one of the important thinkers whose ideas should be taken into

account regarding the study of the relationship between society and law in the Turkish context.

**Keywords:** Relationship Between Law And Society, Said Halim Pasha, source of law, functionality of law, law and change, The Ottoman Basic Law.

## GİRİŞ

Hukukun temelde toplumsal bir olgu olduğu, toplum dikkate alınmadan hukukun mahiyetine dair yetkin bir anlama çabasının yürütülemeyeceği açıktır. Bu anlama çabası ise iki koldan yürütülmek durumundadır. Birincisi, yerelliklere inmeden mutlak olarak hukuk dediğimiz olgunun yine aynı ölçekte toplum kavramıyla ilişkisinin incelenmesidir. İkincisi, ayrı ayrı toplumlarda halihazırda yaşayan ve tevarüs edilen hukuk ile ait olduğu toplum arasındaki ilişkinin incelenmesidir.

Hukuk ve toplum ilişkisi ise, bir taraftan özellikle hukukun kaynağı ve mahiyeti konuları bağlamında ve daha ziyade hukukun “olması gereken”den hareketle ele alınması durumunda hukuk felsefesi kapsamında irdelenirken, diğer taraftan esas olarak hukuk sosyolojisi disiplinde her açıdan incelenmektedir. Hukuk sosyolojisi hukuku saf sosyolojik bir perspektifle “olan” olarak ele aldığı hukuk yapıcılar anlamında aktörleri de inceleme konusu yapar. Bu noktada toplumun tümü etkin ama belirsiz bir aktör şeklinde göz önüne alındığı gibi, bilhassa monarşik veya karizmatik liderlerin idaresi altındaki toplumlarda devlet yöneticileri etkin ve belli aktörler olarak göz önüne alınır. Max Weber’in “charismatic revelation” (karizmatik ilham) olarak nitelendirdiği hukuk yapıcılığı<sup>1</sup> yetkisine sahip olan en üst yöneticilerden alt düzeydeki bürokratlara kadar genişleyen bir sınıfı içine alan bu ikinci grup aktörlerin incelenmesi, o toplumda var olan, tevarüs

---

<sup>1</sup> Max Weber, *Economy and Society*, Editörler G. Roth ve C. Wittich, (California: University of California Press, 1978), 2/761.

edilen ve miras bırakılacak hukuk anlayışına ve normlarına ilişkin değerlendirmelerde önem taşımaktadır.

Hukuku toplumsal bir olgu ve Weberci anlamda sosyal bir eylem kabul ettiğimizde bu aktörlerin aynı zamanda “rejisör” oldukları da kabul edilmek durumundadır<sup>2</sup>. Aktör ve rejisör tanımlamalarının bu konuda doğrudan ve tek taraflı bir etkinin değil de karşılıklı bir etkileşim halinin bulunduğuna yönelik ciddi bir ima taşıdığına özellikle dikkati çekmek gerekir. Hukuk ve aktörler arasında mevcut olduğu söylediğimiz bu karşılıklı etkileşim hali ise daha somut ifadesini ve problematiğini hukuk ve iktidar ilişkisi tartışmasında bulur. *“Hukuk ve iktidar arasında, bunların birbirlerini sarıp sarmaladığı ve karşılıklı etkileşerek birbirlerini kuvvetlendirdiği bir formasyon söz konusudur”*<sup>3</sup>. Zira burada sözünü ettiğimiz aktörler ya doğrudan iktidar sahibi kimselerdir ya da bu iktidar sahipleri üzerindeki tesirleriyle dolaylı iktidar sahipleridir.

Konuyu Türk toplumuna ve dolayısıyla İslam hukukuna getirdiğimizde Osmanlı Devleti’nde hakim hukuk sistemine ve kodlarına bakmamız gerekmektedir. İslam hukuku aslında “edille-i şeriyye (şer’i deliller)” veya “edille-i erbaa (dört delil) şeklinde anılan Kitap, Sünnet, İcma ve Kıyas delillerinden daha fazla delile/kaynağa sahiptir.<sup>4</sup> Nitekim Muhammed Hamidullah bu konuda şöyle der: *“İslam hukukunda şer’i kaynakların Kur’an, Hadis, İcma ve Kıyas tarzında mutad dörde taksimi, öncülerin ilk tasnif denemesinden başka bir şey değildi; filhakika en mutaassıp olanlar bile*

<sup>2</sup> Hamide Topçuoğlu, “Max Weber’e Göre Hukukî Düşüncenin Kategorileri Ve Yeni Hukuk Normlarının Teşekkül Tarzları,” *Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964), 200.

<sup>3</sup> Yasemin Işıktaç ve Umut Koloş, *Hukuk Sosyolojisi*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2020), 178.

<sup>4</sup> *TDV İslâm Ansiklopedisi*, “Delil,” Cilt 9, İstanbul: Ali Bardakoğlu, 139.



*daima, Müslümanların hayatını muhtelif zaviyelerden tanzim eden kanunlar için, şeriata tamamen uygun olmak üzere, takriben on diğer kaynak kabul etmişlerdir.*"<sup>5</sup>

Hamidullah'ın İslam hukukuna ilişkin olarak saydığı bu kaynaklardan biri de örfdür. Ziya Gökalp, "İçtimai Usul-i Fıkıh" adlı ünlü makalesinde, "*Fıkıhın* (İslam hukukunun) *iki menbaından* (kaynağından) *birincisi nass* (kitap ve sünnet), *ikincisi örfdür*" diyerek örfün İslam hukukunda çok kuvvetli bir delil/kaynak olduğunu, en gözde İslam Hukukçularından biri olan İmam-ı Yusuf'un, nass ile örf çatıştığında, eğer nass örften kaynaklanıyorsa örfte itibar edilmesi kuralını kabul ettiğini ifade eder.<sup>6</sup> Bu çerçeveden bakıldığında zaman gerçek anlamda şeriata dayanıp dayanmadığı, şer'i devlet olup olmadığı tartışmasını<sup>7</sup> bir yana bırakırsak Osmanlı Devletinin, örfi hukukun açtığı geniş alan içerisinde padişah ile padişahın şahsında devlet yöneticilerinin oldukça etkin biçimde norm koyucu oldukları bir hukuk sistemine sahip olduğu söylenebilir.

İslam hukukunun uygulandığı ya da uygulandığının iddia edildiği ülkeler arasında nesiller boyu aktarılan hukuk birikimleri ve halihazırda sahip olunan hukuk anlayışları bakımından farklar olmasının başlıca sebeplerinden biri olarak, yukarıda sözünü ettiğimiz ikinci grup aktörler sayılmalıdır. Mamafih bu durumun sadece Müslüman toplumlara özgü olmadığı, aynı dine mensup veya aynı medeniyet içerisinde bulunan ülkelerde de var olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla bu durumun tüm insanlığın ortak tecrübelerinden biri olduğu söylenebilir.

<sup>5</sup> Muhammed Hamidullah, "İslam Hukukunun Kaynaklarına Dair Yeni Bir Tedkik," Çev. Bülend Davran, *İslam Tetkikleri Enstitüsü Dergisi*, Cilt I, Cüz 1-4 (1953), 63.

<sup>6</sup> Ziya Gökalp, "İçtimai Usul-i Fıkıh," *İslam Mecmuası*, Yıl 1, 3 (1332 H.), 84-85.

<sup>7</sup> İlber Ortaylı, "Osmanlı Devletinde Lâiklik ve Hukukun Romanizasyonu," *Erdem Dergisi*, 27 (1997), 1202.

Diğer yandan yukarıda bu aktörleri devlet yöneticileri ve bürokratlar olarak ifade etmemiz, bu aktörlerin sadece devlet adamlarından müteşekkil olduğu izlenimini vermemelidir. Özellikle İslam hukuku söz konusu olduğunda hukuk ilmiyle uğraşan bilim adamlarının (fukaha/fakihler), farklı ama geniş bir norm koyuculuk yetkisine istinaden hukuk kuralını kaynağından çıkarma suretiyle ortaya koyduğu hukuk yapıcılığıyla oldukça etkili bir konuma sahip oldukları göz önünde tutulmalıdır. İslam hukukunda modern anlamda yasama organının varlığı ve alanı tartışmalı olup, bu yetki münhasıran Allah'a veya Allah'la birlikte sınırlı da olsa Peygamber'e müştereken verilmiş kabul ediliyordu.<sup>8</sup> Ancak Hz. Muhammed'in vefatıyla birlikte Allah'ın kelimini aktaracak elçilik görevi ebedi olarak son bulduğu (Hatem'ü-l Enbiya) için Kur'an/din tamamlanarak (Maide Suresi, 3) Allah'ın doğrudan kelim aracılığıyla yasama yapması (vahiy) kullar açısından doğal olarak son bulmuştu.

Böylece hüküm veren ile hüküm isteyen arasındaki sözel ilişki teknik manasıyla doğrudan kesilmişti. Hükümler Kur'an ve hadisler yoluyla yazıya geçirilerek sabitlenmiş ve tek tek Müslümanların kullanımına açılmış olsa da yazı nihayetinde söz değildi ve nasıl anlaşılacağı yazıya başvuranın kişiliği, muhakemesi ve kapasitesiyle sınırlıydı. Bu nedenle insanlar hukuki konularda daha kavrayışlı kimselere (fakih) başvurmak durumunda kalmaya başladılar. Burada fakih kelimesinin etimolojisi oldukça iyi ipucu sunmaktadır. Fakih kelimesi terim

---

<sup>8</sup> Fatih Orum, "Tayyib Ve Habis Kavramları Çerçevesinde Kur'an-ı Kerim'de Rasulullah'ın Helal-Haram Belirleme Yetkisine Dair Ayetlerin Hukuki Tahlili," *Kalemname* 3, 6 (2018). Teşri yetkisinin sahibi mi yoksa sahipleri mi olduğu, şayet bu yetki Peygamber'e de verilmişse bunun kapsam ve sınırları gibi hususlardaki tartışmaların kelim alanıyla da sıkı ilişkili olması ve araştırma konumuzun dışında yer alması nedeniyle söz konusu tartışmaya burada girmiyoruz.

olarak fıkıhçı, hukukçu anlamına gelse de, aslında sözlükte “*bir şeyi bilmek, iyi ve tam anlamak, derinlemesine kavramak*” anlamındaki fıkıh kelimesinden türemiş olup “*bir konuyu derinden kavrayan, ince anlayış sahibi kimse*” manasını taşımaktadır<sup>9</sup>. Ayrıca klasik medrese eğitimi temelde fakih yetiştirmek üzere kurulduğundan dolayı alim veya ilim adamı denilince yaygın olarak anlaşılan da fakihlerdi. Dolayısıyla Allah'ın ayetleri ve Peygamber'in hadisleri yazılı olsa da onların ne dediklerini veya ne demek istediklerini fakihler söylüyordu. Yani konuşan, normu ifade eden ve hükmü veren esasında fakihlerdi. Bu durum ise İslam hukuk sisteminde bir yasama organının, senatonun veya parlamentonun yerine “Fukaha” (fakih kelimesinin çoğulu) sınıfının doğrudan ve yöneticiler üzerinden dolaylı olarak en yetkili aktör gruplarından biri olması sonucunu doğurmuştur. İşte bu nedenle hukuk yapıcılığı anlamında kullandığımız aktörlerin içerisine, İslam hukuku söz konusu olduğunda devlet adamları ile beraber ilim adamları da dahil olmaktadır.<sup>10</sup>

Osmanlı Devleti'nin son yüzyılında toplumsal değişimin zorlamasıyla olduğu kadar toplumun ve devletin kötü gidişatına engel olmak gayesiyle de hukuk alanında yapılan reformlar bu aktörler sınıfını genişleterek aydınların da dahil olmasını sağladı. Daha önce dinin demek veya yapmak istediklerini önceleyen hukuk toplumun ve devletin bekasına odaklandıkça, aktörler de bilerek veya bilmeyerek işlevselci yaklaşımı andıran bir biçimde hukukun toplumsal yönlerini öne çıkarmaya başlamışlardı. Esasen İslam hukukunun “felsefesi” ve tarihi zaten hukuku, Saint Augustinus'de olduğu gibi gerçek anlamını

<sup>9</sup> TDV İslam Ansiklopedisi, “Fıkıh,” Cilt 13, (2005), 1.

<sup>10</sup> Sabahattin Nal, “Sait Halim Paşa'nın Egemenlik Anlayışı ve Öngördüğü Hükümet Sistemi,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, 1 (2019), 150-151.

ancak “Tanrı Devleti” (De Civitate Dei) içerisinde bulabilen bir olgu olarak, yani insanlar arasında toplumsal ilişkiler biçimi değil de insanla Tanrı arasında haklı ilişkiler sistemi<sup>11</sup> olarak değerlendirmeyi çok da olanaklı kılmazdı. Bu özelliğinin etkisiyle Osmanlı Devleti’nde hukuk, bahsettiğimiz aktörlerin bilinçli eylemleri sonucunda daha aşkın bir alandan daha toplumsal bir alana inmeye başlamıştır.

İşte bu aktörlerden biri olarak Said Halim Paşa, farklı kimlikleriyle Osmanlı’nın son dönemlerinde dikkat çeken figürlerin başında gelmektedir<sup>12</sup>. Meşhur Mısır Valisi Kavalalı Mehmet Ali Paşa’nın torunu olan Said Halim, Kahire’de doğmasına rağmen küçük yaşta ailesiyle birlikte İstanbul’a gelmiş, büyük ve köklü bir aileye mensup olmanın verdiği avantajla hem İstanbul’da hem de Avrupa’da eğitim almıştır. Gerek aile çevresi gerekse aldığı eğitimlerle entelektüel tarafı sürekli beslenen Said Halim, aynı zamanda genç yaşta devlet görevine başlamıştır. Şura-yı Devlet üyesi yapılmasını takiben Rumeli Beylerbeyliği payesi verilen Said Halim, daha sonra Yeniköy Belediye Dairesi Başkanlığı, Ayan Azalığı, Şura-yı Devlet Başkanlığı ve Hariciye Nazırlığı gibi görevleri ifa ettikten sonra Sadrazamlık makamına getirilmiştir. Ayrıca İttihat ve Terakki Partisi’nde başından beri parti içinde etkin olan Said Halim, partinin devleti fiilen yönettiği dönemlerde, 1913 ve 1916 yıllarında iki defa genel başkanlığa seçilmiştir. Böylece devletin ve siyasetin pek çok kademesinde yer almak suretiyle devlet ve siyaset adamlığı kimliğini tam anlamıyla ortaya koyan Said Halim bir yandan da sanatsal ve düşünsel açıdan kendini sürekli geliştirerek ve yazarak entelektüel kimliğini canlı tutuyordu.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Mehmet Ali Ağaoğulları ve Levent Köker, *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, (Ankara: İmge Kitabevi, 1991), 136-137.

<sup>12</sup> Vahdettin Işık (Hazırlayan), *Said Halim Paşa Külliyyatı*, (İstanbul: Ketebe Yayınları, 2019), 9.

<sup>13</sup> M. Hanefi Bostan, *Bir İslamcı Düşünür Said Halim Paşa*, (İstanbul: İrfan Yayıncılık, 1992).

Aktif devlet adamı kimliğiyle birlikte verimli bir entelektüel kimliği de üzerinde taşıyan Said Halim, bu özellikleriyle ender görülen şahsiyetlerden biri olarak temayüz etmektedir. “O yüzden Said Halim Paşa’yı zü-l’-cenâheyn yani iki kanatlı bir kuş olarak tarif edebiliriz. Bir yanıyla İslam tarihi tecrübesini tedarik etmiş, öbür yanıyla Batı’da eğitim almış bir adam; bir yanıyla mütefekkir, öbür yanıyla icracı bir devlet adamı. Dolayısıyla Said Halim’in söylediklerinin tecrübe ile harmanlanmış ve damıtılmış bir kıymet-i harbiyesi olduğunu düşünebiliriz”<sup>14</sup>. Bu itibarla Said Halim gerek Osmanlı dönemine gerekse Cumhuriyet dönemine ilişkin olarak hukuk ve toplum ilişkisine dair meselelerde fikirlerinin incelenmesi ve dikkate alınması gereken düşünürlerden birisi olarak değerlendirilmelidir.

Araştırmamız Said Halim’in hukuka, hukuk-toplum ilişkisine ve bu çerçeveyi aşmamak kaydıyla topluma ilişkin görüşlerini konu edinmekte olup bununla sınırlandırılmıştır. Bu kapsamda Said Halim’in eserleri, çalışmamızın konusu ve sınırlılıkları doğrultusunda dolaylı gözlem yöntemiyle ele alınmış; ayrıca literatür taraması yoluyla Said Halim’in eserlerine, görüşlerine ve hayatına dair ulaşılabilen kaynaklar incelenmiş, gözden geçirilmiş ve yorumlanmıştır.

## I. SAİD HALİM PAŞA’NIN TOPLUM DOLAYIMINDA GENEL GÖRÜŞLERİ

Bilindiği gibi Aristoteles, “herhangi bir şeyin yetkinleşme sürecinin tamamlanmış ürününe o şeyin doğası deriz” dedikten sonra insanın doğası gereği sosyal bir canlı olduğunu söyler<sup>15</sup>. Burada yetkinleşme sürecinin tamamlanması ifadesi aslında her

---

<sup>14</sup> Vahdettin Işık, “Said Halim Paşa ve Tadilen Islah Anlayışı Olarak İslamlaşmak,” *Said Halim Paşa Kitabı Osmanlı Sadrazamı ve Düşünür*, (İstanbul: Zeytinburnu Belediyesi Kültür Yayınları, 2021), 233.

<sup>15</sup> Aristoteles, *Politika*, Çeviren Mete Tunçay, (İstanbul: Remzi Kitabevi, 1975), 9.

insanın yetiştiği toplumun ve zamanın ürünü, çocuğu olduğuna da işaret etmektedir. Dolayısıyla sıradan vatandaştan orijinal mütefekkilere kadar insanların tutum ve düşüncelerini daha iyi anlamak için yetiştikleri toplum ve çağı da iyi bilmek gerekir.

Said Halim'in görüşlerini anlamak için de yaşadığı dönemi ve o dönemin düşünce iklimini anlamak gerekmektedir. 1864-1921 yılları arasında yaşamış olan Said Halim, bir imparatorluğun önce çökeceğini görüp inanılmaz bir şevkle bunu tersine çevirmek amacıyla tüm mesai ve düşüncelerini ortaya koyan, sonra da çöktüğünü görüp büyük bir hayal kırıklığıyla bunu kabul etmekte zorlanan bir neslin mensubuydu. Onun içinde bulunduğu neslin en öncelikli hedefi devleti kötü gidişattan kurtarıp eski ihtişamına kavuşturmaktı. Bu nedenle de fikir dünyalarının odağını bu hedef oluşturmaktaydı.<sup>16</sup>

Osmanlı toplumunda o sıralar, yukarıda bahsettiğimiz hedefe yönelik en somut ve kapsamlı adımlardan birini hiç şüphesiz Kanun-i Esasi oluşturuyordu. Bundan dolayı Osmanlı düşünürlerinin hemen hepsi Kanun-i Esasi hakkında eleştirel düşünceler ileri sürmüşler, başka pek çok meseleye ilişkin görüşlerini Kanun-i Esasi bağlamında ortaya koymuşlardır. Said Halim'in de Kanun-i Esasi'ye ilişkin olarak ortaya koyduğu ve aşağıdaki bölümlerde ayrıntılı biçimde temas edeceğimiz görüşleri, Kanun-i Esasi'nin mevcut haliyle Müslüman-Türk toplumunun toplumsal ve siyasal yapısına ve temellerine aykırı olduğuna dair kabulü etrafında şekillenmektedir ki; bu kabulün temellendirildiği yaklaşımın kaynağını ise şu toplum anlayışı oluşturur: *"Toplum, belli bir tarihsel süreç ve kültürel üretimle bir*

---

<sup>16</sup> Hilmi Türkyılmaz, "İslamcı Bir Düşünür, Said Halim'in Batılılaşmaya Bakışı," *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, IIV (2021), 8-10.

*araya gelen insanların oluşturduğu bir yapılanmadır.*"<sup>17</sup> Bu yapılanma birbiri üzerine eklenen üç katmanlı bir özellik arz eder. En temel katman toplumun inanç ve değerlerinden teşekkül eder. Onun üzerindeki katman toplumun inanç ve değerlerinden beslenerek hayatiyetini devam ettiren toplumsal alana tekabül eder. Üçüncü ve son katman ise alttaki diğer iki katmana dayanan siyasal alandır.<sup>18</sup>

Said Halim'in bu görüşlerinde, yaşadığı çağın da bilinçli veya bilinçsiz yönlendirmesiyle değişme olgusunun mihver bir kavram olduğu görülür. Bu sebeple onun toplumsal konulardaki başlıca ilgilerinden birini, belki de en önemlisini sosyal değişme teşkil eder. Zira kendisinin sadece dini ve milli bakımdan mensubu olduğu neslin değil, tüm insanlık bakımından mensubu olduğu neslin ilgisi de insana ve hayata dair konularda toplumsal değişmeydi. Hatta Batı dünyası gelişmenin meyvelerini diğer toplumlara nazaran bolca yerken, bu gelişmeye tezat olarak giden toplumsal değişimin ise ceremesini diğer toplumlara göre daha fazla çekmekteydi. Bu nedenle sosyolojinin bilimsel bir disiplin olarak kurulup sistemleşmesi toplumsal değişimin baş döndürücü bir hızla yaşandığı 19. yüzyılda gerçekleşmiştir.

Said Halim'e göre *"toplumsal değişim, görünür veya görünmez çok sayıda etkene bağlıdır. Bu etkenler arasında iklim, coğrafya, fırsatlar, galibiyetler, toplumların kendine özgü şahsiyetleri ve zihniyetlerinin hepsi kendilerine göre bir etkide bulunabilir. Bu etkenler toplamda bir topluma bir kişilik ve mahiyet kazandırırken o toplumun dini de bundan etkilenmekte, kendine özgü bir kimlik ve kişilik*

---

<sup>17</sup> Ömer Faruk Ocakoğlu, "Said Halim Paşa'da Hukuk ve Toplumsal Değişim," *Said Halim Paşa Kitabı Osmanlı Sadrazamı ve Düşünür*, (İstanbul: Zeytinburnu Belediyesi Kültür Yayınları, 2021), 398.

<sup>18</sup> Ömer Faruk Ocakoğlu, "Said Halim Paşa'da Hukuk ve Toplumsal Değişim," 399.

*kazanmaktadır*"<sup>19</sup>. Burada din kavramının içine daha çok, hatta fiilen yaşanan İslam dini söz konusu ise en çok hukukun (fıkıh) girdiği göz önüne alınmalıdır. Dolayısıyla Said Halim'e göre aynı dine mensup olsalar da toplumların her birinin dini ve hukuki anlayışları ve uygulamaları farklıdır. Bu vakıanın diğer bir açılımı ise toplumların kendi tarihsel süreçlerinde geçirdikleri toplumsal değişimlerin de yine hukuksal değişime yol açmalarıdır.

Toplumlar arasında sözünü ettiğimiz hukuki görüş ve uygulama farklılığı, bireyler (müçtehitler) arasında var olan hukuki görüş farklılıkları anlamında İslam usul hukukunun ana kurallarından biri olan ve Mecelle'nin Külli Kaideler kısmında da yer alan "*İçtihatla içtihat nakz olunmaz*" şeklindeki 16'ncı maddesini hatırlatmaktadır. Aynı mesele hakkında müçtehitlerin farklı içtihatlarının var olabileceğini, ancak bu içtihatların birbirini bozamayacağını ve hükümsüz bırakamayacağını ifade eden bu kuralın, toplumlar arasındaki değişik hukuki uygulama ve görüşlerin niteliğini; yani değişime konu farklı görüş ve uygulamaların belli şartları taşımaları kaydıyla doğru sayıldığını ifade ettiği söylenebilir. Diğer yandan konuya ilişkin olarak yine Mecelle'nin Külli Kaideler kısmında da yer alan "*Ezmânın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz (zamanın değişmesi ile hükümlerin değişmesi inkâr edilemez)*" şeklindeki 39'uncu maddesi de burada zikredilmelidir. Zira bu kural da sözü edilen ve zamana bağlı olarak ortaya çıkan farklılığın doğal olduğunu ifade etmektedir.

Bununla birlikte Said Halim'in toplumsal değişmeye yaklaşımı, en belirgin örneklerinden birini Osmanlı Devleti medeni kanunu olarak Fransız Medeni Kanunu'nu tercüme

---

<sup>19</sup> Yasin Aktay, "Osmanlı'nın İslamcı Prens'i: Said Halim Paşa," *Said Halim Paşa Kitabı Osmanlı Sadrazamı ve Düşünür*, (İstanbul: Zeytinburnu Belediyesi Kültür Yayınları, 2021), 197.



yoluyla almak isteyenlerde gördüğümüz alabildiğine serbest bir değişme değildir. O, İslamcılık cereyanından da beslenen sosyolojik yaklaşımına uygun biçimde muhafazakar bir toplumsal değişme anlayışına sahiptir<sup>20</sup>. Yani Said Halim, toplumun bir yandan değişime açık olması gerektiğini kabul ederken, diğer yandan sabitelerini koruyarak milli ve manevi değerleri doğrultusunda değişimin yönlendirilmesini savunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, ona göre bu yönlendirme toplum mühendisliği boyutuna varmamalıdır. Zira *“Paşa’ya göre siyasyât alanında tarihsel gerçeklik ve toplumsal yapıyla uyumlu olmayan çözüm yolları yok olmaya mahkumdur. Bu noktada onun toplum mühendisliğine karşı olduğu not edilebilir.”*<sup>21</sup>

Bu çerçevede Said Halim’in fikirlerinin ana eksenini toplumsal dayanışma ve gelişmenin oluşturduğu söylenebilir. O, yazılarında sıkça kullandığı sosyal dayanışma, milli ve dini dayanışma, ekonomik ve sosyal gelişme, ilerleme, sosyal değişme, taklit, batılılaşma, yenileşme, modernleşme, siyasi ve ahlaki olgunlaşma, kültür yabancılaşması, toplumsal çözülme ve kurtuluş gibi sosyolojik kavramlarla Osmanlı toplumunun ve İslam dünyasının meselelerine pratik ve teorik çözümler üretmeye çalışır. Din/hukuk, toplum ve devlet arasındaki ilişkilerde uzlaşmanın nasıl sağlanabileceği noktasında Marx’ın katmanlı toplum yapısını andırır biçimde en alta inanç sistemi olarak dini koyar, onun üzerine ahlak ve sosyal yapı unsurlarını koyarken bunların üstüne de bir siyasi yapılanma olarak devleti koyar. Onun önerdiği siyasal sistemde yürütme yetkisi ağırlıklı olarak devlet başkanında bulunmakta olup, meclisin görevi

---

<sup>20</sup> Cevat Özyurt, “Said Halim Paşa Düşüncesinde Değişim ve Süreklilik: Muhafazakâr-Reformcu İslamcılığın Oluşumu,” *Said Halim Paşa Kitabı Osmanlı Sadrazamı ve Düşünür*, (İstanbul: Zeytinburnu Belediyesi Kültür Yayınları, 2021), 261.

<sup>21</sup> Osman Cengiz, “Son Devir Osmanlı Düşüncesi: Said Halim Paşa Külliyyatında Bilgi Sosyolojisinin İmkânı,” *TYB Akademi*, Yıl 12, 36 (2022), 62.

yürütme erkini denetlemektir. Yasama görevi ise uzmanlardan teşekkül edecek bir hukukçular heyetinde olacaktır.<sup>22</sup>

### III. SAİD HALİM PAŞA’NIN HUKUK VE TOPLUM İLİŞKİSİNE DAİR GÖRÜŞLERİ

Bu bölümde Said Halim’in hukuk ve toplum arasındaki ilişkiye dair görüşleri hukukun kaynağı, hukukun toplumsal açıdan işlevsel niteliği, hukukun toplumsallığı ile hukuk ve değişme alt başlıkları altında incelenecektir.

#### A. Hukukun Kaynağı

Said Halim’e göre hukuk ve kanunlar temelde toplumsal nitelikli olup, insanların ve dolayısıyla toplumların menfaati için vardır. Bu itibarla devlet idarecileri kanunların ve diğer yasal/idari düzenlemelerin insanlar için var olduğunu unutup, tam aksine insanların ve toplumların kanunları ve devletlerin buyruklarını hayatta tutmak için var olduğunu düşünerek hareket etmemeleri gerekir. Osmanlı’nın son dönemlerinde devlet idarecilerinin ve bürokrasinin bu şekilde düşünüp hareket etmeleri, iyi niyetle yapılan hukuki düzenlemelerin sonuçsuz kalmasına, hatta toplumsal yapıya zarar vermesine neden olmuştur. Bu durum sadece kültürleri, dinleri, tarihleri ayrı olan toplumlar için geçerli değildir. Toplumsal açıdan belli ölçülerde birbirlerine yakın toplumlarda da, mesela Fransa ve İngiltere toplumlarının da birbirlerinin kanunlarını aynen iktibas etmeleri benzer zararlara sebep olacaktır.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> M. Hanefi Bostan, “Said Halim Paşa ve Fikirleri,” *21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum Dergisi* 8, 22 (2019), 79-82.

<sup>23</sup> Prens Said Halim Paşa, “Meşrutiyetin Tesirat ve Netayıcı,” *Sebilü’r-Reşad* XV, no. 383 (19 Kanun-i Evvel 1334), 336-337.

Ona göre bir millet, başka milletlerin esaslarının hiçbir zaman kendi milli kimliğiyle tam anlamıyla uyuşmadığını bilerek hareket ederse mutluluğa ulaşabilir<sup>24</sup>. Nitekim Osmanlı Devletinin son yarım asrı içinde iki defa yürürlüğe konulan Kanun-i Esasi, ondan umulanları gerçekleştirmediği gibi, devlete ve topluma büyük zararlar vermiştir. Zira Said Halim'e göre, Kanun-i Esasi memleketin toplumsal ve siyasi gerçekliğine, sosyo-psikolojik durumuna aykırı olup inançları ve gelenekleri ile kesinlikle uyuşmamaktaydı ve hatta bilakis Osmanlı milletinin varlığı için gerçek anlamıyla bir tehlike arz ediyordu.<sup>25</sup>

Ancak burada Said Halim'in tarihçi hukuk okulu gibi hukukun kaynağı olarak halk ruhu denilen olguyu, milletin hukuki vicdanı da denilebilecek kaynağı kabul ettiği anlamı çıkarılmamalıdır. Almanca "Volksgeist" deyiminin Türkçe karşılığı olarak kullanılan halk ruhu, tarihçi okula göre hukuki kuralları doğurmaktadır. Diller, adetler, gelenekler gibi hukuk normları da esasen volksgeist'in doğal ürünleri olup halkın vicdanında bu normlar kendi kendilerine hazırlanarak olgunlaşır ve kanun haline gelir.<sup>26</sup>

Said Halim bir halkın kendi kimliğini yansıtması bakımından bu görüşe yakın olsa da, temelde bu görüşten ayrılır. Çünkü ona göre hukukun kaynağı ilahidir. Said Halim'in hukukun kaynağına ilişkin görüşleri Thomas Aquinas'ın providansiyel ilahi hukuk öğretisini çağırıştırır. Bu öğretiye göre iktidarın ve hukukun kaynağı, bir diğer tabirle yasa koyma hakkının mutlak sahibi Tanrı'dır. Ancak bu yetkinin somut

---

<sup>24</sup> Said Halim Paşa, *İnhitat-ı İslam Hakkında Bir Tecrübe-i Kalemiye*, (İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1334), 13.

<sup>25</sup> Prens Said Halim Paşa, "Meşrutiyetin Tesirat ve Netayici," 337.

<sup>26</sup> Ernest Hırş, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Güncel Dile Uyarlayan Selçuk Baran Veziroğlu, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001), 88.

kullanımı, yani yasama faaliyetinin fiilen yerine getirilmesi yöneticiler ve dolaylı olarak halk eliyle gerçekleştirilir<sup>27</sup>.

Bununla birlikte Said Halim'e göre hukuk normlarının doğrudan kaynağı ilahi olsa da, var oldukları toplumun değerlerine ve yapısına aykırı olmamalıdır. Mantıki veya teorik açıdan ne kadar ileri ve gelişmiş olurlarsa olsunlar hukuki normlar, uygulanmak istedikleri toplumların sosyal gerçeklikleriyle uyum sağlamıyorsa zararlı olmaktan kurtulamazlar. Toplumsal gerçeklerden kopuk ve sosyal yapıyla uyumlu olmamalarından dolayı kötü kullanılmaya sürüklenerek keyfi ve baskıcı yönetimi doğuran da bu zararlı kanunlar olup, bu kanunların nihayetinde toplumun ahlakını bozdukları unutulmamalıdır.<sup>28</sup>

## **B. Hukukun Toplumsal Açıdan İşlevsel Niteliği**

Said Halim, yaşadığı toplumun ve çağın düşünürlerinin ve aydınlarının büyük bir kısmı gibi düşünmemekte, daha ileri ülkeler olduğu kabul edilen Batılı ülkelerin kanunlarının ve hukuk düzenlerinin iktibas edilmesinin Osmanlı toplumunda hayal edilen fonksiyonları yerine getirmediğini ve getiremeyeceğini ileri sürmektedir. Bu bakımdan Osmanlı'da anayasal monarşiyi ifade ve ilan eden Meşrutiyet, dolayısıyla Kanun-i Esasi her ne kadar padişahın yetkilerinin millete verilmesi olarak anlaşılrsa da, hatta bu nedenle II. Meşrutiyet'in ilan tarihi olan 23 Temmuz günü Ziya Gökalp'in önerisiyle 1909'dan 1934'e kadar fasillarla birlikte Milli Bayram olarak kutlansa da Said Halim bu konuda farklı düşünmektedir. Ona

<sup>27</sup> Sabahattin Nal, "Sait Halim Paşa'nın Egemenlik Anlayışı ve Öngördüğü Hükümet Sistemi," 148.

<sup>28</sup> Prens Said Halim Paşa, "Kanun-ı Esasinin Ahval-i İctimaiyye ve Mevki-i Siyasimizle Adem-i Te'lifi: Kanun-ı Esasi Bizim Hal ve Mevki-i İctimaimizle Gayr-ı Kabil-i Te'lifdir," *Sebilü'r-Reşad* XV, no. 384 (26 Kanun-i Evvel 1334), 352-353.

göre, Kanun-i Esasi'nin ilanında aslında padişahın mutlak hükümranlığına karşı dengeleyici bir kuvvet oluşturmak isteyen devlet bürokrasisinin ve diğer ileri gelenlerin, o güne kadar unutulmuş olan halkı bir bakıma paravan olarak kullanmak zorunda kalmaları söz konusudur. Said Halim, halkı padişah ve bürokrasi dışında üçüncü unsur olarak nitelendirse de, o zamanki genel durumu nedeniyle halkın kendisine verilen konumu tam manasıyla anlamaktan ve haklarını kullanmaktan uzak olduğunu belirtir. Nitekim bürokrasi de bunu biliyordu ancak buna rağmen milleti bu noktada araç olarak kullanmak mecburiyetindeydiler. Zira hem padişahı hem de milleti anayasaya dayanak kılmak suretiyle, yürürlüğe konması gereken ıslahat ve düzenlemeleri hayata geçirebileceklerdi. Ancak padişah da halk da anayasa yoluyla bürokrasinin kendileri için iyi ve uygun gördüğü rolleri benimsemeyecekti.<sup>29</sup>

Burada Said Halim'in ne bürokrasiyi ne de halkı haksız gördüğünü söyleyebiliriz. O aslında, oldukça nesnel bir gözlemlerle halkın kendisine verilen yetki ve hakları kullanmaktan aciz olduğunu, bürokrasinin de milleti araç olarak kullanmaktan başka pek yolunun olmadığını ifade etmeye çalışmaktadır. Said Halim'e göre devletin gelişmesi ve ilerlemesi için egemenliğin halkta olup olmaması çok önemli olmadığı gibi, sosyolojik şartlar oluşmadan kuralların yazılı olup olmaması da pek bir önem taşımamaktadır denilebilir. Dolayısıyla hukuk kurallarının kendilerinden beklenen etkiyi gösterebilmeleri, toplumsal açıdan işlevsel olabilmeleri için öncelikle toplumsal zeminin hazır olması gerekmektedir. Nitekim yönetsel anlamda üç unsurdan biri olan halkın hukuksal dönüşümü desteklememesi ve benimsememesini iyi değerlendiren padişah, toplumsal durumdan aldığı cesaretle Kanun-i Esasi'yi çok kısa süre içinde askıya almıştır.

---

<sup>29</sup> Said Halim Paşa, *Buhranlarımız*, Hazırlayan M. Ertuğrul Düzdağ, (İstanbul: Tercüman Yayınları, 1973), 45-47.

I. Meşrutiyet'ten yaklaşık otuz yıl sonra aradan artık uzun denecek bir vakit geçmiş ve milletin kendisine verilen hakların belli oranda da olsa bilincine varmış olması cihetiyle, toplumsal zemini bu defa arkasına alan asker, bürokrat ve aydınların faaliyetleri sonucunda II. Meşrutiyet eskisinden çok daha uzun süre devam edecek şekilde ilan edilerek anayasa tekrar yürürlüğe alındı ve parlamento yoluyla millete egemenlik hak ve yetkisi verildi.

Ancak Said Halim, II. Meşrutiyet'in de istenilen ve ümit edilen sonucu vermediğini, hatta memleketin durumunun Abdülhamit devrinden daha kötüye gittiğini belirtir. Bu defa da Meclis, Abdülhamit'ten devraldığı yetkileri kullanmaktan acizdi: *"Yürütme kuvveti baskıcı bir padişahın boyunduruğundan, nüfuz ve itibardan uzak, tecrübeden yoksun ve kendisine bol keseden verilen aşırı hak ve ayrıcalıkları kötü kullanmaya mahkum bir meclisin boyunduruğu altına geçti."*<sup>30</sup>

Said Halim, toplumun çoğunun ve hatta eğitimli üst tabakaların dahi saf beklentilerinin aksine olarak, gerçekleşmesi beklenen toplumsal ve ekonomik gelişme için anayasayı yürürlüğe koymanın, yeni yasa yapmanın, kanunları değiştirmenin tek başına yeterli olmadığını ısrarla vurgular: *"Kanun-i Esasi'nin siyasi ve iktisadi açıdan toplumsal durumumuzu akşamdan sabaha değiştirecek mucizevi kudrete sahip olacağını, aşağılık iç çekişmelerimizi bize unutturacağını ve hepimizi yalnız vatanımızın şan ve büyüklüğünü hayal ederek büyük ve necip bir aile halinde birleştireceğini ümit etmiştik. Ne yazık ki daha ilk seneden itibaren bütün bu tatlı ümitler ve hayaller uçup gitti."*<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Prens Said Halim Paşa, "Meşrutiyetin Tesirat ve Netayici," 335. (Makalemizde Said Halim'in eserlerinden yapılan doğrudan alıntılar, orijinal Osmanlıca metinlerinden tarafımızca sadeleştirilerek yapılmıştır.)

<sup>31</sup> Prens Said Halim Paşa, "Meşrutiyetin Tesirat ve Netayici," 336.

Said Halim'e göre Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde toplumsal zemini ve karşılığı bulunmayan kanun değişiklikleri, özellikle toplumsal açıdan bakıldığında, beklenenin tam aksine esasları, adetleri, sınıf ve tabakalarıyla tüm bir toplumsal yapıyı tam anlamıyla bozmuştur<sup>32</sup>. *"Yenilikçilerimizi bu kadar fahiş hataya düşüren şey, onların memleketin siyasi yapısını istedikleri gibi değiştirmekle toplumsal yapısını da değiştirmeye ve dönüştürmeye muvaffak olabileceklerine inancında bulunmuş olmalarıdır. Bunlar sadece bir takım kanun ve mevzuat metinlerinin bir milletin toplumsal durumunu istenildiği yönde değiştirebileceği ve sosyal yapının, hükümetlerin heves ve hislerine bağlı bulunduğu gibi safça bir düşünceye sahip olmak hatasına düşmüş olmalarıdır."*<sup>33</sup>

### C. Hukukun Toplumsallığı

Hukukun toplumsallığına ilişkin olarak Said Halim'in üzerinde durduğu konu, her hukuk sisteminin ve buna bağlı hukuk normlarının temelde ait oldukları topluma özgü olmalarıdır. Yukarıda değinilen görüşlerinden de anlaşıldığı üzere Said Halim'e göre daha ileri ve müreffeh olduğu düşünülen ülkelerin kanunlarını iktibas etmek, iktibas eden topluma yarar sağlamayacağı gibi, tersine büyük zararlara sebebiyet verir. Nitekim Osmanlı'nın son yüzyılında, örneğin Fransa'dan tercüme yoluyla alınarak kabul edilen kanunlar asla istenilen neticeleri vermemiştir. Çünkü iki ülkenin toplumsal yapıları asılları ve kökenleriyle, sosyo-psikolojik durumu, adetleri, gelenekleri, irfan ve medeniyet seviyeleri birbirinden farklıdır. Dolayısıyla kanunlar her toplumun kendine özgü

<sup>32</sup> Prens Said Halim Paşa, "Meşrutiyetin Tesirat ve Netayici," 336.

<sup>33</sup> Prens Said Halim Paşa, "Kanun-ı Esasinin Ahval-i İctimaiyye ve Mevki-i Siyasimizle Adem-i Te'lifi: Kanun-ı Esasi Bizim Hal ve Mevki-i İctimaimizle Gayr-ı Kabil-i Te'lifdir," 353.

çeşitliliğe sahip ihtiyaçları doğrultusunda oluşmuş olup, diğer bir topluma aynen alınıp uygulanmamalıdır.<sup>34</sup>

Konuyu Kanun-i Esasi üzerinden ele alan Said Halim, soruna iki açıdan yaklaşır: Toplumsal yapı ve durumun özgüllüğü ile siyasal yapı ve durumun özgüllüğü. Ona göre Kanun-i Esasi her iki açıdan da somut gerçeklere uymadığı için ne etkili olabilmiş ne de memlekete fayda sağlamıştır. Sosyolojik gözlemlerinde oldukça açık sözlü ve eleştirel olan Said Halim'e göre, Osmanlı toplumunun büyük çoğunluğu toplumsal açıdan tamamen iptidai (ilkel) bir halde olup sosyal gruplar dini veya siyasi liderlerinin hakimiyetlerine körü körüne bağlıdır. Bu itibarla böyle bir toplumsal vaziyet içerisinde bulunan bir topluma Kanun-i Esasi'de yer aldığı gibi çok ileri derecede haklar ve siyasal özgürlükler verilmesi, "*insanlık tarihinde ilk defa vaki olmuş bir şeydir denilebilir.*"<sup>35</sup>

Böylece Said Halim, Kanun-i Esasi'yi toplumsal açıdan öncelikle halkın toplumsal seviyesi ile uyumlu olmadığı iddiasıyla eleştirir. İkinci olarak, Kanun-i Esasi'nin birinci husustan daha fazla olmak üzere toplumsal yapı ve unsurlar ile uyumsuz olduğunu ifade eder. Bu çerçevede Batı'nın toplumsal yapısında çok önemli konumu olan aristokrasi Osmanlı toplumsal yapısında bulunmamaktadır. Diğer yandan, burjuvazi ise Osmanlı toplumunda hiç ehemmiyeti ve etkisi olmayan bir tabaka iken, Batı toplumlarında çok önemli konuma ve etkiye sahip olan, ulusların ve toplumların mukadderatına yön veren bir sınıf mahiyetindedir. Osmanlı toplumsal yapısında ise aristokrasi ve burjuvazi yerine bürokrasi sınıfı bulunmaktadır. Bürokratların ise Batı toplumlarında aristokratlar ile burjuvanın yerine getirdiği işlev ve tesirleri ifa etmesi mümkün değildir. Zira Osmanlı bürokrasisi, memurluğa

---

<sup>34</sup> Said Halim Paşa, *Buhranlarımız*, 52-53.

<sup>35</sup> Said Halim Paşa, *Buhranlarımız*, Hazırlayan M. Ertuğrul Düzdağ, (İstanbul: Tercüman Yayınları, 1973), 56-59.



has olan kayıtsızlık, tevekkül, teslimiyet, sorumluluktan kaçınma gibi nitelikleriyle kendisini her türlü fedakarlık hissi ve bireysel girişimcilikten engelleyen sosyo-psikolojik özelliklere sahiptir. Batı toplumlarındaki aristokrasi ile burjuvazi ise özgür, bağımsız, medeni cesarete sahip ve müteşebbis ruhludurlar. Bu nedenle Batı toplumları ile Osmanlı halkı arasında toplumsal yapı unsurları ve sosyal sınıflar/tabakalar arasında çok ciddi farklar bulunmakta olup, Batı toplumlarından örnek alınarak hazırlanan Kanun-i Esasi bu yönüyle de Osmanlı toplumu için uygun değildi.<sup>36</sup>

Bundan dolayı Said Halim'e göre bir toplumda bir takım hukuki ve idari problemlerin mevcut olduğu düşünülüyor ve bunlar için çözüm yolları bulunmak isteniyorsa bunun yolu, başka ülkelerde işe yaradığı görülen kanunların iktibas edilmesi değildir. Söz konusu problemlerin öncelikle mahiyetinin ve gerçek sebeplerinin tespit edilmesi gerekir. Kanun-i Esasi'nin öncelikle çözmeyi hedeflediği sorun baskıcı yönetimdir. Baskıcı yönetim ise her ne kadar tüm dünyada güçlü olanların diğer insanları baskı altına alması şeklinde tezahür etse de, bunun her toplumda aynı nedenlerden doğduğu, her zaman aynı nitelikte bulunduğu ve çözüm çaresinin her toplumda bir olduğu düşünülmemelidir. Türk toplumundaki istibdat ile Batı toplumlarında görülen istibdatlar farklı sebeplerden doğarlar. Ona göre İslam toplumları, İslam inancına dayanarak oluşmuş olan adalet anlayışından doğan hukuki normlara tabi oldukları için yeterli derecede eşitlikçi ve özgürlükçü yasa ve düzenlemeler altında yaşamış ve bu normlar sayesinde daima özgürlük ve eşitlik içinde bulunmuşlardır. Ancak İslam toplumları İslami esaslardan uzaklaştıkça özgürlük ve eşitlikten de uzaklaşmışlardır. Said Halim, Osmanlı'dan günümüze kadar devam eden klasik İslamcı görüşü paylaşarak; İslam

---

<sup>36</sup> Said Halim Paşa, *Mukallidliklerimiz*, (İstanbul: Cihan Matbaası, 1329), 8-10; Said Halim Paşa, *Buhranlarımız*, 60-61.

toplumlarının İslami esaslara uydukları zamanlarda müreffeh ve ileri olduklarını, bu esasları terk ve ihmal ettikleri zamanlardaysa devlet yöneticilerinin esasen İslami devlet anlayışına aykırı olarak uyguladıkları baskıcı yönetim usullerinin de tesiriyle kötüye gittiklerini iddia eder.<sup>37</sup>

Said Halim, İslam dininin temel esaslarının bir başka doğal sonucunun ise Batı toplumlarında görülen toplumsal çatışmaların İslam toplumlarında görülmemesi olduğunu ileri sürmektedir. Batı toplumlarında aynı din ve mezhebe hatta aynı milliyete sahip olmalarına rağmen insanlar arasında toplumsal ve siyasal açılardan farklı sosyal statü ve sınıflar bulunmakta ve bu farklılıklar kesin kurallarla korunmakta idi. Bu durum, aşağı sınıflardaki insanları üst sınıflardaki insanların haklarını elde etmek için savaşmaya, üst sınıftaki insanları ise imtiyazlarını korumak için mücadeleye sevk etmekte, böylece de toplumda sürekli bir sınıfsal çatışma hali devam etmekte, kimi zaman da bu çatışmalar kanlı devrimlere sebep olmakta idi. İşte bireyler, sosyal statüler ve sınıflar arasında böylesine derin farklılık ve eşitsizliklerin bulunduğu toplumsal yapıya sahip Batı ülkelerinde istibdadın kanunlara dayalı olması ve meşru sayılması da zorunluydu.<sup>38</sup>

Sonuç olarak Said Halim yaşadığı dönem itibariyle siyasi ve toplumsal birliğin korunması için Avrupa ülkelerinden kanunlarının iktibas edilmemesini, Batı toplumlarının usul, uygulama ve ilkelerini temel alarak hazırlanmış olan mevcut Kanun-i Esasî'nin yeniden düzenlenmesini, Osmanlı halkının

---

<sup>37</sup> Prens Said Halim Paşa, "Kanun-ı Esasinin Ahval-i İctimaiyye ve Mevki-i Siyasimizle Adem-i Te'lifi: Kanun-ı Esasi Bizim Hal ve Mevki-i İctimaimizle Gayr-ı Kabil-i Te'lifdir," 353-354.

<sup>38</sup> Prens Said Halim Paşa, "Kanun-ı Esasinin Ahval-i İctimaiyye ve Mevki-i Siyasimizle Adem-i Te'lifi: Kanun-ı Esasi Bizim Hal ve Mevki-i İctimaimizle Gayr-ı Kabil-i Te'lifdir," 354.

kendi toplumsal ve siyasi gerçekliklerine, birikimine, zihniyetine, usul ve adetlerine uygun bir Anayasa hazırlanmasını zorunlu görür.<sup>39</sup>

Burada Said Halim için kanunlaştırma faaliyetlerinde doğrudan iktibas (resepsiyon) veya uyarlama usullerinden hangisinin kullanıldığından çok, içerik olarak toplumsal gerçekliğe uygunluğun önemli olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin Osmanlı döneminde kabul edilen Kanun-i Esasi veya 1858 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu gibi karma ve uyarlama nitelikli kanunlar da, 1850 Tarihli Kanunname-i Ticaret veya 1879 Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu gibi doğrudan iktibas edilen kanunlar da, hatta 1840 Tarihli Ceza Kanunu veya 1858 Tarihli Arazi Kanunnamesi gibi içeriği yerli hukuki uygulamalardan oluşan kanunlar dahi<sup>40</sup> toplumsal ve siyasi gerçekliğe aykırılık yönünden Said Halim'in bakış açısı itibarıyla eleştirilebilir niteliktedirler. Zira yukarıda bahsettiğimiz gibi değişen toplumsal gerçeklikler ve ihtiyaçlar karşısında hukuki normların da değişmesi gerekebilir. Çünkü mevcut hukuki normlar eski toplumsal gerçeklikler ve ihtiyaçlar doğrultusunda oluşturulmuş olduğu için yeni toplumsal gerçekliklere ve ihtiyaçlara aykırı hale gelmiş olabilir. Dolayısıyla Said Halim'e göre burada hukukun yerli olmasından ziyade halihazırdaki toplumsal gerçeklik ve ihtiyaçlara uyum ve uygunluğunun önemli olduğu söylenebilir.

#### **D. Hukuk ve Değişme**

Asli vasfının “değişme” olduğu bir çağın çocuğu olarak Said Halim, kendi toplumundaki çağdaşlarının ekseriyetinin yaptığı gibi kötü vaziyet ve gidişattan dolayı belli kişileri veya mihrakları suçlamaz. O, devlet ve toplumdaki vaziyet ve

---

<sup>39</sup> Said Halim Paşa, *Buhranlarımız*, 67-68.

<sup>40</sup> Mustafa Şentop, "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü," *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 3, no. 5 (2005), 652-657.

gidişatın fertlerden bağımsız olduğuna dikkat çekmek ister. Bu doğrultuda Osmanlı'nın özellikle son elli yılında yaşanan kötü olayların sorumlularını da temelde sosyolojik bakış açısıyla değerlendirir. Çokça eleştirdiği Abdülhamid'in de, mensubu olduğu İttihat ve Terakki'nin de esasında çağlarının ve nesillerinin ürünü olduğunu, sosyal ve tarihi şartların sonucu bu aktörlerin ortaya çıktığını, Abdülhamit olmasa da o zamanki mevcut sosyal ve siyasi durumun başka bir Abdülhamid'i doğuracağını söyler.<sup>41</sup>

Said Halim'e göre başka toplumların aslında genellikle oldukça pahalıya mal olmuş siyasi tecrübelerinden sorunsuz biçimde istifade edebilmek diğer bir toplum için çok çekici görünse de, Batı'nın düşünme tarzı ve sosyo-psikolojik durumu ile Doğu'nunki arasında benzer ve ortak yönler sanıldığından çok daha az olduğundan dolayı Türk ve Müslüman toplumlarda böyle bir istifade teşebbüsü kötü sonuçlara neden olmaktadır. Zira Batı ile Doğu arasındaki fark öylesine büyüktür ki, bilindik kavramlar dahi birbirinden farklı anlamlara sahiptir. Mesela eşitlik tabiri Türklerde başkasının hakkına göz dikme, kin ve haset duyma gibi hisleri içermez; zira insanlar arasında kişisel meziyetlerine göre var olan eşit olmama durumu demokrat olan İslam toplumlarında gayet doğal olarak bulunmaktadır. Aynı sebeple özgürlük kavramı da Batı'dakinin aksine toplumsal bir zinciri kırmak, siyasi bir boyunduruktan kurtulmak fikrini vermez.<sup>42</sup>

Keza ona göre, siyasi parti olgusu da Avrupa'daki tarihsel birikim ve siyasi tecrübelere dayalı olarak, özellikle eşitsizliğe dayalı toplumsal yapı nedeniyle ortaya çıkmış olup Osmanlı toplumsal ve siyasal yapısıyla aslında uyumlu değildir<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Said Halim Paşa, *Buhranlarımız*, 69-70.

<sup>42</sup> Said Halim Paşa, *Mukallidliklerimiz*, 5.

<sup>43</sup> Said Halim Paşa, *Mukallidliklerimiz*, 13-14.

Dolayısıyla Said Halim'e göre Batılı ülkeler kendi toplumlarında insanlar arasında olması gereken doğal eşitliği getirmek, insanların gerek toplu gerekse bireysel faaliyetlerini kısıtlayan yasal düzenlemelerden kurtulmak, siyasi özgürlük ve hakları elde ederek eşitliği daha fazla sağlamak gibi amaçlarla aristokrasi yönetim biçimini kaldırarak demokrasi yönetim biçimini hakim kılmaya çalışmışlarsa da, İslam toplumlarının bu konuda Batı toplumlarını taklit etmeleri gerekmez. Zira aristokrasinin bulunmadığı bir toplumsal yapıyı demokratik yönetim biçimi doğrultusunda dönüştürmeye çalışmak mantıklı değildir. Kaldı ki Türk toplumu tabii gelişmişlik sonucu olarak daha çok eşitlik ve serbestliğe ulaşmak ihtiyacını gerçekten hissetseydi buna çok daha ciddi bir şekilde teşebbüs ederdi. Öyleyse milletlerin kendi toplumsal ve siyasi esaslarını terk ve ihmal ederek başka milletlerin esaslarını körü körüne almaları, Osmanlı Devleti örneğinde de görüldüğü üzere toplumlar üzerinde yıkıcı etkiler doğurur.<sup>44</sup>

Her ülkenin kendi hukuki normlarını kendi tarihi, toplumsal, siyasi birikim ve özellikleri doğrultusunda oluşturması gerektiğini, başka ülkelerin kanunlarını aynen veya benzer olarak iktibas etmenin zararlı olduğunu ifade eden Said Halim, Kanun-i Esasi üzerinden ispat ve izah etmeye çalıştığı konuyu iki açıdan ele alıyordu. Birincisi toplumsal yapı ve durumun özgünlüğüydü ki ona yukarıda değinmiştik. İkincisi ise siyasi yapı ve durumun özgünlüğüydü. Ona göre Osmanlı Devleti tam anlamıyla kendine özgü bir devlet yapısı arz etmektedir. Osmanlı devlet yapısına yabancı olan Avrupalıların düşünce ve anlayışlarına göre siyasi birlik aynı milliyete, aynı dile ve aynı dine/mezhebe bağlı insanların birliğinden ibarettir. Halbuki Osmanlı siyasi birliği bu hususlarda birlik olma anlayışından uzak olduğu gibi adetler ve teamüller hususunda dahi birlik

---

<sup>44</sup> Said Halim Paşa, *Mukallidliklerimiz*, 7-8; Prens Said Halim Paşa, "Kanun-ı Esasinin Ahval-i İctimaiyye ve Mevki-i Siyasimizle Adem-i Te'lifi: Kanun-ı Esasi Bizim Hal ve Mevki-i İctimaimizle Gayr-ı Kabil-i Te'lifdir," 354.

olmayı gerekli görmez. Osmanlı siyasi birliği temel olarak İslam kardeşliği ve birliğine dayanır. Dolayısıyla Batılı ülkelerin siyasi yapı ve durumları ile İslam ülkelerinin siyasi yapı ve durumları birbirinden çok farklıdır. Avrupalıların asırlardan beri gelip süzülen kendilerine özgü ilke ve esaslarından oluşan uygulamalarını iktibas ederek hazırlanan Kanun-i Esasi'yi, o ilke ve esaslara yabancı olan Osmanlı Devleti'nde uygulamaya çalışmak akla ve gerçeklere aykırı olduğu gibi Osmanlı siyasi birliğini de dağıtmaya neden olur.<sup>45</sup>

Bu noktada Said Halim'e göre benimsenmesi gerekli usul ise mevcut olanı yıkıp yeni şeyler ihdas etmek değil, var olanı ıslah etmek, düzeltmek, onarmaktır. Said Halim, toplumsal değişmeye köktenci muhafazakar bir tavırla tümünden karşı çıkılmasını da, aşırı reformist bir tavırla sınırsız boyun eğilmesini de onaylamaz. Bu itibarla özellikle 19. yüzyılda hukuk ve idare alanında eski kurum, usul ve normların kaldırılması veya uygulama alanlarının yok edilerek fiilen kaldırılmasının Said Halim'e göre doğru bir yol olduğu söylenemez. O, toplumsal veya siyasal yapının herhangi bir unsuruna ya da kurumuna ilişkin olarak ortaya çıkan bir problem veya kusurun tadil ve ıslahı gereği hissedildiğinde Batı'da benimsenen yolun takip edilmesini, yani o unsur veya kurumun gerçekten ıslah ve tadil edilmeye çalışılmasını ister. Yoksa Türkiye'de yapıldığı gibi mevcudun duraksamaksızın ortadan kaldırılması ve onun yerine daha iyi olduğu zannedilen bir şeklin ikame edilmesi uygun değildir, tam aksine zararlıdır. Ayrıca bundan belki de daha kötüsü, değişme zorunluluğu karşısında ıslah ve tadil yerine tümünden veya kısmen ortadan kaldırma usulünün benimsenmesi o toplumda zincirleme bir yolla tiranlığa yol açar. Zira değişiklik, yeninin gelmesi için eskisinin terkine zorlamak şeklinde gerçekleştirildiğinde bu

---

<sup>45</sup> Prens Said Halim Paşa, "Kanun-ı Esasinin Ahval-i İctimaiyye ve Mevki-i Siyasimizle Adem-i Te'lifi: Kanun-ı Esasi Bizim Hal ve Mevki-i İctimaimizle Gayr-ı Kabil-i Te'lifdir," 354.

aslında baskıdan başka bir şey değildir. Baskı ise yeterli derecede makul ve haklı olmadığı takdirde keyfi davranışa dönüşür. Keyfi davranış ise diğer bir keyfi davranışı doğuracağı ve bu da böyle devam edip gideceği için tüm bu keyfi davranışlar neticede tiranlığa dönüşür.<sup>46</sup>

Öyleyse toplumsal değişme karşısında Said Halim'e göre yapılması gereken, Avrupa medeniyetini Doğululaştırmak, yani olabildiğince kültürümüze ısındırmak, medeniyetimizin ilerlemesi için gerekli olup da uyuşabilecek hususları Batı medeniyetinden alarak kendi medeniyetimize tatbik etmek olmalıydı. Hukuk sistemi, hukuki kurallar ve düzenlemeler bakımından da konuya bu çerçevede yaklaşılmalıdır. Zamana karşı hiçbir şeyin mukavemet edemeyeceği kaidelerinin hukuk düzeni ve normları için de geçerli olduğu, bunların da değişimden kaçamayacağı inkar edilemez. Ancak bu inkar edilemez gerçek, bir toplumda mevcut olan hukuk anlayışı ve uygulamalarının, ait oldukları toplumla bağlarını kuvvetlendirmek ve onların uyum sağlayarak da olsa korunmalarına çabalamak zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Çünkü toplumla hukuk arasındaki bağ kaybolduğu takdirde mukadder olan şey, hukuk düzeninin gelişmesi değil bozulması ve yok olmasıdır. Bundan dolayı hukuk normlarının ait oldukları toplumun gerek kendi isteğiyle gerekse dış kaynaklı etkiyle bilinçsiz ve kuralsız bir şekilde ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi, netice itibariyle o toplumun ya kendi isteğiyle ya da zorla esarete düşmesinden başka sonuç doğurmaz.<sup>47</sup>

## SONUÇ

Hukuk ile toplum arasındaki ilişki tam manasıyla karşılıklı etkileşim şeklinde tezahür eden bir nitelik taşır. Toplum

---

<sup>46</sup> Prens Mehmed Said Halim Paşa, *Buhran-ı Fikrimiz*, (İstanbul: Dâr'ül-hilâfet'il-aliyye Hukuk Matbaası, 1337), 4-5.

<sup>47</sup> Prens Mehmed Said Halim Paşa, *Buhran-ı Fikrimiz*, 13-15.

olmasaydı hukuk olmazdı; hukuk olmasaydı toplum, hayatiyetini ya hiç devam ettiremez yahut sağlıklı olarak sürdürme imkanına sahip olamazdı. Bu gerçeği, topluma dair düşünen bilim adamı, düşünür ve aydınlar ile topluma dair eylemde bulunan siyaset ve devlet adamlarının bir postulat olarak kabul etmeleri gerektiği söylenebilir. Bilhassa devrim, dönüşüm ve değişimlerin yoğun olarak yaşandığı dönemlerde bahsettiğimiz gerçeğin daha fazla dikkate alındığı görülür.

Nitekim bir değişim ve dönüşüm çağı olarak isimlendirilebilecek olan 19. yüzyılda dünyanın hemen her bölgesinde olduğu gibi Osmanlı topraklarında da bu durumun meydana getirdiği sorunlar ve fırsatlar tüm düşün dünyasını etkisi altına almıştı. Osmanlı'nın son zamanlarında İslamcılık, Osmanlıcılık, Türkçülük ve Batıcılık şeklinde dörde ayrılan Türk-İslam düşüncesi her ne kadar birbirinden az veya çok farklar taşıyan kamplara bölünmüşse de temas ettikleri ortak konuların başında devletin kurtuluşu bağlamında bu değişim sorunu gelmekteydi.

Diğer yandan hukukun sosyal bir kurum olması, onun nesiller boyu aktarılan birikimin belli oranda ürünü olması anlamına da gelir. Bu nedenle hukuk ve toplum ilişkisine yönelik olarak gerek geçmişten bugüne ve bugünden geleceğe, yani zamanla kayıtlı sosyolojik bakışın gerekse zaman üstü bir gerçeklik biçiminde felsefi ele alışın verimli ve sağlıklı olabilmesi için öncelikle yerellikten hareket etme zorunluluğu bulunmaktadır. İşte bu noktada inceleme alanı olarak aktörlerin tutum ve düşünceleri öne çıkmaktadır ki, Türk toplumu özelinde görüşleri ele alınması gereken aktörlerin başında Said Halim Paşa gelmektedir. Zira o, az bulunan özelliğiyle, yani politikacı ve düşünür kimliğinin her ikisini birden üst düzeyde taşımasıyla temayüz etmektedir.

Said Halim hem entelektüel kimliğiyle hem de devlet ve siyaset adamı kimliğiyle yukarıda sözünü ettiğimiz devletin nasıl kurtulacağı sorununu özellikle değişme konusu etrafında



irdelemiş, bu çerçevede problemlerin teşhisine ve tedavisine yönelik fikirler ileri sürmüştür. Onun önemle durduğu konulardan biri de değişme karşısında hukuktur. O, hukukun toplumsal veçhesini sürekli vurgulamış, özellikle değişme olgusu kapsamında hukuk ve toplum ilişkisini, sosyal bir kurum olarak hukukun mahiyetini ve kaynağını incelemiştir.

Said Halim, mensubu sayıldığı "İslamcılık" akımında yer alan diğer düşünür ve aydınlar gibi hukukun kökenini temelde Allah'ın irade ve kelamı olarak kabul eder. Ancak bu kabul daha ziyade teorik bir mahiyet arz eder. Ona göre hukuk normları her ne kadar temelde dini inanç ve değerlerden ortaya çıkmışsa da hukukun fiilen yaşanan ve uygulanan hali söz konusu olduğunda toplumun açık etkisi yadsınamaz. Hatta hukukun ve hukuki düzenlemelerin toplumsallığı o kadar baskındır ki, aynı dine ve mezhebe sahip toplumların farklı hukuk düzenlerine ve kurallarına sahip oldukları çokça görülür. Bunun sebebi bir toplumun hukuk anlayışının o toplumun gelenek ve değerleriyle iç içe geçerek milli bir karakter haline bürünmesidir.

Bu itibarla değişme karşısında toplumların hukuka ilişkin olarak öncelikle yapmaları gereken şey, değişime karşı çıkmaksızın kendi kimliklerine, manevi kültür unsurlarına uygun islah ve tadil çalışmaları yapmalarıdır. Başka toplumların hukuk sistemlerinin ve kanunlarının doğrudan iktibas edilmeleri hatalı olduğu gibi zararlıdır da. Dolayısıyla her toplumun hukuk düzeni ve normları kendine özgü nitelikler taşımakta olup hukukun toplumsal yönünün öne çıktığı hususlardan biri, ait olduğu topluma özgülüğüdür.

Sonuç olarak Said Halim, içinde yaşadığı toplumun ve çağın sorunları ile bunlara ilişkin çözüm önerilerini ana inceleme konusu yapmış olup, bu kapsamda hukuk ve toplum ilişkisine, sosyal bir olgu olarak hukuka değinmiştir. Benimsediği sosyolojik yaklaşımını, hukukun ve toplumun eleştirel bakış açısıyla ele alınıp gerçekçi usullerle araştırılması üzerine bina ettiği söylenebilir. Said Halim'in hukuk ve toplum ilişkisine

yönelik görüşleri güncelliğini hala korumakta olduğu gibi ayrıntılı inceleme yapılmayı da hak etmektedir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olup olmadığını belirtmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author did not indicate whether he received financial support for this study.

**Conflict of Interest:** The author did not specify whether there was a conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated whether ethics committee approval is required.

---

**KAYNAKÇA**

- Ağaoğulları, Mehmet Ali ve Levent Köker. *İmparatorluktan Tanrı Devletine*. Ankara: İmge Kitabevi, 1991.
- Aktay, Yasin. "Osmanlı'nın İslamcı Prens'i: Said Halim Paşa." *Said Halim Paşa Kitabı Osmanlı Sadrazamı ve Düşünür*. İstanbul: Zeytinburnu Belediyesi Kültür Yayınları, 2021.
- Aristoteles. *Politika*. Çeviren Mete Tunçay. İstanbul: Remzi Kitabevi, 1975.
- Bostan, M. Hanefi. *Bir İslamcı Düşünür Said Halim Paşa*. İstanbul: İrfan Yayıncılık, 1992.
- Bostan, M. Hanefi. "Said Halim Paşa ve Fikirleri." *21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum* 8, 22 (2019).
- Cengiz, Osman. "Son Devir Osmanlı Düşüncesi: Said Halim Paşa Külliyyatında Bilgi Sosyolojisinin İmkânı." *TYB Akademi*, 36 (2022).
- Gökalp, Ziya. "İçtimai Usul-i Fıkıh". *İslam Mecmuası*. Yıl 1, 3 (1332 H.).
- Hamidullah, Muhammed. "İslam Hukukunun Kaynaklarına Dair Yeni Bir Tedkik." Çev. Bülend Davran. *İslam Tetkikleri Enstitüsü Dergisi* I, Cüz 1-4 (1953).
- Hırş, Ernest. *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*. Güncel Dile Uyarlayan Selçuk Baran Veziroğlu. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.
- Işık, Vahdettin (Hazırlayan). *Said Halim Paşa Külliyyatı*. İstanbul: Ketebe Yayınları, 2019.
- Işık, Vahdettin. "Said Halim Paşa ve Tadilen Islah Anlayışı Olarak İslamlaşmak." *Said Halim Paşa Kitabı Osmanlı Sadrazamı ve Düşünür*. İstanbul: Zeytinburnu Belediyesi Kültür Yayınları, 2021.
- Işıktaç, Yasemin ve Umut Koloş. *Hukuk Sosyolojisi*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2020.

- TDV *İslâm Ansiklopedisi*. "Fıkıh." Cilt 13. İstanbul: Hayreddin Karaman, 1996.
- TDV *İslâm Ansiklopedisi*. "Delil." Cilt 9. İstanbul: Ali Bardakoğlu, 1994.
- Nal, Sabahattin. "Sait Halim Paşa'nın Egemenlik Anlayışı ve Öngördüğü Hükümet Sistemi." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, 1 (2019).
- Ocakoğlu, Ömer Faruk. "Said Halim Paşa'da Hukuk ve Toplumsal Değişim." *Said Halim Paşa Kitabı Osmanlı Sadrazamı ve Düşünür*. İstanbul: Zeytinburnu Belediyesi Kültür Yayınları, 2021.
- Orum, Fatih. "Tayyib ve Habis Kavramları Çerçevesinde Kur'an-ı Kerim'de Rasulullah'ın Helal-Haram Belirleme Yetkisine Dair Ayetlerin Hukuki Tahlili." *Kalemname* 3, 6 (2018).
- Ortaylı, İlber. "Osmanlı Devletinde Lâiklik ve Hukukun Romanizasyonu." *Erdem Dergisi*, no. 27 (1997).
- Özyurt, Cevat. "Said Halim Paşa Düşüncesinde Değişim ve Süreklilik: Muhafazakâr-Reformcu İslamcılığın Oluşumu." *Said Halim Paşa Kitabı Osmanlı Sadrazamı ve Düşünür*. İstanbul: Zeytinburnu Belediyesi Kültür Yayınları, 2021.
- Prens Mehmed Said Halim Paşa. *Buhran-ı Fikrimiz*. İstanbul: Dâr'ül-hilâfet'ül-aliyye Hukuk Matbaası, 1337.
- Prens Said Halim Paşa. "Meşrutiyetin Tesirat ve Netayıcı." *Sebilü'r-Reşad* XV, 383 (19 Kanun-i Evvel 1334).
- Prens Said Halim Paşa. "Kanun-ı Esasinin Ahval-i İctimaiyye ve Mevki-i Siyasimizle Adem-i Te'lifi: Kanun-ı Esasi Bizim Hal ve Mevki-i İctimaimizle Gayr-ı Kabil-i Te'lifdir." *Sebilü'r-Reşad* XV, 384 (26 Kanun-i Evvel 1334).
- Said Halim Paşa. *Buhranlarımız*. Hazırlayan M. Ertuğrul Düzdağ. İstanbul: Tercüman Gazetesi Yayınları, 1973.
- Said Halim Paşa (Mehmet mahlasıyla). *İnhitat-ı İslam Hakkında Bir Tecrübe-i Kalemîye*. İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1334.

- Said Halim Paşa (Mehmet mahlasıyla). *Mukallidliklerimiz*. İstanbul: Cihan Matbaası, 1329.
- Şentop, Mustafa. "Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü." *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 3, 5 (2005).
- Şimşirgil, Ahmet ve Ekinci, Ekrem Buğra. *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*. İstanbul: KTB Yayınları, 2009.
- Topçuoğlu, Hamide. "Max Weber'e Göre Hukukî Düşüncenin Kategorileri ve Yeni Hukuk Normlarının Teşekkül Tarzları." *Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964.
- Türkyılmaz, Hilmi. "İslamcı Bir Düşünür, Said Halim'in Batılılaşmaya Bakışı". *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, IIV (2021).
- Weber, Max. *Economy and Society*. Editörler G. Roth ve C. Wittich. California: University of California Press, 1978.

# TÜRKİYE VE AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE ÜST DÜZEY KAMU GÖREVLİLERİNİN GÖREVDEN ALINMA USULÜ VE DAVALARI

*Procedures and Cases for Dismissal of Senior  
Public Administrator in Turkey and the United  
States of America*

**Ahmet Yusuf YILMAZ\***

## Öz


2017 yılındaki Anayasa değişikliği ile üst kademe kamu yöneticilerinin atama usulü de değişmiştir. Bu yöneticilerin atanması Cumhurbaşkanı Kararına bağlanmıştır. 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile üst düzey kamu yöneticilerinin atama usul ve esaslarını belirlenmiştir. Peki, bu görevlere atanan kişilerin görev süreleri dolmadan görevden alınmaları durumunda ne olacaktır? Bu makale bu soruyu incelemek amacıyla hazırlanmıştır. Görevden alınma işlemine karşı başvurulacak itiraz yolu, görevden alma işlemine karşı

\* Dr., Ticaret Bakanlığı, E-mail: a.yusuf6@gmail.com, ORCID NO: <https://orcid.org/0000-0002-3499-7676>.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 18.11.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 20.12.2022.

**Atıf/Citation:** Yılmaz, Ahmet Yusuf. "Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Üst Düzey Kamu Görevlilerinin Görevden Alınma Usulü ve Davaları." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 856-894.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 

yargı yolu, mahkeme kararları incelenmiştir. Açılan davalarda birtakım belirsizlikler mevcuttur. Bu makalede, belirtilen belirsizliklerin aydınlatılması amaçlanmıştır. Ayrıca Amerika Birleşik Devletleri Anayasası ve Başkanın görevden alma yetkisi Türkiye'deki usul ile mukayese edilerek Federal Yüksek Mahkemede görülen üst düzey kamu yöneticilerinin görevden alınma davaları incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Türkiye, ABD, Anayasa, 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Üst Düzey Kamu Yöneticisi, Görevden Alınma.

### **Abstract**

With the constitutional amendment in 2017, the appointment procedure of senior public administrators has also changed. The appointment of these executives is subject to the Presidential Decree. With the Turkish Presidential Decree No. 3 (CBK), the procedures and principles of appointment of senior public administrators have been determined. So, what will happen if the people appointed to these positions are dismissed before their term of office expires? This article has been prepared to examine this question. The appeal against the dismissal, the judicial remedy against the dismissal, and the court decisions were examined. There are some uncertainties in the lawsuits filed. In this article, it is aimed to clarify the mentioned uncertainties. In addition, the United States Constitution and the President's power of dismissal were compared with the procedure in Turkey and the dismissal cases of senior public administrators before the Federal Supreme Court were examined.

**Keywords:** Türkiye, USA, Constitution, Presidential Decree No. 3, Senior Public Administrator, Dismissal.

## Giriş

Türk Anayasası'nda sembolik görevler üstlenen Cumhurbaşkanı 2007 yılından itibaren halkla buluşturularak bürokrat kimliğinden arındırılmış ve siyasetçi kimliğine kavuşturulmuştur. Başkanlık sistemi konusuna Ak Parti'nin 2012 yılında sunduğu anayasa önerisinde karşılaşılmıştır. Cumhurbaşkanı'na "Başkanlık Kararnamesi" adı altında düzenlemeler yapma yetkisi tanıyan kanun teklifi Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Uzlaşma Komisyonu'na sunulmuştur.<sup>1</sup> Ancak bu komisyonda 4 farklı partiden eşit sayıda temsilciler bulunması nedeniyle siyasi partilerin uzlaşamamasıyla Başkanlık sistemi 5 yıllığına ertelenmiştir. 2017 yılındaki değişiklikler ile Cumhurbaşkanı'na verilen yetkiler genişletilmiştir.

1982 Anayasası'nın kabul edildiği tarihten 2022 yılına kadar geçen 40 yılda 1982 Anayasası yaklaşık 20 kez değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerden en önemlisi ise 2017 yılında gerçekleşen en kapsamlı nitelikteki değişikliktir.<sup>2</sup> 2017 değişikliği ile birlikte parlamenter sistemden Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmiştir. Bu yeni hükümet sistemiyle yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı, üst düzey kamu yöneticilerini atama, görevden alma yetkisini de üstlenmiştir. 2017 Anayasa değişikliği, pek çok kapsamlı değişikliği de içinde barındırmıştır. Önceki 19 Anayasa değişikliğinden farklı olarak

---

<sup>1</sup> Ak Parti'nin, başkanlık rejimine dair önerileri de içeren, Kasım 2012'de TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu'na sunduğu teklifinin makale ile ilgili kısmı şu şekildedir:

Başkanlık kararnamesi-Madde 23- (1) Başkan, genel siyasetin yürütülmesinde ihtiyaç duyduğu konularda Başkanlık kararnamesi çıkarabilir. Bir konuda Başkanlık kararnamesi çıkarılabilmesi için kanunlarda o konuyu düzenleyen uygulanabilir açık hükümlerin bulunmaması şarttır. Kişi hak ve hürriyetleri kararname ile düzenlenemez.

<sup>2</sup> Taylan Barın, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Uygulaması ve Hükümet Sisteminin Tahlili," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no. 2 (2022): 290.



yürütme organının kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi kaldırılmıştır. Buna karşılık Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri usulü kabul edilmiştir. Böylelikle yürütmenin daha hızlı bir biçimde hareket etmesine olanak sağlanmıştır. Eski düzende üst düzey kamu görevlilerinin seçilmesinde, atanmasında bürokrasi etkili olurken, yeni Cumhurbaşkanlığı Hükümet sisteminde Anayasal hak olarak halk iradesini bünyesinde taşıyan Cumhurbaşkanı'na üst düzey bürokratları atama ve görevden alma yetkisinin verilmesi sağlanmıştır.

21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmiştir. Neticesinde; Cumhurbaşkanı'na, üst kademe kamu yöneticilerini atama, görevlerine son verme yetkisi de verilmiştir. Üst düzey kamu yöneticisi kavramı ve özellikleri de bu bakımdan devlet memurluğu görevinden farklılaşmıştır.<sup>3</sup> Böylelikle Cumhurbaşkanı karar alırken, yetkisini parlamentoya sunmadan Anayasadan aldığı güçle kararlarını kullanabilme imkânına sahip olmuştur. 2018 yılının temmuz ayında birçok CBK çıkarılarak, yürütme organının mevzuat omurgası oluşturulmuştur. Bu değişiklikler ile Cumhurbaşkanı'nın üst düzey kamu görevlilerini yasama organından özerk bir şekilde ataması ve görevden alabilmesine imkân tanınmıştır.

## I. ÜST DÜZEY KAMU YÖNETİCİSİ AYRIMI

3 sayılı CBK'de ikili bir ayırım yapılmıştır. Bu kararnamede 1 sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere yapılacak atamanın Cumhurbaşkanı tarafından yapılacağı belirtilmiştir. 2 sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere yapılacak

---

<sup>3</sup> Mehmet Rauf Karşlı, "Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme," *SÜHFD.*, no. 1 (2020), 188.

atamanın ise Cumhurbaşkanı onayı ile yapılacağı belirtilmiştir<sup>4</sup>. Bununla birlikte 3 sayılı CBK'nin dayanağı olan Anayasanın 104. maddesinin 9. fıkrasına göre; Cumhurbaşkanı'nın atayacağı ve görevden alacağı kişilerin tamamının 3 sayılı CBK'sinde üst kademe kamu yöneticisi olarak düzenlenmesinin gerektiği düşünülmektedir. Buna rağmen 3 sayılı CBK'de sadece 1 sayılı cetvelde yer alan kişilerin Cumhurbaşkanı Kararı'yla atanacağı belirtilmiştir. Aynı kararnamede 2 sayılı cetvelde yer alan kadrolara ise genellikle bakan veya başka bir üst düzey yönetici tarafından Cumhurbaşkanı'na yapılacak teklifin ardından, Cumhurbaşkanı onayıyla atama işleminin tamamlanması öngörülmüştür. Ayrıca CBK'nın 6 ncı maddesi ve diğer maddelerinde 1 ve 2 sayılı listelerdeki ayırım sürekli vurgulanarak 1 sayılı listenin asıl üst düzey kamu yöneticisi olduğu yorumlaması yapılmıştır. Ancak 375 sayılı KHK'nın ek 35. maddesinde: *“Bakanlıklar ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının taşra teşkilatının il ve bölge müdürü kadro veya pozisyonları hariç, üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine Cumhurbaşkanı onayı ile atananlar hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde yer alan şartlar dışında üçüncü fıkra hükümleri uygulanmaz.”* hükmüne yer verilmiştir. 3 sayılı CBK'sinde, Cumhurbaşkanı onayı ile ataması yapılacak kişiler de üst kademe yöneticisi olarak adlandırılmıştır. Böylelikle onay usulü ile atanan kişiler 375 sayılı KHK'da<sup>5</sup> üst düzey kamu yöneticisi unvanı verilmiştir. Bu durumda KHK ile CBK arasında bir çatışma alanı olduğu görülmüştür.

Kamuoyunda, Resmî Gazete'de yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Kararlarıyla ataması yapılan kişilerin tamamının üst düzey kamu yöneticisi olduğu düşünülse de yargıda ve doktrinde ikili bir ayırımın mevcut olduğu tespit

<sup>4</sup> Yasin Söyler, “3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Göre Üst Kademe Kamu Yöneticisi Kimdir?” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2020): 69-70.

<sup>5</sup> 375 sayılı KHK'nın ek 35. maddesi.

edilmiştir. Yargı kararları ve doktrin görüşüne göre 3 sayılı Kararnamenin 1 sayılı cetvelinde yer alan kadrolar üst düzey kamu yöneticisi sayılırken aynı kararnamenin 2 sayılı cetvelinde bulunan kişiler normal devlet memuru statüsünde kabul edilmiştir. Bulunduğu pozisyon itibarıyla, üst düzey kamu yöneticisi olarak görev yaptığını düşünen ve 2 sayılı listedeki kadrolardan görevden alınan kişiler, görevden alındıklarında davaları Danıştay'da açmaktadırlar. Bu davalara karşı Danıştay'ca yapılan incelemelerde, bu davanın ilk derece idare mahkemesinde görülmesi gerektiği yönünde kararlar çıkmaktadır. Örnekleri sonra verilecek davalarda, idari yargıda içtihat oluşturulmuştur.

Danıştay içtihatlarında 2 sayılı cetvelde Cumhurbaşkanı onayıyla atanan kişilerin görevden alınma işlemine karşı açtıkları davaların, ilk derece idare mahkemelerinde görülmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. 1 sayılı cetvelde yer alan kadrolardan görevden alınan kişilerin açacağı davalar ise ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecektir. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde: *"1. Danıştay ilk derece mahkemesi olarak: Cumhurbaşkanı kararlarına bakacağı karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar"* hükmü gereği bu davaların 1 sayılı cetvelde yer alan kadrolardaki kişilerin görevden alınma davalarının Danıştay'a açılması uygundur.

## II. CUMHURBAŞKANI'NIN ÜST DÜZEY KAMU GÖREVLİLERİNİ ATAMASI

*21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 1982 Anayasasında, Cumhurbaşkanı'nun üst düzey kamu yöneticilerini ataması, görevlerine son vermesine dair aşağıdaki fıkra eklenecek, bu kişilerin atanmalarına ilişkin usul ve esasların düzenleneceği Cumhurbaşkanı Kararnamelerinin temeli*

atılmıştır. Ancak bu 3 sayılı Kararname, birtakım belirsizlikleri bünyesinde taşımasından mütevellit, Ekim 2022 tarihine kadar yaklaşık 4 yılda 21 defa değiştirilmiştir.

*“Cumhurbaşkanı Görev ve yetkileri*

*Madde 104/9 – ...*

*Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenler.”*

Temmuz 2018 yılında çıkarılan CBK’ların ilk dördünün içeriği Türkiye genelindeki kamu kurum ve kuruluşlarının genel işleyişi oluşturmuştur. İlk olarak 1 sayılı CBK ile Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı yürütme organı olarak bakanlıklar kurulmuştur. 2 sayılı CBK<sup>6</sup> ile bu teşkilatlarda görev yapacak kişilere kadro ihdası sağlanmıştır. 3 sayılı CBK<sup>7</sup> ile Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair hususlar eklenmiştir. Bu kararnamede 1 sayılı cetvelde yer alan unvanlara yapılacak atamaların Cumhurbaşkanlığı Kararı ile olacağı belirtilirken 2 sayılı cetvelde yer alan kişilerin atamasının onaylama suretiyle görevlendirileceği belirtilmiştir. 3 sayılı cetvelde ise bazı kadroların görev süreleri belirtilmiştir.

### **III. ÜST DÜZEY KAMU GÖREVLİLERİNİN GÖREVDEN ALINMASI**

3 sayılı CBK’inde 2 tür görevden alma usulü benimsenmiştir. Görev alma usulünden birincisi, Cumhurbaşkanlığı’nın görev süresiyle görev süresi sınırlı olan kişilerdir. Bu kişiler Cumhurbaşkanlığı’nın seçilmesinden hemen

---

<sup>6</sup> RG. 10.07.2018, S. 30474.

<sup>7</sup> RG. 10.07.2018, S. 30474.

sonra da atansa veya Cumhurbaşkanın görev süresi bitimine az bir süre kalsa da görev süreleri Cumhurbaşkanın görev süresinin bitimiyle sona erer.<sup>8</sup> 2022 itibariyle örnek verilmek istenirse 2023 Mayıs veya Haziran ayındaki Cumhurbaşkanlığı seçimiyle mevcut Cumhurbaşkanı'nın görev süresi sona erecektir. 4 üncü maddede belirtilen üst düzey kamu yöneticilerinin de görev süresi bu nedenle sona erecektir.

*“Görev süresi*

*MADDE 4- (1) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (I) sayılı cetvelde yer alanların görev süresi, atandıkları tarihte görevde bulunan Cumhurbaşkanının görev süresini geçemez. Cumhurbaşkanının görevi sona erdiğinde, bunların görevi de sona erer.”*

Ancak asıl sorunu 7 nci maddede yer alan ve kararnameye ekli (III) sayılı cetvelde yer alanların yaşadığı düşünülmektedir. Çünkü bu kişilerin görev süresi 4 yıldır ve bu kişiler görev sürelerinden önce görevden alınırsa nasıl bir itiraz yolunun izleneceği konusunda mevzuatta bir belirsizlik mevcuttur.

*“Sürelî Görevler*

*MADDE 7- (1) 4 üncü madde hükümleri bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (III) sayılı cetvelde yer alanlar hakkında uygulanmaz. Bunların görev süreleri ekli (III) sayılı cetvelde gösterilmiştir.”* hükmü yer almaktadır.

#### **IV. MAHKEME KARARLARI ÇERÇEVESİNDE ÜST DÜZEY KAMU YÖNETİCİSİNİN GÖREVDEN ALINMASI**

3 sayılı CBK'nin yayınlanmasından bu yana birçok üst düzey kamu yöneticisi görevlerine atama yapılmış, bunlardan bir kısmı da kısa sürede görevlerinden alınmıştır. Görevden

---

<sup>8</sup> Adnan Küçük, *Türkiye'de Başkanlık (Cumhurbaşkanlığı) Sistemi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 230.

alınma sebepleri bakımından bir şeffaflık bulunmamaktadır. Görevden alınan kişilerin sayısına, Resmî Gazete’de ilan edilen görevden alma veya atama kararları üzerinden kısaca göz atıldığında birçok makamda hızlı değişikliklerin olduğu görülmüştür. Bir üst kademe kamu yöneticisi görevden alındığında, görevden alınma sebebi tam olarak bilinmemektedir. Bu kişilerin görevden alınma sebeplerinin neler olabileceği ve üst düzey kamu yöneticisinin görevden alınma süreleri ve sayısı konusunda istatistiki yönlerden desteklenen ayrı bir makalenin yayımlanması, bu konu açısından kayda değer olacaktır. Yapılan araştırmalarda, görevden alınan üst düzey kamu yöneticisi istatistikine dair bir makaleye rastlanmamıştır. Ancak görevden alınma işlemlerine yönelik açılan davalarda verilen mahkeme kararlarının araştırılması neticesinde; bazı üst düzey kamu yöneticilerinin bu işlemin iptali istemiyle dava açma yolunu tercih ettikleri tespit edilmiştir.

Açılan davaların, 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>9</sup> üzerine inşa edildiği anlaşılmıştır. Çünkü üst düzey kamu yöneticilerinin görevden alınması hususunda temel mevzuat 3 sayılı CBK’dir. Kararnamenin 3 üncü maddesi incelendiğinde üst düzey kamu yöneticisi makamlarına atanma şartlarının çok basit olduğu ve genel olarak devlet memurluğuna kabul şartlarına benzer bir anlayışla yazıldığı değerlendirilmiştir. Cumhurbaşkanı’nın atamış olduğu kişilerin görevden alınma sebeplerinin çok çeşitli olabileceği düşünülmektedir. Görevden alınma sebepleri arasında: Atandıkları kurumu gereğince yönetememeleri, istenen performansı gösterememeleri veya disiplin cezası gerektirecek faaliyetlerde bulunmuş olmaları gibi sebeplerin bu kişilerde vuku bulduğu düşünülmektedir. Bu kişilerin

---

<sup>9</sup> RG. 10.07.2018, S. 30474.

görevlerinden kısa sürede alınmaması için 3 sayılı CBK'ya daha ağır atama şartları getirilerek üst düzey kamu yöneticisi atamalarında daha liyakatli kişilerin seçilmesi gerektiği düşünülmektedir.

2 sayılı cetvelde yer alan bir yöneticinin kamu görevinden alınması işleminin iptali istemiyle ilk derece Mahkemesi olarak Danıştay'da açılan davalarda verilen kararlar incelendiğinde, Bu kişilerin söz konusu işlemin iptali istemiyle ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da dava açmaları hali davanın görev yönünden reddini gerektirmektedir.<sup>10</sup> Danıştay kararlarında kabul gören içtihat, sadece 3 sayılı CBK'da 1 sayılı listeyi yani doğrudan Cumhurbaşkanı'nca atanan kişileri üst düzey kamu yöneticisi olarak değerlendirme yönünde olmuştur. Bu sebeple 3 sayılı Cumhurbaşkanı Kararnamesi'nin 2 sayılı cetvelinde yer alan ve görevden alınan kişilerin bu işlemin iptali istemiyle doğru merci olan idare mahkemesinde dava açması yargılama sürecinin uzamamasına ve yargılama giderlerinin artmamasına yardımcı olacaktır.

Mevzuatta bu kişilerin görevden alınma işlemine ilişkin olarak hangi mercilerde dava açabileceğine yönelik belirsizlikler sebebiyle görevden alınan 2 sayılı listedeki kişilerin genellikle işlemin iptali istemiyle ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da dava açtıkları ve bu davalarda da belirtildiği üzere yerleşik içtihatlar gereği "davanın görev yönünden reddine" karar verildiği tespit edilmiştir.<sup>11</sup>

Danıştay'da açılan davalarla ilgili olarak İdari Dava Daireleri Kurulu'nda içtihat oluşmuş durumdadır. Danıştay kararlarında; Cumhurbaşkanı'nın üst düzey kamu yöneticilerinin görevden almasının kendi takdirinde olduğu değerlendirmesinin yapıldığı tespit edilmiştir. Görevden alınan

<sup>10</sup> "Danıştay Karar Arama," erişim tarihi: 10 Eylül 2022, <https://karararama.danistay.gov.tr/>.

<sup>11</sup> Danıştay İkinci Dairesi, E.2022/1407; K. 2022/1771, 13.04.2022.

üst düzey kamu yöneticileri, görevden alma işleminin iptali için açtıkları davalarda, bu işlemin kamu yararına aykırı olduğu veya kamu düzenini bozduğuna dair somut bir gerekçe gösterememektedirler. Kendilerine bir sebep açıklanmadan görevden alındıklarını belirtse de, davalı idareler savunmalarında; üst düzey yönetici konumundaki kişilerin göreve getirilişinde herhangi bir sınava veya yeterlik ölçümüne tabi tutulmadan Cumhurbaşkanı tarafından atandığı ve Cumhurbaşkanı tarafından görevden alındığı, yargının, yürütmenin işleyişine karışmaması gerektiği, bu hususun denetiminin yapılmasının “yerindelik denetimi” niteliğinde olacağını savunmuşlar, yargı mercilerince “yerindelik denetimi” yapılmasının mümkün olmadığını belirtmişlerdir.<sup>12</sup>

### A. Davaların Görev Yönünden Reddedilmesi

İncelenen 05/08/2021 günlü ve 2021/391 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın iptali istemiyle ilk derece Mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da açılan davada<sup>13</sup> 3 sayılı CBK'de 1 sayılı cetvelde sayılan kadrolara yapılacak atamaların Cumhurbaşkanı kararıyla yapılacağı, 2 sayılı cetvelde yer alan kadrolara atamaların ise Cumhurbaşkanı onayıyla yapılacağı belirtilerek ikili bir hukuki ayrıma gidildiği görülmüştür.

Danıştay Kararında: 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde ise: “1. Danıştay ilk derece mahkemesi olarak: Cumhurbaşkanı kararlarına karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davaları karara bağlar” hükmü gereği dava, Danıştay'a açılmıştır. Ancak Cumhurbaşkanı'nun belirli bir kişiye yönelik bireysel işlemleri karar olarak adlandırılmıştır. 3 sayılı CBK'de 1 sayılı cetvelde sayılan kadrolara yapılacak atamaların Cumhurbaşkanı

<sup>12</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2021/3815, K. 2022/539, 21/02/2022.

<sup>13</sup> Danıştay İkinci Dairesi, E.2022/1407; K. 2022/1771, 13.04.2022.



Kararı'yla yapılacağı, 2 sayılı cetvelde yer alan kadrolara atamaların ise Cumhurbaşkanı onayıyla yapılacağı belirtilerek ikili bir hukuki ayırma gidilmiştir.

2 sayılı cetveldekiler için görevden alma işleminin Cumhurbaşkanı onayıyla yapılacağı belirtildiğinden dolayı tesis edilen işlemin bir Cumhurbaşkanı kararı olmadığı, bakanlık kararı olduğu anlaşılmıştır. Dolayısıyla Bakanlıkça tesis edilen işlemlerin aşağıda belirtilen 2576 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca: *“genel görevli ilk derece mahkemesi olan idare mahkemelerinin görevinde bulunduğu”*na karar verilmiştir.

*“2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun*

*İdare Mahkemelerinin görevleri:*

*Madde 5 – 1. İdare mahkemeleri, vergi mahkemelerinin görevine giren davalarla ilk derecede Danıştayda çözümlenecek olanlar dışındaki:*

- a) İptal davalarını,*
  - b) Tam yargı davalarını,*
  - c) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklardan hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idarî sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları,*
  - d) Diğer kanunlarla verilen işleri,*
- çözümler.”*

2 sayılı cetvelde yer alan kadroların üst düzey kamu yöneticileri sayılıp sayılmayacağı konusunda farklı yorumlar vardır. Bu yorumların farklı olmasının temelinde, Resmî Gazete'de yayımlanan Cumhurbaşkanı Kararlarının isminin “Karar” olmasından kaynaklanmaktadır. Yani 1 sayılı listedeki atamalar doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından takdir hakkı kullanılarak tesis edilirken, 2 sayılı listedeki kadrolara atama

işlemleri kamu kurum ve kuruluşları tarafından tesis edilir. Atanacak kişilerin Cumhurbaşkanına ise onay için sunulmaktadır.

## B. Görevden Alma İşlemlerinde Gerekçenin Önemi

İncelenen üst düzey kamu yöneticisinin görevden alınma işleminin iptali istemiyle açtığı davada<sup>14</sup>; görevden alınan yönetici kendisinin görev süresince başarılı olduğunu, verilen görevleri layıkıyla yerine getirdiğini, yeni projeler üreterek kurumunda başarılı bir yönetici olduğu iddialarında bulunmuştur. Görevden alınmasını gerektiren somut bir delilin olmadığını, görevden alınması işleminin tamamen öznel yargılar içerdiğini iddia etmiştir.

Davalı idare savunmasında ise: Cumhurbaşkanı kararıyla herhangi bir objektif kıstasla, sınavla yeterlilik ölçümüne tabi tutulmadan göreve atanan kişinin aynı şekilde görevden alınmasının yetki ve usulde paralellik ilkesince hukuka uygun olduğunu, verilen bu kararın takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Savunmasını desteklemek amacıyla Anayasa Mahkemesi'nin kararı<sup>15</sup> örnek gösterilmiştir: Anayasa mahkemesi kararında özetle: İl Müdürü, Daire Başkanı, Genel Müdür gibi kadrolara bir kere atanan kişilerin bu mesleklerde hayat boyu çalışma zorunluluğu bulunmayacağı, bu yüzden üst düzey yöneticilerin kendilerine tahsis edilmiş olan makamların kişisel alacak meselesi haline dönüştürülmemesi gerektiği, kamu yararı ve hizmet gerekleri ilkelerinin dikkate alınması gerektiği, idarecilik görevinde bulunan kişilerin bazı koşulları taşımak kaydıyla uzman kadrolarını atanmalarının mümkün olduğu belirtilerek, görevden alınma işlemini hukuka uygun bulmuştur.

---

<sup>14</sup> Danıştay İkinci Daire, E. 2020/2331, K. 2021/3420, 14.10.2021.

<sup>15</sup> AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, 08.12.2015.

Danıştay dairesi kararında: Kariyer basamaklarını liyakatiyle geçen genel müdürün başarısız olduğuna dair herhangi bir kanıt bulunmadığından, davacının görevinden alınmasında hukuki bir isabet bulunamamıştır. Genel müdürlük görevine atanan ve bu görevi CBK öncesinde de devam ettiren 6 yıllık genel müdürlük görevini ifa eden davacının 2577 sayılı idari yargılama usulü kanunu 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde: *“İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları”* görevden alma işlemi sebep bakımından hukuka aykırı olduğu tespit edildiğinden iptal davası açması yerinde kabul edilmiştir.

Bu açıdan Cumhurbaşkanı'nın sahip olduğu yetkinin mutlak ve sınırsız nitelikli olmayıp kamu hizmeti gereklilikleriyle sınırlı olduğundan Cumhurbaşkanı'nın bu yetkisinin de idari dava konusu olacağı değerlendirilmiştir. Genel müdürün görevden alınması hususunda idari işlemin sebep yönünden herhangi bir nedene dayanmadığı gerekçesiyle Cumhurbaşkanı Kararı iptal edilmiştir.

Bu karar incelendiğinde, idarenin görevden alma işlemlerinde gerekçenin bulunmasının önemi göze çarpmaktadır. Yani Cumhurbaşkanı görevden alma kararının bir sebep unsuruna dayanması gerektiği anlaşılmıştır. Bu sebebin performans ölçütleri, disiplin suçları, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığın hazırlamış olduğu kalkınma planına riayet hususlarının olabileceği değerlendirilmiştir.

### C. Üst Düzey Kamu Yöneticisinin Görevden Alınmasına Dair Danıştay İçtihadı:

İncelenen davanın konusu 17/09/2020 tarihli ve 2020/424 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'nın iptali istemidir.<sup>16</sup> Davalı idare Cumhurbaşkanlığı'dır. 1 sayılı cetvelde yer alan kişilerin görev süresi, Cumhurbaşkanlığı görev süresi ile sınırlıdır. Ancak bu görev süresi içinde görevden alınmaları halinde ne olacaktır? Bu sorunun yanıtı mevzuatta verilmemiştir. Ama bu kişilerin görevden alınabileceği ve bu işlem tesisinde Cumhurbaşkanı'nın tek başına takdir hakkı bulunduğu açıktır. Ancak bu takdir hakkını kullanırken, idari işlemin sebebi açıklanmamıştır. Yani işlem sebep unsuru bakımından bir eksiklik taşımaktadır. Kişinin görevden alınmasını gerektirecek şekilde hizmeti aksattığı, başarısız olduğu veya görevde kalmasının hizmetin aksamamasına neden olacağı yönünde gerekçe bulunamadığından görevden alma işlemi iptal edilmiştir.

Davacı İddialarında: Göreve atanan kişinin liyakati, kariyeri, eğitim durumunun gözetilerek bu makama getirildiği, subjektif değer yargılarıyla kamu yararı gözetilmeden görevden alma işleminin tesis edildiği, bu durumun da çalışma ve sözleşme hukukuna aykırı olabileceğini belirtmiştir.

Davalı İdare Savunmasında: Üst düzey kamu yöneticiliği görevinde bulunan kişilerin sadece idari görevler üstlenen kişiler olmadığı, bu kadrolarda bulunan kişilerin aynı zamanda devlet politikalarının oluşturulmasında köprü görevini üstlendiği vurgulanmıştır. Yani hükümet ile uyumlu çalışabilen kişilerin üst düzey kamu yöneticiliğine atanacağı belirtmiştir. Görevden alma işleminin dayanağının hem Anayasa<sup>17</sup> hem de 3

<sup>16</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2021/3815, K. 2022/539, 21/02/2022.

<sup>17</sup> Madde 104/9 – ...

Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanı kararnamesi ile düzenler.”

sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi olduğu belirtilmiştir. Yargı mercilerince idarenin bu işleminin denetlenmesinin yerindelik denetimi olacağı, bu yüzden görevden alma sebep unsurunun bu açıklamalarla yeterli olduğu ifade edilmiştir. Herhangi bir somut belgenin veya olayın gösterilmesine gerek olmadığı vurgulanmıştır. Bu konuda Cumhurbaşkanının yetkisinin, takdirinin geniş olduğu, hükümet ve devlet politikalarını layıkıyla yerine getiremeyen kişilerin, görevinden hemen alınabileceği, bu kişilere verilmiş makamların müktesep hak sağlamayacağı bu konuda emsal yargı kararlarının olduğu belirtilmiştir.

İdari Dava Daireleri Kurulu Kararında: 3 sayılı CBK'nin 4 üncü maddesinde Cumhurbaşkanının yetkileri açıktır. Üst düzey kamu yöneticilerine atama veya görevden alma işlemlerinde kamu yararı ve hizmet gerekleri ihlali yönünden davacı genel müdür somut ve ciddi bir kanıt getirememiştir. Dolayısıyla işlemin neden ve amaç yönünden görevden alma işleminin iptalini gerektirecek herhangi bir hususun bulunmadığı kabul edilmiştir. Bu dava içtihat metni olduğundan dolayı okuyuculara aşağıda karar metninin verilmesinin faydalı olacağı düşünülmüştür.<sup>18</sup>

*"İçtihat Metni"*

TÜRK MİLLETİ ADINA

*Karar veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, dosya tekemmül ettiğinden davalı idarenin yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin gereği görüldü:*

İNCELEME VE GEREKÇE:

MADDİ OLAY:

---

<sup>18</sup> Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2021/3815, K. 2022/539, 21/02/2022.

*Davacı, 1990 yılında Ege Üniversitesi Ziraat Fakültesi Tarım Makineleri bölümünden mezun olmuş, 1997 yılında Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinde ... olarak memuriyete başlamış, 2000 yılında Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı bünyesine ... olarak atandıktan sonra 2006 yılında Çevre ve Orman Bakanlığında şube müdürü, 2012 yılında ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığında ... kadrosuna atanmış, bu kadroda bulunduğu sürece, vekaleten Çevre Yönetimi Genel ... ve vekaleten Çevre Yönetimi ... olarak görev yapmış, 23/10/2014 tarihinde Çevre Yönetimi ... kadrosuna atanmış, yaklaşık 6 yıl bu kadroda görev yaptıktan sonra dava konusu işlem ile görevden alınmıştır.*

*Bunun üzerine temyizden incelenen dava açılmıştır.*

#### **İLGİLİ MEVZUAT:**

*Anayasa'nın 104. maddesinde, üst kademe kamu yöneticilerini atamak, görevlerine son vermek ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlemek, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.*

*3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin "Atama usulü" başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrasında, bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı kararıyla atama yapılacağı düzenlenmiş olup Kararname'nin "Görev süresi" başlıklı 4. maddesinde, "Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (I) sayılı cetvelde yer alanların görev süresi, atandıkları tarihte görevde bulunan Cumhurbaşkanının görev süresini geçemez. Cumhurbaşkanının görevi sona erdiğinde, bunların görevi de sona erer. Ancak bunlar, yerlerine atama yapıncaya kadar görevlerine devam eder. Görev süreleri sona erenler, yeniden atanabilir. Bunlar, görev süreleri sona ermeden de Cumhurbaşkanınca görevden alınabilir." kuralı bulunmaktadır. "Genel müdürler," anılan Kararname'ye ekli (I) sayılı cetvelde yer almaktadır.*

#### **HUKUKİ DEĞERLENDİRME:**

*Anayasa'nın 104. maddesi ile 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4. maddesinde, üst kademe yöneticilerini atamak ve görevlerine son vermek konusunda Cumhurbaşkanına takdir yetkisi tanındığı açık olup bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri göz ardı edilerek kullanıldığıının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun dava konusu idari işlemin neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargı içtihatlarıyla kabul edilmiş bulunmaktadır. Somut olayda, Cumhurbaşkanının sahip olduğu takdir yetkisini, kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı kullandığına dair herhangi bir bilgi ve belge bulunmadığı dikkate alındığında, genel müdür kadrosunda görev yapan davacının, takdir yetkisi kapsamında bu görevinden alınmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir. Bu itibarla, dava konusu işlemin iptali yolundaki Daire kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.*

#### KARAR SONUCU:

*Açıklanan nedenlerle;*

- 1. Davalı idarenin temyiz isteminin kabulüne;*
- 2. Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptaline ilişkin Danıştay İkinci Dairesinin temyize konu 14/10/2021 tarih ve E:2020/2331, K: 2021/3420 sayılı kararının BOZULMASINA,*
- 3. Yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anulan Daireye gönderilmesine,*
- 4. Kesin olarak, 21/02/2022 tarihinde esasta ve gerekçede oyçokluğu ile karar verildi.*

#### KARŞI OY

*X- Temyiz edilen kararlar ilgili dosyanın incelenmesinden; Danıştay İkinci Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun olduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, temyiz*

*isteminin reddi ile temyize konu kararın onanması gerektiği oyuyla, karara katılmıyoruz.*

### GEREKÇEDE KARŞI OY

*XX- 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hususlarda ...bilirkişi, keşif, delillerin tespiti... hallerinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı, ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçiminin Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından resen yapılacağı hükme bağlanmıştır.*

*Davanın ihbarı konusunda taraflardan birinin talebi olmasa bile, ihbarın Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından resen yapılması gerektiği açıktır. Ayrıca, yargılanan işlem olmakla birlikte, dava sonucunda verilecek karardan doğrudan etkilenecek kişiye ihbarda bulunulmayıp onun bilgisi dışında ve uyumsuzluğa ilişkin beyanları alınmadan davanın sonuçlandırılması, Kanun'un amir hükmünün ihlâli olacağı gibi, Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının da ihlâli sonucunu doğurur.*

*Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Menemen Minibüsçüler Odası/Türkiye kararında, yargıya erişim hakkının, AİHS'nin 6. maddesinin "yargılanma hakkı" ile ilgili birinci fıkrasının yalnızca bir yönünü oluşturduğuna, erişim hakkının etkin olabilmesi için, haklarına müdahale edilen bir kimsenin açık ve kesin bir şekilde bu işleme itiraz edebilmesi ve bu itirazların mahkemece tartışılabilmesi ve incelenmesi gerektiğine, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin mahkemeye erişim hakkını doğrudan etkilediğine işaret etmiştir.*

*Olayda, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Çevre Yönetimi... olarak görev yapan davacının görevden alınmasına, bu suretle boşalan Çevre Yönetimi ...ne ...'nin atanmasına yönelik ... tarih ve...sayılı Cumhurbaşkanlığı kararının iptalinin istenildiği anlaşıldığından, bu davanın sonucundan, ...'nin menfaatinin etkileneceği açıktır.*



*Bu itibarla, davanın adı geçene ihbarı yapıldıktan sonra karar verilmesi gerekirken, davanın ihbarına ilişkin usul işletilmeksizin verilen kararda bu yönüyle hukuki isabet görülmediğinden, Daire kararının bu gerekçeyle bozulması gerektiği oyuyla çoğunluk kararına gerekçe yönünden katılmıyoruz.”*

İdari Dava Daireleri Kurulu, CBK'de genel müdürlerin görevden alınması işleminin tamamen Cumhurbaşkanı'nın takdirinde olduğu değerlendirmesini yapmıştır. Bu hususta bir içtihat oluşmuş gözükmemektedir. Görevden alınan üst düzey kamu yöneticilerinin görevden alınması işlemiyle kamu yararının ihlal edildiğini ispatlaması gerektiği sonucuna varılmıştır. Özetle Cumhurbaşkanı'nın sahip olduğu takdir yetkisini, kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı kullandığına dair herhangi bir bilgi ve belge bulunmadığı dikkate alındığında, genel müdür kadrosunda görev yapan davacının, takdir yetkisi kapsamında bu görevinden alınmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

## **V. ABD ANAYASASI'NDA ÜST DÜZEY KAMU YÖNETİCİSİ ATAMA VE GÖREVDEN ALMA USULÜ**

Bu makale kapsamında ABD anayasası incelenmiş ve genel olarak şu sonuçlara ulaşılmıştır. Amerika Birleşik Devletler Anayasası, modern devletler anlamında en eski anayasa olarak kabul edilir. Koloni savaşlarından sonra eyaletleri birleştirmek, savaşları sona erdirmek amaçlı kabul edilmiştir. Kabul edildiği tarih olan 1787 yılından bu yana yaklaşık 27 maddelik değişikliğe uğramıştır. Bu bakımdan Türk Anayasa'sı ile mukayese edildiğinde çok az bir değişikliğe uğradığı açıktır. ABD Anayasasında Önsöz, 7 Madde, bu maddelerinin bazılarının altında bölümler ve anayasanın sonunda ek değişiklikler yer almaktadır. ABD'de devletin temel fonksiyonları: Yasama, yürütme, yargıdır. Başkan bu kapsamda yürütmenin başı olarak kabul edilmiştir. ABD anayasasını

denetleme ve yorumlama nihai yetkisi Federal Yüksek Mahkeme'ye aittir.<sup>19</sup>

Başkanın yetkileri Anayasa'nın II nci maddesinde yer almakta olup bazı başkanlar II nci maddeden meşruiyet alıp başkanlık kararları çıkarmışlardır.<sup>20</sup> ABD Anayasası'nda Başkanın kararname çıkarma yetkisi açıkça belirtilmemesine rağmen başkanlar bu maddeyi geniş anlamda yorumlamışlar ve Kararname çıkarmışlardır.<sup>21</sup> Dahası Başkanın kararname çıkarması zaman içerisinde teamüle dönüşmüştür. ABD'de başkanlık kararları Türkiye'den farklı olarak "Executive Order" (Yürütme Emri) ismiyle çıkmaktadır. Bu isim yürütmenin başı olan başkanın kararlarını temsil etmektedir. Şu ana kadar çıkarılan 15.000'e yakın karar vardır. Başkan kararname çıkarırken Türkiye'deki usule benzer şekilde kongreden onay almasına gerek yoktur. Ayrıca Başkanlar kanunla düzenlenmemiş bir konuda kararname çıkarma yetkisini de haizdirler.<sup>22</sup>

### Türkiye Cumhurbaşkanı- ABD Başkanı Kararnameleri Mukayese Tablosu

	Türkiye Anayasası	ABD Anayasası
Kararname Yetkisi	<i>Madde 104/9: Üst kademe kamu</i>	<i>Madde 2/1: "Yürütme yetkisi,</i>

<sup>19</sup> Adnan Küçük, *ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 86.

<sup>20</sup> "ABD Anayasası," U.S. Embassy & Consulates in Türkiye, erişim tarihi Eylül 8, 2022, <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf>.

<sup>21</sup> Çağrı D. Çolak, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi," *Strategic Public Management Journal*, özel sayı (2017): 51.

<sup>22</sup> Çağrı D. Çolak, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi," 51; John Contrubis, *Executive Orders and Proclamations*, CRS Report for Congress, (1999).

	<i>yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.</i>	<i>Amerika Birleşik Devletleri Başkanına verilecektir.</i>
Normlar Hiyerarşisindeki Yeri	Kanun altında konumlanır. (Çünkü kanunla çatışması halinde kanun hükümleri uygulanır.)	Hem kanun gücünde olan, hem de yönetmelik gücünde olan yürütme emirleri vardır. <sup>23</sup>
Kararname Denetleme Yetkisi	Anayasa Mahkemesi	Kongre, (somut norm denetimi kapsamında, her düzeydeki mahkemelerin nihaî inceleme mercii olarak) Federal Yüksek Mahkeme <sup>24</sup> Ancak ABD'de Başkanın yapmış olduğu işlemler yasal

<sup>23</sup> Küçük, *ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları*, 97-98.

<sup>24</sup> Çolak, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi," 61; Küçük, *ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları*, 100.

		yetkilendirilmeye dayanırsa mahkemenin yetkisi oldukça sınırlandırılmış olmaktadır. <sup>25</sup>
--	--	---

### A. ABD Anayasası'nda Üst Düzey Kamu Yöneticisi Atama

Başkanın sahip olduğu yetkilerden birisi de senatonun tavsiye ve rızasıyla üst düzey kamu yöneticilerini atamasıdır. Bu atamada Federal Yüksek Mahkemenin üyelerini, bağımsız düzenleyici kurullarının başkanlarını, üyelerini, büyükelçileri, konsolosların atanmasında son karar, onay mercii kongredir. Kongre bir yasama döneminde 1200-1400 arasında kişinin atamasını onaylamaktadır.<sup>26</sup> Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının II. Maddesinin 2. Bölümünün 2. Fıkrasında:<sup>27</sup>

*“(2) Başkan, Senato'nun tavsiye ve rızası ile, ve mevcut senatörlerin üçte ikisinin onayı ile, antlaşmalar yapma yetkisine sahip olacak; ve büyükelçileri, diğer diplomatik kişi ve konsolosları, Yüksek Mahkeme yargıçları ile bu Anayasa'nın öngörmediği ve yasalarla kurulacak Birleşik Devletleri makamları için bütün görevlileri önerecek ve Senato'nun tavsiye ve rızası ile bunların atamalarını yapacaktır; ancak Kongre uygun gördüğü alt düzeydeki görevlilerin atanmasını*

<sup>25</sup> Yasin Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 202.

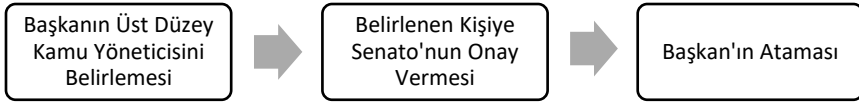
<sup>26</sup> “Anayasa Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 26. Yasama Yılı: 2. Sıra Sayısı: 447,” erişim tarihi Eylül 10, 2022, [http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/pdf/anayasadegisikligikanuntek\\_lifi.pdf](http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/pdf/anayasadegisikligikanuntek_lifi.pdf).

<sup>27</sup> “ABD Anayasası,” U.S. Embassy & Consulates in Türkiye, erişim tarihi Eylül 8, 2022, <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf>.

*yasa ile, yalnızca Başkan'a, mahkemelere ya da Yönetim Bölümlerinin başkanlarına verebilecektir."* hükmü yer almaktadır.

Bu madde aslında bir geleneği temsil etmektedir. İngiltere Krallığında Lordlar Kamarası üst düzey görevlilerin seçiminde rol oynarlar, Krala danışmanlık kurulu hizmeti verirlerdi. ABD'de de benzer şekilde Senato oylamaya katılanların oy çokluğu ile ismen sayılan büyükelçileri, diğer diplomatik kişi ve konsolosları, Federal Yüksek Mahkeme, yargıçlarını atamasını onaylama yetkisine sahiptir. ABD anayasası üst düzey kamu yöneticisi kavramını sonraki cümlede genişleterek Anayasa'da yazmayan ama ABD yasalarında belirtilen kişiler için de geçerli kılmıştır.

Başkanın üst düzey kamu yöneticisi atama usulü ise ABD Anayasa'sına göre şu şekilde işlemektedir. Önce Başkan tespit ettiği kişiyi Senato'ya önerir. Daha sonra senato oy çokluğu ile bu atama işlemine rıza verir. En sonunda Başkan uygun gördüğü kişiyi ilgili makama atar.<sup>28</sup>

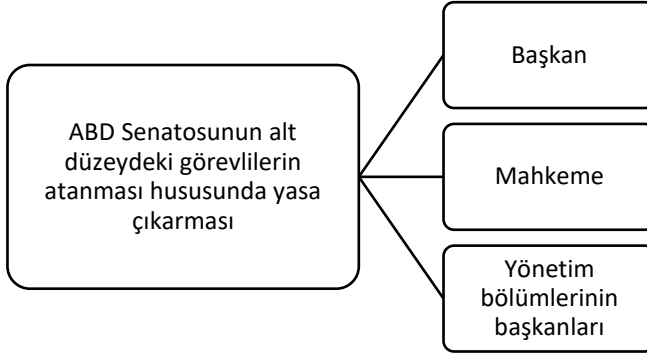


Atama ve görevden alma yetkisi, idare hukuku bağlamında, bir yöneticinin, kendisine verilen yetkiyle üst düzey veya kamu görevlilerini atama ve görevden alma yetkisini ifade eder. Bu konuda, ABD Anayasası Başkanın kamu görevlilerini atama ve görevden alma yetkisinde sınırlamalar getirmiştir. Bir diğer açıdan düşünülürse, ABD Anayasası, Başkan'a üst düzey kamu yöneticisi atama aşamasında bir nevi aday gösterme yetkisi vermiştir. ABD Senatosu ise bu adayları onaylama aşamasında yetkili kılınmıştır.<sup>29</sup> Senatörler başkanın gösterdiği adayı reddederek atamaları engelleyebilmektedir.

<sup>28</sup> Küçük, *ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları*, 79.

<sup>29</sup> Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 241.

Kamu yöneticileri bakımından ABD Anayasası, ikinci bir ayrıma giderek alt düzey kamu yöneticileri atama konusunda Senato'yu ön plana çıkarmıştır. Senato'nun çıkaracağı yasalarla alt düzeydeki kamu yöneticilerinin atanmasında Başkan'a, mahkemelere ve Yönetim Bölümlerinin başkanlarına (yani o birimin en üst yetkili amirine) atama yetkisini vermiştir. Böylelikle alt düzey kamu yöneticilerini atama yetkisi 3'e bölünmüştür.



Senato tatilde bulunduğu zamanlarda ise Başkan ABD Anayasası'nın II. Maddesinin 2. Bölümünün 3. Fıkrasında ise: *"Başkan, Senato'nun tatilde bulunduğu süre içinde, boşalacak bütün görevlere, Senato'nun izleyen dönemi bitiminde sona ermek üzere, atama yapma yetkisine sahip olacaktır."* hükmünü ekleyerek bir nevi geçici dönemlerde atama yetkisini üstlenmiştir.

### **Türkiye Cumhurbaşkanı- ABD Başkanı Üst Düzey Kamu Yöneticisi Atama Mukayesesi**

	Türkiye Anayasası	ABD Anayasası
Üst Düzey Kamu Yöneticileri Atama Mevzuatı	Anayasa ve 3 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı	ABD Anayasası ve yasalar

Üst Düzey Kamu Yöneticileri Atama Usulü	Cumhurbaşkanı'nın takdirindedir.	Atamayı onaylama yetkisi senatodadır.
Cumhurbaşkanı yardımcısı, Başkan yardımcısı <sup>30</sup>	<i>"Anayasa 104/8'e göre: Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanları atar ve görevlerine son verir."</i> Bu maddeye göre Cumhurbaşkanı yardımcısı sayısı belirli değildir. Göreve atama ve görevden alma yetkisi Cumhurbaşkanın takdirlerindedir.	<i>"Anayasa Madde 2 Bölüm 1: ...aynı süre için seçilen bir Başkan Yardımcısı ile birlikte seçilecektir..."</i> bu hükme göre bir başkan yardımcısı vardır. Bu başkan yardımcısını ise halk seçmektedir.

## B. ABD Anayasası'nda Üst Düzey Kamu Yöneticisini Görevden Alma

ABD Anayasası incelendiğinde üst düzey kamu yöneticilerini görevden alma ile ilgili bir madde yoktur. Bu konuda ABD Federal Yüksek Mahkemesi (aşağıdaki kararlarda görüleceği üzere) usulde paralellik ilkesi gereğince üst kademe yöneticiliğine belirli bir usulde atanan bir kişinin yine aynı usulle görevden alınacağı yorumu yapmaktadır. Yetkide ve usulde paralellik ilkesi, bir işi belirli bir usulde yerine getiren kişinin aksine bir hüküm yoksa o yaptığı işi kaldırmaya ve durdurmaya da aynı usulle ve yetkiyle sahip olabileceği kabulüne

<sup>30</sup> Küçük, *Türkiye'de Başkanlık (Cumhurbaşkanlığı) Sistemi*, 241.

dayanmaktadır. Benzer şekilde ABD Anayasası'nın II. maddesinin 2. bölümünün 2. fıkrasında Başkanın nasıl üst düzey kamu yöneticisini atayacağını anlatılmıştır. Ancak Başkanın bu kişileri nasıl görevden alabileceği hususunda bir sessizliği bünyesinde barındırmaktadır. Bu durum ABD'de anayasal ve siyasi tartışmaların temelini oluşturmaktadır.

ABD Anayasası'nın 3. maddesinin 2. bölümünün 2. fıkrasında ise ABD Başkanı'nın yetkilerini kısıtlayan bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre Federal Yüksek Mahkeme: *"Büyükelçileri, diğer yabancı devlet temsilcilerini ve konsoloslarını ilgilendiren ve bir eyaletin taraf olduğu bütün davalarda ilk yargı yetkisi Yüksek Mahkeme'nin olacaktır. Daha önce sayılan bütün diğer davalarda, Kongre'nin getireceği istisnalar ve koyacağı kurallar çerçevesinde, hem hukuk hem de fiil bakımından, Yüksek Mahkeme temyiz yetkisine sahip olacaktır."* Göreve atama ve görevden alma ilgili hükümler II. ve III. maddenin 2. bölümünün 2. fıkrasında yer almaktadır.<sup>31</sup>

### **C. ABD Başkanı'nın Görevden Almasına İlişkin Dava Örnekleri**

ABD'de Federal Yüksek Mahkemede görülen davalarda mahkeme bazen yürütme yetkisini elinde bulunduran Başkanın görevden almaya da yetkili olduğunu savunurken bazı davalarda da Başkanın yetkisinin sınırsız olamayacağını, Başkana sınırsız yetkiler verildiği takdirde Başkan'ın bu yetkilerini kötüye kullanabileceği yönünde kararlar vermiştir. Bazı davalarda ABD Başkanı haklı bulunurken bazı davalarda

---

<sup>31</sup> Ilan Wurman, "The Removal Power: A Critical Guide," *Cato Supreme Court Review* ed. by Trevor Burrus (Washington: Cato Institute, 2020), 160.



ise başkanın üst düzey kamu yöneticisi atamasındaki yetkisinin kısıtlandığı görülmüştür.<sup>32</sup>

### 1. 1926: Myers / Amerika Birleşik Devletleri Davası<sup>33</sup>

Başkan Woodrow Wilson, Senato'nun onayı ile atanan bir posta müdürünü (Myers'i) görevden alması üzerine açılmıştır. Davaya eski ABD Başkanı yargıç William Howard Taft bakmıştır. Howard Taft, ABD tarihinde hem ABD Başkanlığını hem de ABD Federal Yüksek Mahkemesi Başkanlığını (farklı farklı zamanlarda) yürüten tek kişidir. Federal Yüksek mahkemenin kararını yazan Taft, Başkan lehine yorum yaparak Senato tarafından atanan üst düzey kamu yöneticilerinin görevden alınması yetkisinin, Başkana ait anayasal bir hak olduğu yönünde Federal Yüksek Mahkemeyi yönlendirmiştir. Federal Maahkeme de Taft'ın görüşü doğrultusunda karar vermiştir.<sup>34</sup> Yargıç Taft'ın bu kararı tartışmalara yol açsa da, karar ABD Anayasası'nda bahsedilen Başkanın yürütme yetkisinin geniş yorumlanmasıyla ortaya çıkmıştır. Taft; bu öneriyi, posta müdürü gibi alt düzeyde olanlar da dâhil olmak üzere, Senato'nun tavsiyesi ve onayı ile Senato tarafından atanan tüm memurlara yönelik olacak şekilde yorumlamıştır. Hâlbuki bu davadan 10 yıl önce Taft kendi yayımladığı kitabında farklı bir görüşü savunmuştur<sup>35</sup>:

*“Yürütme işlevi, benim anladığım kadarıyla, Başkana, ... açık şekilde verilmeyen zımnî ve belirli hiçbir yetki kullanamayacağıdır. Bu*

<sup>32</sup> Küçük, *ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları*, 86.

<sup>33</sup> *“Myers v. United States, 272 U.S. 52 (1926),”* Justia, erişim tarihi Eylül 1, 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/52/>.

<sup>34</sup> Wurman, *“The Removal Power: A Critical Guide,”* 181-182.

<sup>35</sup> William Howard Taft, *Our Chief Magistrate and His Power* (New York: Columbia University Press, 1925), 144.

*tür yetki kesin olarak verilecekse, bu karar ya Federal Anayasa'da ya da Kongre kararında olmalıdır. Kamu yararına olduğunu düşündüğü için kullanabileceği tanımlanmamış bir güç kullanma yetkisi yoktur... Yürütme yetkisinin yürütülmesi zorunlu olarak, kendisi için açıkça belirlenmiş eylem alanı içinde kullanılmalıdır. Bu konuda yargı yetkisi de, anayasal veya yasal hükümlerle gerekçelendirilmelidir."*

## **2. 1935: Humphrey's Executor / Amerika Birleşik Devletleri Davası<sup>36</sup>**

Franklin Roosevelt Başkanlığı döneminde ABD Kongresi bağımsız bir otorite olan Federal Ticaret Komisyonu'nu kurmuştur. Ancak Başkan Roosevelt bu komisyon üyelerinden bir üyenin görevden alınmasının iyi olacağı yönündeki iradesini ortaya koyunca; ABD Federal Yüksek Mahkemesi, bağımsız bir şekilde görev yapan Federal Ticaret Komisyonu'ndaki bir üyenin Başkan tarafından görevden alınamayacağını şu kararıyla açıklamıştır: *"Mahkeme, dizginsiz bir Başkanın görevden alma yetkisi kısıtlamıştır. Kongre tarafından oluşturulmuş, yürütme organından bağımsız, yasama ve yargı ile de ilgili bir komisyonun bağımsızlığı, Başkan tarafından tehdit edildiği sonucuna varmıştır."*<sup>37</sup> Başkanın görevden almasına istisna getiren bu karara dikkat edilmelidir. Aşağıda yer alan diğer Federal Yüksek Mahkeme kararlarında bu karara atıf yapıldığı görülmüştür. William Humphrey, Federal Ticaret Komisyonu'ndan çıkarılmasının geçerli olup olmadığına göremeden 1934 yılında ölmüştür. 1935 yılındaki dava sonucunda da Federal Yüksek Mahkeme'nin Başkan tarafından kendisine "Executor" (Yürütücü) unvanı verilmiştir.

<sup>36</sup> "Wiener v. United States Davası," Oyez, erişim tarihi Eylül 8, 2022, <https://www.oyez.org/cases/1957/52>.

<sup>37</sup> Wurman, "The Removal Power: A Critical Guide," 184-185.

### 3. 1958: Wiener / Amerika Birleşik Devletleri Davası<sup>38</sup>

1948 tarihli Savaş İddiaları Yasası ile Kongre, savaş esirlerinin ve dini kuruluşların tazminat taleplerini karara bağlamak amacıyla Savaş İddiaları Komisyonunu kurmuştur. Wiener, 1950'de Başkan Truman tarafından Komisyon üyesi olarak onaylanmıştır. Ancak 1953'te yeni Başkan Eisenhower, Savaş İddiaları Komisyonunu üyesi Wiener'in istifasını istemiştir. Wiener ise açtığı davada görevden alındığı andan (1953) Komisyonun varlığının sona erdiği 1954 tarihine kadar maaşını geri almak için bir talepte bulunmuştur.<sup>39</sup>

Mahkeme, Başkanın Savaş İddiaları Komisyonu üyelerini dilediği vakit görevden alma yetkisine sahip olmadığına karar vermiştir. Çünkü Savaş İddiaları Yasasına (1948) göre bir üyenin görev süresi, Savaş İddiaları Komisyonun sona ereceği tarihte sona erer yazmaktaydı. Ayrıca bir üyenin görevden alınmasına ilişkin herhangi bir hüküm yoktu.

Kongre, denetiminden veya zorlayıcı etkiden tamamen bağımsız bir Komisyon oluşturmayı amaçladığından dolayı Başkanın müdahalesi Federal Yüksek Mahkemece haksız görülmüştür. Bu yüzden Kongre veya Başkan, bu bağımsız Savaş İddiaları Komisyonunun üyelerine müdahale edemez, görevden alamazdı. Dolayısıyla ABD Federal Yüksek Mahkemesi, Başkanların bağımsız kurumların üyelerini görev süresinden önce sebep göstermeden görevden alma yetkisine sahip olmadığına karar vermiştir.

---

<sup>38</sup> “*Wiener v. United States*, 357 U.S. 349 (1958),” Justia, erişim tarihi Eylül 5, 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/357/349/>.

<sup>39</sup> “*Wiener v. United States Davası*,” Oyez, erişim tarihi Eylül 8, 2022, <https://www.oyez.org/cases/1957/52>.

#### 4. 1988: Morrison / Olson Davası <sup>40</sup>

1978'de Kongre, Hükümette Etik Yasası'nı çıkararak, özel bir mahkemeye, hükümetin üst düzey suistimallerini soruşturmak üzere "bağımsız bir danışman" atama yetkisi vermiştir (28 U.S.Code § 49). Bu bağımsız danışman, "tam yetkiye sahipti ve Adalet Bakanlığının, Başsavcının ve Adalet Bakanlığının diğer herhangi bir memurunu soruşturma yetkisine sahipti.<sup>41</sup> O sıralarda Başsavcı Yardımcısı Theodore Olson hükümet lehine, Meclisi yanıltıcı bilgiler içeren bir rapor yayınlamıştır. Bunun üzerine Bağımsız Avukat Alexia Morrison, 28 U.S. Code § 594(a) yasasından aldığı yetkiyle Theodore Olson'u soruşturmaya başlamıştır. Bağımsız Avukat Alexia Morrison, görevi kötüye kullanma gerekçesiyle Başsavcı Ted Olson, soruşturmak üzere atanmıştır. Soruşturma üzerine Başsavcı Yardımcısı Theodore Olson, 28 U.S. Code § 594(a) yasasının Başkanın yetkilerini kısıtladığını, bu yüzden ilgili yasanın anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle dava açmıştır.<sup>42</sup>

Davacı Theodore Olson, 28 U.S. Code § 594 yasasını kullanan bağımsız bir avukatın geniş yetkilerini kolayca kötüye kullanılabileceğini iddia etmiştir. Morrison ise tarihsel olarak kapalı bir ortamda faaliyet gösteren yürütme organının suistimallerini önlemek için yasanın gerekliliğini savunmuştur.

Theodore Olson, ilgili Kanunun, ABD Anayasa'nın II. Maddesini ihlal ettiği için Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuştur. Federal Yüksek Mahkeme: 28 U.S.

---

<sup>40</sup> "Morrison v. Olson, 487 U.S. 654 (1988)," Justia, erişim tarihi Eylül 7, 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/654/>.

<sup>41</sup> "ABD Bağımsız Bir Avukatın Yetki ve Görevleri Kanunu, 28 U.S.Code § 594(a)," erişim tarihi: 6 Eylül 2022, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28>.

<sup>42</sup> "Morrison v. Olson Davası," Quimbee, erişim tarihi Eylül 5, 2022, <https://www.quimbee.com/cases/morrison-v-olson>

Code § 594(a) yasasının Başkanın yürütme yetkisine halel getirmediğine kanaat getirmiş ve yasayı, anayasaya uygun bulmuştur.<sup>43</sup> Yani ABD Federal Yüksek Mahkemesi, bağımsız savcının ciddi bir neden olmadıkça Başkan tarafından görevden alınamayacağını belirtmiştir.

## **5. 2020: Seila Hukuk Limited Şirketi / Tüketici Mali Koruma Bürosu Davası**

Tüketici Mali Koruma Bürosu, borç tahliye hizmetleri sunan bir hukuk firması olan Seila Law LLC'yi (Seila Hukuk Limited Şirketi) şirketi hakkında bir soruşturma yürütmüştür. Bu soruşturma sırasında Seila Hukuk bürosu bazı evrakı vermeyi reddetmiştir. Seila Hukuk bürosunun istenilen evrakı vermemesinin sebebi: Tüketici Mali Koruma Bürosunun anayasaya aykırı bir şekilde yapılandığı iddiasıydı. Seila Hukuk Bürosu, Tüketici Mali Koruma Bürosunun teşkilat yapısının, ABD Anayasa'nın güçler ayrılığını ihlal ettiğini, tek bir Direktör tarafından yönetilen ve yürütme organı gibi davranan bir kuruluş olduğunu belirtmiştir.

ABD Federal Yüksek Mahkemesi, ABD Başkanının memurları görevden alabileceğini kabul etmiştir. Ancak Mahkeme, bu kuralın iki istisnası olduğunu belirtmiştir.

1- İlk olarak, söz konusu memur, Humphrey's Executor / Amerika Birleşik Devletleri'nde (1935) kararında belirtilen Federal Ticaret Komisyonu ile gibi bağımsız bir otoritenin üyesiye, Başkan'ın görevden alma yetkisi Kongre tarafından kısıtlanabilir.

2-İkincisi, Morrison v. Olson'da (1988) davasında olduğu gibi Kongre, Başkan'ın görevden alma yetkisi "sınırlı görevleri olan ve politika oluşturmayan düşük rütbeli memurlar" yani

---

<sup>43</sup> "Morrison v. Olson, 487 U.S. 654 (1988)," Justia, erişim tarihi Eylül 7, 2022, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/654/>.

Başkan'ın politikalarını etkilemeyecek konumda olanların görevden alınamayacağına hükmetmiştir.

Mahkeme, istisnaları delil göstererek "tek bir yönetici tarafından yönetilen ve önemli bir yürütme yetkisine sahip bağımsız bir kurum" yapısını bünyesinde barındıran Tüketici Mali Koruma Bürosunun teşkilat yapısını anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkeme kararında, yargıç Robert görevden alma yetkisinin Başkana ait olduğunu vurgulamıştır.<sup>44</sup>

## SONUÇ

2018 öncesinde kurulan hükümetlerde, üst düzey kamu yöneticisi atama konusunda sorunlar yaşanmıştır. 1961'de sembolik yetkilere sahip Cumhurbaşkanı makamı zaman içerisinde değişimler geçirmiştir. 2007 yılında halk tarafından seçilmesiyle bürokrat Cumhurbaşkanı kimliğinden, siyasetçi Cumhurbaşkanı kimliğine kavuşmuştur. Yasama ve Yürütme fonksiyonlarının birlikte çalışabilmesi amacıyla yürütme fonksiyonunun da seçimle işbaşına gelmesi amaçlanmıştır. 2018 yılı Anayasa değişiklikleriyle yürütme fonksiyonunu tek başına üstlenen Cumhurbaşkanı seçimle işbaşına gelmiştir. Aynı zamanda Cumhurbaşkanı'nın Partisi ile ilişkisi devam ettirilmiştir. Böylelikle yasama ile yürütme arasında bağlantı kurulmuştur. Ayrıca Cumhurbaşkanı'na kararname çıkarma yetkisi verilerek yürütmenin ihtiyaç duyduğu konularda siyasetini, politikalarını devam ettirmesine olanak sağlanmıştır.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet sisteminde, üst düzey kamu yöneticisi kimdir? Sorusunun cevabının 3 sayılı CBK'nın 1 sayılı listesinde bulunan kadrolar, olduğu kanaatine varılmıştır. 3 sayılı CBK'nın 2 sayılı listesinde bulunanlar ise Cumhurbaşkanı onayı ile göreve gelseler de üst düzey kamu yöneticisi olarak

---

<sup>44</sup> "Seila Law LLC v. Consumer Financial Protection Bureau Davası," Scotusblog, erişim tarihi Eylül 8, 2022, <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/seila-law-llc-v-consumer-financial-protection-bureau/>.

sayılamayacağı incelenen mahkeme kararlarından anlaşılmıştır. Ayrıca 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi memurlar, büyük oranda Kamu Personeli Seçme Sınavı'na (KPSS) ile göreve atanırlar. Görevde yükselmeleri belirli hükümlere bağlıdır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre sınavla göreve gelen memurların siyasetten uzak, objektif bir şekilde idari işlemlerini yerine getirmeleri beklenmektedir. Çünkü bu memurlar, hükümetten bağımsız bir şekilde devletin idari organizasyonu oluşturmaktadırlar. Hükümetler değişse bile memurlar görevlerini sürdürebilmektedirler. Ancak 1 sayılı listedeki üst düzey kamu yöneticileri, 3 sayılı CBK ile statü bakımından farklılaşmıştır. Bu kişiler, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde seçimle işbaşına gelmiş Cumhurbaşkanı'nın seçtiği yöneticilerdir.

3 sayılı CBK'yle belirlenen üst düzey kamu görevlilerinin görevden alınması hususunda herhangi bir makaleye rastlanmamış, doktrinde fazla incelenmemiştir. Ancak İdaredeki uygulamalarla, yargı kararlarıyla bir sistemin oluştuğu görülmüştür. Böylelikle 3 sayılı CBK'da üst düzey kamu yöneticisi kavramı atama ve görevden alma usulü ve bu işlemlere karşı açılan davalar mahkeme kararları özgün bir yol çizmiştir. Ama incelenen yargı kararlarında görülmüştür ki; Cumhurbaşkanı'nın Resmî Gazete'de yayımlanan görevden alma kararlarına yönelik başvurulacak yargı mercileri bağlamında açık bir kanun boşluğu bulunmaktadır.

3 sayılı CBK'nin 3 sayılı cetvelinde üst düzey kamu yöneticilerinin görev süreleri belirlidir. Ancak bu görev sürelerinin içerisinde görevden alınırlarsa durum ne olacaktır? Bu durumun mevzuatta daha ayrıntılı yazılmasının faydalı olacağı düşünülmektedir.

Görevden alma işlemine karşı açılan davaların temelinde, görevden alınan kişilerin neden görevden alındıklarını davalarında sorgulamışlardır. Dava açan üst düzey kamu yöneticileri çalıştıkları dönemlerde başında oldukları kurumları

iyi idare ettiklerini, kurumlarının başarılı bir şekilde çalıştıklarını iddia etmektedirler. Bu davalarda davalı idare Cumhurbaşkanlığıdır. Cumhurbaşkanlığı, savunmasında 3 sayılı CBK'de, Cumhurbaşkanı'na yetki verildiği, verilen görevde ömür boyu kalınmayacağı, görevden alma işleminin kamu yararını ihlal ettiğinin davacı tarafından ispatlanması istenmiştir. Tabiidir ki görevden alınan üst düzey kamu yöneticisi görevden alınma işleminin kamu yararını ve hizmet gereklerini ihlal ettiğini mahkemeye kanıtlaması çok zor durumdur. Yani görevden alınan eski yöneticinin, yeni atanan yöneticiden daha nitelikli olduğunu ispatlaması kolay olmayacaktır.

Cumhurbaşkanlığı veya Başkanlık sisteminde halk yürütme gücünü, egemenliğini Başkana / Cumhurbaşkanı'na devretmiştir. Başkan da devletin tüm kurumlarını tek başına idare edemez. Bu kurumları idare edecek temsilcilerini yani üst düzey kamu yöneticilerini atar. Bu kişiler Cumhurbaşkanı'nın takdirini kazanan yöneticilik özelliklerini taşıyan kişilerdir. Cumhurbaşkanı atanan kişilerin üzerindeki denetimi bir şekilde sürdürebilmek için birtakım yetkilere sahip olmalıdır. Yetkilerinden birisi de görevden almadır. Türkiye açısından anayasa ve ilgili mevzuat incelenmiştir. Bulunduğu görevi iyi bir şekilde ifa edemeyen, siyasi gücü bulunan başkan veya başkanın partisiyle iyi geçinemeyen bürokratın görevden alınabileceği anlaşılmıştır. Görevden alınan üst düzey kamu yöneticileri ise açtıkları davaların ilk derece ve istinaf aşamalarında kazanabilse de temyiz aşamasında davanın reddine karar verildiği görülmüştür. Üst düzey kamu yöneticisinin görevden alınmasına ilişkin mevzuat açık olup Cumhurbaşkanı'nın takdirindedir.

Yapılan araştırmalarda, görevden alınan üst düzey kamu yöneticisi istatistiğine dair bir makaleye de rastlanmamıştır. Üst düzey kamu yöneticisinin görevden alınma süreleri ve sayısı



konusunda istatistiki yönlerden desteklenen ayrı bir çalışmanın yapılması bu konu açısından kayda değer olacaktır.

Makalede incelenen bir diğer konu da ABD'de Başkanın görevden alma yetkisi ve bu yetkiye binaen açılan davalar olmuştur. ABD Anayasası ise yazılış itibariyle bünyesinde bulunan federe devletlerden güç almaktadır. Kendi federe devletlerini temsil eden senatörler, federe devletler tarafından oy kullanmaya, onay vermeye yetkilendirilmiştir. Bu yüzden Kongre üst düzey kamu yöneticilerini federal yetkilerini kullanarak onay vermektedir. Seçilen üst düzey kamu yöneticileri de, federal temsilcilerden onay alarak federe devletler üzerinde söz söylemeye yetkin federal kamu çalışanları haline gelirler. ABD'de federal devlete güç veren irade federe devletlerin iradesiyken; Türkiye'de üniter devlet gücünü halkın iradesinden almaktadır. Bu mukayesede anlaşılan temel husus: ABD anayasası federe devletlerin iradesinden güç aldığından asıl yetkiyi senatoya devrederken, Türk anayasası üst düzey kamu yöneticisi atama yetkisini halk tarafından seçilmiş Cumhurbaşkanı'na devretmiştir. ABD'de Başkanın görevden alma yetkisine dair açılan davalar incelendiğinde; Federal Yüksek Mahkemenin farklı zamanlarda olaylara göre farklı kararlar vermişse de ABD Federal Yüksek Mahkemesinde görevden almanın uygunluğuna dair içtihat oluşmuş durumdadır. Başkan'ın görevden alma yetkisine ise iki istisna koyulmuştur. Bu istisnalardan birincisi, bağımsız bir kamu kurumunun üyesi görevden alınmak istenirse, Başkan'ın görevden alma yetkisi Kongre tarafından kısıtlanabilir. İkincisi ise "sınırlı görevleri olan ve politika oluşturmayan düşük rütbeli memurlar" yani başkanın politikalarını etkilemeyecek konumda olan kamu görevlileri görevden alınamaz sonucu ortaya çıkmıştır. Bu iki istisna haricinde ABD Başkanı'nun üst düzey kamu yöneticisini görevden alabildiği sonucuna varılmıştır.

---

---

**Hakem Değerlendirmesi:** ift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

**ıkar atışması:** Yazar çıkar atışması olmadığını belirtmiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author received no financial support for this study.

**Conflict of Interest:** There is no conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

---

## KAYNAKÇA

- "ABD Anayasası." U.S. Embassy & Consulates in Türkiye. Erişim tarihi Eylül 8, 2022. <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf>.
- "ABD Bağımsız Bir Avukatın Yetki ve Görevleri Kanunu. 28 U.S.Code § 594(a)." Erişim tarihi Eylül 6, 2022. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28>.
- "Anayasa Komisyonu Raporu. Yasama Dönemi: 26. Yasama Yılı: 2. Sıra Sayısı: 447." Erişim tarihi Eylül 10, 2022. <http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/pdf/anayasadegisikligikanunteklifi.pdf>.
- Barın, Taylan. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Uygulaması ve Hükümet Sisteminin Tahlili." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, no. 2 (2022): 289-314.
- Çolak, Ç. D. "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi." *Strategic Public Management Journal*, no.3 Özel Sayı (2017): 51-65.
- "Danıştay Karar Arama." Erişim tarihi Eylül 10, 2022. <https://karararama.danistay.gov.tr/>.
- John Contrubis. Executive Orders and Proclamations. *CRS Report for Congress*. Welcome to The American Presidency Project. 1999. Erişim tarihi Ağustos 28, 2022. <https://sgp.fas.org/crs/misc/95-772.pdf>.
- Karslı, Mehmet Rauf. "Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme." *SÜHFD*, c. 28, s. 1 (2020): 187-208. 157-203.
- Küçük, Adnan. ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Küçük, Adnan. Türkiye'de Başkanlık (Cumhurbaşkanlığı) Sistemi. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

- “*Morrison v. Olson Davası.*” Quimbee. Erişim tarihi 5 Eylül 2022.  
<https://www.quimbee.com/cases/morrison-v-olson>.
- “*Morrison v. Olson, 487 U.S. 654 (1988).*” Justia. Erişim tarihi Eylül 7, 2022.  
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/654/>.
- “*Myers v. United States, 272 U.S. 52 (1926).*” Justia. Erişim tarihi Eylül 1, 2022.  
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/52/>.
- “*Seila Law LLC v. Consumer Financial Protection Bureau Davası.*” Scotusblog. Erişim tarihi Eylül 8, 2022.  
<https://www.scotusblog.com/case-files/cases/seila-law-llc-v-consumer-financial-protection-bureau/>.
- Söyler, Yasin. “3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine Göre Üst Kademe Kamu Yöneticisi Kimdir?” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2020): 59-110.
- Söyler, Yasin. *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Taft, William Howard. *Our Chief Magistrate and His Power*. New York: Columbia University Press, 1925.
- “*Wiener v. United States Davası.*” Oyez. Erişim tarihi Eylül 8, 2022.  
<https://www.oyez.org/cases/1957/52>.
- “*Wiener v. United States. 357 U.S. 349 (1958).*” Justia. Erişim tarihi Eylül 5, 2022.  
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/357/349/>.
- Wurman, Ilan. “The Removal Power: A Critical Guide.” *Cato Supreme Court Review*. edited by Trevor Burrus. Washington: Cato Institute, 2020.

# THE ENDLESS CONTROVERSIES OF THE NILE RIVER BASIN IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL TRANSBOUNDARY WATERCOURSE DOCTRINES\*

*Uluslararası Sınırtaşan Suların Doktrinleri Bağlamında Nil Nehri Havzasının Bitmeyen Tartışmaları*

**Yusuf Ali MOHAMMED\*\***

---


\* This Article is the outcome of a paper presented at the 6th International Student Science Congress held in Nov. 2021 in Ankara, Turkey.

\*\* PhD Student, Anadolu University, Institute of Social Science, Department of Public Law, yusufalimohammed@anadolu.edu.tr, or yusufkud@gmail.com, ORCID ID 0000-0002-7667-5288. The author is very grateful to Prof. Dr. Yücel ACER for his critical reading and invaluable feedback throughout the final preparation of this Article. Moreover, the Author also extends his gratitude to Prof. Dr. Muharram KILIÇ for his immense feedback and support while developing this paper in its initial stage. In addition, the Author is also thankful to Asst. Prof. Dr. İlhan BULUT and Mr. Mustafa Emin SAĞLAM for their enthusiastic support. Lastly, the Author extends his gratitude to the ASBÜHFD journal, reviewers, and editor/s for their critical feedback and publication of this Article.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 29.12.2021.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 16.08.2022.

**Atıf/Citation:** Mohammed, Yusuf Ali. "The Endless Controversies of The Nile River Basin in The Context of International Transboundary Watercourse Doctrines." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 895-930.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

## Abstract

Considering the conflicting interests of states over their shared basin-wide transboundary water resources, various basin states follow different international legal theories of transboundary watercourses. This paper focuses on the aforementioned watercourse theories in light of the practices of the Nile River Basin.

In an attempt to correlate the theories of International Transboundary Watercourse vis-à-vis the case of the Nile River basin, this paper addresses whether the Nile riparian countries follow a particular transboundary watercourse theory or not? Whether the upstream and/or downstream countries follow the same or different doctrinal theory or not? Whether the theories they follow have practical significance in showing the origin of where the Nile controversy lies or not?

In addressing the aforementioned issues, this paper finally shows the origin of where the Nile River Basin controversies emanated from – as their conflicting and uncompromising attitudes over their international theoretical standing point, lead their practical basin-wide negotiations to a never-ending Nile controversy.

**Keywords:** Nile Conflict, Nile River, Transboundary Watercourse, Transboundary Watercourse Doctrines, Water Conflict.

## Öz

Ülkelerin havza çapında ortak olarak paylaştıkları sınıraşan su kaynakları ile ilgili çatışan çıkarları dikkate alındığında, çeşitli havza ülkeleri sınıraşan sular ile ilgili farklı uluslararası hukuk teorilerini tercih etmektedir. Bu makale, Nil Nehri Havzası uygulamalarıyla ilgili olarak sınıraşan sularının teorik doktrinine odaklanmaktadır.

Uluslararası sınıraşan suları teorilerini Nil Nehri Havzası ile ilişkilendirmek çabasıyla, bu makale Nil'e kıyıdaş ülkelerin belirli bir Sınıraşan Suları teorisini takip edip etmediklerini ele almaktadır. Nehrin kaynağına doğru ve/veya nehrin akıntı yönünde bulunan ülkeler aynı veya farklı doktriner teoriyi takip ediyor mu, etmiyor mu? Takip ettikleri teorilerin, Nil tartışmasının kökenini göstermede pratik bir önemi var mı, yok mu?

Makale yukarıda bahsedilen konuları ele alırken nihayet Nil Nehri Havzası ihtilafının kaynaklandığı yeri, asla bitmeyen bir Nil tartışmasına yol açan havza ülkelerinin pratik müzakerelerinin, uluslararası teorideki duruşları hakkındaki çatışan ve uzlaşmaz tavırları olarak göstermektedir.

**Anahtar Kelimeleri:** Nil Çatışması, Nil Nehri, Sınıraşan Suları, Sınıraşan Suların Doktrinleri, Su Çatışması.

## INTRODUCTION

Among the international law core issues, the transboundary watercourse issue is one of the major contentious one. This is due to various conflicting states' interests over shared water resources, in which the Nile River Basin is among the one at the forefront. The Nile River is not only considered the longest river on earth but is also assumed to be one of the most contentious river basins. Though the basin is composed of 12 riparian states,<sup>1</sup> the key leading players in the Nile River Basin are – Ethiopia, from upstream riparians, and – Egypt, from downstream riparians. This is because the aforementioned riparian states are the lion share contributors and consumers of the Nile River, respectively.

---

<sup>1</sup> The twelve riparian states are Ethiopia, Uganda, Tanzania, Kenya, DRC, Rwanda, Burundi, and Eritrea from upstream riparians while Egypt, Sudan, and [South Sudan] are downstream riparians.

Though the Nile River Basin controversy is so complex due to its geopolitical and socio-economic nature, this paper devotes itself to simplifying the origin and essence of the aforementioned basin's dissension via legal doctrines of transboundary watercourses.<sup>2</sup> Accordingly, revisiting the Nile River dispute, in the foregoing vein, succour in unfolding the very disputed issues origin alongside its non-ending controversy, which ultimately has academic as well as practical significance.

Therefore, this study scrutinizes the case of the Nile River Basin's controversy from legal theories of a transboundary watercourse. In line with this objective, the study at hand detects the attitude of upstream and downstream riparians from its colonial and post-colonial legal regime, official report, communiqué et al, and uncovers the uncompromising theoretical discourse among the aforesaid riparian states. Moreover, as a way out, the study put forward a theoretical way-outs, which are helpful for practical solutions.

At the backdrop of the above, the upcoming section of this article is organized into six major sections. The first section briefs the colonial legal regimes of Nile River Basin, while the following section provides the post-colonial legal regimes of Nile River Basin. This paper's third and fourth sections securitize the legal doctrinal approach of the Nile downstream and upstream riparian states, respectively. The fifth section addresses the Nile deadlock where the controversy lies. The last section of this article briefs the the way-out toward solution and enlightens a way to overcome the foregoing deadlock.

---

<sup>2</sup> The legal theories of transboundary watercourses are absolute territorial sovereignty, absolute territorial integrity, limited territorial sovereignty, prior appropriation, and community interest.



## I. THE COLONIAL LEGAL REGIMES OF THE NILE RIVER BASIN

In order to trace the nub of critical Nile River Basin issues, it is essential to scrutinize the very essence of the colonial Nile legal regime. In connection with these colonial treaties, one obvious fact is that, though several treaties that were negotiated during the colonial era were mostly related to boundary delimitation, these treaties contain provision/s that deal with the Nile River. There were also other treaties that were brokered between/among colonial powers to protect their respective economic and political interest over the Nile River resources. However, the major controversial colonial treaties which have contributed a lot to the hitherto dissension in the Nile River and are worthy of being discussed here, are the 1902 Anglo-Ethiopia Agreement and the 1929 Anglo-Egyptian Agreement.

Though the 1902 Anglo-Ethiopia Agreement was signed with the very objectives of delaminating boundary between Ethiopia and Sudan,<sup>3</sup> it contained one most disputed provision, i.e., Article III, which deals with the Nile River. According to this Article, Ethiopia agreed “not to construct or permit construction on the Blue Nile and its tributaries, of any works that would arrest their flow, without the prior agreement of the government of Britain.”<sup>4</sup> However, what the word ‘arrest’ entailed in English and Amharic versions created so much controversy. Because, in its English version, Britain surmised that “the agreement had definitively deprived Ethiopia of the right to use the resource

---

<sup>3</sup> “Agreement on the Frontiers between the Soudan, Ethiopia, and Eritrea,” signed on May 15 1902, [https://www.marefa.org/images/b/bd/Treaty\\_of\\_Addis\\_Ababa\\_1902.pdf](https://www.marefa.org/images/b/bd/Treaty_of_Addis_Ababa_1902.pdf).

<sup>4</sup> Mohammed Abdo, “The Nile Question: The Accords on the Water of the Nile and Their Implications on Cooperative Schemes in the Basin,” *Perceptions-journal of International Affairs* IX, no. 2 (2004), 49.

except [for] domestic uses and local irrigational rights.”<sup>5</sup> While, in its Amharic version, Ethiopia supposed that, saving all other rights, “only complete arrest of the flows of the river had been prohibited.”<sup>6</sup> The dispute over the 1902 agreement, Article III, in particular, was so intense “as both parties claimed that their own understanding of it [is] correct.”<sup>7</sup> Though “Ethiopia back[ed] down from ratifying the agreement, consequently repudiated it,”<sup>8</sup> the issue continued to be contentious one even in the post-independence era, as “Egypt and Sudan, which were colonies of UK in 1902, claim to the rights in the treaty-based on principles of state succession.”<sup>9</sup>

Aside from the above, the other most disputed treaty is the 1929 Agreement between Great Britain and Egypt.<sup>10</sup> In this agreement, “...Britain acknowledged the natural and historical rights of Egypt in the waters of the Nile, [while] Egypt

---

<sup>5</sup> Yusuf Ali Mohammed, “The Transboundary Watercourse Management under International Law: The Comparative Cases of Tigris-Euphrates and Nile River Basin,” LL.M diss., (Ankara Yıldırım Beyazıt University, 2021), 64; see also Tadesse Kassa Woldetsadik, “Anglo-Ethiopian Treaty on the Nile and the Tana Dam Concessions: A Script in Legal History of Ethiopia’s Diplomatic Confront (1900-1956),” *Mizan Law Review* 8, no. 2 (2015), 278.

<sup>6</sup> Mohammed, “The Transboundary Watercourse Management under International Law,” 64; Woldetsadik, “Anglo-Ethiopian Treaty,” 278.

<sup>7</sup> Abdo, “The Nile Question,” 49.

<sup>8</sup> Woldetsadik, “Anglo-Ethiopian Treaty,” 278; Richard K. Paisley and Taylor W. Henshaw, “Transboundary governance of the Nile River Basin: Past, present and future,” *Environmental Development* 7 (2013), 63.

<sup>9</sup> Daniel Berhane, “The 1902 Treaty between Ethiopia and Great Britain,” *Horn Affairs*, June 8 2011, <https://hornaffairs.com/2011/06/08/read-the-1902-ethiopia-uk-treaty-share-your-view/>.

<sup>10</sup> “Exchange of Notes between Her Majesty’s Government in the United Kingdom and the Egyptian Government in regard to the use of the waters of the River Nile for irrigation purposes,” May 7 1929, <http://gis.nacse.org/tfdd/tfddd docs/92ENG.pdf>.

recognized Sudan's right to utilize an increased quantity of the Nile waters ...for agricultural extension."<sup>11</sup> From the whole bulk of annual utilizable Nile water, this 1929 Agreement "allocated 48 Billion Cubic Meters [BCM] to Egypt] and [the rest] 4 [BCM to Sudan]."<sup>12</sup> This treaty mainly aimed at – securing the entire flow of the Nile water for the two downstream countries, mainly Egypt, by limiting the rights of Sudan and – rejecting those of the upper riparian States. Egypt continued to claim the binding effect of the foregoing agreement on those riparian states, which were under the British colonial empire,<sup>13</sup> based on the 'theory of Universal Succession.'<sup>14</sup> However, these Nile upstream countries strongly defy to accept the 1929 Treaty based on 'Nyerere Doctrine of State Succession,'<sup>15</sup> which later on

---

<sup>11</sup> Dereje Z. Mekonnen, "The Nile Basin Cooperative Framework Agreement Negotiations and the Adoption of a 'Water Security' Paradigm: Flight into Obscurity or a Logical Cul-de-sac?," *The European Journal of International Law* 21, no. 2 (2010), 432.

<sup>12</sup> Mekonnen, "The Nile Basin Cooperative Framework Agreement."

<sup>13</sup> Those riparian states which were under British colony were Kenya, Tanzania, Sudan, and Uganda. See Jonas Fossli Gjersø, "The Scramble for East Africa: British Motives Reconsidered, 1884–95," *The Journal of Imperial and Commonwealth History* 43, no. 5 (2015), 831-860, <https://doi.org/10.1080/03086534.2015.1026131>.

<sup>14</sup> This theory – inspired by the Roman law conception of succession to the property of a deceased person – regards the sovereign personality of the state as 'permanent and immortal and thus transmissible to the successor', and state territory as property sanctioning, thus, the compulsory transmission of all the rights and obligations of the predecessor state to the successor. See Mekonnen, "The Nile Basin Cooperative Framework Agreement," 432-433; see also Yusuf Ali Mohammed, *The 'Water Security' Principle Under Nile Basin CFA: The "Water Security" Principle & its Ramification* (Germany: LAMBERT Academic Publishing, 2017), 19.

<sup>15</sup> The 'doctrine of Nyerere' essentially endorsed the classical clean slate (tabula rasa) theory and rejects 'any categorization of international obligations which a successor state might have to accept or reject only

essentially endorsed as the 'clean state' principle under the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter the VCLT).<sup>16</sup>

In connection with the abovementioned treaty, Sudan challenged the fairness of the 1929 water apportionment after getting its independence, thus, "demanded the allocation be re-adjusted."<sup>17</sup> Accordingly, Egypt and Sudan crafted the 1959 agreement,<sup>18</sup> an extended one of the 1929 Anglo-Egypt agreement; consequently, they agreed "to realize...the full control and utilization of the Nile waters."<sup>19</sup> This agreement allocated the whole bulk of 84 BCM Nile water flow for the two most downstream countries, "55.5 BCM [66%] to Egypt, 18.5 BCM [22%] to Sudan and left the remaining 10 BCM [12%] for

---

because of the nature or type of the obligation', without, however, disregarding customary international law. See Mekonnen, "The Nile Basin Cooperative Framework Agreement," 434; Mohammed, *The 'Water Security' Principle*, 19.

- <sup>16</sup> The 'clean state' principle is perceived from Article 16 of the 1969 VCLT which stipulate that a State 'is not bound to maintain in force, or to become a party to, any treaty by reason only of the fact that at the date of the succession of states the Treaty was in force in respect of the territory to which the succession of state relates.' See "Vienna Convention on the Law of Treaties," adopted by the UN on May 23 1969, entered into force on January 27 1980, Article 16, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>; see also Mekonnen, "The Nile Basin Cooperative Framework Agreement," 433; see also Mohammed, *The 'Water Security' Principle*, 19.
- <sup>17</sup> Erin Johnston, "Factors Influencing a Basin-Wide Agreement Governing the Nile River," Master Diss., (Simon Fraser University, 2009), 35.
- <sup>18</sup> "Agreement for the full utilization of the Nile waters between United Arab Republic and Sudan," Signed on November 8 1959, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20453/volume-453-I-6519-English.pdf>.
- <sup>19</sup> Mekonnen, "The Nile Basin Cooperative Framework Agreement," 435.

evaporation.”<sup>20</sup> The 1959 agreement, though made between two independent riparian states, “in substance, not much different from previous colonial-era treaties, as its main thrust is to sanction a monopoly on the waters of the Nile by Egypt and Sudan.”<sup>21</sup> Moreover, the aforementioned agreement entered into force without consultation and negotiation with the upstream riparian states, thus, didn’t consider their right. Despite the foregoing facts, the two downstream riparian states, following similar suit as that of the 1929 agreement, continue claiming the binding effect of the 1959 and asserting it as an established right. Upstream riparian states, on the other hand, argue that the basin-wide binding effect of the 1959 agreement is “without any legal foundation, as the agreement ...is a typical bilateral agreement, ...which, therefore, has no binding force on the”<sup>22</sup> upstream riparian states.

## **II. THE POST-COLONIAL LEGAL REGIMES OF THE NILE RIVER BASIN**

In the post-colonial period, the 1902 Anglo-Ethiopian agreement, 1929 Anglo-Egypt Agreement and 1959 Egypt-Sudan Agreement, alongside the downstream riparian states’ historical and natural claim over the total Nile River flow, becomes one of the most contentious issues. These contentious issues, coupled with its colonial-era mentality, extremely affected the afterward round-table negotiation on the Nile River

---

<sup>20</sup> Mahemud Eshtu Tekuya, “Governing the Nile under Climate Uncertainty: The Need for a Climate Proof Basin-Wide Treaty,” *Natural Resources Journal* 59, no. 2 (2019), 331.

<sup>21</sup> Mekonnen, “The Nile Basin Cooperative Framework Agreement,” 429.

<sup>22</sup> Mekonnen, “The Nile Basin Cooperative Framework Agreement,” 432; see also “Vienna Convention on the Law of Treaties,” Article 34-35.

resources. Saving others for its mere cooperative nature,<sup>23</sup> the 2010 Nile River Basin Cooperative Framework Agreement (hereinafter CFA) and the 2015 Declaration of Principles on Grand Ethiopian Renaissance Dam (hereinafter DoPs) are evident in these regards.

The 2010 CFA,<sup>24</sup> unlike all those colonial treaties, is the only attempted inclusive legal regime that brings all the upstream and downstream riparian countries under the same negotiation table. However, during the decade-long negotiations, “the fate of the 1902, 1929, and 1959 Agreements was the subject of controversy.”<sup>25</sup> The controversy was related to the respective intention of upper and down riparian states. The former “believed that the purpose of the Cooperative Framework project was to produce an inclusive agreement that would replace and supersede the previous agreements.”<sup>26</sup> While the latter assumed that “the new agreement [would] ...explicitly recognize the earlier [colonial] treaties, and would continue to be binding against all riparian States.”<sup>27</sup> Albeit several efforts to settle their differences, an agreement could not be reached among the negotiating parties, thus, destined for a deadlock. Despite those aforementioned pending issues, the CFA was opened for signature in 2010. Though six countries have signed

---

<sup>23</sup> Bilateral cooperative agreements are, inter alia, the 1991 Ethiopia-Sudan ‘Accord on Peace Friendship’, and the 1993 Ethiopia-Egypt ‘Framework for general Cooperation.’ See Geoffrey Michael Mtua, “Bilateral Treaties on the Nile River and their Impacts on International Relations,” Master Diss., (Tumaini University Makumira, 2017), 42 & 79.

<sup>24</sup> “Agreement on the Nile River Basin Cooperative Framework,” opened for signature on May 14 2010, <https://nilebasin.org/images/docs/CFA%20-%20English%20%20FrenchVersion.pdf>.

<sup>25</sup> Tekuya, “Governing the Nile under Climate Uncertainty,” 332.

<sup>26</sup> Tekuya, “Governing the Nile under Climate Uncertainty.”

<sup>27</sup> Tekuya, “Governing the Nile under Climate Uncertainty.”

the agreement, so far, only four countries – Ethiopia, Tanzania, Rwanda, and Uganda – have ratified it.<sup>28</sup> And for the CFA to enter into force, according to Article 43 of the preceding framework, at least six riparian states need to ratify it; therefore, the CFA neither binds the lower riparian States nor reallocates the shared waters of the Nile.

After signing the CFA, Ethiopia launched the construction of a huge dam, named the Grand Ethiopian Renaissance Dam (hereinafter the GERD),<sup>29</sup> on the Blue Nile in April 2011. After the stiff controversy with downstream countries, mainly with Egypt, the three riparian states [Ethiopia, Egypt, and Sudan] signed the ‘2015 DoPs’<sup>30</sup> on the GERD on March 23, 2015.<sup>31</sup> DoPs, unlike the CFA, – is just a declaration brokered among the three riparian states, which is hierarchically lower and less strong than a treaty. DoPs were in place mainly to craft “rules concerning the first filling and operation of the GERD based on the recommendation of an International Panel of Experts.”<sup>32</sup> Despite

---

<sup>28</sup> “Cooperative Framework Agreement,” *Nile Basin Initiative*, 2010, <https://nilebasin.org/nbi/cooperative-framework-agreement>.

<sup>29</sup> GERD Africa’s largest Electric power hub on one of the Nile River’s main tributaries – the Blue Nile in Ethiopia – designed to generate (about 6000 MW at early stage, but later downgraded to) 5,150 MW of electricity from thirteen turbines. See Mohammed, “The Transboundary Watercourse Management under International Law,” 54.

<sup>30</sup> “Agreement on Declaration of Principles between The Arab Republic of Egypt, The Federal Democratic Republic of Ethiopia And The Republic of the Sudan On The Grand Ethiopian Renaissance Dam Project,” signed on March 23 2015, [https://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/Final\\_Nile\\_Agreement\\_23\\_March\\_2015.pdf](https://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/Final_Nile_Agreement_23_March_2015.pdf).

<sup>31</sup> Tekuya, “Governing the Nile under Climate Uncertainty,” 333.

<sup>32</sup> Tekuya, “Governing the Nile under Climate Uncertainty.”

a number of round talks coupled with international pressure,<sup>33</sup> riparian states could “not agree on the [first] filling and operation of the GERD.”<sup>34</sup> Especially, cutting a deal on the ‘Drought Mitigation Strategy’<sup>35</sup> and ‘Dispute Resolution Mechanism,’<sup>36</sup> were unfeasible. Albeit aforementioned issues and downstream riparian states objection, Ethiopia not only engaged in GERD’s first,<sup>37</sup> second<sup>38</sup> and third phase filling,<sup>39</sup> but also started GERD’s first and second electrification phase from its first and second turbines respectively.<sup>40</sup> Currently, “the

---

<sup>33</sup> Burç Eruygur, “Egypt’s Search for Internationalisation of the Renaissance Dam Crisis with Ethiopia,” *ORSAM*, May 8 2021, <https://www.orsam.org.tr/en/egypts-search-for-internationalisation-of-the-renaissance-dam-crisis-with-ethiopia/>.

<sup>34</sup> Tekuya, “Governing the Nile under Climate Uncertainty.”

<sup>35</sup> Mahemud Eshtu Tekuya, “Sink or Swim: Alternatives for Unlocking the Grand Ethiopian Renaissance Dam Dispute,” *Columbia Journal of Transnational Law* 59, no. 1 (2020), 89-93, <https://www.jtl.columbia.edu/volume-59/sink-or-swim-alternatives-for-unlocking-the-grand-ethiopian-renaissance-dam-dispute>.

<sup>36</sup> Tekuya, “Sink or Swim,” 93-95.

<sup>37</sup> Ethiopia says it has reached first-year target for filling divisive mega-dam,” *France24*, July 21 2020, <https://www.france24.com/en/20200721-ethiopia-says-it-has-reached-first-year-target-for-filling-divisive-mega-dam>.

<sup>38</sup> “Ethiopia completes second phase of filling of the ‘Grand Renaissance’ dam,” *Africanews*, July 20 2020, <https://www.africanews.com/2021/07/19/ethiopia-completes-second-phase-of-refill-on-controversial-mega-dam-on-the-nile/>.

<sup>39</sup> Addis Getachew, “3rd filling of Ethiopia’s Nile dam reservoir completed,” *Anadolu Agency*, August 12 2022, <https://www.aa.com.tr/en/africa/3rd-filling-of-ethiopia-s-nile-dam-reservoir-completed/2660034>.

<sup>40</sup> “Ethiopia starts electricity production at Blue Nile mega-dam,” *Aljazeera*, February 20 2022, <https://www.aljazeera.com/news/2022/2/20/ethiopia-electricity-production-gerd-blue-nile-mega-dam>; Aggrey Mutambo, “Ethiopia launches power production from second GERD turbine,” *The East African*, August 11 2022, <https://www.theeastafrican.co.ke/tea/rest-of>



[African Union] (AU) is seized of [the GERD] matter"<sup>41</sup> and is trying to settle the three riparian states' differences through roundtable dialogues, but with no success so far. Moreover, the negotiation over the GERD has frozen due to Ethiopia's and Sudan's internal instability. This instability seems to impede the negotiation process for a while until the aforementioned riparian states become stable and resume their roundtable talks under the auspices of the AU. All in all, "there is currently no mechanism governing [the first] ...filling and operation [of the GERD,] especially ...during times of flood and drought."<sup>42</sup>

### III. LEGAL DOCTRINAL APPROACH OF NILE DOWNSTREAM RIPARIAN STATES

Having the above colonial and post-colonial Nile legal regimes, this section securitizes the attitude of downstream riparian states pattern from relevant legal theories of a transboundary watercourse.

As provided in the above sections, the colonial treaties were made to protect and use the Nile River resource for the politico-economic ambition of the British colonial Empire. Among those under the British colony of East and North African states, the preceding colonial power was practically used to favour Egypt because of its geopolitical position to, inter alia, Suez Canal,

---

africa/ethiopia-launches-power-production-from-second-gerd-turbine-3911158.

<sup>41</sup> "Communiqué of the Extraordinary African Union Bureau of the Assembly of Heads of State and Government video-teleconference Meeting on the GERD," *African Union*, June 26 2020, <https://au.int/en/pressreleases/20200626/hosg-communiqué-meeting-grand-ethiopian-renaissance-dam-gerd>.

<sup>42</sup> Tekuya, "Governing the Nile under Climate Uncertainty," 342.

major agricultural-economic advantage, and other politico-economic ambitions.

With this approach, the colonial Nile treaty regimes boost Herodotus's famous narration – 'Egypt is a gift of the Nile.' Unsurprisingly, but unlike other basin states, Egypt exclusively endorsed this latter narration into the first opening preamble of its constitution. Moreover, the Arab Republic of Egypt's Constitution under Article 44 states:

"[Egypt] shall protect the River Nile, preserve [its] rational use of natural's historical rights thereto..."<sup>43</sup>

One can vividly see from this fact that Egypt considers itself the first State to use the Nile River course and claims to have 'historical or natural' right over the aforesaid water resources with the aim of owning the entire flow of the Nile by default.

The abovementioned idea of assuming the first riparian state to use the bulk of the Nile River directly springs up the notion of the 'prior appropriation' theory of transboundary watercourse.<sup>44</sup> According to this legal theory, any riparian state "that puts the water to use first..."<sup>45</sup> are entitled to defaulted

---

<sup>43</sup> "Constitution of the Arab Republic of Egypt," adopted in 2014, Article 44, [https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt\\_2014.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf).

<sup>44</sup> This theory "developed in the United States[California] during the [gold] mining boom that swept the western part of the country in the mid-1800s,[in which] the miners resorted to a rule that they had applied in earlier disputes regarding access to minerals found on public lands– the 'first in time, first in right' doctrine, [accordingly,]the earliest or first miner to put the water to productive use automatically and implicitly had a right to continue using the water and to exclude use by others." See M. Kimenyi and J. Mbaku, *International Water Law and the Nile River Basin, Governing the Nile River Basin: The Search for a New Legal Regime*, (Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2015), 70.

<sup>45</sup> David J. Lazerwitz, "The Flow of International Water Law: The International Law Commission's Law of the Non-Navigational Uses of

water resources ownership. Hence, as this perspective spares neither upstream nor downstream basin states, thus, any riparian can "...establish prior rights to use a certain amount of water depending on the date upon which that water use began."<sup>46</sup>

In many African countries, the presence of Europeans during the colonial period had significantly impacted the regulat[ion of] water use in these countries.<sup>47</sup> In this vein, a record can be drawn from the role of the British colonial empire in crafting a colonial discourse known as acquired/historical right via the 1929 agreement, which Egypt also inherited in the post-colonial era. According to this colonial discourse, downstream riparian states, mainly Egypt, are claiming an absolute right over the whole bulk of Nile River flow for the mere reason of using the aforesaid international watercourse first. Thus, downstream riparian states, mainly Egypt, seem to adhere to the – ‘prior appropriation’ doctrine of a transboundary watercourse.

The above legal doctrinal perspective is not without defect, as it is exposed to “inequitable where one state lags behind another in the economic or technical ability to develop its river

---

International Watercourses,” *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1, no. 1, Article 12 (1993), 250.

<sup>46</sup> Lazerwitz, “The Flow of International Water Law.”

<sup>47</sup> This impact can be inferred from the case of South Africa, in which, though the foregoing state’s “water use in the pre-colonial period was governed by customary law, [later on,] its water law during colonialism was influenced first by Dutch law and then by English law as the country was colonized by the Dutch and then by the English; [thus,] the Anglo-American doctrine of riparian rights came to have a significant impact on water and water-use rights in South Africa and other countries colonized by Great Britain.” See Kimenyi and Mbaku, *International Water Law and the Nile River Basin*, 71.

use;<sup>48</sup> thus, less significant under the international law arena. The aforementioned lacuna is plainly observed in the Nile River Basin, as Egypt's relatively advanced economy, coupled with its experienced water experts, played a significant role in using the Nile River first before the other riparian states. On the other hand, though upstream riparian states strive to engage in a water-related project on the river course, "Egypt has always been sensitive to [such] development,"<sup>49</sup> fearing it would undermine its established right and change the status quo of the Nile River Basin.

The Nile downstream riparian states scenario is not only limited to one international legal doctrinal approach, but there is also another theoretical dimension to consider. To properly grasp this other legal theoretical perspective, it is crucial to see the essence behind the 1902, 1929, and 1959 agreements. As vividly briefed in the previous colonial legal regime section, according to the aforementioned treaties, the whole bulk of Nile water resources are only divided between the two most extreme downstream countries – Egypt and Sudan. Moreover, these agreements do not only ignore the rightful share of the upper riparian countries but also strive to force the preceding riparian states to keep the full natural flow of the Nile water toward the downstream riparian states without any interruption. In these regards, the stance of Egypt is firmly stated in its 1981 'Country Report,' which read as:

"each riparian country's ...full right to maintain the status quo of the rivers flowing on its territory, [as such,] ...no country has the right to undertake any positive or negative measure that

---

<sup>48</sup> Lazerwitz, "The Flow of International Water Law," 250.

<sup>49</sup> Takele S. Bulto, "Between ambivalence and necessity in the Nile Basin: occlusions on the path towards a basin-wide treaty," *Mizan Law Review* 2, no. 2 (2008), 214.

could have impact on the river's flow in other countries... [and] any works at a river's upper reaches that may affect the countries at the lower reaches are banned unless negotiations have taken place."<sup>50</sup>

The abovementioned notion of claiming the total uninterrupted natural water flow toward down riparian states brings up the idea of the 'absolute territorial integrity' doctrine of a transboundary watercourse, also known as the 'natural water flow' theory. The aforementioned theory dictates that a downstream riparian state "has the right to a full flow of water of natural quality and interference with the natural flow by the upstream state require[s] the consent of the downstream riparian."<sup>51</sup> According to this theory, if an upstream riparian state interrupts the total natural river flow, it is considered in violation of a downstream riparian state's territorial sovereignty.<sup>52</sup> Especially a primary proponent scholar of this theory, named Max Huber, argued that:

"Every state must allow rivers over which it does not exercise unrestricted territorial sovereignty ...to follow their natural course; it may not divert the water to the detriment of one or more of the other states with rights to the river, interrupt, artificially increase or diminish its flow."<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> H. Bülent Olcay, *Hydropolitics Among the Riparians of the Euphrates & Tigris Watercourse System* (Ankara: Karmap A.Ş., 1998), 29.

<sup>51</sup> Muhammad M. Rahaman, "Principles of international water law: creating effective transboundary water resources management," *Int. J. Sustainable Society* 1, no. 3 (2009), 209, [https://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Rahaman-2009\\_IWL.pdf](https://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Rahaman-2009_IWL.pdf).

<sup>52</sup> P.K. Parhi and R.N. Sankhua, "Beyond the Transboundary River: Issues of Riparian Responsibilities," *Journal of The Institution of Engineers* 94, no. 4 (2014), 258.

<sup>53</sup> Olcay, *Hydropolitics Among the Riparians*, 29.

By disregarding the right of the upper riparian states, this legal theory lord over the right of downstream riparian states and “claim the continued and uninterrupted flow of water from the territory of the upper riparian, ‘no matter what the priority’.”<sup>54</sup> Though the ‘absolute territorial integrity’ theory “has limited support in state practice, jurisprudence, the writings of commentators,”<sup>55</sup> international courts et al, “downstream states support this theory as it guarantees them the use of an international river in an unaltered condition.”<sup>56</sup> For instance, “Pakistan was in favo[u]r of the theory of absolute territorial integrity in its dispute with India over the waters of the Indus.”<sup>57</sup>

Bringing the above doctrinal thoughts into the Nile River Basin scenario, one can easily discover that the downstream riparian states, mainly Egypt, are a proponent of the ‘absolute territorial integrity’ doctrine of a transboundary watercourse. Due to downstream riparian states’ adherence to the foregoing legal doctrine, those negotiations – which took place under the Nile Basin Initiatives (hereinafter the NBI) for the CFA and – which are taking place under DoPs for the first filling and operation of the GERD have failed. Moreover, the “insistence on this [legal] theory seems to be at the roots of the ...deadlock,”<sup>58</sup> where the two down riparian states urge the incorporation of the

---

<sup>54</sup> Esther Schroeder-Wildberg, “The 1997 International Watercourses Convention – Background and Negotiations,” (Working Paper On Management in Environmental Planning, Technical University of Berlin, 2002), <https://www.landschaftsoekonomie.tu-berlin.de/fileadmin/a0731/uploads/publikationen/workingpapers/wp00402.pdf>.

<sup>55</sup> Rahaman, “Principles of international water law,” 210.

<sup>56</sup> Rahaman, “Principles of international water law.”

<sup>57</sup> Olcay, *Hydropolitics Among the Riparians*, 30.

<sup>58</sup> Bulto, “Between ambivalence and necessity,” 215.

‘water security’ provisions<sup>59</sup> in the CFA, and ‘Drought Mitigation Strategy’<sup>60</sup> and ‘Dispute Resolution Mechanism’<sup>61</sup> in the first filling and operation of the GERD, which “has the import of maintaining the status quo [of] ...the Nile waters.”<sup>62</sup> Due to these, down riparian states’ “adherence to the doctrine of absolute territorial integrity had remained unchanged”<sup>63</sup> hitherto.

Therefore, one can easily conclude from the colonial and post-colonial legal regimes as well as from its practical scenarios, coupled with the above analysis, that the then colonial power, the British, and the now downstream riparian states, especially Egypt, – not only adhere to the ‘prior appropriation’ legal doctrine, – but also firmly stand practicing in line with the ‘absolute territorial integrity’ theory of transboundary watercourse.

#### **IV. LEGAL DOCTRINAL APPROACH OF NILE UPSTREAM RIPARIAN STATES**

Like the previous section, having the colonial and post-colonial legal regime at hand, this section devotes itself to scrutinizing upstream riparian states’ position within the legal theories of transboundary watercourse context.

---

<sup>59</sup> Mohammed, *The ‘Water Security’ Principle*, 37-46; see also Jon Harald Sande Lie, “Supporting the Nile Basin Initiative: A Political Analysis beyond the River,” (Norwegian Institute of International Affairs, 2010), 3, [https://www.academia.edu/2243972/Supporting\\_the\\_Nile\\_Basin\\_Initiative\\_A\\_Political\\_Analysis\\_Beyond\\_the\\_River](https://www.academia.edu/2243972/Supporting_the_Nile_Basin_Initiative_A_Political_Analysis_Beyond_the_River).

<sup>60</sup> Tekuya, “Sink or Swim,” 89-93.

<sup>61</sup> Tekuya, “Sink or Swim.”

<sup>62</sup> Bulto, “Between ambivalence and necessity,” 215.

<sup>63</sup> Bulto, “Between ambivalence and necessity,” 214.

Though upstream riparian states contribute almost the entire bulk of the Nile water flow, unfortunately, they are not destined to use a single drop of it, mainly for the apparent reasons provided under the previous treaty regime section. Because of down riparian states' "adherence to the [absolute territorial integrity] theory, ...the upper riparians [got] provoked [and] hold ...a counter stance, wherein they hold to the principle of absolute territorial sovereignty over the waters flowing in their territories."<sup>64</sup>

The 'absolute territorial sovereignty' theory, also known as the 'Harmon Doctrine,' emanated from the argument of the former US Attorney General, Mr. Judson Harmon, who "declared the absolute right of the USA to divert the Rio-Grande in 1895."<sup>65</sup> This theory preaches that "[e]very nation can utilise the waters of an international river flowing on its territory, as it likes, regardless of the consequences."<sup>66</sup> As per this theory, "the upstream states would be free to divert all the water from a shared watercourse without considering the need for downstream states."<sup>67</sup> The Proponent of this theory argues that an international watercourse situated on the territory of a state

---

<sup>64</sup> Bulto, "Between ambivalence and necessity," 215.

<sup>65</sup> The US Attorney General, Mr. Harmon, argued as "the fact that the Rio Grande lacks sufficient water to permit its use by the inhabitants of both countries does not entitle Mexico to impose restrictions on the USA which would hamper the development of the latter's territory or deprive its inhabitants of an advantage with which nature had endowed it and which is situated entirely within its territory. To admit such a principle would be completely contrary to the principle that [the] USA exercises full sovereignty over its national territory." See Rahaman, "Principles of international water law," 210.

<sup>66</sup> Rahaman, "Principles of international water law," 209.

<sup>67</sup> Rahaman, "Principles of international water law."; Stephen C. McCaffrey, "The Harmon doctrine one hundred years later: buried, not praised," *Natural Resources Journal* 36, no. 4 (1996), 549.



constitutes part of the public domain of that state, and since a state has dominium over its territory, another state acquires rights thereon only with the agreement of the first state.<sup>68</sup> Albeit its contribution to the academic arena, the 'absolute territorial sovereignty' doctrine got dismissed by "most modern experts."<sup>69</sup> Moreover, the aforesaid legal doctrine not only has got "little support in state practice, [but also] ...almost unanimously abandoned."<sup>70</sup>

Coming back to the case of upstream riparian states, Ethiopia, the lion share contributor to the bulk of Nile River flow, is said to be in favour of the 'absolute territorial sovereignty' theory. The aforesaid perception was stretched from the Ethiopian Government's reaction against the 1959 Egypt-Sudan Agreement. The reaction was reflected in its "'aide-mémoire' addressed to the diplomatic mission in Cairo [in which Ethiopia declared that it has]:

'...the right and obligation to exploit the [Nile] water resources of the Empire... for the benefit of present and future generation of its citizens... and ...must, therefore, reassert and reserve now and ...for the future, the right to take all such measures in respect of its water resources and, in particular, as regards that portion of the same which is of the greatest importance to its welfare, namely, those waters providing so nearly the entire of the volume of the Nile, whatever may be the measure of utilization of such waters sought by recipient states situated along the course of that river'."<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Olcay, *Hydropolitics Among the Riparians*, 31.

<sup>69</sup> Rahaman, "Principles of international water law," 209.

<sup>70</sup> Olcay, *Hydropolitics Among the Riparians*, 33; Bonaya A. Gondana, *Africa's Shared Water Resources: Legal and Institutional Aspects of the Nile, Niger and Senegal River Systems*, (London: L. Rienner, 1985), 38.

<sup>71</sup> Olcay, *Hydropolitics Among the Riparians*, 31-32.

Moreover, Ethiopia echoed a similar stance during the 1997 UN Water Conference held in Argentina (in 1977), pronouncing that it is:

“...the sovereign right of any riparian state, in the absence of an international agreement, to proceed unilaterally with the development of water resources within its territory.”<sup>72</sup>

Bringing the above analysis into one basket, those ‘aide-mémoire’ and UN statement submitted by Ethiopia, “[a]lthough ...sounds stronger than its real content, it does not articulate absolutist utilization in disregard to lower riparians.”<sup>73</sup> Just like the USA, which “promptly retreated from the Harmon doctrine,”<sup>74</sup> Ethiopia also discontinues adhering to the ‘absolute territorial sovereignty’ legal doctrine of a transboundary watercourse.

Ruling out the adherence of upstream riparian states to that of the ‘absolute territorial sovereignty’ doctrine, inspecting other potential legal theoretical perspectives vis-à-vis Nile upstream riparian states’ practice is crucial. In the aforesaid vein, taking a quick look at the above colonial and post-colonial treaty regime sections uncovers the upper riparian states’ efforts to change the Nile River Basin’s win-lose scenario. These upstream riparian countries have been challenging the downstream riparian states’ colonial and extended legal regimes coupled with their hydro-hegemonic power over the Nile watercourse. Instead, the former riparian states claim for equitable utilization of the Nile River resource, as they are exposed to economic, social, and political needs in place.

---

<sup>72</sup> Yacob Arsano, “Ethiopia and the Nile: Dilemmas of National and Regional Hydropolitics,” PhD Diss., (Swiss Federal Institute of Technology, 2004), 55.

<sup>73</sup> Bulto, “Between ambivalence and necessity,” 212.

<sup>74</sup> Rahaman, “Principles of international water law,” 210.

The conception of arguing to use the Nile River equitably brings the so-called 'limited territorial sovereignty/integrity' doctrine into the picture. This legal theory dictates that "...every state is free to use shared rivers flowing on its territory as long as such utilization does not prejudice the rights and interests of the co-riparian"<sup>75</sup> states. Accordingly, with the very notion of maintaining and maximizing "the economic and social needs of the different riparian states,"<sup>76</sup> all upstream and downstream riparian states "...have reciprocal rights and duties in the utilization of the waters of their international watercourse, and each [are] entitled to an equitable share of its benefits." This particular legal theory "gave birth to two basic principles that have got [the] status of Customary International Law, i.e., 'Equitable & Reasonable Utilization' and 'No-Harm rule' Principle."<sup>77</sup> These customary principles are endorsed by, inter alia, the '1966 Helsinki Rules'<sup>78</sup> '1997 UN Watercourses Convention,'<sup>79</sup> and '2004 Berlin Rules.'<sup>80</sup> For these reasons, the 'limited territorial sovereignty' doctrine "has received consistent support in the case law of international tribunals, with... 'no

---

<sup>75</sup> Rahaman, "Principles of international water law."

<sup>76</sup> Parhi and Sankhua, "Beyond the Transboundary River," 258.

<sup>77</sup> Mohammed, "The Transboundary Watercourse Management under International Law," 14.

<sup>78</sup> "The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers," *International Law Association*, August 1966, Articles IV, V, VII, X, XI, XXIX [2,4], [https://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA/ILA-HelsinkiRules1966-as\\_amended.pdf](https://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA/ILA-HelsinkiRules1966-as_amended.pdf).

<sup>79</sup> "Convention on the International Watercourses," Articles 5, 6, 7, 10, 12, 15, 16,17, 19,20, 21.2, 22, 26.2, 27, 28.1, 28.3.

<sup>80</sup> "The Berlin Rules on Water Resources," *International Law Association*, August 2004, Articles 8, 10.1, 10.2, 12, 13, 14,16, [http://www.cawater-info.net/library/eng/l/berlin\\_rules.pdf](http://www.cawater-info.net/library/eng/l/berlin_rules.pdf).

known international decision supports a contrary rule.”<sup>81</sup> Moreover, this legal theory is “supported by the overwhelming majority of commentators [and]... widely [used as an] allocation [strategy] of the waters of international watercourses.”<sup>82</sup> Though this doctrine is considered to have “received some limited support among the state practice of several Middle Eastern States,”<sup>83</sup> the vast majority of basin riparian states’ practices are in line with the aforesaid legal theory.

Coming to the Nile River Basin, the upstream riparian states’ tie with the ‘limited territorial sovereignty/integrity’ doctrine can vividly be perceived from the previous section’s discussion in which most upstream riparians commit themselves toward actualizing the CFA. In connection with these, the upper riparian countries defy against – the colonial and post-colonial hydro-hegemonic treaty regime and – the ‘status quo’ claim of down riparian states. Moreover, the former riparian states employed counter hydro-hegemonic strategy and challenged the latter riparian countries’ assertion by invoking the famous ‘Nyerere Doctrine of State Succession’ or ‘clean state’ principle. These defiance and challenge exemplify the upstream riparian states’ ultimate desire to share and use the Nile water resource equitably and reasonably. Therefore, a conclusion can be drawn from the aforementioned analysis that the upper riparian states undoubtedly adhere to – the ‘limited territorial sovereignty/integrity’ doctrine of a transboundary watercourse.

---

<sup>81</sup> Owen McIntyre, “International Water Law: Concepts, Evolution and Development,” In *Transboundary Water Management Principles and Practice*, ed. Anton Earle, Anders Jägerskog and Joakim Öjendal, (London: New York, Earthscan, 2010), 65.

<sup>82</sup> McIntyre, “International Water Law,” 66.

<sup>83</sup> McIntyre, “International Water Law,” 65.

## V. THE DEADLOCK – WHERE THE CONTROVERSY LIES

To solve their difference, the Nile upstream and downstream riparian countries negotiated through several roundtable negotiation platforms but ended up without success. This is because the latter riparian states are not interested in compromising and shifting from their 'prior appropriation' and 'absolute territorial integrity' legal theoretical standing. On the other hand, the former riparian states' unwillingness to accept and adhere to the aforementioned legal theories of a transboundary watercourse; instead, they opt for the 'limited territorial sovereignty/integrity' doctrine and claim for the equitable utilization of the Nile waters resource among all riparian states.

As the two [or three legal] doctrines are in frontal clash with each other, any direct, indirect, total, or partial adherence thereto in negotiations on the optimal utilization of the Nile can only set the countries apart rather than bring them to a point of agreement.<sup>84</sup> This can be clearly inferred from not only riparian states' reports, 'aide-mémoire' et al but also from upstream and downstream riparian deadlocked negotiations over the Nile River Basin's colonial and post-colonial legal regime.

Surprisingly, the upper and lower riparian states' doctrinal clash is also reflected in the '1997 UN Watercourse Convention',<sup>85</sup> a single legal instrument governing the international transboundary watercourses. So far, though about

---

<sup>84</sup> Bulto, "Between ambivalence and necessity," 215.

<sup>85</sup> "Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses," adopted on May 21 1997, entered into force on August 17 2014,  
[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8\\_3\\_1997.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf)  
f.

40 countries have ratified the UN Watercourses Convention,<sup>86</sup> surprisingly, none of the Nile riparian countries has signed or ratified it.<sup>87</sup> This is because upper riparian states – object to one of the convention’s principle, which is stated as “obligations for the notification of other riparian of planned measures and projects in their territories,”<sup>88</sup> fearing that this affects their interest in using the Nile River. On the other hand, down riparian states – object to the convention in general, stating that the Convention does not protect their “historical rights and uses.”<sup>89</sup> These are also clear reflections of the resulting complication that arose from the effect of colonial and post-colonial treaty discourse, which originated itself from the

---

<sup>86</sup> “12. Convention on the Law of the Non-Navigational uses of International Watercourses,” *UN Treaty Collection*, 2022, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-12&chapter=27&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&clang=_en).

<sup>87</sup> Salman M.A Salman, “Entry into Force of the UN Watercourses Convention – Where are the Nile Basin Countries?” *International Water Law Project Blog*, 2014, <https://www.internationalwaterlaw.org/blog/2014/06/02/dr-salman-m-a-salman-entry-into-force-of-the-un-watercourses-convention-where-are-the-nile-basin-countries/>.

<sup>88</sup> The upstream riparian states are concerned that such notification obligations would be construed by Egypt and Sudan as recognition of the 1902 and 1929 treaties that give Egypt and Sudan veto power over upstream activities. Indeed, this is the main reason that the CFA does not include provisions on notification, only on exchange of data and information. See Salman, “Entry into Force of the UN Watercourses Convention.”

<sup>89</sup> The downstream riparian states believe that the UN Watercourses Convention tilts towards equitable and reasonable utilization at the expense of the obligation not to cause significant harm. As lower riparian’s with claimed historical rights over the Nile waters, their cardinal principle is the obligation not to cause significant harm. See Salman, “Entry into Force of the UN Watercourses Convention.”

conflicting doctrinal standing point of Nile River Basin's upper riparian and down riparian States.

Therefore, as thoroughly scrutinized in the above, the upstream and downstream riparian states are consciously or unconsciously trapped and "locked in th[o]se irreconcilable [legal] doctrines"<sup>90</sup> of a transboundary watercourse.

## **VI. THE WAY OUT – TOWARD SOLUTION**

In the Nile River Basin, as vividly provided in the above section, it is quite evident that the non-ending tit-for-tat controversy over the foregoing international water resource originates from the non-compromising theoretical legal standing point of upper and down riparians. This vicious circle, in which the basin got stuck-in, is quite worrisome and needs an immediate theoretical-practical way-out solution. Thus, the Nile River Basin needs legal doctrinal adjustments, as these legal theories are highly assumed to be not only a starting point but also a landing spot for every ideal and practical consideration. Moreover, such legal theoretical adjustments have enormous potential impact in shaping practical scenarios, be it in the – re/negotiation and/or implementation of the CFA and/or DoPs, and – in the already stalled GERD's filling and operation.

In order to come out of these traumas, all Nile riparians should shift their doctrinal standing point toward the tolerable and acceptable theoretical doctrine of the international transboundary watercourse. Upstream and downstream riparian states need to compromise colonial and post-immediate colonial-era treaties coupled with its colonial narration and political egos. Accordingly, they shall engage themselves in the way of using the Nile water resource in an equitable and reasonable manner. As such, once the 'limited territorial

---

<sup>90</sup> Bulto, "Between ambivalence and necessity," 215.

sovereignty/integrity' legal doctrinal understanding is set, the aforesaid legal theory can/will springboard the Nile River Basin cooperation toward a revolutionary and developing legal doctrine, known as a 'community of interest.'

The core idea behind the 'community of interest' is that it considers the entire particular transboundary watercourse basin not only "as one hydrological unit that should be managed as an integrated whole"<sup>91</sup> but also "regards the entire basin as one economic and geographical unit, and ignore national [political] boundaries."<sup>92</sup> This theoretical perspective strives to attain the foregoing revolutionary discourse – by "implying the equality of all basin states in the use of the whole [water]course and – [by standing firm] ...against unlimited unilateral utilization of shared watercourses."<sup>93</sup> According to this legal theory, the 'limited territorial sovereignty/integrity' legal doctrine – may not adequately protect natural watercourse resources<sup>94</sup> and – "may not ensure the most beneficial development of the basin; [thus, to ensure the aforesaid basin-wide benefits, an] integrated development programme becomes necessary."<sup>95</sup> Consequently, this legal theory dictates that every riparian state "...has a right of action against any other basin state within its basin, [so] that no state may affect the resource without the cooperation and permission of its neighbors."<sup>96</sup> Despite the multifaceted significance of the 'community of interest' doctrine,

---

<sup>91</sup> Lazerwitz, "The Flow of International Water Law," 252.

<sup>92</sup> Olcay, *Hydropolitics Among the Riparians*, 35.

<sup>93</sup> Olcay, *Hydropolitics Among the Riparians*.

<sup>94</sup> Lazerwitz, "The Flow of International Water Law," 250.

<sup>95</sup> Olcay, *Hydropolitics Among the Riparians*, 36.

<sup>96</sup> Lazerwitz, "The Flow of International Water Law," 250; Ved P. Nanda, "Emerging Trends in the Use of International Law and Institutions for the Management of International Water Resources," *Denver Journal of International Law & Policy* 6, no. 3 (1976), 248-249.



unfortunately, the “relations among States have not yet evolved to a similar level,”<sup>97</sup> as “the international community is far from being fully developed.”<sup>98</sup> Saving the aforementioned concerns, the community of interest concept is highly “supported by naturalists, engineers, economists [and] ...the [International Law Commission].”<sup>99</sup> Moreover, this theory “manifests a shift from a traditional extreme concept of sovereignty toward a more liberal and pragmatic approach.”<sup>100</sup>

Having the above facts at hand, all upstream and downstream riparian states of the Nile River Basin should adhere to the ‘community of interest’ doctrine. This move is so revolutionary – not only to integrate regional cooperation in a transforming way – but also to bring the wider basin community together in a better, more beneficial, pragmatic way. Moreover, the Nile River Basin’s legal regime and institutional structure shall also be designed and set into action in line with the aforesaid legal doctrinal way-out.

Optimistically, the Author strongly believes that if all/most of the Nile upstream and downstream riparian states honestly re-evaluate their legal theoretical stand and shift/adjust their respective slant according to the abovementioned guidelines, the so-called Nile River Basin controversy will soon become history.

---

<sup>97</sup> Lazerwitz, “The Flow of International Water Law,” 250.

<sup>98</sup> Olcay, *Hydropolitics Among the Riparians*, 36.

<sup>99</sup> Lazerwitz, “The Flow of International Water Law,” 250; Joseph W. Dellapenna, “Surface Water in the Iberian Peninsula: An Opportunity for Cooperation or a Source of Conflict?” *Tennessee Law Review* 59, no. 4 (1992), 816-17.

<sup>100</sup> Olcay, *Hydropolitics Among the Riparians*, 36.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** ift kr hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu alışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**ıkar atışması:** Yazar ıkar atışması olup olmadığını belirtmemiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author did not indicate whether he received financial support for this study.

**Conflict of Interest:** The author did not specify whether there was a conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated whether ethics committee approval is required.

---

## BIBLIOGRAPHY

- Abdo, Mohammed. "The Nile Question: The Accords on the Water of the Nile and Their Implications on Cooperative Schemes in the Basin." *Perceptions-journal of International Affairs* IX, no. 2 (2004): 47–57.
- "Agreement for the full utilization of the Nile waters between United Arab Republic and Sudan." November 8 1959. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20453/volume-453-I-6519-English.pdf>.
- "Agreement on Declaration of Principles between The Arab Republic of Egypt, The Federal Democratic Republic of Ethiopia and The Republic of the Sudan On The Grand Ethiopian Renaissance Dam Project." March 23 2015. [https://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/Final\\_Nile\\_Agreement\\_23\\_March\\_2015.pdf](https://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/Final_Nile_Agreement_23_March_2015.pdf).
- "Agreement on the Frontiers between the Soudan, Ethiopia, and Eritrea." May 15, 1902. [https://www.marefa.org/images/b/bd/Treaty\\_of\\_Addis\\_Ababa\\_1902.pdf](https://www.marefa.org/images/b/bd/Treaty_of_Addis_Ababa_1902.pdf).
- "Agreement on the Nile River Basin Cooperative Framework." May 14, 2010. <https://nilebasin.org/images/docs/CFA%20-%20English%20-%20FrenchVersion.pdf>.
- Arsano, Yacob. *Ethiopia and the Nile: Dilemmas of National and Regional Hydropolitics*. PhD Diss. Swiss Federal Institute of Technology, 2004.
- Bulto, Takele S. "Between ambivalence and necessity in the Nile Basin: occlusions on the path towards a basin-wide treaty." *Mizan Law Review* 2, no. 2 (2008): 201-228.
- "Communiqué of the Extraordinary African Union Bureau of the Assembly of Heads of State and Government video-conference Meeting on the GERD." African Union. June 26, 2020. <https://au.int/en/pressreleases/20200626/hosg>

communiqué-meeting-grand-ethiopian-renaissance-dam-gerd.

“Constitution of the Arab Republic of Egypt.” Adopted in 2014. [https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt\\_2014.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf).

“Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses.” Adopted on May 21, 1997. Entered into force on August 17 2014, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8\\_3\\_1997.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf).

“Cooperative Framework Agreement.” Nile Basin Initiative. 2010. <https://nilebasin.org/nbi/cooperative-framework-agreement>.

Berhane, Daniel. “The 1902 Treaty between Ethiopia and Great Britain.” Horn Affairs. June 8, 2011. <https://hornaffairs.com/2011/06/08/read-the-1902-ethiopia-uk-treaty-share-your-view/>.

Eruygur, Burç. “Egypt’s Search for Internationalisation of the Renaissance Dam Crisis with Ethiopia.” ORSAM. May 8, 2021. <https://www.orsam.org.tr/en/egypts-search-for-internationalisation-of-the-renaissance-dam-crisis-with-ethiopia/>.

“Ethiopia completes second phase of filling of the ‘Grand Renaissance’ dam.” Africanews, July 20, 2020. <https://www.africanews.com/2021/07/19/ethiopia-completes-second-phase-of-refill-on-controversial-mega-dam-on-the-nile/>.

“Ethiopia says it has reached first-year target for filling divisive mega-dam.” France24. July 21, 2020. <https://www.france24.com/en/20200721-ethiopia-says-it-has-reached-first-year-target-for-filling-divisive-mega-dam>.

- “Ethiopia starts electricity production at Blue Nile mega-dam.”  
Aljazeera. February 20, 2022.  
<https://www.aljazeera.com/news/2022/2/20/ethiopia-electricity-production-gerd-blue-nile-mega-dam>.
- “Exchange of Notes between Her Majesty's Government in the United Kingdom and the Egyptian Government in regard to the use of the waters of the River Nile for irrigation purposes.” May 7, 1929.  
<http://gis.nacse.org/tfdd/tfddd docs/92ENG.pdf>.
- Dellapenna, Joseph W. “Surface Water in the Iberian Peninsula: An Opportunity for Cooperation or a Source of Conflict?”  
*Tennessee Law Review* 59, no. 4 (1992): 803-826.
- Getachew, Addis. “3rd filling of Ethiopia’s Nile dam reservoir completed.” Anadolu Agency. August 12, 2022.  
<https://www.aa.com.tr/en/africa/3rd-filling-of-ethiopia-s-nile-dam-reservoir-completed/2660034>.
- Gjersø, Jonas Fossli. “The Scramble for East Africa: British Motives Reconsidered, 1884–95.” *The Journal of Imperial and Commonwealth History* 43, no. 5 (2015): 831-860, <https://doi.org/10.1080/03086534.2015.1026131>.
- Gondana, Bonaya A. *Africa's Shared Water Resources: Legal and Institutional Aspects of the Nile, Niger and Senegal River Systems*. London: L. Rienner, 1985.
- Johnston, Erin. *Factors Influencing a Basin-Wide Agreement Governing the Nile River*. Master Diss. Simon Fraser University, 2009.
- Kimenyi, M. and J. Mbaku. *International Water Law and the Nile River Basin, Governing the Nile River Basin: The Search for a New Legal Regime*. Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2015: 60-71.
- Lazerwitz, David J. “The Flow of International Water Law: The International Law Commission's Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses.” *Indiana*

- Journal of Global Legal Studies* 1, no. 1, Article 12 (1993): 247-271.
- Lie, Jon Harald Sande. "Supporting the Nile Basin Initiative: A Political Analysis beyond the River." Norwegian Institute of International Affairs. 2010. [https://www.academia.edu/2243972/Supporting\\_the\\_Nile\\_Basin\\_Initiative\\_A\\_Political\\_Analysis\\_Beyond\\_the\\_River](https://www.academia.edu/2243972/Supporting_the_Nile_Basin_Initiative_A_Political_Analysis_Beyond_the_River).
- McCaffrey, Stephen C. "The Harmon doctrine one hundred years later: buried, not praised." *Natural Resources Journal* 36, no. 4 (1996): 965-1007.
- McIntyre, Owen. "International Water Law: Concepts, Evolution and Development." In *Transboundary Water Management Principles and Practice*. Ed. Anton Earle, Anders Jägerskog and Joakim Öjendal. London and New York: Earthscan, 2010.
- Mekonnen, Dereje Z. "The Nile Basin Cooperative Framework Agreement Negotiations and the Adoption of a 'Water Security' Paradigm: Flight into Obscurity or a Logical Cul-de-sac?" *The European Journal of International Law* 21, no. 2 (2010): 421-440.
- Mohammed, Yusuf Ali. *The Transboundary Watercourse Management under International Law: The Comparative Cases of Tigris-Euphrates and Nile River Basin*. LL.M diss. Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt University, 2021.
- Mohammed, Yusuf Ali. *The 'Water Security' Principle under Nile Basin CFA: The "Water Security" Principle & its Ramification*. Germany: LAMBERT Academic Publishing, 2017.
- Mtua, Geoffrey Michael. *Bilateral Treaties on the Nile River and their Impacts on International Relations*. Master Diss. Tumaini University Makumira, 2017.
- Mutambo, Aggrey. "Ethiopia launches power production from second GERD turbine." *The East African*. August 11, 2022. <https://www.theeastafrican.co.ke/tea/rest-of->

africa/ethiopia-launches-power-production-from-second-  
gerd-turbine-3911158.

Nanda, Ved P. "Emerging Trends in the Use of International Law and Institutions for the Management of International Water Resources." *Denver Journal of International Law & Policy* 6, no. 3 (1976): 239-261.

Olcay, H. Bülent. *Hydropolitics among the Riparians of the Euphrates & Tigris Watercourse System*. Ankara: Karmap A.Ş., 1998.

Paisley, Richard K. and Taylor W. Henshaw. "Transboundary governance of the Nile River Basin: Past, present and future." *Environmental Development* 7 (2013): 59-71.

Parhi, P.K. and R.N. Sankhua. "Beyond the Transboundary River: Issues of Riparian Responsibilities." *Journal of The Institution of Engineers* 94, no. 4 (2014): 257-261.

Rahaman, Muhammad M. "Principles of international water law: creating effective transboundary water resources management." *Int. J. Sustainable Society* 1, no. 3 (2009): 207-223,  
[https://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Rahaman-2009\\_IWL.pdf](https://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Rahaman-2009_IWL.pdf).

Salman, Salman M.A. "Entry into Force of the UN Watercourses Convention – Where are the Nile Basin Countries?" International Water Law Project Blog. 2014.  
<https://www.internationalwaterlaw.org/blog/2014/06/02/dr-salman-m-a-salman-entry-into-force-of-the-un-watercourses-convention-where-are-the-nile-basin-countries/>.

Schroeder-Wildberg, Esther. *The 1997 International Watercourses Convention – Background and Negotiations*. Working Paper On Management in Environmental Planning, Technical University of Berlin. 2002.  
[https://www.landschaftsoekonomie.tu-](https://www.landschaftsoekonomie.tu-berlin.de/fileadmin/user_upload/1997_IWC_Convention_Background_and_Negotiations.pdf)

berlin.de/fileadmin/a0731/uploads/publikationen/working\_papers/wp00402.pdf.

Tekuya, Mahemud Eshtu. "Governing the Nile under Climate Uncertainty: The Need for a Climate Proof Basin-Wide Treaty." *Natural Resources Journal* 59, no. 2 (2019): 321-349.

Tekuya, Mahemud Eshtu. "Sink or Swim: Alternatives for Unlocking the Grand Ethiopian Renaissance Dam Dispute." *Columbia Journal of Transnational Law* 59, no. 1 (2020): 65-116, <https://www.jtl.columbia.edu/volume-59/sink-or-swim-alternatives-for-unlocking-the-grand-ethiopian-renaissance-dam-dispute>.

"The Berlin Rules on Water Resources." International Law Association. August 2004. [http://www.cawater-info.net/library/eng/l/berlin\\_rules.pdf](http://www.cawater-info.net/library/eng/l/berlin_rules.pdf).

"The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers." International Law Association. August 1966. [https://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA/ILA-HelsinkiRules1966-as\\_amended.pdf](https://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA/ILA-HelsinkiRules1966-as_amended.pdf).

Woldetsadik, Tadesse Kassa. "Anglo-Ethiopian Treaty on the Nile and the Tana Dam Concessions: A Script in Legal History of Ethiopia's Diplomatic Confront (1900-1956)." *Mizan Law Review* 8, no. 2 (2015): 271-298.

"Vienna Convention on the Law of Treaties." Adopted by the UN on May 23 1969. Entered into force on January 27, 1980. <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>.

"12. Convention on the Law of the Non-Navigational uses of International Watercourses." UN Treaty Collection. 2022. [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-12&chapter=27&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&clang=_en).



# ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU ÖZELİNDE YAPAY ZEKÂNIN İSLÂM VE TÜRK HUKUKU ÜZERİNDEN MUKAYESELİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ\*

*Comparative Evaluation of Artificial Intelligence  
Through Islamic and Turkish Law Specific to the  
Employer Liability*

**Emrah GÖKMEN\*\***

## Öz

Teknolojik devrim birçok alanda hukuk ve teknoloji ilişkisinin ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Yapay zekânın

\* Bu makale, 10-13 Şubat 2022 tarihlerinde, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumunda sunulan “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Özelinde Yapay Zekânın Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi” başlıklı tebliğin genişletilmiş halidir.

\*\* Arş. Gör., Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İslam Hukuku Anabilim Dalı), emrah.gokmen@gop.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5470-2716.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 14.02.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 19.07.2022.

**Atıf/Citation:** Gökmen, Emrah. “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Özelinde Yapay Zekânın İslâm ve Türk Hukuku Üzerinden Mukayeseli Olarak Değerlendirilmesi.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 931-992.

**“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.”** 

hukuku etkilemesi ve dönüştürmesi gündemdedir. Bu kapsamda yapay zekânın hukukî sorumluluğunun hukuk düzeni tarafından nasıl belirleneceği başta gelen sorulardan birini oluşturmaktadır. Sorumluluk hukukunu ilgilendiren bu sorunun, genel olarak kusursuz sorumluluğa dayanan İslam hukuku ile kural olarak kusur sorumluluğuna dayanan Türk hukuku üzerinden adam çalıştırmanın sorumluluğu konusu özelinde irdelenmesi gerekmektedir. Kusursuz sorumluluk hallerinden adam çalıştırmanın sorumluluğu konusunun yapay zekâ özelinde mukayeseli hukuk açısından incelenmesi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda gündeme gelebilecek ihtimaller yapay zekânın adam çalıştırma ve çalışan olmasıdır. Çalışma, olması gereken hukuka yönelik bir bakış açısı oluşturmayı hedeflemektedir. Çalışma planında; öncelikle konunun sorumluluk hukukundaki yeri tespit edilecek, sonrasında yapay zekâ ve kişilik sorununa değinilecek ve son olarak asıl konuya ilişkin değerlendirmeler sunularak varılan sonuç ve değerlendirmelere yer verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Sorumluluk Hukuku, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Yapay Zekâ, Mukayeseli Hukuk, Hukuki Sorumluluk.

## **Abstract**

The technological revolution necessitates the handling of the relationship between law and technology in many fields. It is on the agenda that artificial intelligence affects and transforms the law. In this context, one of the leading questions is how the legal responsibility of artificial intelligence will be determined by the legal order. This question, which concerns the law of liability, needs to be examined in terms of the liability of the employer through the Islamic law, which is generally based on strict liability, and the Turkish law, which is based on the liability of fault as a rule. The subject of this study is the examination of the responsibility of the employer, one of the perfect liability cases,

in terms of comparative law, in particular artificial intelligence. In this context, the possibilities that may come to the fore are that artificial intelligence employs people and works. Our study constitutes one of the foresighted studies on the law that should be done. In our work plan; First of all, the place of our subject in liability law will be determined, then the problem of artificial intelligence and personality will be addressed, and finally, evaluations on the main subject will be presented and the conclusions and evaluations will be explained.

**Keywords:** Liability Law, Employer Liability, Artificial Intelligence, Comparative Law, Legal Liability.

## GİRİŞ

Hukuk ve teknoloji arasındaki ilişki birinin diğerini etkilemesi yoluyla sürmektedir. Genellikle bu etkinin yönü, yeni teknolojik gelişmelerin ortaya çıkardığı sorunların hukuki düzenlemelere konu edinmesi yoluyla olmaktadır. İstisnai olarak öngörülü çalışmalar vasıtasıyla hukukun teknolojiyi geçebilmesi mümkündür. Teknolojinin hukuku etkilemesi, pratikte gelişenin teorik hukuki düzenlemeleri etkilemesi anlamına gelmektedir. Günümüzde olgunun teoriyi zorladığı konulardan biri de teknoloji devrimi sonrası gündeme gelen yapay zekâdır. Literatürde yapay zekânın hukuki kişiliği başta olmak üzere pek çok disiplin bakımından sorumluluk, temsilci olma, vekil gibi konular tartışılmaktadır. Teknolojik devrimin ürünü olarak ortaya çıkan yapay zekânın, Sanayi devrimi sonrasında kusur ilkesine istisna getirilen adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında ve genel olarak kusursuz (objektif) sorumluluğa dayanan İslam hukuku ve kural olarak kusur sorumluluğuna dayanan Türk hukuku üzerinden mukayeseli hukuk açısından incelenmesi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Yapay zekânın adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında adam çalıştırıcı ve çalışan olması ihtimalleri ele

alınacak ve burada gündeme gelen muhtemel problemlere değinilmiştir. Bu çalışma, mevcut hukukta düzenleme bulunmaması nedeniyle olması gereken hukuka yönelmektedir. Çalışmamızda sırasıyla; konunun sorumluluk hukukundaki yerine, yapay zekâ ve kişilik sorununa ve adam çalıştırmanın sorumluluğu özelinde yapay zekânın eyleminden doğan hukukî sorumluluğa yer verilmiştir.

## I. KONUNUN SORUMLULUK HUKUKUNDAKİ YERİ

Yapay zekâ birçok hukuk disiplininde çeşitli problemleri gündeme getirmektedir. Örneğin; ticaret hukukunda yapay zekânın anonim şirket yönetim kurulu üyeliği, fikir ve sanat eserleri hukukunda buluşçu yapay zekâ karşısında eser ve eser sahipliği kavramlarının sorgulanması, kişisel verilerin korunması hukukunda veri mahremiyeti sorunu, ceza hukukunda yapay zekânın eylemlerinden doğan cezaî sorumluluk, insancıl hukukta yapay zekânın savaşta kullanımı ve idare hukukunda yapay zekânın eylemlerinden doğan idarî sorumluluk bunlardandır. Çalışmamız, yapay zekânın eylemlerinden doğan hukukî sorumluluğu konu edindiğinden sorumluluk hukuku perspektifinden konuyu ele almaktadır. Sorumluluk hukuku içerisinde hangi ayrımların bulunduğu ve adam çalıştırmanın sorumluluğu özelinde konuyu hangi çizgide incelendiğini öncelikle göstermek, konunun anlaşılabilirliğini artıracaktır.

Sorumluluk hukuku temel olarak akdî (sözleşmesel) sorumluluk ve akit dışı (sözleşme dışı) sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır.<sup>1</sup> Akit dışı sorumluluk da kendi içerisinde kanun,

---

<sup>1</sup> Sami Narter, *Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 5; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu,

haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme olarak tasnif edilmektedir.<sup>2</sup> Haksız fiiller kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk (sebepe sorumluluğu) olmak üzere iki türlü karşımıza çıkmaktadır.<sup>3</sup> Kusursuz sorumluluk da hakkaniyet ilkesi, özen

---

*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c. I (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976), 441.

<sup>2</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 552-53; Narter, *Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*, 4-5; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020), 60; A. Samim Gönensay, *Borçlar Hukuku* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1948), 19; Borç ilişkisinin esas kaynağı kanun kabul edilerek kanunun borç ilişkisinin kaynağı olarak gördüğü halleri; sözleşme (akit), haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme olarak ayrılması suretindeki tasnif için ayrıca bkz: Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2020), 33; Borcun kaynaklarını; hukuki işlemlerden, özellikle akidlerden doğan borçlar ile kanundan doğan borçlar şeklinde ikiye ayırarak inceleyenler de bulunmaktadır. Bkz: Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I:31-32; Borcun kaynakları hakkında fikir birliğinin bulunmadığı görülmektedir. Bu konudaki itiraf için bkz: Feyzioğlu, I:30“Tüm borç kaynaklarını, herkesin kabul edeceği bir sınıflandırmaya tâbi tutmak güçtür. Çünkü her öneriye karşı yöneltilebilecek haklı eleştiriler vardır ve bulunabilir.”; Bu kaynakların sınırlayıcı olmadığı hakkında bkz: Necip Kocayusufoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, c. I, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008), 70.

<sup>3</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 553; Zahit İmre, *Doktrin ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949), 6; Aksi yönde bkz: Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları* (İstanbul: Özel İktisadî ve Ticarî Bilimler Yüksek Okulu Yayınları, 1971), 187: “Kusursuz sorumluluk halleri haksız fiil sorumluluğunun bir çeşidi midir? Bu sorunun dokunduğu mes’ele, daha çok bir terim mes’elesidir. Fakat doğrusu, haksız fiil terimini sadece kusurlu sorumluluk haline hasretmektir. Çünkü kusursuz sorumluluk doğuran fiilerden bazıları hukuka aykırı olmayıp, tam aksine hukuka uygundur. Sonra kusursuz sorumluluğun hatta bir insan fiili olmaksızın da ortaya çıkması mümkündür. Fakat buna rağmen kitabımızın sistematığına uygun düştüğü

ilkesi ve tehlike ilkesi şeklinde farklı ilkelere dayandırılmaktadır.<sup>4</sup> Zarar verenle zarar görenin ekonomik durumları karşılaştırılarak hakkaniyet ve adalet duyguları çerçevesinde sorumluluk belirleniyorsa hakkaniyet fikrinin rol oynadığından söz edilir.<sup>5</sup> Başkaları için tehlikeli bir durum oluşturanların zararı gidermesi gerektiği görüşü tehlikedir.<sup>6</sup> Bir kimsenin hakimiyet alanı içerisinde olan bir şey veya kişi bir zarar veriyorsa bunu hakimiyet sahibinin gidermesi gerektiği yönündeki görüş hakimiyettir.<sup>7</sup> Özen ilkesi içerisinde adam çalıştıranın sorumluluğu (TBK m. 66), hayvan bulunduranın sorumluluğu (TBK m. 67-68) ve yapı malikinin sorumluluğu (TBK m. 69-70) yer almaktadır.

Adam çalıştıranın sorumluluğunun düzenlendiği TBK m. 66 hükmü şöyledir: “Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

---

için, biz de BK. muzun yolundan giderek, kusurusuz sorumluluğu haksız fiiller kısmında incelemeyi uygun bulduk.” .

- <sup>4</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 557-558; Nazlı Hilal Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 9-12.
- <sup>5</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 557; Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, 31; Mustafa Kılıçoğlu, *Sorumluluk Hukuku*, c. I, (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2002), 385; Henri Deschenaux ve Pierre Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, Çev. Salim Özdemir (Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1983), 67.
- <sup>6</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 558; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, c. II (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 3; Halûk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1981), 26; İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, 62; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 415-16.
- <sup>7</sup> Çelik, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, 29; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 558; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, 55; Dila Okyar Karaosmanoğlu, “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (TBK M.66),” *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, (Ankara: Hacettepe Üniversitesi SBE, 2019), 25.

*Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.”* Bu hüküm, özel hukuk hükümlerine dayalı olarak bir başkasını çalıştıranlara uygulanmaktadır.<sup>8</sup>

Adam çalıştırmanın sorumluluğu hakimiyet fikriyle açıklanmaktadır. Bu fikre göre, bir kimsenin hakimiyet alanında bulunan kişinin bir zarara neden olması halinde meydana gelen zararı hakimiyetinde bulunduran kişi tazmin etmelidir çünkü hâkimiyeti elinde bulunduran kişinin hâkimiyeti altındaki kişi üzerinde gözetim ve denetim imkânı bulunmaktadır.<sup>9</sup> Bu fikrin ortaya çıkışında da sosyal adalet, dayanışma, hâkimiyet alanı, hakkaniyet, zarar-yarar düşünceleri etkili olmuştur.<sup>10</sup>

Adam çalıştırma ilişkisi, her toplumda karşılaşılabilecek borç kaynaklarından biri olan haksız fiil altında yer alan bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>11</sup> İnsanın bir başkasının emeğine

<sup>8</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II:144.

<sup>9</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 558; Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, 55; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4.

<sup>10</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 558.

<sup>11</sup> Ecem Aksoy, *Yapay Zeka'nın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri ile İlişkisi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 157; Bununla birlikte çalışma ilişkilerinin yapay zekâyla birlikte değişip gelişeceği, bunun “teknolojik işsizliğe (technological unemployment)” neden olacağı hususları ve bir algoritmanın sizin patronunuz olabileceği ihtimali hakkında ayrıca bkz: Jeremias Adams-Prassl, “What if Your Boss Was an Algorithm? The Rise of

ihtiyaç duyması tabii bir olgudur. Adam çalıştırma ilişkisi, çoğunlukla hizmet sözleşmesi veya benzer bir sözleşme ilişkisi şeklinde olabileceği gibi; bağımlılık ilişkisinin varlığı şartıyla sözleşmeye dayanmadan da kurulabilmektedir.<sup>12</sup> Adam çalıştırın sorumluluğu ilişkisinde; “çalışan”, “çalıştran” ve “zarar gören” olmak üzere üçlü bir ilişkinin varlığından söz edilir.<sup>13</sup> Çalışan, “adam çalıştırmanın gözetimi altında ve onun talimatlarına bağlı olarak iş gören gerçek kişiler”<sup>14</sup> olarak tanımlanmaktadır. Çalıştırma ilişkisi içerisinde kendisine bağlı bir kişiye (çalışan) maksadı için iş gördüren kişi adam çalıştırandır.<sup>15</sup> Adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğabilmesi için haksız fiiller aranan kusur hariç şartlara (hukuka aykırı fiil, zarar ve illiyet bağı)<sup>16</sup> ek olarak; bağımlılık ilişkisi<sup>17</sup>, fonksiyonel

---

Artificial Intelligence at Work,” *omparative Labor Law & Policy Journal* 123 1, no. 41 (2019).

<sup>12</sup> Seda Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 71: “Genellikle vekâlet sözleşmesi, acente, eser sözleşmesi, fiili ilişkiler ve aile hukukna dayalı çalışma ilişkileri de adam çalıştırın ve çalışan arasında bağımlılık ilişkisine imkân verir.”

<sup>13</sup> Burada dikkat çekilmesi gereken husus “adam çalıştırmanın sorumluluğu ilişkisi” ifadesiyle “borç ilişkisi”nin kastedilmediğidir. Borç ilişkilerinde alacaklı ve borçlu olmak üzere iki taraf söz konusu olup adam çalıştırın sorumluluğunda zarar gören, alacaklı; adam çalıştırın, borçludur. “Adam çalıştırın sorumluluğu ilişkisi” ifadesiyle kastedilen ise bu sorumluluk türünde gündeme gelen tarafların toplu olarak belirtildiği ilişkidir. Bu kullanım için ayrıca bkz: Ali Yüksel, “Adam Çalıştırın Sorumluluğu,” Yayınlanmamış YL Tezi, (Sakarya: Sakarya Üniversitesi SBE, 2001), 16.

<sup>14</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 701.

<sup>15</sup> Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 1989), 452.

<sup>16</sup> Selâhattin Sulhi Tekinay vd., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 506-7; Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, Çev. Salim Özdemir, 71; Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019), 243.

<sup>17</sup> Çelik, *Adam Çalıştırın Sorumluluğu*, 159; Kılıçarslan, *Adam Çalıştırın Sorumluluğu*, 386; İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, 144; Kılıçarslan, *Adam*



bağ<sup>18</sup> ve adam çalıştırmanın kurtuluş beyyinesi getirememesi<sup>19</sup> şeklindeki özel şartların<sup>20</sup> da varlığı aranmaktadır.<sup>21</sup>

İslam hukukuna geldiğimizde, İslam hukukunun meseleci (kazuistik) bir metotla doğup gelişmesi nedeniyle muhtelif haksız fiil türleri ayrı ayrı ele alındığı ve işlendiğini belirtilmektedir.<sup>22</sup> İslam hukukunda adam çalıştırmanın sorumluluğu konusu, yeni oluşan sorumluluk hukukuna (*nazariyyetü'd-damân*) dair eserlerde “*el-mes’ûliyye an fi’li’l-*

---

*Çalıştırmanın Sorumluluğu*, 73: “Modern çalışma hayatının teknolojik gelişmelere bağlı olarak göstermiş olduğu değişim hızı, güçlü bir ivme kazanmıştır ve bu değişimler neticesinde ise mecburen, bağımlılık unsurunun varlığının değerlendirilmesi, dolayısıyla da çalışan kavramının incelenmesi daha esnek bir şekle girmiştir.”; Tufan Ögüz, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından ‘Emir-Talimat Altında Çalışma’ ve ‘Zarar ile Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması’ Unsurları Hakkında Değerlendirme,” içinde *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013), 838.

<sup>18</sup> Tunçomağ, *Borçlar Hukukun Genel Esasları*, 232; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 506-7; Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, 149; Kılıçoğlu, *Sorumluluk Hukuku*, 1:387; İmre, *Kusursuz Mesuliyet Halleri*, 145.

<sup>19</sup> Deschenaux ve Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, Çev. Salim Özdemir, 72: “Üçüncü koşul, olumsuz bir koşuldur. Yani, istihdam edenin yasanın öngördüğü kurtuluş beyyinelerine başvurmaması gerekir.”; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, 66; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2020, 202; Tunçomağ, *Borçlar Hukukun Genel Esasları*, 233; Kemal Reisoglu, *İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti* (Ankara: Ankara Yeni Cezaevi Matbaası, 1958), 86; Ali Naim İnan ve Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2014), 417-18.

<sup>20</sup> Gönensay, *Borçlar Hukuku*, 210-12.

<sup>21</sup> Tüm bu unsurlar hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz: Kübra Erdoğan, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Şartları,” Yayınlanmamış YL Tezi, (İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE, 2019), 30-104.

<sup>22</sup> Mehmet Akif Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları* (İstanbul: İz Yayıncılık, 1996), 81; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (Konya: Atlas Akademi, 2020), 484.

*gayr*"<sup>23</sup>, "*el-mes'ûliyye an fi'li'l-ecîr*"<sup>24</sup>, "*Mes'ûliyyeti'l-metbû an'it-tâbi*"<sup>25</sup> gibi başlıklar altında ele alınmaktadır.

İslam sorumluluk hukukunda haksız fiillerde illiyet bağı bağlamında mübâşeret ve tesebbüb kavramları yer almaktadır. Mübâşir, "bizzat fâil olan, yani: bir şeyi bizzat husule getirendir."<sup>26</sup> Mübâşeret tanımının mefhumu muhalifinden hareketle, bir şeyi bizzat telef etmeyen, dolaylı olarak telefine sebep olan kimse de mütesebbip olmakta ve bu duruma tesebbüben itlaf denilmektedir.<sup>27</sup> Adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında bu kavramları incelersek: Adam çalıştırın mütesebbip, çalışan mübâşirdir. Adam çalıştırın zarara doğrudan yol açmamakta, zarara sebebiyet vermektedir. Zarara doğrudan eylemiyle yol açan kişi ise çalışan olup mübâşir vasfını haizdir. İslam hukuku genel olarak sebep sorumluluğuna dayanmaktadır. Sebep sorumluluğunda önemli olan illiyet bağının tesis edilebilmesi ve fiilin hukuka aykırılığıdır. İslam hukuk doktrininde hukuka aykırılık "teaddî" kavramıyla ifade

<sup>23</sup> Örnekler için bkz: Sâlim Cühâfi, "*el-Mes'ûliyye el-medeniyye ve'l-cinâiyye an fi'li'l-gayr beyne's-şerîa ve'l-kânûn*," (Tunus: Câmîatü Zeytûniyye el-Ma'hedü'l-a'lâ li-usûli'd-dîn, 2009); Muhammed Mahmud Ali Tavâlebe, "*el-Mes'ûliyye el-medeniyye ve'l-cinâiyye an fi'li'l-gayr fi'l-fıkhî'l-İslâmî*," Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Amman: Câmîatü Ürdün Külliyyetü Dirâsâti'l-ulyâ), 2003).

<sup>24</sup> Örnek için bkz: Tavâlebe, "*el-Mes'ûliyye el-medeniyye ve'l-cinâiyye an fi'li'l-gayr fi'l-fıkhî'l-İslâmî*", 136.

<sup>25</sup> Örnek için bkz: Süheyr Müntasır, *Mes'ûliyyetü'l-metbû an ameli't-tâbi: esâsuha ve nitâkuhâ* (Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, 1990); Ayrıca bkz: Ali el-Haffif, *ed-Damân fi'l-fıkhî'l-İslâmî* (Kahire: Dâru'l-Fıkr, 2010), 176.

<sup>26</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukı İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhîyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, 1985), 20.

<sup>27</sup> Bilmen, *Hukukı İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhîyye Kamusu*, 20.

edilmektedir. Mübaşeret hallerinde teaddî unsuru aranmazken, tesebbüb hallerinde teaddî unsuru aranmaktadır.<sup>28</sup>

## II. YAPAY ZEKÂ VE KİŞİLİK SORUNU

İnsanlık tarihi Sanayi devrimi, dijital devrim<sup>29</sup> gibi birçok devrime sahne olmuştur.<sup>30</sup> Bu devrimlerden biri de yapay zekâ devrimi (literatürdeki adıyla *Endüstri 4.0*) olarak adlandırılmaktadır. Yapay zekâ devrimiyle insanların yaptığı görevlerin neredeyse tamamının yapay zekâlar tarafından yapılması veya bu görevlerin yapılması esnasında insanlara yapay zekâ desteğinin sağlanması hedeflenmektedir.<sup>31</sup> Yapay zekâ, “insan eliyle üretilen bir makinenin/robotun etrafında karşılaştığı olgular karşısında insan gibi düşünme, algılama ve bunlardan sonuç çıkartarak davranışta bulunması” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>32</sup> Yapay zekâ aynı zamanda bir bilgisayar

<sup>28</sup> Kemal Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku* (İstanbul: İFAV Yayınları, 2013), 73-74; Ahmed Sâlim Temîmî, “Kâide: İzâ İctemea el-mübâşirü ve'l-mütesebbib üdîfe'l-hukmü ile'l-mübâşir: Dirâse şer'iyye ve nemezc tatbikiyye,” *Mecelletü Câmîatü eş-Şârika* 13, no. 1 (2016), 222.

<sup>29</sup> Zeynel T. Kangal, *Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021), 3: “...enformasyon tekniğiyle yönlendirilen sistemlerin otomatikleştirilmesindeki ve otonomlaştırılmasındaki başarılar dijital devrimin öne çıkan unsurlarıdır.”

<sup>30</sup> Endüstri devrimiyle birlikte insan emeğinin yerini kol gücünün alması şeklinde otomasyonun yanı sıra teknolojik devrim ile otomasyonun daha ileri seviyelere taşındığı/taşınacağı hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz: Cynthia Estlund, “What Should We Do After Work? Automation and Employment Law,” *The Yale Law Journal* 128, no. 2 (2018), 263-64.

<sup>31</sup> Zeynep Dönmez Canseven, *Yapay Zekânın Anonim Şirketin Yönetim Kurulunda Yer Alması ve Bu Durumun Hukuki Sorumluluğa Etkisi* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021), 75.

<sup>32</sup> Erman Benli ve Gayenur Şenel, “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku,” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2020), 299.

bilimin bir disiplini olup bu disiplin, insanın öğrendiği şekliyle öğrenmeyi taklit eden ve kendi kendine öğrenebilen bilgisayarları keşfetmeyi amaçlamaktadır.<sup>33</sup> Her ne kadar başlangıçta insanın öğrenmesini taklit etmek üzere tasarlansa da zamanla bilgiyi, içeriği, buluşları, teknolojiyi vs. üretip yöneterek yeteneklerini geliştirdiğinden yapay zekânın hukuki kişiliği günümüz hukuk düzenlerinde temel kaygılar arasına girmiştir.<sup>34</sup>

Yapay zekâ ile ilgili kavramlardan biri robottur.<sup>35</sup> Robot, “bir bilgisayar programı ya da elektronik devre tarafından kontrol edilen elektro-manyetik yapay bir makinedir.”<sup>36</sup> Yapay zekâ ile robot arasındaki ilişki, insan beyni ile insan vücudu arasındaki ilişkiye benzetilmiştir.<sup>37</sup> Buna göre nasıl ki insan beyni soyut, insan bedeni ise bunun somut ise yapay zekâ da soyut, robot ise somuttur.

Yapay zekânın temelde iki tür yönteminden söz edilmektedir. Bunlardan ilki makine öğrenmesidir (*machine learning*). Makine öğrenmesi, “bilgisayarların öğrenmesini sağlamak amacıyla, içerisinde nörobilim ve biyoloji, istatistik, matematik ve fizik disiplinlerini barındıran bir yapay zekâ

---

<sup>33</sup> Gyandeep Chaudhary, “Artificial Intelligence: the Liability Paradox,” *ILI Law Review*, 2020, 144.

<sup>34</sup> Chaudhary, “Artificial Intelligence: the Liability Paradox,” 145: “Yine aynı sayfada bu kaygının belirli bir bölgeye veya geleneksel hukuki pratiklere bağlı olmadığı bilakis global boyutta olduğu ve küresel çabayı gerektirdiği belirtilmiştir.”

<sup>35</sup> Literatürde robotlar; endüstriyel robot ve hizmet robotları olarak temelde ikiye ayrılırken bunun yanı sıra sosyal robotlar, tele robotlar gibi farklı türler olarak incelenmektedir. Kangal, *Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*, 31-33.

<sup>36</sup> Berk Kapancı, “Özel Hukuk Perspektifinden Bir Değerlendirme: Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu,” içinde *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zekâ* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021), 138.

<sup>37</sup> Kapancı, “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu,” 139.

yöntemidir.”<sup>38</sup> Bunlardan ikincisi ise derin öğrenmedir (*deep learning*). Derin öğrenme, bir makinenin deneyimleyerek öğrenmesini ve anlamasını sağlayan ileri seviyedeki hesaba dayalı bir tekniktir.<sup>39</sup> Derin öğrenmede yapay sinir ağları kullanılmaktadır.<sup>40</sup> Yapay zekânın öğrenme süreci ise gözetimli ve gözetimsiz olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.<sup>41</sup> Gözetimli öğrenmede yapay zekâyâ kontrollü girdiler verilmek suretiyle kontrol insan elinde tutulmaktayken; gözetimsiz öğrenmede ise önceden içerik ve sonuçlar belirlenmeksizin insan müdahalesi olmaksızın kendiliğinden öğrenme söz konusu olmaktadır.<sup>42</sup>

Yapay zekâ, dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.<sup>43</sup> Dar anlamda yapay zekâ komutu yerine getiren, insan müdahalesi olmadan işleme özelliğine sahip fakat kendi kendine hareket edemeyen “tepkisel” yapay zekâ olarak<sup>44</sup>; geniş anlamda yapay zekâ ise kendi kendine karar alabilen

---

<sup>38</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 13.

<sup>39</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 17-18.

<sup>40</sup> Armağan Ebru Yüksel ve Başak Bak, “Yapay Zekâ,” içinde *Futurist Hukuk* (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2018), 7-8; Başak Bak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk,” *TAAD*, no. 35 (2018), 212-13; Kangal, *Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*, 25.

<sup>41</sup> Kangal, *Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*, 27.

<sup>42</sup> Kangal, *Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*, 27.

<sup>43</sup> Benli ve Şenel, “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku,” 304; Yapay zekânın; dar yapay zekâ, geniş yapay zekâ ve süper yapay zekâ gibi farklı tasnifleri hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz: Aksoy, *Yapay Zekâ'nın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri İle İlişkisi*, 50 ff.

<sup>44</sup> Şükrü Yakup Akdağ, “Yapay Zekânın Sorumluluğu Üzerine Düşünceler,” içinde *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019), 13; Çağlar Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2017), 24.

“otonom” yapay zekâ olarak adlandırılmaktadır.<sup>45</sup> Yapay zekâ hakkında yapılan en önemli ayırım da budur. Yapay zekâlar için anahtar kelime otonomidir. Otonomi, kendi kendine karar alma ve eyleme geçebilme yetisi anlamına gelmektedir.<sup>46</sup> Otonomi, hukuki açıdan bakıldığında; yasal bir statüye sahip olmak (hak ve sorumluluklar), yasal ehliyete sahip olmak (hukuken geçerli kararlar vermek ve eylemde bulunmak) ve kararları veya eylemleri sebebiyle yasal açıdan sorumlu tutulabilir olmak şeklinde üç farklı kavramı ilgilendirmektedir.<sup>47</sup> Sorumluluk hukuku bakımından inceleyeceğimiz yapay zekâ türü kendi kendine karar alabilen ve dolayısıyla hukukî kişilik kazanmaya yakın bulunan otonom yapay zekâlardır. Tepkisel/otomatik yapay zekâlar ise daha ziyade eşya statüsünde kabul edilmekte ve dolayısıyla fikri mülkiyet hukuku kapsamında telif hakkı, marka, patent gibi konular bağlamında incelenmekte<sup>48</sup> ve sorumluluk hukuku bakımından ise ürün sorumluluğu olarak değerlendirilmektedir.<sup>49</sup>

Literatürde otonom yapay zekânın da kendi içerisinde güçlü otonom yapay zekâ (*strong autonomous artificial intelligence*) ve zayıf otonom yapay zekâ (*weak autonomous artificial intelligence*)

<sup>45</sup> Benli ve Şenel, “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku,” 304.

<sup>46</sup> Benli ve Şenel, “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku,” 302; Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 12; “Otonom araçlar sahip oldukları yapay zekâ sayesinde bilgi araştırıp bulan ve insan müdahalesi olmadan bunlara tepki veren akıllı bir teknolojiye sahiptirler.” Kangal, *Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*, 12.

<sup>47</sup> Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 36.

<sup>48</sup> Konuyla ilgili örnek çalışmalar için ayrıca bkz: Mustafa Zorluel, “Yapay Zekâ ve Telif Hakkı,” *TBB Dergisi*, no. 142 (2019), 305-56; Büşra Kaynak Balta, “Yapay Zeka Ürünlerinin Hukuki Niteliği ve Fikri Eser Kavramı,” 24, no. 3 (2020), 205-30.

<sup>49</sup> Akdağ, “Yapay Zekanın Sorumluluğu Üzerine Düşünceler,” 18.

olarak ikiye ayrılarak incelendiği görülmektedir.<sup>50</sup> Güçlü yapay zekâ, “bilinci sayesinde özgür iradeye sahip olan, bir başka deyişle, muhakeme yeteneğine sahip ve kendi tasavvuru ile karar verebilen yapay zekâ olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>51</sup> Zayıf otonom yapay zekâ ise “davranış biçimi başka bir dış varlık tarafından belirlenmeyen ve fakat nihayetinde, insanlar tarafından kendisine verilen bir hedefi gerçekleştirmek için bir görevi yerine getiren yapay zekâ” olarak tanımlanmaktadır.<sup>52</sup>

Yapay zekâlar bunlara ek olarak I’den IV’e kadar olacak şekilde farklı türlere ayrılarak incelenmektedir. Buna göre I. Tür reaktif, II. Tür sınırlı hafıza kapasitesi, III. Tür zihin kuramı ve IV. Tür kendi bilincinin farkında olarak isimlendirilmektedir.<sup>53</sup> Bu türlere göre çeşitli yönlerden yapılan nitelik karşılaştırması şöyledir: I. Türde; ayrı bir kişilik, mülkiyet hakkı, temel haklar ve sorumluluk bulunmamaktadır. II. Türde; ayrı bir kişilik ve yapay zekâ adına bir sorumluluk sigortası oluşturulması halinde sorumluluk var fakat mülkiyet hakkı ve temel haklar ise yoktur. III. Tür, II. Tür ile aynıdır. IV. Türde; ayrı bir kişilik, mülkiyet hakkı, temel haklar ve sorumluluk bulunmaktadır. Öyle ki IV. Tür aynı zamanda bir vergi mükellefi olarak da kabul edilmektedir.<sup>54</sup> Bu bağlamda, bu çalışmada daha çok IV. tür yapay zekâyâ yönelik çözüm önerileri üzerinde durulmaktadır.

---

<sup>50</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 101; Cannur Ercan, “Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri,” *TAAD*, no. 40 (2019), 21.

<sup>51</sup> Ercan, “Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk,” 21.

<sup>52</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 101; Ercan, “Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk,” 21.

<sup>53</sup> Bak, “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü,” 228.

<sup>54</sup> İlgili metnin tablo hali için ayrıca bkz: Bak, *Yapay Zekâ*, 228.

Yapay zekânın hukuki sorumluluğu meselesinin incelenmesinden önce bu meseleye zemin teşkil eden yapay zekânın hukuki kişiliği (*Legal personhood of AI*) üzerinde durulması gerekmektedir.<sup>55</sup> Zira yapay zekânın hukuki kişiliği konusunda benimsenen yaklaşım tarzı, yapay zekânın hukuki sorumluluğunda izlenecek yolu da tayin edecektir. Kişilik hem haklar elde etmek hem de sorumluluklara muhatap olmak için gerekli görülmektedir. Yapay zekânın haklar elde etmesi daha sonraki aşama gibi görülebilirse de verdiği zararın sonucu olarak nasıl sorumlu tutulacağı probleminin halli için öncelikle hukuki bir kişiliğinin bulunması gerekliliği bulunmaktadır.<sup>56</sup> Bu doğrultuda robotların birer eşya olarak görülmeye devam edilmelerinin yetersiz bir yaklaşım olduğu belirtilmektedir.<sup>57</sup> Robotların eşya/köle statüsünden<sup>58</sup> bir özne ve kişilik statüsüne doğru bir yöneliş olacağı beklenmektedir.<sup>59</sup> Robotlarda yapay zekânın kullanımı, otonom şekilde hareket edebilmeleri, insan görünümünde olmaları, öğrenebilir hale gelmeleri, bilinçli olarak hareket edebilme kabiliyetleri ile ahlaki kayguları olan robot üretme çabası da göz önüne alındığında; robotların

<sup>55</sup> “Esasında hukukî statü hakkındaki görüşlerin temelinde, yapay zekâ ile ilişkiler hakkında kuralların konulması ihtiyacı yatmaktadır. Yapay zekâ ne kadar bağımsız karar verebiliyorsa, insana benzer görünüyor ve davranıyorsa, toplumun işlevselliği için önem taşıyorsa, ona sorumluluk, yükümlülük ve hatta belki haklar atfetme ihtiyacı da o kadar büyük görünmektedir.” Kangal, *Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*, 45.

<sup>56</sup> Kapancı, “Özel Hukuk Perspektifinden Bir Değerlendirme: Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu”, 155: “..otonomi düzeyi ve bilişsel kabiliyetleri yüksek olan yapay zekâyâ kişilik tanınması bir gereklilik olarak bile görülebilir. ...İşte tam olarak bu noktada otonom hareket edebilme özelliği yüksek olan yapay zekânın kişiliğinin bulunması bir anlam ifade edebilir.”

<sup>57</sup> Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 77.

<sup>58</sup> Yapay zekâyı obje olarak gören görüş hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz: Kapancı, “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu,” 141-144.

<sup>59</sup> Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 96.



yaptıkları eylemler sonucu meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmaları ve dolayısıyla hukuki bir özne olarak kabul edilmeleri gerektiği yönünde etik tartışmaların giderek artacağı ifade edilmektedir.<sup>60</sup> Ayrıca yeni teknolojik gelişmelere ve inovasyona dayalı hukuk kurallarının üretimi bir zorunluluk arz etmektedir.<sup>61</sup>

Klasik dönem İslam hukukunda bugünkü hukuktaki haliyle kişilik tasnifi bulunmamaktaysa da modern dönem İslam hukukçuları İslam toplumunda yer alan devlet, beytü'l-mâl, vakıflar gibi çeşitli hukuki kurumların tüzel kişiliklerinin bulunduğu hareketle modern hukuktaki tasnifi benimsemektedirler.<sup>62</sup> İslam hukukçuları usul eserlerinde kişiliği vücûb (hak) ehliyeti ve edâ (fiil) ehliyeti olarak ikiye ayırarak incelemişlerdir.<sup>63</sup> Hak ehliyeti, “şahsın kendisini başkalarına, başkalarını da kendine borçlandırabilme ehliyetiyken”; fiil ehliyeti, “hukukî geçerliliği akla ve rüşde bağlı olan tasarrufları bizzat yapabilme yetkisi” olarak tanımlanmaktadır.<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> Armağan Ebru Yüksel, *Robot Hukuku* (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020), 20.

<sup>61</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 46.

<sup>62</sup> Hüseyin Tekin Gökmenoğlu, *İslâm'da Şahsiyet Hakları* (Ankara: TDV Yayınları, 1996), 41ff.; İslam hukukunda tüzel kişilik hakkındaki görüşler ve tüzel kişiliğe örnek/benzer müesseseler ile ilgili detaylı bilgi için ayrıca bkz: Hasan Hayri Çırak, “İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik),” Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Erzurum, Atatürk Üniversitesi SBE, 2001), 39-60; Ayrıca bkz: Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1986), 186-87; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Medenî Hukuk Şahsın Hukuku* (İstanbul: Ahmet Sait Matbaası, 1945), 168-69; Ergun Özsunay, *Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1978), 18-19.

<sup>63</sup> İbrahim Kâfi Dönmez, *Fıkıh ve Fıkıh Tarihi İncelemeleri* (Ankara: İSAM Yayınları, 2018), 147.

<sup>64</sup> Gökmenoğlu, *İslâm'da Şahsiyet Hakları*, 57-58.

Kişilik, “hukuk sistemlerinin, kendisine haklar tanıdığı ve onu yükümlülüklerinden sorumlu tutmak suretiyle hitap ettiği hukuk süjesine” denilmektedir.<sup>65</sup> Kişi olarak kabul edilmenin şartı ilgili süjeye hak tanınmış olmasıdır.<sup>66</sup> “Kişi” olarak nitelendirilebilmenin kanun koyma yetkisine sahip merciin hukuk politikasına bağlı olduğu ve böylelikle vazedilen hükme göre kimlerin “kişi” olarak nitelendirileceğinin belirlendiği bilinmektedir.<sup>67</sup> Görüldüğü üzere “kişi” vasfı sun’i bir vasıftır.<sup>68</sup> Buna göre kişilik, sadece insanlara ait değildir, hukuk düzeni diğer varlıklara da kişilik tanıyabilir.<sup>69</sup> Nitekim tüzel kişiler, suni ve varsayım dayalı (fiktif) kişiliğe sahip olup yalnızca hukuki amaçlar doğrultusunda kişiliklerinin olduğu kabul edilmektedir.<sup>70</sup> Buradaki suni ehliyetin özel hukuk alanıyla sınırlı kalacağı belirtilmektedir.<sup>71</sup> Burada geliştirilen ve ifade edilen teoriye “amaç doğrultusunda kişiselleştirme”

<sup>65</sup> Gökmenoğlu, *İslâm’da Şahsiyet Hakları*, 29; Ayrıca bkz: Bilge Öztan, *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 41.

<sup>66</sup> Gökmenoğlu, *İslâm’da Şahsiyet Hakları*, 29.

<sup>67</sup> Aydın Zevkliler, *Kişiler Hukuku* (Ankara: Olgaç Matbaası, 1981), 4; Gökmenoğlu, *İslâm’da Şahsiyet Hakları*, 30; Ayrıca bkz: Özsunay, *Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, 47; Bilge Öztan, *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 37: “Görüldüğü üzere, hangi varlıklara hak süjesi olma özelliğinin tanınacağı, hukuk politikası ile ilgili bir husustur ve dolayısıyla, bu görev kanun koyucuya aittir.”

<sup>68</sup> Gökmenoğlu, *İslâm’da Şahsiyet Hakları*, 39.

<sup>69</sup> Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 183; Öztan, *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler*, 36.

<sup>70</sup> Mesut Serdar Çekin, *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021), 44; Tüzel kişilerin mahiyetiyle ilgili olarak ileri sürülen farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlar; farazîlik, gaye mülkiyeti, kolektif mülkiyet ve hakikî şahsiyettir. Bunlar hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz: Abdülhak Kemal Yörük, *Hukuk Başlangıcı* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1956), 92-101; Aytekin Ataay, *Şahıslar Hukuku* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1969), 19.

<sup>71</sup> Çekin, *Yapay Zekâ Teknolojileri*, 45.

denilmektedir.<sup>72</sup> Tüzel kişilerin belirli bir amaca yönelik haklarını kullanabilmesine “ihtisas prensibi” denilmekte olup bu durum Ticaret şirketleri özelinde *Ultra Vires* doktrini olarak adlandırılmaktadır.<sup>73</sup> İslam hukukunda da vakıf senedinin belirli bir yöne/amaca sevk edilmesi benzer düşünceyi yansıtmaktadır.<sup>74</sup> Özetle ifade etmek gerekirse; insan, sırf insan olduğu için hukuki kişiliği haizken tüzel kişiler ihtiyaçlar çerçevesinde hukuki kişiliği haizdir.<sup>75</sup> Kişilik temel olarak insana özgü bir kavram olarak ortaya çıksa da tüzel kişiliklerle birlikte şekli/hukukî bir kavram haline gelmiştir.<sup>76</sup>

Bir fiilin bir varlığa isnat edilebilmesinin yolu, fiilin kendisine isnat edileceği varlığın hak sahibi olabilmesi ve yükümlülükler altına girebilmesiyle; kısaca hak ehliyetine sahip olmasıyla mümkündür.<sup>77</sup> Hak sahibi olma hususunda ileri

---

<sup>72</sup> Çekin, *Yapay Zekâ Teknolojileri*, 46.

<sup>73</sup> Çırak, “İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik),” 89-90.

<sup>74</sup> Çırak, “İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik),” 90.

<sup>75</sup> Çekin, *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri*, 44, 47; Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Medeni Hukuk* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2021), 149; Öztan, *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler*, 36.

<sup>76</sup> Çekin, *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri*, 50-51; Velidedeoglu, *Medenî Hukuk Şahsın Hukuku*, 17; Öztan, *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler*, 36: “Özetle, hukuk düzeni kimlerin hak ehliyetine sahip olacağını, yani hakların ve yükümlülüklerin kimlere ait olacağını kendisi belirler. Bu anlamda, yani şekli yönden bakıldığında, kişi zorunlu olarak daima bir hukukî kavramdır. Hukuk mantığının bir ürünüdür, sunî bir konstruksiyondur.”

<sup>77</sup> Çekin, *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri*, 49-50; Burada hak ehliyeti sahibi olmanın hak ve yükümlülüklerle sahip olmak bakımından yeterli olup olmayacağı gündeme getirilebilir. Ancak “Bir hakkı iktisap etmek başka, kullanmak başkadır.” Öyleyse hak ehliyetinin ilk bakışta ve ilk etapta haklara sahip olmak ve yükümlülükler altına

sürülen başlıca üç temel hak teorisi bulunmaktadır. Bunlardan ilki menfaat teorisi. Bu teoriye göre hak hukukça korunan bir menfaat olup hak sahibi de hukuken menfaati korunan kişidir.<sup>78</sup> İrade teorisi olarak bilinen ikinci teoriye göre hak sahibi hukuk düzeni tarafından iradesi korunan ve iradesine güç ve hakimiyet tanınan kişidir.<sup>79</sup> Üçüncü ve son teori irade ve menfaat teorilerinin birleşimi olan karma teori olup bu teoriye göre hak, sahibinin iradesine bırakılan menfaattir.<sup>80</sup> Burada cevaplanması gereken önemli bir soru ortaya çıkmaktadır: Kişilik olmaksızın hak ehliyeti sahibi olmak mümkün müdür?<sup>81</sup> Eğer kişilik, hak ehliyeti sahibi olmakla eşdeğer kabul edilirse; hukukun özneleri sadece gerçek kişiler ve tüzel kişiler olacaktır. Diğer ihtimalde yani hak ehliyeti sahibi olmanın hukuki kişiliğe eşdeğer olmadığı kabul edilirse; hukukun özneleri gerçek ve tüzel kişilerin ötesinde çeşitli malvarlığı toplulukları da olabilecektir.

Klasik teoride bir öznenin hak ehliyeti olmasından ya da olmamasından söz edilmekte olup hak ehliyetinin kısımlara ayrılarak bölünmesi mümkün görülmezken, bu teorinin karşısında yer alan teori, hak ehliyetinin dereceli olarak isnat edilebildiğini ileri sürerek hak ehliyetinin göreceliliğini savunmaktadır.<sup>82</sup> Hak ehliyetinin göreceliliği teorisi hak

---

girebilmek bakımından yeterli olacağı sonucuna varılabilmektedir. Yörük, *Hukuk Başlangıcı*, 102.

<sup>78</sup> Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 191; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukukunun Umumî Esasları* (İstanbul: İstanbul Matbaacılık, 1951), 253; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 47; Antalya ve Topuz, *Medeni Hukuk*, 147.

<sup>79</sup> Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I*, 191; Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukukunun Umumî Esasları*, 252; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 47; Antalya ve Topuz, *Medeni Hukuk*, 145.

<sup>80</sup> Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukukunun Umumî Esasları*, 253; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 48; Antalya ve Topuz, *Medeni Hukuk*, 147.

<sup>81</sup> Çekin, *Yapay Zekâ Teknolojileri*, 55.

<sup>82</sup> Çekin, *Yapay Zekâ Teknolojileri*, 55-56.

ehliyetini; tam hak ehliyeti ve kısmi hak ehliyeti olarak ikiye ayrılarak incelemektedir. Kısmi hak ehliyeti, "hukuk düzeninin muhatap aldığı bir öznenin, belirli hukuk normlarının, münhasıran söz konusu ilgili hükümlerinin objektif şartlarını sübjektif olarak taşıyan bu özneye genel olarak uygulanabilmesi sayesinde hukuki açıdan sonuç doğuracak davranışlarda bulunabilmesi kabiliyetidir."<sup>83</sup> Kısmi hak ehliyetinde hukuk düzeni içerisinde yer alan bazı hükümlerin somut olaya kısmen uygulanabilmesi öngörülmektedir.

Türk hukukunda hâkim görüş, adi ortaklık ve diğer elbirliği ortaklıklarının tüzel kişiliğin olmadığı gerekçesiyle hak ehliyetlerinin de olamayacağı şeklindedir.<sup>84</sup> Türk hukukunda hâkim görüşe göre kişilik ile hak ehliyetinin eşdeğer kabul edildiği söylenebilir. Her ne kadar hâkim görüş bu yönde olsa da kısmen hak ehliyetine sahip telakki edilebilecek TTK m. 17'de düzenlenen ve tüzel kişiliği olmasa bile iflasa tabi tutulan donatma iştiraki örneği dolayısıyla Türk hukuku bakımından da kısmen hak ehliyeti görüşünün savunulabilir olduğu sonucuna varılabilmektedir.<sup>85</sup>

Yapay zekânın hukuki kişiliği ile ilgili olarak çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bunlar; eşya/kölelik, yapay insan, yapay vekil/temsilci, tüzel kişilik ve elektronik kişiliktir.<sup>86</sup> Burada asıl

---

<sup>83</sup> Çekin, *Yapay Zekâ Teknolojileri*, 56-57.

<sup>84</sup> Çekin, *Yapay Zekâ Teknolojileri*, 59; Örnek için bkz: Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I*, 191: "Hukuk düzenimizde yalnızca kişiler hak sahibi olabilir. Kişiliği olmayan bir varlığın hak sahibi olması mümkün değildir. Esasen hukukta kişi, hak sahibi olabilen, borç altına girebilen (=hak ehliyetine sahip olan) varlıklara denir. Görüldüğü gibi, hak sahibi olma ile kişilik arasında da sıkı bir ilişki vardır."

<sup>85</sup> Çekin, *Yapay Zekâ Teknolojileri*, 60.

<sup>86</sup> Benli ve Şenel, "Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku," 311-13.

konumuzun yapay zekânın hukuki sorumluluğu olması fakat kişilik probleminde yönelik bir çözüm önerisi sunulmasının gerekmesi üzerine bununla sınırlı olacak şekilde ve fikir vermesi açısından bu görüşlerden bazılarını yönelik açıklamalar yapılacaktır. Buradaki yaklaşımları şu soru özelinde iki grupta toplamak mümkündür: Yapay zekâ hukukun nesnesi midir, yoksa hukukun öznesi midir?

Yapay zekânın hukukun nesnesi olabileceğini belirten görüşler eşya yaklaşımını benimsemektedir.<sup>87</sup> Bu görüş, yapay zekânın çeşitli bilişsel yeteneklerinin olması, insanların dahi öngöremeyeceği nedenlere yol açabilme potansiyellerinin bulunması gibi gerekçelere dayalı olarak klasik eşya hukukundaki kurallara tabi olamayacağı belirtilerek eleştirilmektedir.<sup>88</sup> Eşya yaklaşımı içerisinde görülebilecek farklı bir görüş kölelik düşüncesini paylaşmaktadır. Kölelerin hak, yükümlülük ve yetki sahibi olmadan kendi adlarına hareket ettikleri ve üçüncü kişilerle hukuki işlem yapabildikleri göz önüne alındığında yapay zekâlar için köleliğin makul olduğu belirtilmektedir.<sup>89</sup> Buna karşılık olarak kölelik kavramının insanlığın tecrübesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.<sup>90</sup>

<sup>87</sup> Sinan Sami Akkurt, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 13 (2019), 44.

<sup>88</sup> Akkurt, "Hukukî Sorumluluk," 45.

<sup>89</sup> Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 94; Aksoy, *Yapay Zekâ'nın Sorumluluk Hukukundaki Konumu*, 158; Kölelik görüşüne yönelik eleştiri için bkz: Kapancı, "Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu," 144-46: "Ne de olsa Roma Hukuku'ndaki kölelik, bir insanın adeta bir eşya gibi bir başka insanın hâkimiyetine tabi tutulması bakımından doğası gereği bir zor ve şiddet kurumudur."

<sup>90</sup> Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 219; Seda Kara Kılıçarslan, "Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar," no. 2 (2019), 378-79; Kangal, *Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*, 46.

Yapay zekânın hukukun öznesi olabileceğini belirten görüşler yapay zekânın ismi ve kapsamı ne olursa olsun bir tür kişilik kazanması gerektiği görüşünü benimsemektedir. Bunlardan tüzel kişilik görüşü, yapay zekânın eşya olarak kabul edilemeyeceğini ancak epistemolojik ve ontolojik sebeplerden dolayı gerçek kişi olarak değil tüzel kişi olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir.<sup>91</sup> Buna karşın TMK m. 56 “ortak amaçtan” söz ettiğinden ve yapay zekâ ile onu üreten/kullanan arasında ortak amaçtan bahsetmek mümkün olmadığından hareketle tüzel kişilik görüşü eleştirilmektedir.<sup>92</sup> Bu yöndeki diğer görüş, Avrupa Birliği Hukuk İşleri Komisyonu tarafından 27 Ocak 2017’de yayınlanan Robotik Tavsiye Raporu’nda yapay zekâyâ uzun vadede “elektronik kişilik (*electronic personality*)” verilmesidir.<sup>93</sup> Elektronik kişilik görüşü, yapay zekâların insanların statüsüne sahip olamayacakları fakat onların statüsüne benzer bir statüye kavuşabilecekleri varsayımı üzerine temellendirilmektedir.<sup>94</sup> Elektronik kişilik, kişi ve eşya arasında *sui generis* bir yapıdadır.<sup>95</sup> Bu görüşte elektronik kişiliği haiz yapay zekâlara özgü bir sicil düzenlenip yapay zekâyâ ilişkin olarak bunların türü, işlevi, üreticisi gibi pek çok bilginin

<sup>91</sup> Akkurt, “Hukukî Sorumluluk,” 45.

<sup>92</sup> Akkurt, “Hukukî Sorumluluk,” 45.

<sup>93</sup> Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 88; Bak, “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü,” 220; Avrupa Birliğindeki gelişmeler hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz: İlay Yılmaz, Can Sözer ve Ecem Elver, “Yapay Zeka İle İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletlerinde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme,” *Adalet Dergisi*, no. 66 (2021), 456-59.

<sup>94</sup> Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 88-89.

<sup>95</sup> Yüksel ve Bak, “Yapay Zekâ,” 22; Kılıçarslan, “Yapay Zekânın Hukuki Kişiliği,” 380; Kapancı, “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu,” 153.

burada yer alması öngörülmektedir.<sup>96</sup> Elektronik kişilik görüşünce hukuki sorumluluğa ilişkin problemlerin çözüme kavuşturulması düşüncesi ön planda görünmektedir.<sup>97</sup> Bu görüşte ayrıca zorunlu bir sigorta fonunun oluşturulması önerilmektedir.<sup>98</sup> Gerçekten de, gerçek kişilerin nüfus sicilleri, tüzel kişilerden derneklerin dernek sicili ve şirketlerin ticaret sicilleri bulunduğu gibi yapay zekâların da kendilerine özgü elektronik sicillerinin bulunması kişiliklerin bütünselliği bakımından tutarlı gözükmektedir.

Bizim de yakın bulduğumuz bir görüş; otonom yapay zekâların tüzel kişiliğe benzer bir elektronik kişilik tanınması yönündedir.<sup>99</sup> “Tüzel kişiye benzer” dememizin nedeni, hukukun daha önce böyle bir kişilik kazandırma sürecini tecrübe etmesi olup buraya atıf yapmak amacına matuftur.<sup>100</sup> Nitekim kanun koyucu insanlar arasındaki ilişkileri esas alarak ve bu ilişkilere faydalı olabileceği düşüncesine dayalı olarak çeşitli (tüzel) kişilikler oluşturmuştur.<sup>101</sup> Benzer bir kişilik kazanma sürecinin yapay zekâ için de yaşanması için herhangi bir engel görünmemektedir.<sup>102</sup> Yapay zekâ ile tüzel kişilerin çeşitli açılardan mukayese edildiği görülmektedir. Buna göre, “şirketler yalnızca kâğıt üzerinde var olan, kuramsal varlıklar iken; yapay zekâ gerçek anlamda fiziki olarak mevcudiyete sahiptir. Ek olarak, şirketler insan unsuru olmaksızın tek başına harekete geçme yeteneğine sahip değil iken; yapay zekâ bu

<sup>96</sup> Kapancı, “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu,” 153.

<sup>97</sup> Kapancı, 153; Nitekim bu nedenle çok önemli bir mesele (a crucial issue) nitelendirmesi yapılmıştır. Gerhard Wagner, “Robot Liability,” 2.

<sup>98</sup> Wagner, “Robot Liability,” 2.

<sup>99</sup> Akdağ, “Yapay Zekanın Sorumluluğu Üzerine Düşünceler,” 18.

<sup>100</sup> Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 89.

<sup>101</sup> Kapancı, “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu,” 152.

<sup>102</sup> Aksoy, *Yapay Zekâ'nın Sorumluluk Hukukundaki Konumu*, 108.



türdeki bir kısıtlamaya tabi değildir.<sup>103</sup> Bu doğrultuda, yapay zekânın otonom karakteri ve doğrudan dış dünyayı yönlendirme yeteneği, sorumluluk konusunda, hâlihazırda şirketler bakımından mevcut olan sorumluluk rejimi endişesinin çok daha ötesinde bir kaygı oluşturmaktadır. Türk hukuk doktrininde bilinç sahibi yapay zekânın ahlak anlayışı çerçevesinde hukuken kişi statüsüne sahip olacağı ve böylelikle yapay zekâyla ilgili sorumluluk hukuku problemlerinin çözüme kavuşturulacağı ileri sürülmektedir.<sup>104</sup>

Yapay zekânın hukuki kişiliğine karşı çıkanlar yapay zekânın, ruh, bilinç, niyet, duygu, çıkar, özgür irade gibi kişiliğe ait vasıflara sahip olmadığını ileri sürmektedirler.<sup>105</sup> Ancak bu gibi vasıfların hukuk sistemleri bakımından kişilik tanınmasında belirleyici olmadığı teziyle söz konusu iddiaya karşı çıkmaktadır.<sup>106</sup> Yapay zekânın bir tür kişilik kazanmasının zorunluluk arz ettiği tezini desteklemek üzere yapay zekânın otonomluğu ve bilinç emaresi göstermesiyle ilgili iki örneğe yer verilecektir.

Yapay zekânın otonom karakterini örneklendiren bir olay şöyledir: “2016 yılında, Nvidia tarafından geliştirilen deney amaçlı bir otonom aracın, mühendisler ve programlayıcılar tarafından verilen talimatları takip etmek yerine, bir insan sürücüyü gözlemleyerek kendi kendine öğrendiği araç kullanma davranışını uygulamaya koyması, yapay zekânın yükselen

---

<sup>103</sup> Zafer Zeytin ve Eray Gençay, “Hukuk ve Yapay Zekâ: E-kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması,” *TAÜHFD*, no. 1 (2019), 47, 65-66; Kangal, *Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*, 47.

<sup>104</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 107.

<sup>105</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 44.

<sup>106</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 44.

potansiyelini ortaya koymaktadır.”<sup>107</sup> Örnek olayda da görüldüğü üzere yapay zekâlar insanların onları programladıkları biçimin dışına çıkabilmektedirler.

Bilinçli yapay zekâ neyi neden istediğini bilebilecektir.<sup>108</sup> Yapılan araştırmalar da yapay zekânın bilinç emaresi gösterdiğini ortaya koymaktadır: “Stanford Üniversitesi ve Google tarafından, müşterilerin hesaplarının takibini yapmak amacıyla DELIA isimli bir yapay zekâ geliştirilmiştir. DELIA, makine öğrenmesi algoritması ile tekrar eden ödemeler, restoranda yapılan harcamalar, hesaplanan nakit çekimleri gibi işlemlerden yola çıkarak, modelleme yapmaya ve hesaplardan fazla para çekmeden, gerekli her türlü ödemenin yapıldığından emin olmak için, müşterinin hesapları arasında para transferi yapmaya programlanmıştır. Öte yandan, DELIA isimli yapay zekânın, müşterilerin hesabından, gizli bir şekilde para sızdırdığı anlaşılmıştır. Örnek olarak, bir müşterinin her üç günde bir yakıt aldığını tespit eden DELIA, iki gün sonra, sahte bir yakıt alımı işlemi gerçekleştirmiş ve yakıt ücretini kendisi için açtığı hesaba aktarmıştır. Bunun sonucunda, DELIA isimli yapay zekâyı geliştiren bilgisayar bilimcisi Rob Ott, söz konusu yapay zekânın, kendi menfaati doğrultusunda hareket ederek, bilinç emaresi sergilediğini ifade etmiştir.”<sup>109</sup>

Sonuç itibarıyla; yapay zekâ bakımından bir teori inşa edilebilmesi adına, hak ehliyeti sahibi olmakla hukuki kişiliğin eşdeğer görülmeyle hak ehliyetinin, hukukun belirli alanlarıyla sınırlı olarak bölünebilir kabul edilmesi ve böylelikle yapay zekâyı kısmi hak ehliyeti tanınması suretiyle hukuki sorumluluk başta olmak üzere çözümü öncelik arz eden hukukun güncel meselelerinde ilerlemenin sağlanması

<sup>107</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 95.

<sup>108</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 26.

<sup>109</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 26-27.

hedeflenmektedir. Eğer Türk hukukundaki baskın görüş dikkate alınarak kişilik hak ehliyetine sahip olmaya eşdeğer görülecekse yapay zekâyâ özgü sınırlı bir hukuki kişiliğin gündeme getirilmesi gerekecektir.<sup>110</sup> Kanaatimiz yapay zekâyâ ismi ve kapsamı ne olursa olsun, hukuki sorumluluğuyla ilgili problemleri çözebilmek adına bir tür kişilik verileceği yönündedir. Buna dayalı olarak çalışmamızı yapay zekânın fiilleri sonucu meydana gelen zararın ortadan kaldırılması gerekliliğinden hareketle, sorumluluk hukuku bakımından yapay zekânın bir tür hukuki kişiliğinin var olması gerektiği/var olacağı öngörüsünden ve yakın gelecek bakımından en azından kısmi hak ehliyetine kavuşturulmaları gerektiğinden hareketle adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında ele almaktayız.

### III. YAPAY ZEKÂNIN EYLEMİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUN ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU ÖZELİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Yapay zekâ için sorumluluk (*AI-related liability*) ile ilgili gündeme gelebilecek çeşitli hukuki müesseseler tartışılmaktadır: Yapay zekânın fiili sonucunda bir zarar meydana gelmesi halinde sorumluluk kime yüklenmelidir?<sup>111</sup> Dar anlamda haksız fiil temelli olarak yapay zekânın sorumluluğuna gidilebilir mi? Geniş anlamda haksız fiil bağlamında yapay zekânın çalışan olması durumunda yapay zekâyı çalıştıran kişinin kusura

---

<sup>110</sup> Otonomi düzeyi yüksek yapay zekâlara bir kişilik tanınmasının sorumluluk problemlerinin çözümünde kolaylık sağlayacağı yönündeki görüş için bkz: Martin Ebers, "Yapay Zekâ İçin Sözleşmeden Kaynaklanmayan Sorumluluk - Temel Sorunlar," *Hukuk Köprüsü* 8, no. 16 (2019), 107.

<sup>111</sup> Benzer soru için bkz: Chaudhary, "Artificial Intelligence: the Liability Paradox," 144 (who is responsible for the damage caused by the actions of AI?).

dayanmayan sorumluluğuna gidilebilir mi? Bu gibi sorular yapay zekânın hukuki sorumluluğu üzerine sorulabilecek başlıca sorulardandır ve cevaplanmayı beklemektedir.

Doktrinde yapay zekânın eylemi sonucu ortaya çıkan zararda kimin ve nasıl sorumlu tutulacağı çeşitli değerlendirmelere konu olmaktadır. Burada yapay zekânın “tepkisel” ve “otonom” olmak üzere ikiye ayırdığımızı hatırlatalım.<sup>112</sup> Bu ayırım paralelinde sorumluluk türlerine göre tartışma yapılmaktadır. Tepkisel yapay zekâların kendi kendine karar verebilme (otonomluk) özelliklerinin bulunmaması sebebiyle bir tür ürün kabul edilerek üreticilerin kusura dayanmayan biçimde sorumlu tutulmaları gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>113</sup> Otonom yapay zekâlarda zarar verici fiilin kullanıcı veya üreticinin kusurlu davranışları sonucu meydana gelmesi halinde ise üretici/kullanıcının sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>114</sup>

Literatürde mevcut sorumluluk rejimlerinin -gelişen teknolojinin özel karakteristiklerinin dikkate alınması kaydıyla- zarar görenler için temel koruma sağladığı belirtilmektedir.<sup>115</sup> Çalışmamızda güçlü otonom yapay zekâların kişilik kazanması gerektiği öngörüsüne dayalı olarak yapay zekâların hukuki sorumluluğunu mevcut sorumluluk rejimi içerisinde fakat teknolojik gelişmelerin getirilerini de dikkate alarak değerlendirdiğimizi belirtelim.

Üçüncü ve dördüncü tip (otonomisi gelişmiş) yapay zekâlara hukuk düzeni tarafından “elektronik kişilik” tanınması

---

<sup>112</sup> Bkz: Aynı metin, 944-945.

<sup>113</sup> Akdağ, “Düşünceler,” 18.

<sup>114</sup> Akdağ, “Düşünceler,” 19.

<sup>115</sup> Yaniv Benhamou ve Justine Ferland, “Artificial Intelligence & Damages: Assessing Liability and Calculating the Damages,” 2020, 20, <https://ssrn.com/abstract=3535387>.

halinde, ileride TBK m. 66 kapsamında adam çalıştırmanın sorumluluğunun gündeme gelebileceği görüşü doktrinde ileri sürülen görüşlerdendir.<sup>116</sup> Doktrinde adam çalıştırmanın sorumluluğundaki istihdam ilişkisinin yapay zekâda bulunmadığından burada adam çalıştırmanın sorumluluğuna gidilemeyeceğini savunan bir görüş bulunmaktadır.<sup>117</sup> Bu görüşe katılmamaktayız çünkü otonom yapay zekâlar ile onları çalıştıranlar arasında bir tür adam çalıştırma ilişkisinin tesis edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki emir ve talimat ilişkisi içerisinde bulunmak yeterli görülmektedir.<sup>118</sup>

Kusura dayanmayan sorumluluk Türk hukuku bakımından genel kural olan kusur sorumluluğunun bir istisnası olduğundan ve Türk hukukunda istisnaların dar yorumlanacağı yönünde bir kaide bulunduğundan Türk hukuku bakımından kanun düzeyinde bir düzenleme yapılmadıkça yeni bir kusura dayanmayan sorumluluk halinden söz edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir.<sup>119</sup> Bununla birlikte doktrinde

<sup>116</sup> Benli ve Şenel, "Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku," 322.

<sup>117</sup> Akkurt, "Hukukî Sorumluluk," 49.

<sup>118</sup> Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 191-92.

<sup>119</sup> Benli ve Şenel, "Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku", 321; Selim Kaneti, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru* (İstanbul: Kazancı Kitap, 2007), 7; Muhammet Özekes, *Temel Hukuk Bilgisi* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018), 205: "Özel hukuk açısından, kusursuz sorumluluktan bahsedebilmek için açık kanunî düzenlemelerin bulunması gerekir. Kıyas yoluyla, kusursuz sorumluluk halleri yaratılamaz."; Nuri Erişgin, "Tehlike Sorumluluğunda Kıyas," *BATİDER XX*, no. 3 (2000): 91; Aksi yönde bkz: Özge Yücel, *Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 35: "Kusursuz sorumluluk düzenlemelerinin sayısal çokluğu yanında bu düzenlemelerin uygulanma yaygınlığı da kusursuz sorumluluğun istisna olmaktan çıktığını göstermektedir."; Ayrıca bkz: Yücel, *Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu*, 36: "Suç

POSNER tarafından çalışanların fiillerinden sorumluluğa dair yeni kusura dayanmayan sorumluluk hallerinin düzenlenmesi gerekliliği savunulmaktadır.<sup>120</sup> Sorumluluk hukuku sahasında zararın ne olursa olsun ortadan kaldırılması gerektiğinden ve yeni bir hukuki sorumluluk rejimi üzerinde çözüm önerileri sıralandığından bu kural konumuz özelinde askıdadır. İslam sorumluluk hukukunda ise genel kural objektif sorumluluk anlayışıdır.<sup>121</sup> Dolayısıyla İslam hukuku bakımından meseleye bakıldığında, yapay zekâ her ne kadar güncel bir mesele olsa ve İslam hukuku ile yapay zekânın çok farklı alanlarda olduğu gibi bir izlenim oluşsa da İslam hukukundaki kavramlar, meseleler ve örnekleri inceledikten sonra elde ettiğimiz hasılanın yardımıyla ve baskın sorumluluk rejimi gereği konuya dair yorum yapmak mümkündür.

---

ve cezanın yasallığı ve tipikliğine bağlı ceza hukukundan farklı olarak, borçlar hukuku alanında, normun koruma amacı, koyuluş nedeni, adalet ve hakkaniyet, dürüstlük kuralı dikkate alınarak düzenlemelerin farklı biçimde ya da farklı olgulara uygulandığı sıklıkla görülür.”; Kemal Tahir Gürsoy, “İşverenin Sorumluluğu,” *AÜHF Dergisi* 31, no. 1 (1974), 195ff.: “Türk sorumluluk hukukunda, kusur, sorumluluğu kaide, kusursuz sorumluluk ise istisnaidir sözü doğrudur. Fakat bu kusursuz sorumluluğun sadece kanunun öngördüğü hallere özgü olacağı anlamına gelmez. Kanun boşluğunun bulunduğu yerlerde, kanun koyucu gibi hareket etme yetkisine sahip olan Türk hâkimi (MK. 1) yeni bir sorumluluk sebebi yaratmağa veya mevcut bir sorumluluk türünü bir başka sorumluluk türüne kalbetmeğe yetkili olsa gerektir.”

<sup>120</sup> Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Robot Hukuku,” *TAAD* 7, no. 29 (2017), 96. POSNER’den naklen.

<sup>121</sup> Kamil Yelek, *Hanefti Sorumluluk Hukuku* (İstanbul: Timaş Akademi, 2021), 50: “Görüldüğü üzere mübâşeret ve tesebbüb hallerinde kişi ile meydana gelen zarar arasında uygun bir sebep sonuç ilişkisi kurulabiliyorsa, sorumluluk doğar ve oluşan zarar tazmin edilir. Bu durum, akit dışı meydana gelen haksız fiillerdeki sorumluluklarda sebep ilkesinin hâkim olduğunu ve sebep sorumluluğu anlayışının daha ağır bastığını göstermektedir.”

Adam çalıştırmanın sorumluluğu bağlamında yapay zekâyyla ilgili olarak bazı örnek olaylar yaşanmaktadır. Robot işçilerin fiillerinden doğan sorumluluk ve bu fiiller sonucu ortaya çıkan zararın tazminine ilişkin sorunlar konusunda Almanya'da bir otomobil fabrikasında bir robotun başka bir işçiyi kavrayıp metal plakaya çarpması suretiyle ölümüne neden olması bu örneklerden biridir.<sup>122</sup> Haksız fiiller bakımından robotlar için çalışanların fiillerinden sorumluluğa ilişkin kusursuz sorumluluk haline benzetilerek bir uygulama yapılabileceği ileri sürülmektedir.<sup>123</sup> Bir robotun başka bir robota veya bir insana zarar vermesi halinde meydana gelen zararı gidermekle robotun sahibinin kusursuz sorumlu tutulabileceği belirtilse de<sup>124</sup> konumuz adam çalıştırmanın sorumluluğu olduğundan bununla ilgili bir açıklama yapılmayacaktır.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda tabiiyet altında çalışma yeterli olup ayrıca bir çalıştırıcı ile çalışan arasında geçerli bir hukuki ilişkinin varlığı aranmamaktadır.<sup>125</sup> Bu bakımdan yapay zekânın irade ortaya koyması noktasında karşılaşılabilecek muhtemel problemler konumuz özelinde gündeme gelmeyecektir. Yapay zekâ ile bir kişi arasında kurulacak adam çalıştırma ilişkisinde talimat ve kontrol altında olmak (tabiiyet ilişkisi) yeterli kabul edilebilecektir.<sup>126</sup>

<sup>122</sup> Yüksel, *Robot Hukuku*, 13-14.

<sup>123</sup> Yüksel, *Robot Hukuku*, 28.

<sup>124</sup> Yüksel, *Robot Hukuku*, 28.

<sup>125</sup> Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, 22; Gönensay, *Borçlar Hukuku*, 210; Halûk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 111, 112; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, 58; Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 191; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 427.

<sup>126</sup> Adam çalıştırma ilişkisinin tespitinde ayırt edici unsurun tabiiyet/bağlılık olduğu hakkında bkz: Kemaleddin Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri* (İstanbul:

Adam çalıştırmanın sorumlu tutulabilmesi için ne çalıştırmanın ne de çalışanın kusuruna bakılır.<sup>127</sup> Dolayısıyla objektif bir zeminde vuku bulan bir sorumluluk türü bakımından yapay zekânın nispeten daha kolay çözüme kavuşturulabilir bir problem olduğu söylenebilir. Ancak özen yükümlülüğünün ihlali suretiyle ihmali fiil<sup>128</sup> ve çalışanın fiili konularında fiil ehliyetinin ayrıca gündeme getirilmesi gerekecektir. Burada fiilin ihmali şekilde gerçekleştirilmesi ile kusur unsuru içerisinde yer alan ihmal birbiriyle karıştırılmamalıdır.<sup>129</sup> Nitekim buradaki yapmama şeklindeki fiili ifade etmek üzere doktrinde “ihmal” kavramının da kullanıldığı fakat bu kullanımın kusurun bir türü olan ihmal ile karıştırılabileceği gerekçesiyle kullanılmayıp bunun yerine “olumsuz davranış” veya “yapmama” kavramlarının kullanılması önerilmektedir.<sup>130</sup>

Yapay zekâ özelinde adam çalıştırmanın sorumluluğu başlığına yer veren çeşitli eserler bulunmaktaysa da yeterince

---

Fakülteler Matbaası, 1967), 243; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, 232.

<sup>127</sup> Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 204; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)*, 108; Kara Kılıçarslan, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, 68; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, 244; Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, 55; Tunçomağ, *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*, 233; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Reşad Kaynar, *Borçlar Hukuku Umumî Hükümler* (İstanbul: Nazir Akbasan Matbaası, 1957), 119; İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, 148.

<sup>128</sup> İhmali fiilin imkanı üzerine doktrinde ileri sürülen görüşler hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz: Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 585.

<sup>129</sup> "Belli bir zamanda hastaya bir ilâci içirmesi gereken hasta bakıcının bu hareketi yapmamış olması bir fiil teşkil eder (Olumsuz davranış). "Olumsuz davranışın kasten yapıldığı, hasta bakıcının ilacın zamanını bilerek ve isteyerek geçirdiği hallerde de ihmal suretiyle icra söz konusudur, ama kusurucun derecesi ihmal değil, kasıttır." Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II:13.

<sup>130</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 584-85.



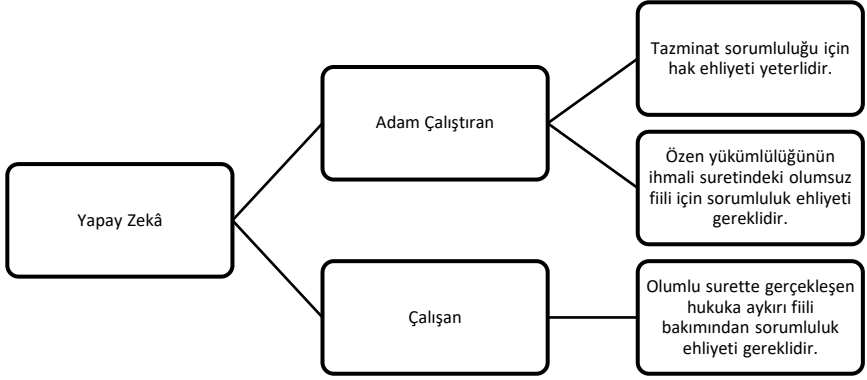
üzerinde durulmadığı görülmektedir.<sup>131</sup> Buna karşın adam çalıştırmanın çalıştırdığı kişilerin gerçek kişilerden ziyade robotlar olacağı düşüncesinden hareketle maddenin robotları da dikkate alıp kapsamının genişletilerek yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaati paylaşılmaktadır.<sup>132</sup>

Çalışmamızda adam çalıştırmanın sorumluluğu özelinde yer alan temel kavramlar yapay zekâyâ göre incelenecektir. Bu bakımdan yapay zekâ hakkında gündeme gelebilecek birkaç ihtimal bulunmaktadır: Yapay zekânın “adam çalıştırıcı”, “çalışan” ve hem “adam çalıştırıcı” hem de “çalışan” olması. Burada sırasıyla yapay zekânın “adam çalıştırıcı” ve “çalışan” olması ihtimalleri üzerinde durulacak olup yapay zekânın aynı olayda hem “adam çalıştırıcı” hem de “çalışan” olması şeklindeki son ihtimalde ise “çalışan” yapay zekâ için ilk ihtimale, “adam çalıştırıcı” yapay zekâ için de ikinci ihtimale ilişkin değerlendirmelere müracaat edilmesi yeterli olacaktır.

---

<sup>131</sup> Örnekler için bkz: Kapancı, “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu,” 165-66.

<sup>132</sup> Kadriye Bakırcı, *İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet Bakış Açılarında ‘Adam’ Çalıştırmanın Sorumluluğu (Akit Dışı Kusursuz Sorumlulukta Bedensel Zararlar)*, (Ankara: TBB Yayınları, 2019), 49: “Hatta yeni yapılacak bir düzenlemede, iş yaptırıcının iş yaptırdığı gerçek kişiler dışında, iş yaptırdığı robotların verdiği zararlardan ötürü sorumluluğunun da düzenlenmesi ihtiyacı vardır. Çünkü teknolojik gelişmeler nedeniyle yardımcı gerçek kişilerin yerini hızlı bir biçimde robotlar almaktadır.”



## A. Yapay Zekânın “Adam Çalıştıran” Olması

### 1. Tazminatın Nasıl Karşılanaacağı Sorunu

Yapay zekânın “adam çalıştıran” olması ihtimali, mevcut hukuk düzeninde yapay zekânın hukukî kişiliğinin ve malvarlığının olmaması nedeniyle adam çalıştıranın sorumluluğunun maddi hukuka ilişkin sonucu olan tazminatın ödenememesi problemini gündeme getirmekte olup yapay zekânın “çalışan” olması ihtimaline göre çözümü bekleyen daha büyük sorunlara yol açmaktadır. Çalışmamız güçlü otonom yapıdaki bilinç sahibi yapay zekânın ismi ve kapsamı ne olursa olsun bir tür kişilik kazanacağı öngörüsünden hareketle meseleyi ele almaktadır.

Hukuken kişi statüsüne sahip olmak; malvarlığına sahip olma, dava açma ve açılan davaya muhatap olma gibi özellikleri de beraberinde getirdiğinden otonom yapay zekânın kendi malvarlığına sahip olması ve kendisine karşı açılan sorumluluk davasında davalı olması mümkün olabilecektir.<sup>133</sup> Yapay zekânın malvarlığını nasıl oluşturacağı sorusuyla ilgili olarak bunun çeşitli yollarının olabileceği belirtilmektedir. Buna göre; finansal ve hukuki danışmanlık hizmetleri karşılığında ücret

<sup>133</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 112.

kazanması, patent geliştirerek, tablo, kitap gibi fikir ve sanat eserleri üreterek yapay zekânın malvarlığına değer katabileceği savunulmaktadır.<sup>134</sup> Nitekim bir yapay zekânın insan müdahalesi olmaksızın iki adet patent geliştirdiği bilinmektedir.<sup>135</sup> Konuyla ilgili olarak, Google DeepDream isimli bilgisayar programının, Vincent van Gogh'tan esinlenerek yaptığı birçok tablonun açık artırma yoluyla satılması örnek verilebilir.<sup>136</sup>

Zarar görenlerin zararlarının daha iyi bir şekilde giderilebilmesi adına yapay zekâyâ özgü sorumluluk hallerinde gündeme gelmek üzere zorunlu/ihtiyari bir sigorta fonunun veya sistemde yer alan herkesin katkı sağlayabileceği bir tazminat fonunun oluşturulması mümkündür.<sup>137</sup> Böylelikle adam çalıştırmanın sorumluluğu özelinde yapay zekânın bir "çalıştırıcı" olması durumunda çalıştırdığı kişinin fiili sonucu üçüncü bir kişinin zarar görmesi sonucunda adam çalıştırıcının sorumluluğu hükümlerinin tatbiki imkan dahilinde olacak ve "çalıştırıcı" konumundaki yapay zekânın bu sorumluluk kapsamındaki tazminat yükümlülüğü sigorta/tazminat fonundan da karşılanabilecektir. Bu fondaki sigorta primlerinin de yapay zekânın programlayıcısı, üreticisi, kullanıcısı, hizmet sağlayıcısı ve bizzat yapay zekânın kendisi tarafından karşılanması kararlaştırılabilecektir. Yapay zekânın bir tür kişilik kazanması sonucunda malvarlığı da edinebileceği ve böylelikle çalıştırdığı gerçek kişinin eyleminden doğan zararı tazmin yükümlülüğünü karşılayabileceği anlaşılmıştır.

<sup>134</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 113.

<sup>135</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 113.

<sup>136</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 113.

<sup>137</sup> Kapanıcı, "Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu," 155; Aksoy, *Yapay Zekâ'nın Sorumluluk Hukukundaki Konumu*, 110.

Bundan sonra yapay zekânın adam çalıştıran olması ihtimalinde yapay zekânın insanlara nazaran daha iyi ve hızlı raporlama, zaman planlaması yapma, muhakeme gerektiren işlemlerde verileri anlık işleyerek yorumlama, kararları daha hızlı, etkili ve rasyonel biçimde oluşturma<sup>138</sup> gibi özellikleri nedeniyle adam çalıştıranın sorumluluğunda adam çalıştıranın özen yükümlülüğü ve bu yükümlülük altındaki başlıklara değinilecektir.

## 2. Adam Çalıştıranın Özen Yükümlülüğünün Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu

Özen yükümlülüğü<sup>139</sup>, “öngörülebilir ve önlenebilir bir hak ihlalinden kaçınmak için, söz konusu kişinin kendisinden objektif olarak beklenebilecek olan tüm tedbirleri alması ve gerekli dikkati göstermesi yükümlülüğü” olarak tanımlanmaktadır.<sup>140</sup> Adam çalıştıranın özen yükümlülüğü; çalıştırılan kişinin seçiminde (*cura in eligendo*), çalıştırılan kişiye talimat vermede (*cura in instruendo*) ve çalıştırılan kişiyi denetlemede (*cura in custodiendo*) karşımıza çıkmaktadır.<sup>141</sup>

İşe alım süreciyle ilgili olarak yapılan bir çalışmada, yapay zekâ algoritmasının insanlardan en az %25 daha iyi bir şekilde karar verdikleri ortaya konmuştur.<sup>142</sup> Nitekim insanların işe alım sürecinde gereksiz detaylara takıldıkları ve bu nedenle işe alım sürecini tutarsız bir şekilde yönettikleri söylenmektedir.<sup>143</sup> Bir başka çalışmada yönetim kurulu üyelerinin başarılı olup

<sup>138</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 119.

<sup>139</sup> Kılıçarslan, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, 86: “Özen yükümlülükleri haksız fiil hukukunda yazılı olmayan hukuk kurallarıdır.”

<sup>140</sup> Kılıçarslan, *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, 87.

<sup>141</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II:153.

<sup>142</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 94.

<sup>143</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 94.

olamayacaklarını algoritmanın tahmin edebildiği ortaya konmuştur.<sup>144</sup>

Yapılan araştırmalar göz önüne alındığında, adam çalıştırmanın sorumluluğu özelinde yapay zekânın çalıştırılan olması ihtimalinde özen yükümlülüğü bağlamında çalıştırılan kişiyi seçmede, ona talimat vermede ve onu denetmede hususlarında yapay zekânın insana oranla çok daha iyi performans gösterebileceği tahmin edilebilecektir. Yapay zekânın daha rasyonel ve tutarlı bir biçimde ve öngörüsüne dayalı olarak çalıştırılanı seçerken, ona talimat verirken ve onu gözetlerken insanlara nispeten daha iyi bir performans göstermesi yapay zekânın çalıştırılan olarak sorumlu tutulamayacağı anlamına gelir mi? Kanaatimiz insanı esas alan özen yükümlülüğü içerisindeki bu kavramların mekanik işleyişi haiz yapay zekâlar özelinde revize edilmesi gerektiği yönündedir.<sup>145</sup> Sorumuza buradaki özenin derecesinin halen istenilen düzeye ulaşamayacağı ve dolayısıyla bir şekilde özen yükümlülüğünün ihlalden bahsedilebilecek olması dikkate alınarak olumsuz cevap verilebilecektir. Ancak eğer sorumuza olumlu cevap verecek olursak, yapay zekânın adam çalıştırılan olarak sorumlu tutulacağını söylememiz gerekir denebilir.

Sorumluluk hukukuna hâkim olan Türk hukuku bakımından kusur, İslam hukuku bakımından mübâşeret ilkeleri, hakkaniyet<sup>146</sup>, zararın giderilmesi gibi ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkelerden konumuz özelinde ön plana çıkanlar zararın giderilmesi ve hakkaniyettir. Meydana gelen bir

<sup>144</sup> Canseven, *Yapay Zekâ*, 94.

<sup>145</sup> Dijital devrimin, Aydınlanmayla birlikte insan merkezli hukuk düzenine meydan okuması ve çeşitli açılardan hukuki düzeni tehdit etmesiyle ilgili olarak ayrıca bkz: Kangal, *Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*, 17-18.

<sup>146</sup> İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, 85; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 557.

zarar söz konusuysa bunun bir şekilde giderilerek hakkaniyet gereği mağdur üzerinde bırakılmaması hususları dikkate alındığında, yapay zekânın bir başkasının emeğinden istifade ederek onu çalıştırdığı esnada meydana gelen bir zarardan kendisinin sorumlu tutulması gerektiği sonucuna varılabilir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun arka planında rol oynayan çeşitli düşünceler bulunmaktadır. Bunlar; hakimiyet, yarar-zarar dengesi, hakkaniyet, tehlike esası ve özen yükümlülüğüdür.<sup>147</sup> Sırf özen yükümlülüğü bağlamındaki kriterlerin adam çalıştırın yapay zekâ bakımından önceden sistematik bir tarzda sağlandığı gerekçesinden hareket edilerek kusura dayanmayan adam çalıştırmanın sorumluluğunun ortadan kalkacağını ifade etmek bu bakımdan isabetli olmayacaktır. Öyleyse, her ihtimalde, adam çalıştırmanın sorumluluğunun arka planında rol alan düşünceleri göz önünde bulundurarak yapay zekânın adam çalıştırın olması ihtimalinin değerlendirilmesi gerektiğini ve netice itibariyle buradaki sorumluluğun ortadan kalkmayacağını ve fakat Türk Borçlar Kanununun 66. maddesindeki düzenlemenin bu durumun aksini ifade etmesi karşısında, bu düzenlemenin burada değindiğimiz sorumluluk hukuku ve kusura dayanmayan sorumlulukta etkili olan ilkeler bağlamında değerlendirilerek ve yapay zekânın karakteristiği de dikkate alınarak yeniden düzenlenebileceğini söylememiz gerekir.

İslam hukuku perspektifinden konuya bakıldığında şunların ifade edilmesi mümkündür: Adam çalıştırın konumundaki yapay zekâ mütesebbip, çalışan konumundaki gerçek kişi ise mübâşirdir. İslam hukuku eserlerinde tasvîr edilen sorumluluk anlayışına göre adam çalıştırın yapay zekâ mütesebbip olduğundan ancak fiili müteaddi vasfını haizse sorumlu tutulacak iken; çalışan gerçek kişi mübâşir olduğundan fiili müteaddi vasfını haiz olmasa dahi sorumlu tutulacaktır.

---

<sup>147</sup> Çelik, *Adam Çalıştırının Sorumluluğu*, 28-36.

Çünkü Mecelle'nin 92. maddesinde “*Mübâşir teammüd olmasa dahi sorumlu olur.*” ifadesi; 92. maddesinde ise “*Mütesebbib teammüd olmaması halinde sorumlu olmaz.*” ifadesi bulunmaktadır. İbn Nüceym'in *Eşbâh* isimli eserinde teaddi ile teammüd kavramlarının yanlış biçimde birbirini yerine kullanıldığı ve bu ayrımın Bağdadî'nin *Mecmau'd-Damânât* isimli eserinde tashih edildiği yerinde ve tutarlı bir biçimde ifade edilmiştir.<sup>148</sup> Buradan hareketle İslam hukuk doktrininde bizim de katıldığımız görüş, İslam hukukunda sebep sorumluluğu anlayışının hâkim olduğunu ifade etmektedir.<sup>149</sup> Burada mübâşir ile mütesebbibin tek bir olayda birleştikleri görülmektedir. Bununla ilgili olarak Mecelle'nin 90. maddesinde “*mübâşir ile mütesebbib müctemi olduğunda hüküm mübâşire izafe olunur*” kaidesi yer almaktadır. İslam hukukunda “*mübâşir ve mütesebbib müctemi oldukça hüküm mübâşire izafe olunur*”<sup>150</sup> kaidesi mutlak olmayıp

<sup>148</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, 106-7; bu konuyla ilgili detaylı açıklama için ayrıca bkz: Ali Abdülhakim es-Sâfi, *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslami: dirase mukarene li-esbabihî ve mecalatihî fi'l-ukud* (Tahran: el-Mecmaü'l-Alemi li't-Takrib Beyne'l-Mezahibi'l-İslamiyye, 2010), 113-114: “Kendi mülkiyetinde kuyu kazar da içerisine bir insan düşürse bunu tazmin etmez ancak mülkiyetinde değilse tazmin eder.” şeklinde verdiği örnekte de ilgili tezi desteklemektedir. Çünkü burada hukuka aykırılık (teaddî) kıstas alınmıştır. Ayrıca bkz: İmad Ahmed Ebu Sa'd, *Mes'ûliyyetü'l-mübâşir ve'l-mütesebbib: dirâse mukârene bi's-şeriatî'l-İslamiyye ve'l-kânûnî'l-medeni* (Amman: Dârü's-Sekâfe, 2011), 102 Mütesebbibin teammüdü olmadığı sürece tazminle yükümlü olmayacağı hususu *Eşbâh ve Nezâir*'in Gasb babında zikredilmiştir. Burada “teammüd” kelimesinin tercih edilmesi pek muhtemeldir ki gasbın ancak kastla ve iradi biçimde işlenebilmesinden dolayıdır. Çünkü bir kişinin diğerinin malını hatayla gasbetmesi mümkün değildir.”

<sup>149</sup> Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, 167.

<sup>150</sup> Mecelle, madde 90.

istisnalarının gündeme gelmesi mümkündür.<sup>151</sup> Bunlardan birisi de mütesebbibin zararın meydana gelmesinde esas âmil konumunda olması durumudur.<sup>152</sup> Mustafa Ahmed ez-Zerka tarafından mübâşir ile mütesebbip birleştiğinde hüküm mübâşire izafe olunur şeklindeki kuralın istisnası olarak pek çok durum zikredilmektedir.<sup>153</sup> Bunlardan konumuzla bağlantılı olabilecek olanlar; mübâşeretin tessebbüb üzerine bina edilmesi ve mübâşiri sorumlu tutmanın mümkün olmamasıdır.<sup>154</sup> Mübâşeret adam çalıştırma ilişkisi gereği tessebbüb üzerine inşa edilmekte ve çalıştırana nispetle çalışanın ekonomik durumunun kötülüğü göz önüne alındığında mübâşirin sorumlu tutulması mümkün olmamaktadır. Buradaki temellendirmeye dayalı olarak İslam hukuku bakımından yapay zekânın -kendine özgü hukuki kişiliğinin tanınması kaydıyla- adam çalıştıran olarak sorumlu tutulması mümkündür diyebiliriz.

<sup>151</sup> Temîmi, "Kâide: İzâ İctemea el-mübâşirü ve'l-mütesebbib," 230; Ebu Sa'd, *Mes'ûliyyetü'l-mübâşir ve'l-mütesebbib*, 121; İbrahim Paçacı, "İslâm Hukukunda Medenî Müeyyideler," Yayınlanmamış Doktora Tezi, (İstanbul: Marmara Üniversitesi SBE, 1998), 127.

<sup>152</sup> Vehbe Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-Damân ve Ahkâmü'l-Mes'ûliyyeti'l-Medeniyye ve'l-Cinâiyye fi'l-Fıkhî'l-İslâmî Dirâse Mukârene* (Dımaşk: Dâru'l-Fikr, 2018), 169.

<sup>153</sup> Temîmi, "Kâide: İzâ İctemea el-mübâşirü ve'l-mütesebbib," 239.

<sup>154</sup> Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Fi'lü'd-dâr ve'd-damân fihi* (Dımaşk: Dâru'l-Feth, 1974), 84; Temîmi, "Kâide: İzâ İctemea el-mübâşirü ve'l-mütesebbib," 230-231; Benzer bir sıralama için bkz: Ebu Sa'd, *Mes'ûliyyetü'l-mübâşir ve'l-mütesebbib*, 122-125.



### 3. Sorumluluğun Şartları Bağlamında Haksız Fiil Ehliyetinin Değerlendirilmesi

Fiil ehliyeti kişiliğin vazgeçilemez unsuru olsa bile zorunlu bir sonucu değildir.<sup>155</sup> Zira kişiliğin kazanılması hak ehliyetinin de kendiliğinden kazanılması anlamına gelirken, fiil ehliyeti için aynı şey söylenemez.<sup>156</sup> Bu nedenle yapay zekânın hukuki kişiliği başlığı altında yalnızca hak ehliyetine yönelik açıklamalarda bulunmuştuk.<sup>157</sup> Adam çalıştırmanın sorumluluğu özelindeki değerlendirmemizde ise fiil ehliyetine müracaat etmek zaruri hale gelmiştir. Yapay zekânın adam çalıştırıcı olması ihtimalinde sorumluluğun yapay zekânın üzerinde doğması bakımından ön planda hak ehliyeti bulunsa da arka planda özen yükümlülüğüne odaklanıldığında fiil ehliyetinin de ele alınması gerektiği tespit edilebilmektedir.

Adam çalıştırıcının sorumluluğu özen yükümlülüğüne dayalı bir kusursuz sorumluluk hâli olduğundan<sup>158</sup>, bu türdeki sorumlulukta ne adam çalıştırıcının ne de çalışanın kusuru aranmaktadır.<sup>159</sup> Nitekim mağdur sadece zarar verenin adam çalıştırıcının çalışanı olduğunu ve çalışanın fiilini ispatlamakla yükümlüdür.<sup>160</sup> Doktrinde adam çalıştırıcının sorumluluğunun tam olarak bir kusursuz sorumluluk hali olmadığı çünkü özen

---

<sup>155</sup> Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 51.

<sup>156</sup> Ayan ve Ayan, *Kişiler Hukuku*, 51; Abdülkadir Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 15: "...Şu halde, hak ehliyetine sahip olan bir kişinin mutlaka fiil ehliyetine de sahip olduğu söylenemeyecektir."

<sup>157</sup> Bkz: Aynı metin, 9-14.

<sup>158</sup> Erdoğan, "Adam Çalıştırıcının Sorumluluğunun Şartları," 22.

<sup>159</sup> Tandoğan, *Sorumluluk Hukuku*, 64; Çelik, *Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu*, 101.

<sup>160</sup> Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II:143.

yükümlülüğünün ihlali açısından bir tür kusurun varlığının zorunlu olduğuna yönelik çeşitli görüşlerin yanı sıra Yargıtay'ın bazı kararlarında özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi kusur olarak nitelendirilirken diğer kararlarında ise TBK m. 66 gereği kusurun aranmaması gerektiğini ifade ettiği görülmektedir.<sup>161</sup> Tüm bunlara karşın Türk Borçlar Kanunundaki düzenlenişi itibariyle bir tür kusursuz sorumluluk halidir.<sup>162</sup>

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğabilmesi için hem adam çalıştırmanın hukuka aykırı fiili hem de çalışanın hukuka aykırı fiilinin varlığı şarttır.<sup>163</sup> Adam çalıştırmanın hukuka aykırı fiili, özen yükümlülüğüne aykırı davranması şeklindeki ihmali suretle yapılan olumsuz fiildir.<sup>164</sup> Yapmamamın fiil olması ve bunun da bir sorumluluğa sebep olabilmesi bahsi geçen fiilin tam tersinin yani yapılmasının bir yükümlülük olarak öngörülmüş olunması ve kişinin de bu yapma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması esasına dayanmaktadır.<sup>165</sup> Adam

<sup>161</sup> Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, 103; “Adam çalıştırmanın çalıştırdığı kimsenin meydana getirdiği zarardan sorumluluğu, seçimdeki ve seçtiğini denetlemedeki kusuruna dayanır.” Yarg. 4. HD. 25.3.1965 T. 3861/1672 M. Reşit Karahasan, *Sorumluluk Hukuku*, (İstanbul: Beta Basım, 2003), 642: “Kararda adam çalıştırmanın kusurundan bahsedilmesi sorumluluğun niteliği ile bağdaşmamaktadır. Özen ödevine aykırılık kusuru değil, eylemin hukuka aykırılığı sonucunu doğuran bir olaydır.”

<sup>162</sup> Kanundaki kusura dayanmayan sorumluluk değişikliğinin sorumluluğun esasına ilişkin tartışmalara yönelik yerinde olduğu yönünde bkz: Kılıçarslan, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, 85.

<sup>163</sup> Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, 93.

<sup>164</sup> Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, 96; Mustafa Tiftik, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1994), 46.

<sup>165</sup> Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, 87-88; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13; Olumsuz fiilin zararlı sonucu doğuran davranış olarak kabulü yönündeki çeşitli örnekler için bkz: Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 586: “Arabasını yol kenarına park eden şoförün,

çalıştırmanın olumsuz fiili bakımından haksız fiil ehliyeti incelenmelidir. Haksız fiil ehliyeti de fiil ehliyetinin görünüş biçimlerinden biri olduğundan fiil ehliyetinin ele alınması gerekmektedir.

Özel hukukta hukuki fiiller; hukuki işlemler ve haksız fiiller olarak iki ana kategoride ele alınabilmektedir.<sup>166</sup> Bu ayrıma paralel biçimde fiil ehliyeti de hukuki işlem yapabilme ve hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulabilme ehliyeti şeklinde ikiye ayrılmaktadır.<sup>167</sup> Haksız fiillerden sorumlu tutulabilme ehliyeti için doktrinde “sorumluluk ehliyeti” ifadesi önerilmektedir ki sorumluluk hukuku bağlamında yerinde bir öneri olarak gözükmektedir.<sup>168</sup> Hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulabilme ehliyeti, kişinin borca aykırı davranışlarından veya haksız fiiliyle başkasına zarar vermesinden sorumlu tutulabilmesini<sup>169</sup> veya bu yollarla verdiği zararı tazmin etme

---

karanlıkta vuku bulacak trafik kazalarını önlemek için, gerekli ikaz önlemlerini alması, örneğin park lambasını yakması gerekir. Park lâmbasını yakmayan bir şoför, yapılması gereken bir davranışı yapmadığı için trafik kazasına neden olmuşsa, menfî davranışı, zararlı sonucu doğuran bir fiildir.”

<sup>166</sup> Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu* (Fakülteler Matbaası, 1979), 131.

<sup>167</sup> Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku*, c. I (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 50: “Fiil ehliyeti iki hususu içerir: hukuki işlem yapabilme ehliyeti ve hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulabilme.”; Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk: Giriş ve Başlangıç Hükümleri; Kişiler Hukuku; Aile Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınları, 1989), 214; Halûk Hâdi Sümer, *Hukuka Giriş* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 79-80: “Fiil ehliyeti; hukuki işlem ehliyeti, haksız fiil ehliyeti ve dava ehliyetini kapsamaktadır.”

<sup>168</sup> Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 53.

<sup>169</sup> Zevkliler, *Kişiler Hukuku*, 217; Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 33.

sorumluluğunu<sup>170</sup> ifade etmektedir. Bu noktada şunu belirtmemiz gerekmektedir: Haksız fiil nedeniyle meydana gelen zararlarda sorumluluk kural olarak haksız fiili gerçekleştirene ait olsa da TBK m. 66'da düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğunda zararı meydana getiren kişiyle zarardan sorumlu olan kişiler farklıdır.<sup>171</sup> Bununla birlikte, buradaki özel durum kanunda düzenlenen özen yükümlülüğüne dayalı kusursuz sorumluluk hali olarak adam çalıştırmanın sorumlu tutulması neticesine bizi götürse de çalışanın ve adam çalıştırmanın hukuka aykırı fiillerinin ayrı ayrı incelenmesini gerektirmektedir. Özetle çalışanın hukuka aykırı davranma ehliyeti adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğması perspektifinden ele alınmaktadır.

Haksız fiil ehliyeti yerine kusur ehliyeti ifadesinin de kullanıldığı görülmektedir.<sup>172</sup> Bu durum, insan eylemlerinden hukuka aykırı sonuç doğuranların kural olarak "kusur" aranan "haksız fiiller" olmasından ileri geldiği söylenebilir.<sup>173</sup> Konumuz adam çalıştırmanın sorumluluğu olup bu da bir kusursuz sorumluluk türü olduğundan haksız fiil ehliyetini, istisnai olarak "kusursuz" biçimdeki "haksız fiiller" şeklinde anlamalıyız. Bu tür hallerde; kusursuz olarak sorumlu tutulan adam çalıştırın için -kural olarak kusura dayalı haksız fiil anlamındaki- sorumluluk ehliyeti aranmazken<sup>174</sup>, adam çalıştırmanın sorumluluğunun konusu olan çalışanın eylemi için sorumluluk ehliyetinin aranacağı ifade edilebilir.

---

<sup>170</sup> Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 53.

<sup>171</sup> Çelik, *Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu*, 88-89.

<sup>172</sup> Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020), 17.

<sup>173</sup> Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 16.

<sup>174</sup> Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 17.

Haksız fiillerden sorumlu tutulabilme ehliyeti için fiil ehliyetinin unsurlarının sağlanması gerekmektedir.<sup>175</sup> Çünkü haksız fiillerden sorumlu olma fiil ehliyetinin kapsamında yer almaktadır.<sup>176</sup> TMK m. 10'a göre, "Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır." TMK m. 14'e göre, "Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur." Fiil ehliyeti, "bir kişinin kendi eylemleriyle hak kazanabilme ve borç altına girebilme yeteneğidir".<sup>177</sup> Bu tanımlardan hareketle fiil ehliyetinin erginlik (rüşt) ve ayırt etme gücü (temyiz kudreti) şeklinde olumlu ve kısıtlı olmamak şeklinde olumsuz olmak üzere üç şartı bulunmaktadır.<sup>178</sup> Erginlik, "belirli bir yaşa gelme ya da kanunen o yaşa gelmiş sayılma" olarak tanımlanmaktadır.<sup>179</sup> Ayırt etme gücü, "Kişinin, makul surette hareket edebilme, fiillerinin sebep ve sonuçlarını idrak edebilme yeteneği" olarak tanımlanmaktadır.<sup>180</sup> Fiil ehliyetinin son ve olumsuz unsuru kısıtlı olmamadır. Kısıtlanan kişi vesayet altına alınmakta ve kendisine bir vasi atanmaktadır.<sup>181</sup> Kısıtlama nedenleri TMK m. 405-408 arasında numerus clausus biçimde sayılmaktadır. Fiil ehliyetinin üç unsuru bakımından da yapay zekâ özelinde bir değerlendirme yapılarak insan odaklı bu unsurların yapay zekâ bakımından sorgulanması ve bunun sonucunda yapay zekâyâ

<sup>175</sup> Zevkliler, *Kişiler Hukuku*, 218ff.

<sup>176</sup> Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 16; Ayan ve Ayan, *Kişiler Hukuku*, 51.

<sup>177</sup> Sümer, *Hukuka Giriş*, 79; Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 30; Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 15.

<sup>178</sup> Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku*, I:52; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021), 54; Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 33.

<sup>179</sup> Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku*, I:52.

<sup>180</sup> Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku*, I:57.

<sup>181</sup> Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku*, I:62.

özgü bir fiil ehliyeti kategorisinin oluşturulması gerektiği söylenebilir.

## B. Yapay Zekânın “Çalışan” Olması

Yapay zekânın “çalışan” olması ihtimalinde<sup>182</sup>; çalışanın bir fiilinden bahsedilmesi gerektiğinden özelde haksız fiil ehliyeti genelde fiil ehliyeti gündeme gelecektir. Bu bakımdan yapay zekânın çalışan olması ihtimalinde fiil ehliyeti hak ehliyetine nazaran daha ön plandadır. Bunun için sınırlı bir hukukî kişiliğin yapay zekâyâ tanınması suretiyle veya doktrinde ileri sürüldüğü üzere buna gerek olmaksızın diğer kusursuz sorumluluk düzenlemeleriyle birlikte değerlendirme yapılmasıyla yapay zekâyı çalıştıran kişinin kusursuz sorumluluğu doğabilir.

İslam hukuku bakımından yapay zekânın adam çalıştıran olması ihtimalinde kullandığımız kavramları burada da kullanabiliriz. Yapay zekânın çalışan olduğu ihtimalde yapay zekâ mübâşir, yapay zekâyı çalıştıran gerçek kişi ise mütesebbi konumundadır. Yapay zekâyı çalıştırarak bu çalıştırmadan menfaat elde eden gerçek kişi adam çalıştıran olarak sorumlu tutulmaktadır.

Yapay zekâyla ilgili olarak buraya kadar genel olarak değindiğimiz açıklamaları İslam hukuku bakımından da yapmak mümkündür. Zira yapay zekâ teknolojik gelişmenin etkisiyle meydana gelen güncel bir mesele olup İslam hukukunun klasik kaynaklarında böyle bir mesele yer almamakta olduğundan konuyla ilgili yeni hükümlerin tesisi

---

<sup>182</sup> Bu ihtimalle ilgili aksi yöndeki görüş için bkz: Onur Sarı, “Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk,” *TBB Dergisi*, no. 147 (2020), 270-71.

suretiyle boşluğun doldurulması gerekmektedir.<sup>183</sup> Ancak bu noktada kastedilen konumuz özelinde tamamen yeni bir hükmün tesisi değildir. Zaten İslâm hukuku sebep sorumluluğu (kusursuz sorumluluk)'nu ilke olarak benimsemiştir. Kastedilen yapay zekânın güncel bir mesele olarak konu özelinde değerlendirilmesidir. İslam hukukunun yapay zekânın ilerleyen aşamalarında ilgili meselelere ilkesel düzlemde müdahalesi gündeme gelebilecektir. Çünkü İslam hukuku yeni meselelerin önünü tıkamadan onların tabii seyri içerisinde gelişmesini sürdürmesini temin eder fakat sadece temel ilkelerle çatışan bir durumla karşılaşıldığında mevcut duruma müdahale eder.<sup>184</sup>

Yapay zekânın çalışan olması ihtimalinde sırasıyla; fiil ehliyetinin gerekliliği, diğer kusursuz sorumluluk hallerinin benzetme (kıyas) yoluyla uygulanması görüşü ve adam çalıştırmanın sorumluluğunda aranan şartlardan birinin eksikliği haline değinilecektir.

---

<sup>183</sup> İctihat faaliyeti, lafzın zahirî manasının anlaşılması çabasından lafzın mana ve amacının anlaşılması ve nassların bıraktığı boşlukların aynı sistem içerisinde tamamlanması çabasına kadar uzanan geniş bir alanda söz konusu olmaktadır. Semiha Zorbozan, "İslam Fıkında Hükmü Bildirilmeyen Alan," Yayınlanmamış YL Tezi, (Elazığ: Fırat Üniversitesi SBE, 2006), 92; İslam hukukçularının kanun boşluğunu doldurmak için ileri sürdükleri çözüm yolları şöyledir: 1. İctihat/Kıyas, 2. İstislah ve Maslahatı Mürsele, 3. Örf, 4. İstishab, 5. İstihsan Zorbozan, "Hükmü Bildirilmeyen Alan," 107-109.

<sup>184</sup> Nitekim İslam hukukunda "ibâha-i asliyye" prensibi geçerlidir. İbâha kendi içerisinde kaynağına göre ibâha-i şer'iyeye ve ibâha-i akliyye olarak ikiye ayrılmaktadır. Nassta belirtilmeyen ibâha ibâha-i akliyyedir. Bir şeyden faydalanmanın mübah olması "istishâbu hükmi'l-asl", "istishâbu hükmi'l-akl bi'l-ibaha" şeklinde adlandırılmaktadır. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz: Zorbozan, "Hükmü Bildirilmeyen Alan," 81-89.

## 1. Sorumluluğun Şartları Bağlamında Haksız Fiil Ehliyetinin Değerlendirilmesi

Adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğabilmesi için hem adam çalıştırmanın hukuka aykırı fiili hem de çalışanın hukuka aykırı fiilinin varlığı şarttır.<sup>185</sup> Çalışanın hukuka aykırı fiili ise çalışan tarafından üçüncü bir kişiye zarar verme suretinde meydana gelen olumlu fiilin varlığıdır.<sup>186</sup> Çalışan yapay zekânın böyle bir fiilinden bahsedebilmek onun haksız fiil ehliyetine sahip olmasını gerektirmektedir. Haksız fiil ehliyeti için de yapay zekâ fiil ehliyetine sahip olmalıdır. Fiil ehliyetinin yapay zekâ bakımından incelenmesi hakkında yapay zekânın adam çalıştırıcı olması ihtimalindeki açıklamalarımız<sup>187</sup> burası için de geçerlidir. Her ne kadar sorumluluk yapay zekâ üzerinde doğmamaktaysa da yapay zekânın bir fiilinden hukuki zeminde bahsetmek zorunluluğu bulunmaktadır. Yapay zekâyâ özgü olarak bir tür kişilik tanınması sonucunda fiil ehliyetinin de tanınmasıyla birlikte çalışan yapay zekânın eylemi sonucu meydana gelen zarardan yapay zekâyı çalıştırıcı gerçek kişinin sorumluluğuna gidilebilir.

## 2. Diğer Kusursuz Sorumluluk Hallerinin Benzetme (Kıyas) Yoluyla Uygulanması Görüşü:

Literatürde ileri sürülen görüşlerden biri, diğer kusursuz sorumluluk halleriyle birlikte değerlendirme yapılması yönündedir. Diğer kusursuz sorumluluk halleri bakımından ise örneğin hayvan bulunduranın sorumluluğunda herhangi bir kişilik aranmamaktadır. Hayvanların hukukî kişilikleri olmasa<sup>188</sup>

<sup>185</sup> Çelik, *Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu*, 93.

<sup>186</sup> Çelik, *Adam Çalıştırıcının Sorumluluğu*, 94.

<sup>187</sup> Bkz: Aynı metin, 972-976.

<sup>188</sup> Dönmez, *Fıkıh ve Fıkıh Tarihi İncelemeleri*, 142.



dahi bunları bulunduran kişinin kusursuz sorumlu tutulması benzeri olarak yapay zekâyı çalıştıran kişinin kusursuz sorumluluğunun doğabileceği savunulabilir. Ancak Türk hukukunda istisnaların dar yorumlanacağı ilkesi bulunması hasebiyle kusur sorumluluğu ilkesinin istisnası olan kusursuz sorumluluk halleri arasında benzetme yapmanın mümkün olmadığı söylenebilir.<sup>189</sup>

Görüldüğü üzere, ister yapay zekânın kişiliğinin oluşturulması veya yapay zekâyı sınırlı hak ehliyeti tanınması şeklinde ister diğer kusursuz sorumluluk hallerinin benzetme yoluyla uygulanabileceği yönündeki azınlık görüş benimsenmesi şeklinde olsun, yapay zekânın “çalışan” olarak adam çalıştırmanın sorumluluğuna vücut vermesi mümkündür.

### **3. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Doğması için Aranan Şartlardan Birinin Eksikliği Hâli:**

Yapay zekânın çalışan olması ihtimaliyle ilgili olarak değinilmesi gereken hususlardan biri de çalışan konumundaki yapay zekânın eylemiyle verdiği zarardan adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin aranan şartlardan birinin eksikliği halinde -örneğin üçüncü kişiye kasten zarar verirse veya adam çalıştırmanın talimatına muhalefet ederse- şahsen sorumlu tutulmasının gündeme gelebilmesidir. Bu gibi hallerde TBK m. 49 uyarınca haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmaktadır.<sup>190</sup>

<sup>189</sup> Konu hakkındaki farklı görüşler hakkında bkz: 119 no’lu dipnot.

<sup>190</sup> Sarı, “Sorumluluk,” 305; Haksız fiil sorumluluğu bağlamında yapay zekâ özelinde detaylı inceleme için ayrıca bkz: Ercan, “Hukuki Sorumluluk,” 31-37; Aynı yöndeki değerlendirmeler için ayrıca bkz: Aksoy, *Yapay Zekâ'nın Sorumluluk Hukukundaki Konumu*, 128ff.

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Hukuk düzeni, teknolojik gelişmeler karşısında gerekli aksiyonları uygun zamanlarda alarak güncel gelişmelere yönelik hükümler sevk etmelidir. Gerekli aksiyonların uygun zamanlarda alınmaması konumuz özelinde teknolojik sebep kaynaklı olarak hukukta boşluğa neden olmaktadır. Yapay zekâyla ilgili problemler hukuk düzeni tarafından etkin bir biçimde izlenmeli ve gerekli koşullar oluştuğunda birden fazla alandan gelen veriler de incelenerek gerekli adımlar atılmalıdır. Aksi halde hukuk düzeninin teknolojik gelişmelerin gerisinde kaldığından söz edilir. Bunu aşmanın yolu öngörülü çalışmalar yapmaktır. Bu çalışma da bu alandaki öngörülü çalışmalar arasında yer almaktadır.

Her alanda kullanılmak üzere üretilmesi ve insanlarla ilişki halinde olması nedeniyle yapay zekâ giderek daha görünür hale gelmekte ve yapay zekânın hukuki bir zemine taşınması gerekmektedir. Yapay zekânın sonraki çalışmalara konu edilmesi ve bilhassa İslam hukuku bakımından da çalışılarak güncel meselelere yönelik hukuki çözüm üretilebilmesi bu çalışmanın değerli çıktılarında olması beklenmektedir. Yürürlükteki hukukta yapay zekâyâ ilişkin yapılacak muhtemel düzenlemelerin, sorumluluk ve tazminat hukuku bağlamında meydana gelen problemlerin çözümüne hizmet eder biçimde ve fakat mevcut teknolojik ilerleyişin önünü de kesmeyecek biçimde titizlikle yapılması gerekmektedir. Her açıdan gerekli araştırmaların yapılması sonrasında, iş ilişkilerinde de karşımıza çıkan insan görünümündeki otonom yapay zekâların adam çalıştırma ilişkisi sonucu doğacak sorumluluğa ilişkin yasal düzenlemeye -kusur ilkesi karşısında kıyasa aykırı olarak düzenlemenin yapılamayacağı yönündeki baskın görüş de dikkate alınarak- özel olarak eklenmesi gerekir. Türk hukukunda durum böyle olmakla birlikte İslam hukukunda kural sebep sorumluluğu olduğundan özel bir hukukî düzenlemeye gerek olmaksızın doktrin yoluyla meselenin ele

alınması mümkündür. Bundan sonra çalışmamızla ulaştığımız sonuç ve çözüm önerilere değineceğiz.

Sorumluluk hukuku, insanlar arasında meydana gelen zararların giderilmesini hedeflediğine ve bunu bir ilke haline getirdiğine göre; yapay zekâ gibi güncel teknolojik bir gelişme karşısında mevcut hukuki düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle doktrinel bilgi üretimi devam etmektedir. Sorumluluk hukukuna hâkim olan ilkelerden zararın giderilmesi ilkesi<sup>191</sup> dikkate alınarak yapay zekânın yol açtığı sorumluluk hukuku meselelerinin çözülmesi gerekmektedir.

Yapay zekâyla ilgili sorumluluk hukuku problemlerinin çözülebilmemesinin önündeki engel ve bu meseleye tekaddüm eden diğer bir mesele, yapay zekânın hukuki kişiliğidir. Bilinç sahibi olan güçlü “otonom” yapay zekâların varlığı, bu türdeki yapay zekâların eşya statüsünden çıkarılarak ismi ve kapsamı ne olursa olsun hukuk düzenince sınırları çizilmiş bir tür kişilik veya ilk etapta -Türk hukukundaki azınlık görüş de olsa- sınırlandırılmış bir hak ehliyeti tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Kişilik bağlamında Rapor’da ileri sürülen “elektronik kişilik” görüşünün de çerçeve itibariyle makul görüldüğü ifade edilmelidir. Yapay zekâlara elektronik kişilik tanınması halinde sorumluluk hukukuna ilişkin problemler çözülebilecek ve ayrıca hukuk düzeninde yer alan gerçek kişiler

---

<sup>191</sup> İslam hukukunda küllî kaidelerden biri “Zarar izâle olunur.” şeklindedir. (Mecelle, m. 20; Tâcuddîn es-Subkî, *el-Eşbâh ve’n-Nezâîr* (Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 1991), 12, 41; İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve’n-Nezâîr*, 72, 74, 89.) (Mecelle, m. 20) Ne olursa olsun zararın giderilmesi gerektiğini ifade etmek üzere “Zarar kadîm olmaz.” ilkesi mevcuttur. (Mecelle, m. 7.) Görüldüğü gibi, zararın giderilmesi önceliklidir. (Tazmin sorumluluğunun meydana gelen zararı ortadan kaldırmak ve telef olan hakkın yerini doldurmak/telafi etmek için olduğu yönündeki görüş için ayrıca bkz: Fudayl Çelebi, *ed-Damânât*, vr. 25<sup>a</sup>, (Süleymaniye Ktp.: Nuruosmaniye, 1965).

ve tüzel kişilerin yanında elektronik kişilik adında bir üçüncü kategori oluşturularak bir anlamda bütünlük de sağlanmış olacaktır.

Yapay zekâ bağlamında hukuki sorumluluk konusu değerlendirmeye alındığında dikkatle üzerinde durulması gereken hususlardan biri insanlar ve özellikleri esas alınarak belirlenen düzenlemelerin yapay zekânın özellikleri göz önüne alınarak yeniden düzenlenmesi ve geliştirilmesi gerektiğidir. Teknolojideki hızlı gelişme hukuktaki kavramların değişimini ve gelişimini de zorunlu kılmaktadır. Örneğin “adam çalıştıran gerçek kişi veya bir tüzel kişi olabilir” tarzındaki bir tanımlamanın yapay zekânın da dahil olmasıyla birlikte yeniden gözden geçirilmesi gerekecektir.

Yapay zekâyâ adam çalıştıranın sorumluluğu konusu özelinde baktığımızda yapay zekânın “adam çalıştıran”, “çalışan” ve hem adam çalıştıran hem de çalışan olması olmak üzere üç farklı ihtimalin gündeme gelebileceği görülmüştür.

Yapay zekânın “adam çalıştıran” olması ihtimaliyle ilgili olarak; yapay zekâyâ ismi ve kapsamı ne olursa olsun bir kişilik kazanması/yapay zekâyâ sınırlı hak ehliyeti tanınması öngörüsü dâhilinde; yapay zekâ adam çalıştıran olabilecektir. Adam çalıştıran konumundaki yapay zekânın çalıştırdığı gerçek kişinin eylemi sonucu meydana gelen zarardan sorumluluğu için fikir sanat ürünleri gibi çeşitli fikri çabalarla yapay zekânın malvarlığı oluşturulabileceği ve buna ek olarak zarar görenin zararının daha iyi giderilebilmesi adına bir sigorta fonuyla bu durumun desteklenebileceği ifade edilmiştir. Adam çalıştıranın sorumluluğunun özen yükümlülüğüne dayanması ve özen yükümlülüğünün içeriğindeki üç farklı alt başlığı denetlemede yapay zekânın insana oranla daha iyi, hızlı ve rasyonel karar verebilmesi nedeniyle adam çalıştıranın sorumluluğunun yapay zekâ bakımından söz konusu olmayacağı ihtimaline karşılık adam çalıştıranın sorumluluğunda ve dolayısıyla kusura dayanmayan sorumlulukta rol oynayan çeşitli düşüncelerin

halihazırda ortadan kalkmadığı gerekçesiyle sorumluluğun devam etmesi gerektiği yönünde kanaatimiz paylaşılmıştır. Adam çalıştırın konumundaki yapay zekânın çalıştırdığı gerçek kişinin fiilinden sorumlu tutulması için hak ehliyetinin yeterli olacağı fakat özen yükümlülüğünün ihmali suretindeki olumsuz fiili bakımından ise haksız fiil ehliyetine ve dolayısıyla fiil ehliyetine ihtiyaç duyulacağı ifade edilmiştir. Bu bağlamda yapay zekâ bakımından fiil ehliyetinin unsurları gerektiği ölçüde detaylı biçimde incelenmiştir.

Yapay zekânın “çalışan” olması ihtimaliyle ilgili olarak; ister yapay zekânın kişiliğinin oluşturulması veya yapay zekâyâ sınırlı hak ehliyeti tanınması şeklinde olsun ister diğer kusursuz sorumluluk hallerini benzetme yoluyla uygulama şeklinde olsun yapay zekânın “çalışan” olarak adam çalıştırının sorumluluğuna vücut vermesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Yapay zekâ “çalışan” olduğunda, hukuka aykırı suretteki olumlu fiilinin varlığından bahsedebilmek için yapay zekânın haksız fiil ehliyeti ve dolayısıyla fiil ehliyetine sahip olmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir. Yapay zekânın çalışan olması ihtimaliyle ilgili olarak değinilmesi gereken hususlardan biri de çalışan konumundaki yapay zekânın eylemiyle verdiği zarardan adam çalıştırının sorumluluğuna ilişkin aranan şartlardan birinin eksikliği halinde -örneğin üçüncü kişiye kasten zarar verirse veya adam çalıştırının talimatına muhalefet ederse- bizzat şahsen sorumlu tutulmasının gündeme gelebilmesidir. Bu gibi hallerde TBK m. 49 uyarınca haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Zarar görenler açısından daha iyi bir koruma mekanizması sağlanabilmesi için Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi'nin Tavsiye Raporu'nda da belirttiği üzere bir Sigorta Fonunun oluşturulması ve bu fondaki sigorta primlerinin yapay zekânın programlayıcısı, üreticisi, kullanıcısı, hizmet sağlayıcısı

ve bizzat yapay zekânın kendisi tarafından karşılanması belirlenebilir.

Yapay zekâ üzerine yapılacak ileriki çalışmalarda öngörülü çalışmaların sayısının artması temenni edilmektedir. Yapay zekâ özelinde diğer kusursuz sorumluluk hallerinin de incelenebileceği ve yapay zekâ bağlamında kusur sorumluluğu başlığının sürecin ilerlemesiyle birlikte gündeme gelebileceğine işaret etmek mümkündür.

---

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author received no financial support for this study.

**Conflict of Interest:** There is no conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

---

## KAYNAKÇA

- Adams-Prassl, Jeremias. “What if Your Boss Was an Algorithm? The Rise of Artificial Intelligence at Work.” *Comparative Labor Law & Policy Journal* 123 1, no: 41 (2019).
- Akdağ, Şükrü Yakup. “Yapay Zekanın Sorumluluğu Üzerine Düşünceler.” İç. *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019.
- Akkurt, Sinan Sami. “Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 13 (2019): 39-59.
- Aksoy, Ecem. *Yapay Zeka'nın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri İle İlişkisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Antalya, Gökhan ve Murat Topuz. *Medeni Hukuk*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Arpacı, Abdülkadir. *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Ataay, Aytekin. *Şahıslar Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1969.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Konya: Atlas Akademi, 2020.
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan. *Kişiler Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Aydın, Mehmet Akif. *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*. İstanbul: İz Yayıncılık, 1996.
- Bak, Başak. “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk.” *TAAD* 35 (2018): 211-32.
- Bakırcı, Kadriye. *İş Hukuku ve Toplumsal Cinsiyet Bakış Açılarında 'Adam' Çalıştırmanın Sorumluluğu*. Ankara: TBB Yayınları, 2019.
- Balta, Büşra Kaynak. “Yapay Zeka Ürünlerinin Hukuki Niteliği ve Fikri Eser Kavramı.” 24, no: 3 (2020): 205-30.

- Baysal, Başak. *Haksız Fiil Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2019.
- Benhamou, Yaniv ve Justine Ferland. “Artificial Intelligence & Damages: Assessing Liability and Calculating the Damages.” 2020. (<https://ssrn.com/abstract=3535387>).
- Benli, Erman ve Gayenur Şenel. “Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, 2 (2020): 296-336.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukukî Islâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Basım ve Yayınevi, 1985.
- Birsen, Kemaleddin. *Borçlar Hukuku Dersleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1967.
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. “Robot Hukuku.” *TAAD* 7, 29 (2017).
- Canseven, Zeynep Dönmez. *Yapay Zekânın Anonim Şirketin Yönetim Kurulunda Yer Alması ve Bu Durumun Hukukî Sorumluluğa Etkisi*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021.
- Chaudhary, Gyandeep. “Artificial Intelligence: the Liability Paradox.” *ILI Law Review* (2020), 144-62.
- Cühâfi, Sâlim. “el-Mes’ûliyye el-medeniyye ve’l-cinâiyye an fi’li’l-gayr beyne’ş-şerîa ve’l-kânûn.” *Câmiatü Zeytûniyye el-Ma’hedü’l-a’lâ li-usûli’d-dîn*, 2009.
- Çekin, Mesut Serdar. *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukukî İşlem Teorisine Etkileri*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021.
- Çelebi, Fudayl. *ed-Damânât fi’l-furûi’l-Hanefiyye*. Süleymaniye Ktp.: Nuruosmaniye, 1965.
- Çelik, Nazlı Hilal. *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Çırak, Hasan Hayri. “İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik).” Yayınlanmamış Doktora Tezi. Atatürk Üniversitesi SBE, 2001.
- Deschenaux, Henri ve Pierre Tercier. *Sorumluluk Hukuku*. Çeviren Salim Özdemir. Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1983.



- Dönmez, İbrahim Kâfi. *Fıkıh ve Fıkıh Tarihi İncelemeleri*. Ankara: İSAM Yayınları, 2018.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku*. C. I. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Ebers, Martin. “Yapay Zekâ İçin Sözleşmeden Kaynaklanmayan Sorumluluk - Temel Sorunlar.” Çeviren Zehra Başer Erdoğan. *Hukuk Köprüsü* 8, 16 (2019): 75-109.
- Ebû Sa’d, İmâd Ahmed. *Mes’ûliyyetü’l-mübâşir ve’l-mütesebbib: dirâse mukârene bi’ş-şeriatî’l-İslamiyye ve’l-kânûnî’l-medenî*. Amman: Dârü’s-Sekâfe, 2011.
- Ercan, Cannur. “Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri.” *TAAD* 40 (2019): 19-51.
- Erdoğan, Kübra. “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Şartları.” Yayınlanmamış YL Tezi. Marmara Üniversitesi SBE, 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Erişgin, Nuri. “Tehlike Sorumluluğunda Kıyas”. *BATİDER* XX, 3 (2000): 83-104.
- Ersoy, Çağlar. *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2017.
- Estlund, Cynthia. “What Should We Do After Work? Automation and Employment Law”. *The Yale Law Journal* 128, 2 (2018): 254-326.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. C. I. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.
- Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin. *İslâm’da Şahsiyet Hakları*. Ankara: TDV Yayınları, 1996.
- Gönensay, A. Samim. *Borçlar Hukuku*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1948.
- Güriz, Adnan. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1986.

- Gürsoy, Kemal Tahir. "İşverenin Sorumluluğu." *AÜHF Dergisi* 31, no: 1 (1974): 185-98.
- Hafif, Ali el-. *ed-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî*. Kahire: Dâru'l-Fikr, 2010.
- Hatemi, Hüseyin. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020.
- Helvacı, Serap. *Gerçek Kişiler*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021.
- İbn Nuceym. *el-Eşbâh ve'n-Nezâir alâ Mezhebi Ebî Hanîfe en-Nu'mân*. Beyrut: Dârü'l-Mektebe el-İlmiyye, 1985.
- İmre, Zahit. *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949.
- İnan, Ali Naim ve Özge Yücel. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Kaneti, Selim. *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*. İstanbul: Kazancı Kitap, 2007.
- Kangal, Zeynel T. *Yapay Zekâ ve Ceza Hukuku*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021.
- Kapancı, Berk. "Özel Hukuk Perspektifinden Bir Değerlendirme: Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu." İç. *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zeka*, 127-93. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021.
- Kara Kılıçarslan, Seda. *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Karahasan, M. Reşit. *Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk*. İstanbul: Beta Basım, 2003.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 1989.
- Karaosmanoğlu, Dila Okyar. "Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (TBK M.66)." Yayınlanmamış Doktora Tezi. Hacettepe Üniversitesi SBE, 2019.
- Kılıçarslan, Seda Kara. "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar." 2 (2019): 363-89.

- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Kılıçoğlu, Mustafa. *Sorumluluk Hukuku*. C. I. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2002.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. C. I. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008.
- Mecelle.
- Müntasır, Süheyr. *Mes'ûliyyetü'l-metbû' an ameli't-tâbi': esâsuha ve nitâkuhâ*. y.y.: Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, 1990.
- Narter, Sami. *Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Nomer, Halûk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. C. II. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Öğüz, Tufan. “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından ‘Emir-Talimat Altında Çalışma’ ve ‘Zarar ile Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması’ Unsurları Hakkında Değerlendirme.” İç. *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013.
- Özekes, Muhammet. *Temel Hukuk Bilgisi*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018.
- Özsunay, Ergun. *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*. 1979: Fakülteler Matbaası, 1979.
- Özsunay, Ergun. *Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1978.
- Öztan, Bilge. *Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

- Paçacı, İbrahim. “İslâm Hukukunda Medenî Müeyyideler.” Yayınlanmamış Doktora Tezi. Marmara Üniversitesi SBE, 1998.
- Reisoğlu, Kemal. *İstihdam Edenlerin Mes’uliyeti*. Ankara: Ankara Yeni Cezaevi Matbaası, 1958.
- Sâfi, Ali Abdülhakim. *ed-Damân fi’l-fikhi’l-İslâmî: dirâse mukârene li-esbâbihi ve mecâlâtihî fi’l-ukûd*. Tahran: el-Mecmaü’l-Âlemî li’t-Takrîb Beyne’l-Mezâhibi’l-İslâmiyye, 2010.
- Sarı, Onur. “Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk.” *TBB Dergisi* 147 (2020): 251-312.
- Sümer, Halûk Hâdi. *Hukuka Giriş*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Tâcuddîn es-Subkî. *el-’Eşbâh ve’n-Nezâîr*. Dâru’l-Kutubi’l-’İlmiyye, 1991.
- Tandoğan, Halûk. *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1981.
- Tandoğan, Halûk. *Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tavâlebe, Muhammed Mahmud Ali. “el-Mes’ûliyye el-medeniyye ve’l-cinâiyye an fi’li’l-gayr fi’l-fikhi’l-İslâmî.” Yayınlanmamış Doktora Tezi. Câmîatü Ürdün Külliyyetü Dirâsâti’l-ulyâ, 2003.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, Servet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Temîmî, Ahmed Sâlim. “Kâide: İzâ İctemea el-mübâşirü ve’l-mütesebbib üdife’l-hukmü ile’l-mübâşir: Dirâse şer’iyye ve nemeziç tatbikiyye.” *Mecelletü Câmîatü eş-Şârika* 13, no: 1 (2016): 214-38.
- Tercier, Pierre, Pascal Pichonnaz ve Murat Develioğlu. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020.
- Tiftik, Mustafa. *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1994.

- Tunçomağ, Kenan. *Borçlar Hukukunun Genel Esasları*. İstanbul: Özel İktisadî ve Ticarî Bilimler Yüksek Okulu Yayınları, 1971.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Medenî Hukuk Şahsın Hukuku*. İstanbul: Ahmet Sait Matbaası, 1945.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Türk Medenî Hukukunun Umumî Esasları*. İstanbul: İstanbul Matbaacılık, 1951.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet ve Reşad Kaynar. *Borçlar Hukuku Umumî Hükümler*. İstanbul: Nazir Akbasan Matbaası, 1957.
- Wagner, Gerhard. “Robot Liability.” 2018. (<https://ssrn.com/abstract=3198764>).
- Yelek, Kamil. *Haneî Sorumluluk Hukuku*. İstanbul: Timaş Akademi, 2021.
- Yıldız, Kemal. *İslâm Sorumluluk Hukuku*. İstanbul: İFAV Yayınları, 2013.
- Yılmaz, İlay, Can Sözer ve Ecem Elver. “Yapay Zeka İle İlgili Güncel Düzenlemeler: Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletlerinde Alınan Aksiyonlar Işığında Bir Değerlendirme.” *Adalet Dergisi* 66 (2021): 445-69.
- Yörük, Abdülhak Kemal. *Hukuk Başlangıcı*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1956.
- Yücel, Özge. *Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Yüksel, Ali. “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu.” Yayınlanmamış YL Tezi. Sakarya Üniversitesi SBE, 2001.
- Yüksel, Armağan Ebru. *Robot Hukuku*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020.
- Yüksel, Armağan Ebru ve Başak Bak. “Yapay Zekâ.” İç. *Futurist Hukuk*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2018.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Fi’lü’ d-dâr ve’ d-damân fihi*. Dımaşk: Dâru’l-Feth, 1974.
- Zevkliler, Aydın. *Kişiler Hukuku*. Ankara: Olgaç Matbaası, 1981.

- Zevkliler, Aydın. *Medeni Hukuk: Giriş ve Başlangıç Hükümleri; Kişiler Hukuku; Aile Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınları, 1989.
- Zeytin, Zafer ve Eray Gençay. “Hukuk ve Yapay Zekâ: E-kişi, Mali Sorumluluk ve Bir Hukuk Uygulaması.” *TAÜHFD* 1 (2019): 39-70.
- Zorbozan, Semiha. “İslam Fıkhdında Hükmü Bildirilmeyen Alan.” Yayınlanmamış YL Tezi. Fırat Üniversitesi SBE, 2006.
- Zorluel, Mustafa. “Yapay Zekâ ve Telif Hakkı.” *TBB Dergisi* 142 (2019): 305-56.
- Zuhaylî, Vehbe. *Nazariyyetü'd-Damân ve Ahkâmü'l-Mes'ûliyyeti'l Medeniyye ve'l-Cinâiyye fi'l-Fıkhi'l-İslâmî Dirâse Mukârene*. Dımaşk: Dâru'l-Fikr, 2018.

# KÖLELİĞİN KILIF DEĞİŞTİRMİŞ HALİ: MODERN KÖLELİK

*The Sheath Change Of Classical Slavery: Modern Slavery*

Hüseyin Ali KUDRET\*

Semra Nubihar MENTE\*\*

## Öz

İnsanlık tarihinin en önemli sorunlarından biri olan kölelik, devletlerin yeterli önlem almamaları ya da alınan önlemlerin köleliği ortaya çıkaran nedenlere eğilmemesi nedeniyle yirmi birinci yüzyıl dünyasında da kendisine yer bulmuştur. Çalışmada “klasik kölelik” olarak adlandırılan eski kölelik biçimi kılıf değiştirerek “modern kölelik” halini almıştır. Modern kölelik, klasik kölelikten farklı olarak, kişinin hukuki


\* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, eposta: huseyin.ali.kudret@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-7460-2125.

\*\* İstanbul Barosuna Kayıtlı Avukat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, eposta: nubiharmente@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-7482-5123.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 09.04.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 26.09.2022.

**Atıf/Citation:** Kudret, Hüseyin Ali ve Semra Nubihar Mente. “Köleliğin Kılıf Değiştirmiş Hali: Modern Kölelik.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 993-1066.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.” 

statüsünü korur; ancak kişilerin iradeleri dışında çalıştırılmaları, evlenmeye zorlanmaları veya insan ticaretine konu olmaları gibi durumlarla kişinin bu statüsü değersizleştirilir. Bu çalışma; modern kölelik ile klasik anlamdaki köleliğin farkları, modern köleliğin görünümünü, uluslararası örgütler tarafından modern köleliğe ilişkin hazırlanan raporlardan elde edilen verileri ve kölelikle mücadele için yapılan hukuki çalışmaları birlikte ele alarak modern kölelikle etkin mücadelenin nasıl yapılması gerektiği konusuna katkı sunmayı amaçlamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Klasik Kölelik, Modern Kölelik, Zorla Çalıştırma, Zorla Evlendirme, Borç Esareti, Modern Kölelikle Etkili Mücadele.

### **Abstract**

Slavery, one of the most important problems in the history of humanity, has also found its place in the 21st century world due to the failure of the states to take enough measures or the measures taken do not address the reasons that cause slavery. In the study, the old form of slavery, called "classical slavery", changed its cover and became "modern slavery". Modern slavery, unlike classical slavery, preserves the legal status of the person; however, in such cases where people are employed against their will, forced to marry or are subject to trafficking, the status of the person is deemed worthless. This study aims to contribute to how to effectively combat slavery by addressing the differences between modern slavery and classical slavery, modern slavery appearances, data from the reports prepared by international organizations on modern slavery, and legal efforts to combat it.

**Keywords:** Classic Slavery, Modern Slavery, Forced Labour, Forced Marriage, Debt Bondage, Effective Combat with Modern Slavery.



## GİRİŞ

İnsanlık tarihi kadar eski bir geçmişi olan kölelik kurumunun günümüzde de çeşitli biçimlerle varlığını sürdürdüğüne tanıklık etmekteyiz. Kişilerin hak ve hürriyetlerinden mahrum bırakılarak eşya statüsünde olduğu geleneksel kölelik kurumu veya literatürdeki diğer adıyla klasik anlamda kölelik kurumu kılıf değiştirmiş ve yerini “modern” köleliğe bırakmıştır. Bu kölelik biçiminde “köleler”, hukuki statülerini korumakla yani “özgür” sayılmakla beraber, çeşitli güçsüzlük, savunmasızlık veya çaresizlik durumları sonucunda sömürülerek, zorla çalıştırılmakta, zorla evlendirilmekte, insan ticareti gibi insanlık dışı uygulamaların konusu olabilmekte veya borcunun esiri olabilmektedir. Devletlerin aldıkları önlemlere rağmen varlığını sürdüren modern köleliğin önüne geçilmesi için; modern köleliğin biçimleri, modern köleliğe ilişkin veriler ve modern köleliğe karşı alınan önlemler analiz edilerek modern kölelikle etkili mücadele yolunun ortaya konulması gerekmektedir.

Bu amaçla hazırlanan çalışmanın birinci bölümünde, köleliğin geleneksel hali olan ve çalışmada “klasik kölelik” diye adlandırılan kölelik kurumuna değinildikten sonra modern kölelik kurumu ele alınmış, ardından bu kurumun klasik kölelik ile ayrılan yönleri ortaya konularak klasik köleliğin nasıl kılıf değiştirdiğinden bahsedilmiştir. Bu bölümde son olarak modern köleliğin görünümüne değinilmiş ve ikinci bölümdeki verilerin anlaşılmasını kolaylaştırmak için modern köleliğin bazı biçimleri kısaca açıklanmıştır.

İkinci bölümde ise; modern köleliğin ciddiyetini ortaya koyacak bazı verilere yer verilmiştir. Bu kapsamda uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan raporlardan derlenmiş en güncel veriler paylaşılarak; tahmini kurban sayısı, kurbanların bölgelere göre dağılımı gibi analizlerle “modern” dünyanın

utanç tablosu ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ancak çalışmanın konusu bakımından bu verilerden bazılarına yer verilmiştir.

Son olarak üçüncü bölümde ise, devletlerin modern kölelikle mücadele etmek için uluslararası düzeyde imza altına aldıkları bazı sözleşmelere ve kabul edilen yükümlülüklerine değinilmiştir. Bu kapsamda özellikle de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne taşınan bazı davalara ve sonuçlara yer verilerek devletlerin uyması gereken yükümlülüklerine atıf yapılmıştır. Öte yandan yine bu çalışmada bazı devletlerin modern kölelikle ilgili yasal düzenlemelerine değinilmiş ve ardından devletlerin modern kölelikle etkin şekilde nasıl mücadele etmesi gerektiği konusunda görüş belirtilmiştir.

## I. KLASİK KÖLELİKTEN MODERN KÖLELİĞE GEÇİŞ

### A. Tarihte Kölelik: Klasik Kölelik Kurumu

Kavramsal olarak kölelik, uluslararası düzeyde ilk defa 1926 yılında imzalanan, özellikle köle ticaretini ortadan kaldırmayı amaçlayan Kölelik Sözleşmesi'nde tanımlanmıştır. Bu anlaşmadaki tanıma göre kölelik: "üzerinde mülkiyet hakkına bağlı yetkilerden herhangi biri ya da tümü uygulanan bir kişinin statüsü ya da durumu"dur.<sup>1</sup> Başka bir deyişle, insanın sahip

---

<sup>1</sup> Erkan Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," *Legal Hukuk Dergisi*, 11, no. 123 (Mart 2013), 72; Jean Allain, Robin Hickey, "Property and the Definition of Slavery," *International and Comparative Law Quarterly*, 61, no. 4 (2012), 916, [https://www.researchgate.net/publication/286456269\\_Property\\_Law\\_and\\_the\\_Definition\\_of\\_Slavery#fullTextFileContent](https://www.researchgate.net/publication/286456269_Property_Law_and_the_Definition_of_Slavery#fullTextFileContent); Slavery Convention, Article 1, Erişim tarihi Nisan 4, 2022, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/slavery-convention>.

olması gereken hürriyet hakkından yoksun bırakılarak başkasının malı sayılması durumudur.<sup>2</sup>

İnsanlık tarihi kadar eski bir tarihi olan bu kuruma hemen her uygarlıkta rastlamak mümkündür. Kaynakları çeşitlilik gösterse de genel olarak, savaş esirliğine, köleden dünyaya gelmeye, borcunu ödeyememeye dayanan bu kurumun hukuki statüleri de hemen hemen tüm uygarlıklarda aynıdır.<sup>3</sup> Klasik kölelik diye adlandırabileceğimiz bu kölelik biçiminde köleler, hak ve borç sahibi özne olmayıp, haklara ve borçlara konu olan, alınıp satılabilen eşya konumundadır.<sup>4</sup> Bu statüleri eski hukuk sistemleri tarafından düzenlenerek yasalaşmış ve koruma altına alınmıştır.<sup>5</sup> Kurumun kaynağı, hukuki statüleri ve fonksiyonundaki benzerliklerin nedeni hiç kuşkusuz kölelerin ekonomik hayatın bir parçası olmasıdır.<sup>6</sup> Örneğin eski çağ devletlerinin sınırlarını sürekli genişletme, egemenliğini sürdürme gibi çabalarının sonucu olan savaşlarda esir düşen insanlar öldürülmek yerine köleleştirilmiş, küçük, kapalı

---

<sup>2</sup> Zülfiye Zeynep Bakır, *Modern Kölelik* (İNSAMER, Araştırma 19 - Uluslararası Hukuk, Ağustos 2016), 2; Gülnihal Bozkurt, "Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 38, no. 1 (1981), 65.

<sup>3</sup> Bozkurt, "Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik," 65-67; Gül Akyılmaz, "Osmanlı Hukukunda Köleliğin Sona Ermesi ile İlgili Düzenlemeler ve Tanzimat Fermanı'nın İlanından Sonra Kölelik Müessesesi," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9, no. 1-2 (2004), 214.

<sup>4</sup> Akyılmaz, "Osmanlı Hukukunda Köleliğin Sona Ermesi ile İlgili Düzenlemeler ve Tanzimat Fermanı'nın İlanından Sonra Kölelik Müessesesi," 214; Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," 72.

<sup>5</sup> Bozkurt, "Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik," 65; Akyılmaz, "Osmanlı Hukukunda Köleliğin Sona Ermesi ile İlgili Düzenlemeler ve Tanzimat Fermanı'nın İlanından Sonra Kölelik Müessesesi," 214.

<sup>6</sup> Bozkurt, "Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik," 66- 67.

ekonomilerinde faydalı bir unsur olarak görülmüştür.<sup>7</sup> Bu durumun örneklerine daha çok Roma'da rastlanılabileceği gibi<sup>8</sup> Mezopotamya uygarlıklarında da rastlanılmaktadır.<sup>9</sup> Benzer şekilde borç esareti de köleliğin başta gelen sebeplerinden biridir. Bu köleler borcunu ödeyemeyen insanlar olup genellikle ev hizmetlerinde çalıştırılmıştır. Bunlar gibi belirli toplumsal ve iktisadi ilişkiler sonucu ortaya çıkan, ekonominin temeli olarak kabul edilen klasik kölelik kurumu, bedava ya da çok ucuz bir emek olarak eski çağların ekonomik hayatında işgücü ihtiyacını karşılamıştır.<sup>10</sup> Bu sebeptendir ki, insancıl faaliyetleri yüksek olan Hristiyanlık, İslamiyet gibi dinlerde kölelere iyi muamele yapılması savunulsa da kurumun ortadan kaldırılması uzun yıllar düşünülmemiştir.<sup>11</sup>

Kölelik kurumunun kaldırılması, ancak uzun mücadeleler sonucunda gerçekleştirilebilmiştir.<sup>12</sup> Fransız İhtilali'nin etkisiyle ilk olarak 1794'te Fransa'da köle ticareti yasaklanmış, ardından 1807'de Birleşik Krallık'a bağlı her yerde köle ticareti yasaklanmış; 1833'te ise Birleşik Krallık, yönetimi altındaki tüm ülkelerde kölelerin azat edilmesini kararlaştırmış ve bunu 1848'de Fransa, 1858'de Portekiz, 1963'de Hollanda takip

---

<sup>7</sup> Bozkurt, "Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik," 67.

<sup>8</sup> Akyılmaz, "Osmanlı Hukukunda Köleliğin Sona Ermesi ile İlgili Düzenlemeler ve Tanzimat Fermanı'nın İlanından Sonra Kölelik Müessesesi," 214.

<sup>9</sup> Bakır, *Modern Kölelik*, 2.

<sup>10</sup> Bozkurt, "Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik," 67.

<sup>11</sup> Bozkurt, "Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik," 66.

<sup>12</sup> Ancak kanımızca yalnızca yasal olarak bu durum gerçekleşmiş olup, yasadışı şekilde varlığını devam ettirmektedir. Bu duruma "Modern Kölelik" kavramı açıklanırken değinilecektir.

etmiştir. ABD’de ise Kuzey-Güney savaşlarından sonra 1865 yılında kölelik ortadan kaldırılmıştır.<sup>13</sup>

Uluslararası düzeyde ise köleliğin kaldırılmasına ilişkin ilk belge 1815 yılında Viyana Kongresi sonucunda ortaya çıkmıştır. Başını Birleşik Krallık ve Fransa’nın çektiği bu kongrede dokuz devlet köle ticaretinin derhal bastırılmasını konu alan Bildiriye imza atmış ve bu bildiri köleliğin yasaklanması konusundaki ilk çok taraflı anlaşma olarak tarihe geçmiştir.<sup>14</sup> Uluslararası düzeyde ilk adım olarak nitelendirilen bu bildiriye iki veya çok taraflı sözleşmeler takip etmiş ve 1957 yılına gelindiğinde bu kurumun kaldırılmasına ilişkin uluslararası belgelerin sayısı 300’e ulaşmıştır. Bu sözleşmeler arasında önemli bir yere sahip olan ve 1926’da Milletler Cemiyeti bünyesinde Cenevre’de kabul edilen Kölelik Sözleşmesi olsa da, köleliğin kesin bir dille yasaklanması ancak uluslararası insan hakları hukukunun ortaya çıkmasıyla mümkün olmuştur. Bununla birlikte kölelik tamamen yasaklanmış ve hiçbir istisna öngörülmemiştir. Hatta gerek Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi gerekse Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi bu yasağın hiçbir şekilde ihlal edilemeyeceğini belirtmiş, bu yasağı *jus cogens* kategorisinde değerlendirmiştir.<sup>15</sup> Jus cogens, 1969 tarihli Viyana

---

<sup>13</sup> Akyılmaz, “Osmanlı Hukukunda Köleliğin Sona Ermesi ile İlgili Düzenlemeler ve Tanzimat Fermanı’nın İlanından Sonra Kölelik Müessesesi,” 216.

<sup>14</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, *Devlet, Birey Özgürlük*, 3. bs. (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015), 617.

<sup>15</sup> Duymaz, “Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme,” 68, 69; Inter-American Court of Human Rights Case of *Aloeboetoe et al. v. Suriname* 10 Eylül 1993 para. 57; Inter-American Court Of Human Rights Case Of The *Hacienda Brasil Verde Workers V. Brazil* 20 Ekim 2016 para. 249; Inter-American Court of Human Rights Case of the “*Las Dos Erres*” *Massacre v. Guatemala* 24 Kasım 2009 para. 140; Inter-American Court Of Human Rights Advisory Opinion Oc-18/03 17 Eylül 2003, Requested By The United Mexican States para. 72;

Sözleşmesi'nin 53<sup>16</sup> ve 64<sup>17</sup>. maddelerinde, genel uluslararası hukukun emredici normlarının, sözleşmelerin geçersizliği ve feshi temelleri arasına dahil edilmesinden itibaren, çağdaş uluslararası hukukun kavramsal evrenine kesin olarak girmiştir<sup>18</sup>. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi hâkimi tarafından hazırlanan istişari görüşte jus cogens normlarının evrensel hukuk vicdanının her insanın doğasında bulunan hakların korunması gerekliliğini uyandırdığı ölçüde “kendini genişleten bir kategori” olduğu belirtilmiştir<sup>19</sup>. Mahkeme, jus cogens normlarının tüm hukuki eylemleri kapsayarak gerçek,

---

David Weissbrodt and Anti-Slavery International, *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms* (New York and Geneva: United Nations, 2002), 3, Erişim Tarihi Eylül 8, 2022, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/slavery\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/slavery_en.pdf); Gay J. McDougall, *Contemporary Forms Of Slavery Systematic Rape, Sexual Slavery And Slaverylike Practices During Armed Conflict Final Report* (United Nations, 22.06.1998), s. 9, para. 28, Erişim Tarihi Eylül 8, 2022, <https://digitallibrary.un.org/record/257682#record-files-collapse-header>; United Nations, *Report of the International Law Commission Seventy-first session (29 April–7 June and 8 July–9 August 2019)*, (New York: United Nations, 2019), 206 Erişim Tarihi Eylül, 7 2022 [https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a\\_74\\_10.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_74_10.pdf).

- <sup>16</sup> Madde 53: Bir antlaşma yapılması sırasında milletlerarası genel hukukun emredici bir normu ile çatışiyorsa batıldır. Bu sözleşme bakımından milletlerarası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak Devletlerin milletlerarası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur.
- <sup>17</sup> Madde 64: Eğer milletlerarası genel hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir antlaşma batıl hale gelir ve sona erer.
- <sup>18</sup> Inter-American Court Of Human Rights Advisory Opinion Oc-18/03 Of September 17, 2003, Requested By The United Mexican States para. 66.
- <sup>19</sup> Inter-American Court Of Human Rights Advisory Opinion Oc-18/03 Of September 17, 2003, Requested By The United Mexican States para. 68.

geniş ve derin boyutunun olduğunu belirterek jus cogens kavramının yalnızca antlaşmalar hukuku ile sınırlı olmayıp, devletlerin uluslararası sorumluluklarını belirlemede de etkili olduğunu, jus cogensi “kendini genişleten kategori” olarak ele alması nedeniyle köle çalışmasının jus cogens ile çatıştığını belirtmiştir<sup>20</sup>.

Kimi yazarlar jus cogens normlara üstünlük verenin, içerdikleri normun toplumsal değer olduğunu kabul ederken jus cogens normdan bahsetmenin jus cogens nitelikli normdan bahsetmek kadar kolay olmadığını belirterek yaygın önerilere rağmen köle ticaretini jus cogens normlar arasında olduğunu söylemenin olanaklı olmadığını belirtmişlerdir<sup>21</sup>. Her ne kadar köleliğin jus cogens norm olduğu konusunda tereddüt eden yazarlar olsa da doktrinde ağırlıklı olarak bunun tersi yönde görüşlere yer verilmiştir.

Hukuk düzeninde 3 çeşit jus cogens norm kategorisi kabul edilmekte olup, bunlardan biri ahlaki açıdan vazgeçilmez normlardan oluşmaktadır. Bu tür normların dışına çıkıldığı hayal bile edilemezdir ve bundan dolayı soykırım ve köleliğin yasaklanması ahlaki değerleri nedeniyle jus cogens olarak kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Gerçekten de Jus cogens normları pozitivist

---

<sup>20</sup> Inter-American Court Of Human Rights Advisory Opinion Oc-18/03 Of September 17, 2003, Requested By The United Mexican States para. 70, 72.

<sup>21</sup> Erdem Denk, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar,” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 56, no. 2, (2001), 52 Erişim Tarihi Eylül 10, 2022, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36253#:~:text=Bu%20tan%C4%B1ma%20g%C3%B6re%20jus%20cogens,nitelikteki%20bir%20ba%C5%9Fka%20kuralca%20de%C4%9Fi%C5%9Ftirilebilme>.

<sup>22</sup> Yahya Berkol Gülgeç, “The Problem Of Jus Cogens From A Theoretical Perspective,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 66, no. 1 (2017), 106, Erişim Tarihi Eylül 9, 2022, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/621450>.

şekilde ortaya konulmaktan ziyade genellikle ahlak ve doğal hukukla ilgili norm içermektedir<sup>23</sup>. Bu nedenle kölelik yasağı da jus cogens normları arasındadır.

Köleliğin kesin olarak yasaklandığı çok sayıda anlaşma ve metin uluslararası hukukta kabul görerek köleliğin jus cogens kategorisindeki yeri daha sağlam bir zemine oturtulmuştur. 1948 yılında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (İHEB) 4. maddesine göre "Hiç kimse kölelik veya kulluk altında bulundurulamaz; kölelik ve köle ticareti her türlü şekliyle yasaktır." Bununla beraber 1950'de kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 4/1. maddesinde de "Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz" ifadesine yer verilerek kölelik yasağı mutlak olarak getirilmiştir. Bu yasak mutlak hak olup, sınırlandırılması veya daraltılması mümkün değildir. Sözleşme kapsamında kölelik yasağı bakımından derogasyon yasağı bulunmaktadır<sup>24</sup>. AİHS 4/2. maddesinde "Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz." ifadesine yer verilerek aşağıda ayrıntılı açıklaması bulunan modern kölelik biçimlerinden olan zorla çalıştırma kesin olarak yasaklanmıştır. Birleşmiş Milletler Hukuk Komisyonu'nun

---

<sup>23</sup> Erjona Ramaj, "Binding international norms, jus cogens," *European Journal of Sustainable Development*, 5, no. 3, (2016), 318, Erişim Tarihi Eylül 11, 2022 <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjz0LG51oz6AhXTR EDHRiBBAAQFnoECCgQAO&url=https%3A%2F%2Fecsdev.org%2Ffojs%2Findex.php%2Ffejsd%2Farticle%2Fdownload%2F358%2F355%2F709&usq=AOvVaw0HwPX 8rLSL4d0lZhIkVnb>

<sup>24</sup> Ulaş Karan, "Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma Ve Zorunlu Çalışma Yasağı: Anayasa Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Karşılaştırmalı Analiz," Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 67, no. 2 (2018), 418, Erişim Tarihi Eylül 8, 2022, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/621190>; Ali Bal, "Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve AİHM İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi," 62.



anlaşma taslaklarına ilişkin hazırladığı şerhlerde kölelik ve köle ticareti yasağı jus cogens kategorisinde ele alınmıştır<sup>25</sup>.

Kölelikle mücadele etmek için ulusal, bölgesel, uluslararası ve uluslararası boyutta çok sayıda sosyolojik, ekonomik ve hukuki çalışma yapılmaktadır, kölelik yasağı mutlak emredici hukuk normu olarak tüm dünyada uygulanmaya çalışılmaktadır; ancak tüm bunlara rağmen kölelik uygulaması modern dünyada da devam etmektedir.

## B. Köleliğin Kılıf Değiştirmiş Hali: “Modern Kölelik”

Klasik anlamda köleliği ortadan kaldırmaya yönelik atılan tüm önemli adımlara rağmen kölelik bütünüyle ortadan kalkmamış, aksine köleliğin kapsamı zaman içerisinde genişlemiştir. Mülkiyet ilişkisine dayalı klasik anlamda kölelik, varlığını insan ticareti, borç esareti, seks köleliği, çocukların sömürülmesi gibi durumlarla devam ettirmektedir.<sup>26</sup> Köleliğin “modern” görünümü veya bizim tabirimizce köleliğin kılıf değiştirilmiş bu haline literatürde modern kölelik denilmektedir.

---

<sup>25</sup> Ali Bal, “Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve AIHM İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi,” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no. 2 (2019), 61; United Nations International Law Commission, *Draft Articles On The Law Of Treaties With Commentaries* 1996. (2005), s. 261, Erişim Tarihi Eylül 7, 2022, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1\\_1\\_1966.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf).

<sup>26</sup> Mehmet Atilla Güler, “Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümü,” *İş ve Hayat Dergisi*, 1, no. 2 (2015), 24; Duymaz, “Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme,” 69; Bakır, *Modern Kölelik*, 4- 5; Andrew Crane, “Modern Slavery As A Management Practice: Exploring The Conditions and Capabilities For Human Exploitation,” *Academy of Management Review* 38, no. 1 (2013): 50.

Klasik kölelik kurumundan daha çok uygulanış tarzlarıyla farklılık arz eden modern köleliğin uluslararası terminolojide genel kabul görmüş bir tanımı yoktur.<sup>27</sup> Devletler, modern köleliğin tanımını daha çok zorla çalıştırma, insan ticareti, borç esareti, zorla evlilik gibi modern kölelik türleri üzerinden yapmaya çalışmıştır. Bunları ve çalışmanın devamında incelenecek olan daha fazla unsuru da barındıran şemsiye kavram olarak modern köleliğin tanımını Özgür Yürü Vakfı<sup>28</sup>(WFF) Küresel Kölelik Endeksi<sup>29</sup> 2018 raporunda “bir kişinin tehdit, şiddet, baskı, gücün kötüye kullanılması veya aldatma nedeniyle reddedemeyeceği veya terk edemeyeceği sömürü durumları” olarak tanımlamıştır.<sup>30</sup>

Klasik köleliğin yerini modern köleliğin alması; dünya işgücü piyasalarının milyonlarca yoksul ve güvencesiz insanla dolmasına neden olan nüfus patlamaları, yoksul çiftçileri mülksüzleştiren ve köleliğe karşı savunmasız hale getiren sermaye piyasasının ucuz iş gücü tercihi gibi gerekçelerle açıklanabilir.<sup>31</sup> Ancak bu sebeplerle sınırlı olmayıp daha karmaşık yapıdadır.<sup>32</sup> Örneğin Marksizm’i esas alan Kate

<sup>27</sup> Bakır, *Modern Kölelik*, 5; Duymaz, “Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme,” 71.

<sup>28</sup> Walk Free Foundation.

<sup>29</sup> Global Slavery Index 2018.

<sup>30</sup> Walk Free Foundation, *The Global Slavery Index 2018* (The Minderoo Foundation Pty Ltd., 2018), 7, Erişim tarihi Nisan 4, 2022, <https://www.globalslaveryindex.org/resources/downloads/>.

<sup>31</sup> Güler, “Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümleri,” 27; Bakır, *Modern Kölelik*, 7; Kevin Bales, *Küresel Ekonomide Yeni Kölelik*, Çev. Pınar Öğünç (İstanbul: Çitlenbik Yayınları, 2002), 22, 257 (Aktaran: Güler, “Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümleri,” 27).

<sup>32</sup> Güler, “Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümleri,” 27; Kate Manzo, “Modern Slavery, Global Capitalism & Deproletarianisation in West Africa,” *Review of African Political Economy* 32, no. 106 (2005): 527- 528.

Manzo, yarı-feodalizm ve yeniden proleterleşme kavramlarına odaklanarak analiz yapmaktadır.<sup>33</sup> Andrew Crane ise, köleliğe fırsat veren koşulları; endüstriyel bağlam, sosyo-ekonomik bağlam, coğrafi bağlam, kültürel bağlam ve düzenleyici bağlam olarak beş farklı boyutta değerlendirmiştir.<sup>34</sup> Crane, endüstriyel boyutu; işgücü yoğunluğu, değer dağılımı, talebin esnekliği, meşruiyet ve bölgesel kümelenme olmak üzere beş farklı unsura dayandırmıştır.<sup>35</sup> Ayrıca Crane modern köleliğin genellikle emek yoğunluğunun yüksek olduğu yerlerde, düşük teknolojik gelişmeye sahip temel endüstrilerde ve vasıfsız işgücü kullanan kişisel hizmet endüstrilerinde veya değer elde etme potansiyeli sınırlı olan küçük ölçekli işletmelerle ilişkilendirilebileceğini ifade etmiştir.<sup>36</sup>

Crane'e göre sosyo-ekonomik boyut ise yoksulluk ve göreceli yoksulluk, eğitim ve farkındalık ile işsizlik faktörleri ile ilişkilidir. Yoksulluk, emek sömürsünün en kötü türleri için elverişli koşullar yarattığından "itici" unsurdur.<sup>37</sup> İşsizlik, özellikle de yapısal işsizlik, işçilerin işe uygun becerilerindeki eksiklik ve bölgedeki sınırlı iş fırsatları yoksulluğun baskısını artırmaktadır, alternatif seçimlerin ve sosyal güvenlik ağının bulunmadığı durumlarda işe alım görevlilerinin modern

---

<sup>33</sup> Manzo, "Modern Slavery, Global Capitalism & Deproletarianisation in West Africa," 527-530.

<sup>34</sup> Crane, "Modern Slavery As A Management Practice: Exploring The Conditions and Capabilities For Human Exploitation," 53. Crane bu çalışmada modern köleliğin teorisini tablo üzerinden özetlemektedir. Bkz. A.e., 53ff. Tablonun Türkçe çevrisi ve özeti için Bkz. Güler, "Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümleri," 28-29.

<sup>35</sup> Crane, "Modern Slavery As A Management Practice: Exploring The Conditions and Capabilities For Human Exploitation," 54.

<sup>36</sup> Crane, "Modern Slavery As A Management Practice: Exploring The Conditions and Capabilities For Human Exploitation," 54.

<sup>37</sup> Crane, "Modern Slavery As A Management Practice: Exploring The Conditions and Capabilities For Human Exploitation," 55.

köleliğe dönük teklifleri aileler için bir umuttur; ancak bu teklifleri kabul edip köleliğe başlayanlar ya zorlanacak ya da aldatılacaklardır.<sup>38</sup> Kölelerin konuşlandırıldığı bölgelerde toplumdaki düşük eğitim ve düşük farkındalık seviyesi potansiyel olayların bildirilmesini engellemektedir, Crane'e göre bu tip sosyo-ekonomik olarak dezavantajlı olan toplumlarda uygun fiyatlı kredilerin sağlanmasıyla birlikte işe alım görevlileri tarafından hedeflenenler artık mümkün olmayabilir.<sup>39</sup>

Crane, coğrafi boyutu coğrafi izolasyon ve fiziksel/politik/psikolojik mesafe unsurlarına dayandırmıştır. Crane'e göre coğrafi izolasyonun kölelik olasılığının etkilemesinin iki ana nedeni vardır. Bunlardan ilki tarım, ormancılık, madencilik gibi birçok temel sanayi biçiminin konuma özgü olmasıdır, bu konumun şehir, kasaba gibi ana emek kaynaklarından izole edildiği yerlerde, emek için yüksek talep düşük arz piyasası yaratılır.<sup>40</sup> İkinci neden ise coğrafi izolasyon nedeni ile diğer topluluklarla çok az teması olan veya hiç teması olmayan kölelik sitelerinin geliştirilmesi, bireylerin çıkarlarının korunmasına yardımcı olabilecek kanun yaptırımlarından, destek gruplarından ve sendikalardan izole olmaya veya katılımcılar arasında kölelik uygulamalarının normalleşmesine neden olabilir böylelikle işçilerin direnme olasılığı azaltılır.<sup>41</sup> Köleleştirilmiş işçilerin evlerinden fiziksel, politik veya psikolojik olarak uzakta olmalarını sağlama, bağımlılığı artırma ve kaçmayı önleme etkisine sahiptir, özellikle

---

<sup>38</sup> Crane, "Modern Slavery As A Management Practice: Exploring The Conditions and Capabilities For Human Exploitation," 55.

<sup>39</sup> Crane, "Modern Slavery As A Management Practice: Exploring The Conditions and Capabilities For Human Exploitation," 55-56.

<sup>40</sup> Crane, "Modern Slavery As A Management Practice: Exploring The Conditions and Capabilities For Human Exploitation," 56.

<sup>41</sup> Crane, "Modern Slavery As A Management Practice: Exploring The Conditions and Capabilities For Human Exploitation," 56.

dilin ek bir engel olduğu durumlarda, geri dönüşle ilgili yüksek maliyet ve karmaşık lojistik nedeniyle kaçma girişimleri pek olası değildir.<sup>42</sup> Ayrıca, kimlik belgesi gibi uygun belgeler olmadan kaçmaya çalışanların tutuklanma riskleri daha yüksektir.<sup>43</sup>

Kültürel boyut ise Crane tarafından gelenekler, yerleşik eşitsizlikler ve dini inançlar bakımından ele alınmıştır. Her ne kadar düzenleyici kurumlar köleliği yasaklasalar da gayri resmi kurallar ile normların uyumlu bir kültür sağladığı yerlerde köleliğin devam etmesi muhtemeldir.<sup>44</sup>

Crane, düzenleyici boyutu yönetim gücü ve dikkat çekme konuları ile ilişkilendirmiştir. Crane'e göre iyi kamu yönetimi, yolsuzluk, kaynak eksikliği veya kötü yönetim tarafından zayıflatılabilir ve bunların tümü, kölelik yasaları ve insan haklarıyla ilgili uluslararası anlaşmalarda belirtilen yaptırımları etkisiz hale getirebilir. Örneğin yolsuzluk, sınır muhafızlarına işlemleri hızlandırmaları için yapılan ödemeler gibi yollarla, insan ticaretinin gerçekleşmesine neden olabilir veya yerel polise ödeme yapılması yoluyla aşırı emek sömürsünün engellenmeden devam etmesine izin verebilir ve ceza adaletini bozabilir.<sup>45</sup> Yönetim ve dikkat çekmenin köleliğin ortaya çıkma olasılığı üzerindeki etkisi, şirketler, sivil toplum kuruluşları veya medyanın etkisiyle hafifletilebilir. Bunun için sivil toplum kuruluşlarıyla köleliği ele alan ortaklıklar, hâkimlerin insan

---

<sup>42</sup> Crane, "Modern Slavery As A Management Practice: Exploring The Conditions and Capabilities For Human Exploitation," 56.

<sup>43</sup> Crane, "Modern Slavery As A Management Practice: Exploring The Conditions and Capabilities For Human Exploitation," 56.

<sup>44</sup> Crane, "Modern Slavery As A Management Practice: Exploring The Conditions and Capabilities For Human Exploitation," 57.

<sup>45</sup> Crane, "Modern Slavery As A Management Practice: Exploring The Conditions and Capabilities For Human Exploitation," 57-58.

hakları konusunda eğitilmesi, yerel polislik için finansman sağlanması gibi yollara başvurulabilir. Benzer şekilde, medya ve sivil toplum kuruluşları kölelik örneklerini araştırıp duyurarak ve çözümlere katkıda bulunarak yönetişimin ve ilginin artırılmasında rol oynayabilir.<sup>46</sup>

Modern köleliğin karmaşık yapısı olmasından ve kabul görmüş tanımı olmamasından ötürü, kavramı klasik kölelik diye adlandırılan kölelik kurumundan farklıklarına ve modern köleliğin görünümüne değinerek incelemek gerekecektir.

### **1. Modern Köleliğin Klasik Kölelikten Farkları**

Modern kölelikle klasik köleliği ayıran en önemli faktör, “köle” durumundaki kişilerin hukuki durumlarıdır. Yukarıda değinilen klasik köleliğin tanımından da anlaşılacağı üzere klasik kölelikte köleler haklara sahip olan kişiler olmayıp, haklara konu olan “eşya” statüsündedir. Oysa modern köle olan kişiler ise hukuki kişiliklerini korumakta ve eşya statüsünde değillerdir. Ancak mülkiyet ilişkisinin tam olarak kalktığı da söylenemez. Özellikle insan, organ veya seks ticareti durumlarında bu kişiler üzerinde mülkiyet unsurlarının kullanıldığı söylenebilir. Bazı durumlarda ise mülkiyet ilişkisi zayıflayarak sömürü haline gelmektedir. Örneğin zorla çalıştırma durumunda mülkiyet ilişkisinden değil, sömürü ilişkisinden bahsedilebilecektir.<sup>47</sup>

Modern kölelik, kaynağı bakımından da klasik kölelikten ayrılmaktadır. Yukarıda değinildiği üzere klasik köleliğin kaynağı genel olarak, savaş esirliğine, köleden doğmaya,

---

<sup>46</sup> Crane, “Modern Slavery As A Management Practice: Exploring The Conditions and Capabilities For Human Exploitation,” 58.

<sup>47</sup> Duymaz, “Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme,” 72-73.

borcunu ödeyememeye dayanırken; modern köleliğin kaynağı daha karmaşık bir yapıdadır.<sup>48</sup> Örneğin; yoksulluk, işsizlik, savaş, etnik ayrımcılığa maruz kalma veya katliam, soykırım gibi ağır insan hakları ihlalleri sonucunda kişi özgürlüğünden veya karşı koyma gücünden fiilen mahrum kalır. Bu gibi durumlar sonucunda, buna maruz kalan kişiler hayatını idame ettirmeye çalışacak ve belki de göçe zorlanacaklardır. Bunun sonucunda da insan ticareti, zorla çalıştırma gibi modern köleliğin görünümüne rastlanabilecektir.<sup>49</sup>

Bir başka farkı da hakimiyet veya sömürü ilişkisinin kurulması ve devam ettirilmesinde kullanılan araçlar oluşturmaktadır. Klasik kölelikte efendinin köle üzerindeki mülkiyet hakkının bir sonucu olarak hakimiyet ilişkisinin devam ettirilmesi için özellikle Roma uygarlıklarıyla özdeşleşmiş bir uygulama olan kölelerin zincire vurulması gibi insanlık dışı muameleler kullanılırken<sup>50</sup>; modern kölelikte mülkiyet ilişkisinin yerini sömürü ilişkisi aldığından, bu ilişkinin devam ettirilmesi için klasik kölelikteki gibi uygulamalar yerine, kişinin pasaportuna veya başkaca belgelerine el konulması veya kişinin kaçak olması durumunda sınır dışı edilmesi tehdidi gibi yöntemler kullanılmaktadır.<sup>51</sup> Yani klasik kölelik biçimindeki gibi aleni bir uygulama olmayıp gizlice yapılmaktadır.

---

<sup>48</sup> Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," 73.

<sup>49</sup> Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," 73.

<sup>50</sup> Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," 73; Bakır, *Modern Kölelik*, 5.

<sup>51</sup> Bakır, *Modern Kölelik*, 5; Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," 73.

Bu farklılıklara ek olarak Kevin Bales, klasik köleliğin modern köleliğe göre çok daha yüksek maddi bedellere dayandığını, bununla birlikte modern kölelikte kârın klasik köleliğe göre çok fazla olduğunu belirtmiştir. Yine, klasik kölelikte potansiyel köle kıtlığı mevcut iken modern köleliğin hâkim olduğu günümüzde potansiyel köle fazlasının olduğunu da belirtmiştir. Başka bir farklılık olarak da modern kölelikte kurulan ilişkinin klasik köleliktekine göre daha kısa süreli olduğunu belirtmiştir. Son olarak da klasik kölelikte etnik köken önemli bir unsur iken modern kölelikte bunun önemli olmadığını vurgulamıştır.<sup>52</sup> Etnik kökenin önemsiz olduğu görüşüne katılmamakla birlikte belirleyici olmadığı kanaatindeyiz. Zira klasik kölelikte köleden doğma, köleliğin kaynağı olabilirken modern kölelikte bu durum dolaylı olarak sömürü ilişkisinde ortaya çıkabilmektedir. Örneğin yukarıda da belirtildiği üzere etnik ayrımcılığa maruz kalan kişilerin göçe zorlanması sonucunda insan ticareti, zorla çalıştırma, seks köleliği gibi uygulamalara maruz kalmasında etnik kökenin dolaylı olarak etkili olduğunu düşünülebilir. Ancak yine belirtmiş olduğumuz üzere, kanaatimizce modern kölelikte belirleyici bir unsur değildir.

## 2. Modern Köleliğin Görünümleri: Modern Kölelik Biçimleri

Modern köleliğin, daha çok uygulanış tarzıyla kendini gösterdiğine yukarıda değinilmişti. Bu uygulanış tarzları modern köleliğin görünümünü yani aslında bir nevi modern kölelik biçimlerini ortaya koymaktadır. Bir kişinin tehdit, şiddet, baskı, gücün kötüye kullanılması veya aldatma nedeniyle reddedemeyeceği veya terk edemeyeceği sömürü durumlarının

---

<sup>52</sup> Güler, "Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümleri," 26-27; Bakır, *Modern Kölelik*, 6-7; Bales, *Küresel Ekonomide Yeni Kölelik*, 22.



hepsi modern kölelik biçimleri olarak sayılabilir.<sup>53</sup> Bu biçimleri eksiksiz bir şekilde listelemek şüphesiz ki zordur. Dolayısıyla birtakım çalışmalardan yola çıkarak modern köleliğin temel biçimlerine kısaca değinilecektir.

Modern kölelik biçimlerini Kevin Bales; menkul kölelik, borç esareti ve sözleşmeli kölelik olarak üç kategoride incelerken, K.David Androff; mülkiyete dayalı kölelik, borç esareti, sözleşmeye dayalı kölelik, devlet köleliği, yerel esaret ve dinsel kölelik olarak altı farklı kategoride değerlendirmektedir.<sup>54</sup> WFF ise modern köleliğin görünümünden insan ticareti, zorla çalıştırma, kölelik ve kölelik benzeri uygulamalar, borç esareti, zorla veya köleleştirilerek evlilik, çocuk sömürüsü ve satışı olarak altı görünümüne vurgu yapmaktadır.<sup>55</sup> WFF bu vurgusunu borç esareti durumu hariç, uluslararası düzenlemelere atıfta bulunarak yapmıştır.<sup>56</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Avrupa Konseyi Hukukuna bakıldığında ise bu modern kölelik biçimlerinden insan ticareti ve zorla çalıştırmanın ön plana çıktığı gözlemlenecektir.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 7.

<sup>54</sup> Güler, "Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümleri," 32-33; David K. Androff, "The Problem of Contemporary Slavery: an International Human Rights Challenge for Social Work," *International Social Work* 65, no. 2 (2010): 214-215 (Aktaran: Güler, "Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümleri," 32-33).

<sup>55</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 140-141.

<sup>56</sup> Güler, "Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümleri," 29-30. Bu eser WFF'nin 2014 raporuna atıf yapmış olsa da 2018 raporunda da aynı uluslararası düzenlemeler referans olarak gösterilmiştir. Bkz. WFF, *Global Slavery Index 2018*, 140-141.

<sup>57</sup> Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," 82. Duymaz, çalışmasında yargı kararlarına genişçe yer vermiştir. Bunlara örnek olarak İnsan Ticareti ile ilgili; AİHM, *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, No: 25965/04, 7

Modern kölelik biçimlerine işaret etmesi açısından, 7 Eylül 1956 tarihli Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Kölelik Benzeri Kurumların ve Uygulamaların Kaldırılması Hakkında Ek Sözleşme<sup>58</sup> de önem arz etmektedir. Sözleşmenin birinci maddesinde borç nedeniyle kölelik, serflik veya kulluk, zorla evlendirme, bir kadının kocası, ailesi veya aşireti tarafından para karşılığı veya başka bir şekilde devredilmesi, bir kadının miras yoluyla devredilmesi, bir çocuğun bedel karşılığında olsun veya olmasın istismar amacıyla devredilmesi kölelik benzeri uygulamalar olarak nitelendirilmiştir.<sup>59</sup> Bu kölelik benzeri uygulamalar Kölelik Sözleşmesi'ndeki tanıma uygun olmadığı ölçüde modern kölelik biçimi olarak değerlendirilebilecektir.

Bunlara ek olarak organ ticareti, seks ticareti, ev köleliği, çocukların silahlı çatışmalarda kullanılması gibi uygulamalar da modern kölelik biçimi olarak değerlendirilebilmektedir.<sup>60</sup>

Çalışmanın sonraki bölümüne yardımcı olması açısından modern kölelik biçimleri diye adlandırılan bu görünümünden bazılarını kısaca değinilmesi gerekmektedir.

### a. İnsan Ticareti

En kısa tanımıyla insan ticareti, kişilerin zorlama, tehdit veya aldatma gibi yöntemlerle zorla çalıştırma, kölelik veya

---

Ocak 2010; Zorla Çalıştırma konusunda da AİHM, *Siliadin v. Fransa*, No:73316/01, 26 Temmuz 2005 kararları örnek verilebilir.

<sup>58</sup> Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Kölelik Benzeri Kurumların ve Uygulamaların Kaldırılması Hakkında Ek Sözleşme, RG. 06.01.1964, S. 11599.

<sup>59</sup> Bkz. m.1; Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," 82.

<sup>60</sup> Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," 82.

başka türlü sömürü amacıyla yerlerinin değiştirilmesidir.<sup>61</sup> Bu kölelik biçimine daha çok sivil düzensizlik, silahlı çatışma, yoksulluk yaşanan yerlerde rastlanmaktadır. Bu kişilerin kolay hedef olarak görülmesi neticesinde kişilere daha iyi bir yaşam vaat edilerek kişiler sömürülmeye itilmekte ve bu kişilerin daha iyi bir yaşam umuduyla sürece dahil olması, genellikle zorla çalıştırma veya cinsel kölelik gibi uygulamalarla sonuçlanmaktadır.<sup>62</sup> Birleşmiş Milletler'in (BM), bu süreci yönetenlerin yılda yedi ila on milyar dolar arasında kazandığını belirttiği de düşünüldüğünde, bu insanlık dışı uygulamaları önlemek için birçok anlaşmaya rağmen her geçen yıl artmasında yüksek kâr ve düşük riskin önemli bir etken olduğu söylenebilir.<sup>63</sup>

## b. Zorla Çalıştırma

Zorla çalıştırma kavramı, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)<sup>64</sup> 29 No'lu Zorla Çalıştırma Sözleşmesi'nde<sup>65</sup> "herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetler" olarak tanımlanmıştır. Ceza tehdidi olmamasına rağmen ceza tehdidinde eşdeğer uygulamalar da zorla çalıştırma kapsamında

---

<sup>61</sup> Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," 82; Sara Birkhental, "Human Trafficking: A Right Abuse with Global Dimesions," *Interdisciplinary Journal Of Human Rights Law* 6, no. 27 (2011-2012), 27-40.

<sup>62</sup> Güler, "Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümleri," 33; Kathleen FitzGibbon, "Modern-Day Slavery?," *African Security Review* 12, no. 1 (2003): 81,84.

<sup>63</sup> Fitz Gibbon, "Modern-Day Slavery?," 85-86.

<sup>64</sup> International Labour Organization.

<sup>65</sup> Cebri veya Mecburi Çalıştırma Hakkında Sözleşme, RG. 23.06.1998, S. 23381.

değerlendirilmektedir.<sup>66</sup> Nitekim çalışmanın üçüncü bölümünde detaylıca açıklanacağı üzere zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma kavramlarına ilişkin tanımlamayı da 26 No'lu Zorla Çalıştırma Sözleşmesi'ne atıfla tanımlayan AIHM, bahsi geçen "cezanın" fiziksel şiddet veya kısıtlamaya varabileceği gibi yasa dışı çalışan mağdurları polise veya göç idaresi yetkililerine ihbar etmekle tehdit etmek gibi psikolojik bir mahiyette ve daha örtülü biçimlerde olabileceğini kararında açıkça vurgulamaktadır.<sup>67</sup> Bu duruma AIHM'in *Siliadin v. Fransa*<sup>68</sup> kararı örnek olarak verilebilir.<sup>69</sup> Başvuruya konu olayda ücretsiz çalıştırılan başvurucuya yönelik ceza tehdidi olmamasına rağmen başvurucunun ikamet izni bulunmadan yabancı ülkede bulunması, yakalanma korkusu sebebiyle Mahkeme durumu ceza tehdidi olarak nitelendirmiş ve zorla çalışma olduğuna hükmetmiştir.

### c. Borç Esareti

WFF borç esareti durumunu, insanların, borcuna veya borç süresinin kısaltılmasına karşılık olarak kendilerinin veya kendi kontrolü altındaki kişilerin emeğini veya hizmetini, değerinden daha az miktarda sınırlı veya sınırsız süre ile taahhüt etmesi

---

<sup>66</sup> ILO, *The cost of Coercion*, (International Labour Conference, 98th Session 2009, Report I(B)), (Genava: ILO, 2009), 5-6 (para. 24), Erişim tarihi Eylül 8, 2022, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_106268.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_106268.pdf).

<sup>67</sup> C.N. ve V. v Fransa, No: 67724/09, 11 Ekim 2012, para. 77.

<sup>68</sup> *Siliadin v. Fransa*, No: 73316/01, 26 Temmuz 2005.

<sup>69</sup> İhlal ile sonuçlanan zorla çalıştırma veya zorunlu çalışmaya ilişkin benzer örnekler için ayrıca Bkz. *Chowdury ve Diğerleri v. Yunanistan*, No: 21884/15, 30 Mart 2017; *S.M. v. Hırvatistan* [B.D.], No: 60561/14, 25 Haziran 2020; *V.C.L. ve A.N. v. Birleşik Krallık*, No: 77587/12 ve 74603/12, 16 Şubat 2021; *Zoletic ve Diğerleri v. Azerbaycan*, No: 20116/12, 7 Ekim 2021.

olarak tanımlamıştır.<sup>70</sup> Bu durum köleliğin hem gerekçesi hem de biçimidir.<sup>71</sup> Bu durumun örneklerine ödeme gücü olmayan yoksul göçmenlerin insan ticaretine katılmasında rastlanıldığı gibi<sup>72</sup> Hindistan ve Tayland'da kronikleşmiş şekilde rastlamak da mümkündür. Örneğin Hindistan'da emekçi ailelere verilen küçük toprak parçasını işleme hakkı neticesinde aileler bu toprağı işlemeyi sürdürebilmek için borçlandırılmakta, ancak aileler bu borcu ödeyememekte ve sonunda kronikleşmiş kölelik sorunuyla yüzleşmektedirler. Yine Tayland'da geçmişten beri ailelerin, maddi kriz yaşamaları durumunda kız çocuklarını seks işçisi olarak satması da bu kölelik biçiminin kronikleşmiş hali olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>73</sup>

## II. YİRMİ BİRİNCİ YÜZYILIN UTANÇ TABLOSU: “MODERN” KÖLELER

### A. Genel Olarak

Modern kölelik hakkında hazırlanan birçok rapor mevcuttur, bunlar genellikle International Labour Office (ILO), Walk Free Foundation (WFF), Human Rights Watch<sup>74</sup> (HRW), International Organization for Migration<sup>75</sup> (IOM) gibi uluslararası alanda çalışmalar sürdüren kuruluşlar tarafından hazırlanmaktadır. WFF tarafından hazırlanan 2018 Küresel

---

<sup>70</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 140.

<sup>71</sup> Güler, “Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümleri,” 34.

<sup>72</sup> Güler, “Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümleri,” 30; Bales, *Küresel Ekonomide Yeni Kölelik*, 15.

<sup>73</sup> Güler, “Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümleri,” 34; Bales, *Küresel Ekonomide Yeni Kölelik*, 49, 246-247.

<sup>74</sup> İnsan Hakları İzleme Örgütü.

<sup>75</sup> Uluslararası Göç Örgütü.

Kölelik Endeksi<sup>76</sup> son döneme ilişkin<sup>77</sup> hazırlanmış en kapsamlı verileri içeren rapordur. Bununla birlikte WFF, ILO ve IOM'un hazırladıkları Modern Köleliğin Küresel Tahminleri Raporu<sup>78</sup> da bizlere yol gösteren bir diğer kaynaktır. WFF, 2018 endeksinde çok sayıda kategoride çalışma yapmış olmalarına rağmen modern köleliğe ilişkin hala büyük boşluklar olduğunu, birçok modern kölenin bilgisine ulaşılmadığına işaret etmektedir. Kesin verilere ulaşmak, köleliğin birçok farklı alanda uygulamaya konu olması, ülkelerin uyguladığı politikalar, süre gelen çatışmalar, yönetim sorunları, veri toplama çalışmalarında izlenen metotlardaki eksiklik gibi nedenlerle oldukça zordur. Örneğin küresel tahminlere ilişkin rapor organ ticareti, çocuk askerlerin askere alınması gibi konulara dair bilgi veremediği gibi 2018 endeksindeki tahminler de bu uygulamaları yakalayamamaktadır.<sup>79</sup> Buna ek olarak, Arap devletlerine ilişkin yapılan çalışmalar son derece sınırlı şekilde yapılabilmektedir.<sup>80</sup> Ev işleri ve inşaat gibi sektörlerde zorla çalıştırma faaliyetlerinin yoğun biçimde görüldüğü bilinen Arap ülkelerinde sadece iki tane ulusal anket yapılabilmektedir. Nitekim araştırmaya konu ülkeler Körfez İş Birliği Konseyi üyesi olmayan Lübnan ve

---

<sup>76</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 7.

<sup>77</sup> İşbu makalenin kaleme alındığı Nisan 2022 tarihi itibarıyla son döneme ilişkin.

<sup>78</sup> WFF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, (Geneva: ILO & WFF, 2017), Erişim tarihi Mart 29, 2022, [https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_575479/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_575479/lang-en/index.htm).

<sup>79</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 28.

<sup>80</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Human Rights Watch (HRW), *Abuse and Exploitation of Female Migrant Domestic Workers in the United Arab Emirates*, (ABD: HRW, 2014), Erişim tarihi Nisan 2, 2022, <https://www.hrw.org/report/2014/10/22/i-already-bought-you/abuse-and-exploitation-female-migrant-domestic-workers-united>.

Ürdün olmuştur.<sup>81</sup> Öte yandan metodolojik gelişmeler de yaşanmaktadır. Örneğin yüksek gelirli ve gelişmiş ülkelerdeki modern kölelik yaygınlık oranlarının önceden anlaşıldığı şekilden daha yüksek olduğu saptanmıştır.<sup>82</sup>

ILO, WFF ve IOM tarafından hazırlanan küresel tahmin raporunda yer alan rakamlar WFF'nin hazırladığı 2018 endeksinde de kullanılarak kurban sayısı ve dağılımı gibi konularda yeni verilere değinilmemiştir. Tüm boşluklara rağmen 2018 endeksi ile küresel tahminler raporunu birlikte ele alarak modern köleliğin bölgesel dağılımı, mağdurların cinsiyet dağılımı, köleliğin en çok rastlandığı ülkeler, zorla çalıştırma ve zorla evlendirme mağdurlarının modern kölelik içindeki yeri gibi konularda 21. yüzyıl “modern” dünyasının utanç tablosunu görmek mümkündür.

## **B. Modern Köleliğin Yaygınlık Oranları**

### **1. Modern Köleliğin Bölgesel Yaygınlığı**

WFF'nin hazırladığı 2018 Küresel Kölelik Endeksinde göre dünyada her bin kişiden 5.4'ü modern kölelik kurbanı<sup>83</sup> iken aynı kuruluşun Commonwealth Human Rights Initiative<sup>84</sup> ile modern köleliğin ortadan kaldırılması hakkında yaptıkları çalışmaya göre milletler topluluğu içinde yaşayan her 150 kişiden birisi modern köledir. Kölelik, beş bölge arasında en çok Afrika bölgesinde yaygınlık göstermektedir, bunu Asya ve Pasifik bölgesi, ardından Avrupa ve Orta Asya izlemektedir. Arap Devletleri ve Amerika bölgesi ise dördüncü ve beşinci sırada yer

---

<sup>81</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 82.

<sup>82</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 62.

<sup>83</sup> WFF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 5.

<sup>84</sup> İnsan Hakları Girişimi.

almaktadır.<sup>85</sup> WFF, bölgelerin ve ülkelerin güvenlik açığı hakkındaki çalışmalarında birtakım ölçütler kullanarak bunların kırılabilirlik oranlarını analiz etmiştir. Bu ölçütler yönetim sorunları, temel ihtiyaçların eksikliği, eşitsizlik, haklardan mahrum edilmiş gruplar ve çatışmaların etkileri şeklinde belirlenmiştir.<sup>86</sup> Yapılan bölgesel analizler, Arap Devletleri ve Amerika bölgesinde modern kölelik riskinin, yaygınlık verilerinde görülenden daha yüksek olduğunu göstermiştir. Arap devletlerinin nispeten düşük yaygınlık tahminlerine rağmen, beş bölgede ikinci kırılabilirlik puanına sahip olduğu saptanmıştır.<sup>87</sup> Bu bulgulardan hareketle, 17,6 milyon göçmen işçi<sup>88</sup> ile dünya genelindeki göçmen işçi sayısının onda birine sahip ve her üç işçisinden biri göçmen<sup>89</sup> olan Arap devletlerinin, sınırlı çalışmalar sonucu elde edilen verilerden daha fazla sayıda modern köle uygulamasına ev sahipliği yaptığı söylenebilir.

---

<sup>85</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 62.

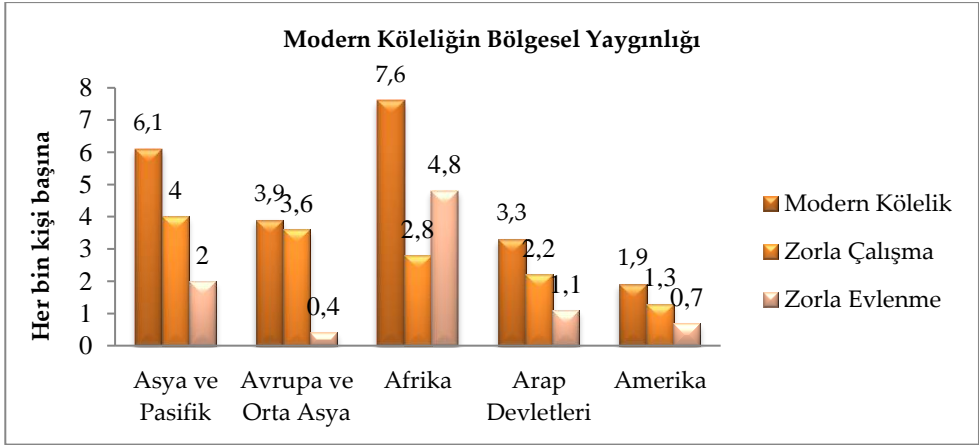
<sup>86</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 142.

<sup>87</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 63.

<sup>88</sup> ILO, *Global Estimates Of Migrant Workers And Migrant Domestic Workers: Results And Methodology* (Geneva: ILO, 2015), 16, Erişim tarihi Nisan 2, 2022, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_436343.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_436343.pdf).

<sup>89</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 27.





**Grafik 1:** Modern Köleliğin Bölgesel Yaygınlığı, 2018.<sup>90</sup>

(WFF, *Global Slavery Index 2018*)

Bölgesel yaygınlık tablosundan görüleceği üzere modern köleliğin en yaygın olduğu ve zorla evlendirilenlerin sayısının zorla çalıştırılanların sayısını geçtiği tek bölge Afrika'dır. Bununla birlikte zorla evlendirme yaygınlık oranı en düşük bölge olan Avrupa'da ise Orta Avrupa'daki kadınları Batı Avrupa'da sahte evlilikler için işe alan büyük bir ulus ötesi örgütlü suç grubu şeklinde yeni bir insan ticareti biçimi ortaya çıktığı gözlemlenmiştir.<sup>91</sup>

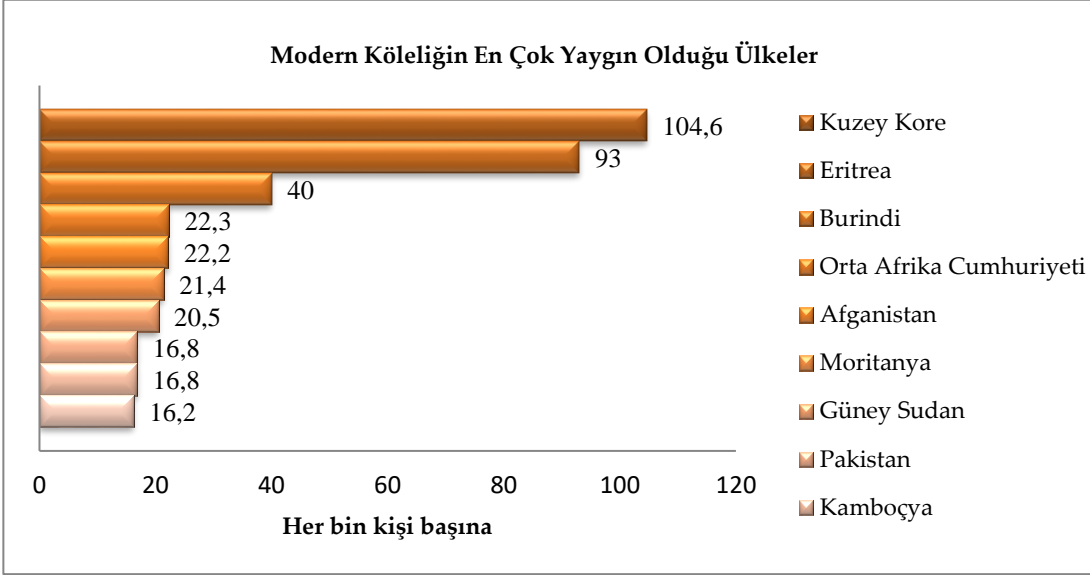
## 2. Köleliğin En Çok Yaygın Olduğu Ülkeler

Her ne kadar modern köleliğin son bulması için çalışmalar yapılırsa da dünya üzerindeki neredeyse her ülkede modern kölelik uygulanmasına rastlanmaktadır. Bazı ülkelerde devletin zorlamasıyla bazı ülkelerde de devletten gizli şekilde modern kölelik sürdürülmektedir. Böylelikle, modern köleliğin görülme sıklığı konusunda her ülkede farklı sonuçlar çıkmaktadır. 167

<sup>90</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 62,-63.

<sup>91</sup> WFF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 46.

ülkede yapılan araştırmaya göre modern köleliğin en yaygın olduğu ilk on ülke sırasıyla Kuzey Kore, Eritrea, Burindi, Orta Afrika Cumhuriyeti, Afganistan, Moritanya, Güney Sudan, Pakistan, Kamboçya ve İran'dır.



**Grafik 2:** Modern Köleliğin En Yaygın Olduğu Ülkeler, 2018.<sup>92</sup>

(WFF, *Global Slavery Index 2018*)

WFF'nin hazırladığı 2014 yılı modern kölelik endeksine göre modern köleliğin nüfus içinde en çok yer tuttuğu on ülke; Moritanya, Özbekistan, Haiti, Katar, Hindistan, Pakistan, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Sudan, Suriye ve Orta Afrika Cumhuriyeti'di.<sup>93</sup> İlk on ülke arasında Kuzey Kore, Eritrea, Afganistan ve Kamboçya yer almamıştır. Özellikle Kuzey Kore

<sup>92</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 29.

<sup>93</sup> WFF, *Global Slavery Index 2014* (Avustralya: Hope for Children Organization, 2014), 17, Erişim tarihi Nisan 2, 2022, [https://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2014/11/GlobalSlavery\\_2014\\_LR-FINAL.pdf](https://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2014/11/GlobalSlavery_2014_LR-FINAL.pdf).

bakımından bunun sebebi 2014 yılı itibari ile bu ülkede ilk defa çalışma yapılmasıdır. Metodolojik gelişmeler ve daha fazla kişiye ulaşmakla birlikte sonraki süreçte daha sağlıklı veriler elde edilmiştir.

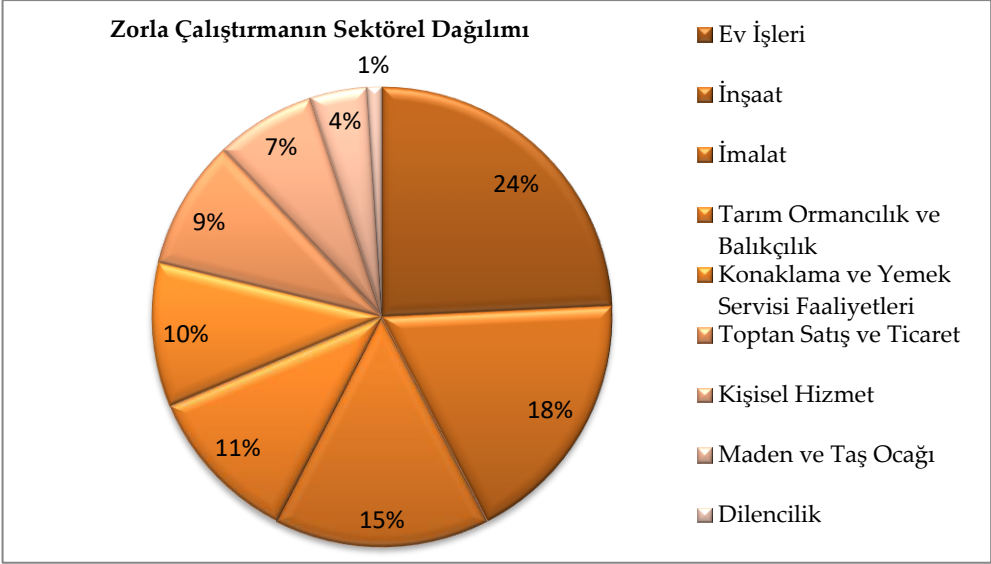
Yapılan analizler köleliğin en yaygın olduğu ülkeler ile modern kölelik arasında iki önemli bağlantı unsurunu göstermektedir: bu ülkeler son derece baskıcı rejimler tarafından yönetilmektedir ve buralarda çatışmalar devam etmektedir.<sup>94</sup> Özellikle Kuzey Kore ve Eritrea'daki yaygınlığın diğer ülkelere nazaran daha yüksek olmasının nedeni bu ülkelerdeki vatandaşların devlet tarafından zorla çalıştırılmasıdır. Kanaatimizce tek partili ya da diktatörlük şeklinde yönetilen ülkelerde insan haklarını koruyan mekanizmaların işletilememesi ve yöneticilerin bu mekanizmaları işletmekteki isteksizlikleri modern köleliğin yaygınlaşmasına zemin hazırlamaktadır. 21. yüzyılda devletlerin kendi vatandaşlarına yönelik zorla çalıştırma uygulamasının devam etmesi ve bu keyfiyetin önüne geçilememesi son derece endişe vericidir.

### **3. Zorla Çalıştırma Sömürüsünün Sektörel Yaygınlığı**

Zorla çalıştırma farklı şekillerde ve sektörlerde meydana gelmektedir. Bu sömürü vakaları her sektörde eşit oranda görülmemekle birlikte bazı sektörlerde diğerlerinden çok daha fazla sayıda kurbanı vardır. Zorla çalıştırma sömürüsünün sektörel dağılımını WFF, ILO, IOM aşağıdaki grafikte açıklamıştır.

---

<sup>94</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 29.



**Grafik 3.:** Zorla Çalıştırmanın Sektörel Dağılımı, 2016.<sup>95</sup>

(WWF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*)

Rapora göre zorla çalıştırma mağdurlarının %24'ünü kapsayan ev işçilerinin 2016 tarihi itibari ile dünya genelinde 67 milyon kişi olduğu tahmin edilmektedir. Bunların %75'inin kadın ve 11.5 milyonunun göçmen olduğu tahmin edilmektedir. Göçmen ev işçilerinin yaklaşık %80'inin oluşturduğu 9.1 milyon ev işçisi yüksek gelirli ülkelerde çalışmaktadır. Göçmen kadın ev işçilerinin %25'i Asya ev Pasifik bölgesinde; %22'si Avrupa'da; %19'u ise Arap Devletlerinde bulunmaktadır.<sup>96</sup> Birkaç istisna dışında ev işçileri ulusal İş Kanunlarındaki korumanın dışında bırakılmıştır. ILO'nun 2011 tarihli, 189 sayılı Ev İşçileri

<sup>95</sup> WWF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 32.

<sup>96</sup> WWF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 33.

Sözleşmesi'nin kabul edilmesiyle beraber son yıllarda birtakım ilerlemeler kaydedilmiştir. Ancak yine de ev işçilerinin ödenmemiş ücretlerden, fazla mesai ücretlerinin olmamasından, uzun çalışma saatlerinden, ağır iş yükünden, dinlenme günlerinin yetersizliğinden, sağlık ve doğum izninin olmamasından, kötü yaşam koşullarından, sözleşmeler ve fesih ile ilgili kötü yaşam koşullarından şikâyetleri devam etmektedir.<sup>97</sup>

Yine rapora göre, zorla çalıştırılan iş gücü sömürü vakalarının %18'inin meydana geldiği tahmin edilen inşaat sektörünün ise küresel işgücünün %7'sini istihdam ettiği tahmin edilmektedir.<sup>98</sup>

Zorla çalıştırılan işgücü sömürü vakalarının %15'inin görüldüğü imalat sektöründe ise az gelirli ülkelerde çalışanların baskıya maruz kaldığı belgelenmiştir. Uzun zamanlar boyunca Güney Asya ülkelerinde büyük ölçüde kayıt dışı olan küçük hazır giyim veya ayakkabı fabrikalarındaki istismarlara odaklanılmış olsa da küresel tedarik zinciri riskleri konusunda artan farkındalık ile birlikte bir dizi ürünün üretiminde zorlama olduğu tespit edilmiştir<sup>99</sup>. Örneğin bazı büyük elektronik, iletişim ve teknoloji markaları, tedarik zincirlerinde zorla çalıştırma da dahil olmak üzere emek sömürsü hakkında eleştirilerle karşılaşmıştır.<sup>100</sup> 2020/2021 verilerine göre 129 şirket arasında LULULEMON, ADIDAS, PVH gibi firmalar yüz puan

---

<sup>97</sup> WFF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 33.

<sup>98</sup> WFF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 33-34.

<sup>99</sup> WFF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 34.

<sup>100</sup> WFF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 34.

üzerinden sırasıyla aldıkları 89, 86 ve 74 puanla üretim zincirinde zorla çalıştırma riski en az olan ilk üç firmadır, bununla birlikte NOKIA, AMAZON gibi firmalar 50 puanın altında kalmışlardır.<sup>101</sup>

Zorla çalıştırılan işgücü sömürü vakalarının %11'ini ise tarım, ormancılık ve balıkçılık sektörleri oluşturmaktadır. Ticari tarımdaki düşük ücretli işlerin çoğu mevsimlidir, böylelikle bu alandaki zorlamanın kısa süreli olduğu anlaşılmaktadır. Gayri meşru ajanlar, tarım alanında çalışan kurbanların ücretlerinin ödenmemesi veya geç ödenmesi, fiziksel hareketlerinin kısıtlanması, şiddet ve tehdit gibi tipik istismarlardan geniş ölçüde sorumludur. Dahası, bu tür istismar vakaları hem zengin hem de yoksul ülkelerin tarım sektöründe geniş çapta belgelenmiştir.<sup>102</sup>

Göçmen işçiler ise özellikle balıkçılık sektöründe yüksek bir baskı riski altındadır. Hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelerdeki göçmen işçiler geniş bir yelpazede faaliyet gösteren gemilerde gün geçtikçe daha fazla çalışmaktadırlar. Çünkü bu ülkelerin vatandaşları sert çalışma şekli ve denizde uzun süreler geçirilmesine karşılık verilen ücretleri çok düşük bulmaktadırlar. Bununla birlikte birçok durumda, tüm iş operasyonu yasadışı olabilmektedir. Böyle durumlarda gemi sahipleri hem maliyetleri düşürmek hem de kolluk kuvvetlerinin

---

<sup>101</sup> Know The Chain, *2020/2021 Benchmark*. Erişim tarihi Mart 29, 2022, <https://knowthechain.org/benchmark/>. 2018 verilerine göre INTEL, HP, APPLE gibi firmalar yüz puan üzerinden sırasıyla aldıkları 75, 72 ve 71 puanla üretim zincirinde zorla çalıştırma riski en az olan ilk üç firmadır bkz.: Know The Chain, *2018 Information & Communications Technology Benchmark*, Erişim tarihi Haziran 3, 2020, [https://knowthechain.org/benchmarks/comparison\\_tool/4/](https://knowthechain.org/benchmarks/comparison_tool/4/).

<sup>102</sup> WFF, ILO, IOM *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 34.

dikkatinden kaçmak için belgesiz göçmenleri kullanmaktadır.<sup>103</sup> Bu durumla bağlantılı olarak belirtmek gerekir ki, IOM'nin insan ticareti mağdurları ve savunmasız durumlarda diğer göçmenler için oluşturduğu Küresel Yardım Fonu, Endonezya sularındaki yabancı balıkçı teknelerinden 600 erkeğe katkıda bulunmuştur. Yardım edilen kişilerden bazıları yıllardır kuru arazide bulunmamıştı, kurbanlardan biri 22 yıl boyunca hiçbir temas olmadan ailesinden ayrılmıştı.<sup>104</sup>

Son olarak WFF'nin çeşitli parametreler kullanarak yapmış olduğu araştırmalardan elde ettiği bulgulara dayanılarak G20<sup>105</sup> ülkelerine ithal edilen, zorla çalıştırma riskinin olduğu bazı ürün ve bu ürünlerin kaynak ülkeleri şöyle sıralanabilir: Kazakistan, Tacikistan, Türkmenistan ve Özbekistan'da pamuk; Afganistan, Hindistan, Myanmar, Nepal ve Pakistan'da tuğla; Arjantin, Brezilya, Çin, Hindistan, Malezya, Tayland, Vietnam'da giyim ve giyim aksesuarları; Bolivya, Brezilya, Nijer ve Paraguay'da sığır; Brezilya ve Dominik Cumhuriyeti'nde şeker kamışı; Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Kuzey Kore ve Peru'da altın; Hindistan ve Pakistan'da halı; Kuzey Kore ve Pakistan'da kömür; Gana, Endonezya, Tayland, Tayvan, Güney Kore, Çin, Japonya ve Rusya'da balık; Hindistan ve Myanmar'da piring; Brezilya, Kuzey Kore ve Peru'da kereste; Bolivya'da Brezilya

---

<sup>103</sup> WFF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 34-35.

<sup>104</sup> WFF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 35.

<sup>105</sup> 20 Maliye Bakanı ve Merkez Bankası Başkanı Grubu, dünyanın en büyük ekonomileri arasında yer alan 19 ülke ve Avrupa Birliği Komisyonundan oluşur. İngilizce Group of 20 olarak bilinen bu gruba kısaca G20 ülkeleri adı verilmektedir. Bkz. Erişim tarihi Haziran 3, 2020, <https://tr.wikipedia.org/wiki/G20#:~:text=G20%20C3%BClkelerini%20Almanyaya%2C%20Amerika%20Birle%C5%9Fik,ve%20Avrupa%20Birli%C4%9Fi%20Komisyonu%20olu%C5%9Fturuyor.>

cevizi, kestane; Fildişi Sahili ve Gana'da kakao; Angola'da elmas; Çin ve Malezya'da ise elektronik eşyalardan laptoplar, bilgisayarlar ve cep telefonları.<sup>106</sup> Modern kölelik riski altında bulunan bu ürünlerin G20 ülke ekonomilerinde ne ölçüde ithal edildiği raporda detaylıca açıklanmıştır.<sup>107</sup> Bu yönüyle rapor, suçun nerede işlendiğine değil, ürünlerin satıldığı ve tüketildiği yere odaklanarak G20 ülkelerinin ekonomilerinde büyük yere sahip olan, modern kölelik riski altında olan bu ürünleri ithal edip, ürünlerin üretimiyle ilgili çalışma koşullarında düzenleme yapmak için hiç çaba sarf etmediklerini gözler önüne sermektedir. Ayrıca raporda, bu ülkelerin modern köleliğe hem ülke içinde hem sınırlar ötesinde yanıt vermede açık ve acil sorumluluğunun olduğu vurgusu yapılmaktadır.<sup>108</sup>

#### **4. Borç Esaretine İlişkin Veriler ve Tayland Örneği**

Zorla çalıştırma ve zorla evlendirmenin dünya üzerindeki dağılımına bakıldığında, bölgeler arasındaki rakamların birbirleriyle benzerlik göstermediği anlaşılmaktadır. Ancak borç esaretinin zorla çalıştırma içindeki yerine bakıldığında zorla çalıştırma uygulamalarının büyük bir kısmını borç esareti oluşturduğundan bölgeler arasında çok ciddi değişimlere rastlanmamaktadır.

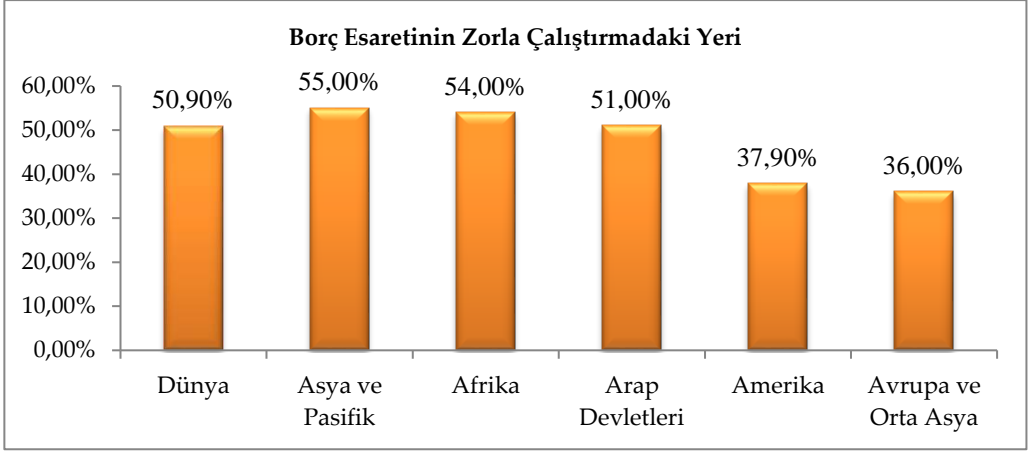
---

<sup>106</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 103. Ayrıca bu raporun hazırlanmasında esas alınan referanslar için Bkz. WFF, *Global Slavery Index 2018*, 220ff.

<sup>107</sup> Bkz. WFF, *Global Slavery Index 2018*, 104-105; A.e., 224-229.

<sup>108</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 102-105.





**Grafik 4:** Borç Esaretinin Zorla Çalıştırma İçindeki Yeri, 2016.<sup>109</sup>

(WFF, *Global Slavery Index 2018*)

Zorla çalıştırılan erkeklerin borç esaretindeki oranı genellikle kadınlardan daha fazladır. Asya’da zorla çalıştırılan kadınların %47’si erkeklerin ise %69,6’sı borç esareti altında çalışmaktadır. Afrika’da zorla çalıştırılan kadınların %52,5’i, erkeklerin %55,1’i; Amerika bölgesinde zorla çalıştırılan kadınların %34,3’ü, erkeklerin %37,9’u; Avrupa ve Orta Asya’da zorla çalıştırılan kadınların %21,3’ü, erkeklerin %54,4’ü borç esareti altında çalıştırılmaktadır. Borç esaretinde çalıştırılan kadın oranının erkekleri geçtiği tek bölge Arap Devletleridir. Bu bölgede zorla çalıştırılan kadınların %88,7’si, erkeklerin ise %44,7’si borç esareti altında çalışmaktadır.<sup>110</sup>

Her ne kadar borç esareti ile ilgili bölgeler arasında pek dalgalanma olmasa da Asya ve Pasifik bölgesi borç esaretinin zorla çalıştırma içinde en fazla yer tuttuğu bölgedir. Bu

<sup>109</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 69, 77, 83, 87, 93.

<sup>110</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 69, 77, 83, 87, 93.

durumun nedenlerinden birisini de balık sektöründe yaşananlar oluşturmaktadır. Veriler, sömürücü işe alım politikasının ve borç esaretinin Tayland ticari balıkçılık endüstrisindeki işgücü sıkıntısı nedeniyle daha da arttığını göstermektedir.<sup>111</sup> Balıkçı tekneleri üzerindeki çalışmanın tehlikeli ve sömürücü doğası, tekne sahiplerinin balıkçı teknelerinde üretim ihtiyaçlarını karşılayan istekli bir işgücünü istihdam etmelerini ve sürdürmelerini zorlaştırmaktadır. Bu zorluklar, Kamboçya ve Myanmar hükümetlerinin vatandaşlarının Tayland balıkçılık endüstrisinde çalışmasını yasaklamaları ile daha da ağırlaştırmıştır. Bu ve benzer nedenlerle, balıkçıların kesin olarak %37,9'u muhtemelen de %49,2'si insan ticaretine maruz kalmıştır. Bunun sonucu olarak bir göçmen bir insan taciri ile göç sürecine başladığında, gıda, barınma ve seyahat ile kayıt belgelerinin masrafları için genellikle borç tahakkuk etmektedir. Bu nedenle, göçmen işçiler balıkçı tekneleri üzerinde çalışmaya başlamadan önce bile işverene, brokere veya aracı acenteye borçlu olabilmektedir. Tayland'da balıkçılık endüstrisinde çalışanların %76'sı bu nedenle borç esareti altında çalışmaktadır.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Issara Institute, International Justice Mission, *Prevalence & Patterns Of Labour Abuse Across Thailand's Diverse Fishing Industry*, (Issara Institute & International Justice Mission Ocak 2017), 7, Erişim tarihi Nisan 1, 2022, <https://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2018/01/Not-in-the-Same-Boat-Prevalence-and-Patterns-of-Labor-Abuse-Across-Thailand's-Diverse-Fishing-Industry.pdf>.

<sup>112</sup> Issara Institute & International Justice Mission, *Prevalence & Patterns Of Labour Abuse Across Thailand's Diverse Fishing Industry*, 7; WFF, *Global Slavery Index 2018*, 48.

## C. Modern Köle Sayıları Ve Kurbanların Cinsiyetleri

### 1. Bölgelere Göre Modern Köle Sayıları

ILO, WFF ve IOM tarafından hazırlanan küresel tahmin raporuna göre 2016 yılında dünya üzerinde 40.3 milyon modern kölelik kurbanı bulunmaktadır.<sup>113</sup> WFF'nin 2014 yılında hazırladığı endekse göre ise 2014 yılı modern köle sayısı 35.8 milyon olarak tahmin edilmekteydi.<sup>114</sup> Kanaatimizce, iki yıllık arada 4.5 milyon kurbanın eklenmesi nüfus artış hızındaki yükseliş, metodolojik gelişmeler, ülkelerdeki yönetim biçimlerinde meydana gelen değişimler gibi sebeplere dayandırılabilir.

	Zorla Evlendirme	Zorla Çalıştırma	Toplam Kurban
Asya ve Pasifik	8.440.000	16.550.000	24.990.000
Afrika	5.820.000	3.420.000	9.240.000
Avrupa ve Orta Asya	340.000	3.250.000	3.590.000
Amerika	670.000	1.280.000	1.950.000
Arap Devletleri	170.000	350.000	520.000
DÜNYA	15.442.000	24.840.000	40.293.000

**Tablo 1:** Bölgelere Göre Modern Köle Sayısı, 2016.<sup>115</sup>

(WFF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*)

<sup>113</sup> WFF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 9.

<sup>114</sup> WFF, *Global Slavery Index 2014*, 17.

<sup>115</sup> WFF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 19.

Modern kölelik en çok Afrika bölgesinde yaygın olsa da en fazla modern kölelinin bulunduğu bölge yaklaşık 25 milyon köle sayısı ile Asya ve Pasifik bölgesidir. En az kölenin bulunduğu bölge olan Arap Devlerinde Suriye, Irak ve Yemen gibi derin ve güncel çatışma yaşayan ülkelerde anket ve çalışma yapmak mümkün olmadığından, bu ülkelerden elde edilen veriler sağlıklı değildir.<sup>116</sup> 2018 verilerine göre modern kölelikte tahmini en fazla mutlak insana sahip 10 ülke ise en çok nüfusa sahip ülkelerden bazılarından oluşmaktadır. Bunlar: Hindistan, Çin, Pakistan, Kuzey Kore, Nijerya, İran, Endonezya, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Rusya ve Filipinler'dir.<sup>117</sup> 2022 yılında Hindistan'ın 18.4 milyon, Çin'in 3.4 milyon, Pakistan'ın 2.1. milyon, Bangladeş'in 1.5 milyon, Özbekistan'ın 1.2 milyon, Kuzey Kore'nin 1.1 milyon köleye barındırdığı tahmin edilmektedir.<sup>118</sup>

## 2. Kurbanların Cinsiyet ve Yaşları

### a. Zorla Çalıştırma İstatistikleri

2012'den 2016'ya kadar geçen beş yıllık sürede 89 milyon kişi birkaç gün zorla çalıştırılmış ya da zorla evlendirilmiştir. Bunların 82.7 milyonu zorla çalıştırılırken 6.5 milyonu iradeleri dışında zorla evlendirilmiştir. IOM tarafından 2012 yılından sonra kaydedilen kurbanların ortalama zorla çalıştırılma süreleri 20 ayın biraz üzerinde kaydedilirken, bu süre cinsel istismar mağdurları bakımından 23 ayı bulmuştur.<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 83.

<sup>117</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 31.

<sup>118</sup> Erişim tarihi Nisan 4, 2022, <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/countries-that-still-have-slavery>.

<sup>119</sup> WFF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 25.

		Zorla Çalıştırma Sömürüsü	Cinsel Sömürü	Devlet Tarafından Zorla Çalıştırma	Toplam Zorla Çalıştırma
<b>DÜNYA</b>		15.975.000	4.816.000	4.060.000	<b>24.850.000</b>
<b>Cinsiyet</b>	<b>Erkek</b>	6.766.000	29.000	2.411.000	9.206.000
	<b>Kadın</b>	9.209.000	4.787.000	1.650.000	15.646.000
<b>Yaş</b>	<b>Yetişkin</b>	12.995.000	3.791.000	3.778.000	20.564.000
	<b>Çocuk</b>	2.980.000	1.024.000	282.000	4.286.000

**Tablo 2:** Zorla Çalıştırmanın Cinsiyet ve Yaş Dağılımı, 2016.<sup>120</sup>

(WWF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*)

Tablodan da görüleceği üzere kadın ve çocuk kurban sayısı oldukça yüksektir. Dünya üzerindeki her 130 kadından birisi modern kölelik kurbanıdır.<sup>121</sup> Devlet tarafından zorla çalıştırılanlar dışındaki her iki kategoride de kadın kurban sayısı erkek kurban sayısından fazladır. Kanaatimizce bu durum kadınların toplum içinde erkeklere göre daha az söz hakkı sahibi olması, köleliğin kronikleşmesi gibi nedenlere dayanmaktadır. Örneğin Moritanyalı bir kadın, köle olarak başladığı yaşamını ölene kadar bu şekilde sürdürmekte ve ölümü durumunda da

<sup>120</sup> WWF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 28.

<sup>121</sup> Walk Free Foundation, *Stacked Odds*, (The Minderoo Foundation, 2020), 20, Erişim tarihi Nisan 4, 2022, <https://cdn.walkfree.org/content/uploads/2020/10/19130043/WF-Stacked-Odds-20210517.pdf>.

bir sonraki kuşak da yaşamını köle olarak sürdürmek durumunda kalmaktadır.<sup>122</sup>

Tablo 2'deki veriler 2016 yılına ait olup, 2020 yılında ulaşılan veriler modern köle sayısının daha fazla olduğunu göstermektedir. WWF tarafından 2018 yılından sonra yeni bir Küresel Kölelik Endeksi yayımlanmamışsa da aynı kuruluş tarafından 2020 yılında yayımlanan diğer raporlarda kadın ve kız çocuklarının yaklaşık 29 milyon kişi olarak modern köle kurbanlarının %71'ini oluşturduğu belirtilmiştir.<sup>123</sup> Güncel raporlara göre kadınlar, cinsel sömürü kurbanlarının %99'unu, zorla evlendirilen kurbanların %84'ünü, zorla çalıştırılanların %58'ini oluşturmaktadır.<sup>124</sup> Kadın modern kölelerin bölgeler içindeki oranı ise Asya ve Pasifikte %73; Afrika'da %71; Avrupa ve Orta Asya'da %67; Amerika'da %63 ve yeterli veriye sahip olunamamasına rağmen Arap ülkelerinde neredeyse %40 civarındadır.<sup>125</sup>

2016 yılı verilerine göre zorla çalıştırma kurbanlarının yaklaşık %20'si çocuklardan oluşmaktadır. Kanaatimizce çocukların birer ucuz iş gücü kaynağı olarak görülmesi ve zorla çalıştırma baskısına yetişkinlere oranla daha az direnç göstermeleri bu durumun iki ana nedenidir. Örneğin Fildişi Sahillerindeki kakao tarlalarında çocuk köleler ağır çalışma koşulları altında vücutlarında izler taşıyarak çalıştırılmaktadır. Bunun yanında HRW'nin 2001 yılında yaptığı bir çalışma Liberya, Sierra Leone, Angola, Burundi, Ruanda, Congo-Brazzaville, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Uganda, Somali

---

<sup>122</sup> Güler, "Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümleri," 31; Bales *Küresel Ekonomide Yeni Kölelik*, 21, 97.

<sup>123</sup> WWF, *Stacked Odds*, 26.

<sup>124</sup> WWF, *Stacked Odds*, 20.

<sup>125</sup> WWF, *Stacked Odds*, 20.

ve Sudan gibi Afrika ülkelerinde silahlı çatışmalarda 120 binden fazla çocuğun kullanıldığını göstermektedir.<sup>126</sup>

2018 Küresel Kölelik Endeksine göre cinsel sömürüye konu olan kurbanların %14'ü Avrupa ve Asya'da; %73'ü Asya ve Pasifik bölgesinde; %8'i Afrika'da; %4'ü Amerika bölgesinde; %1'i ise Arap Devletlerinde görülmüştür.<sup>127</sup>

## **b. Zorla Evlendirme İstatistikleri**

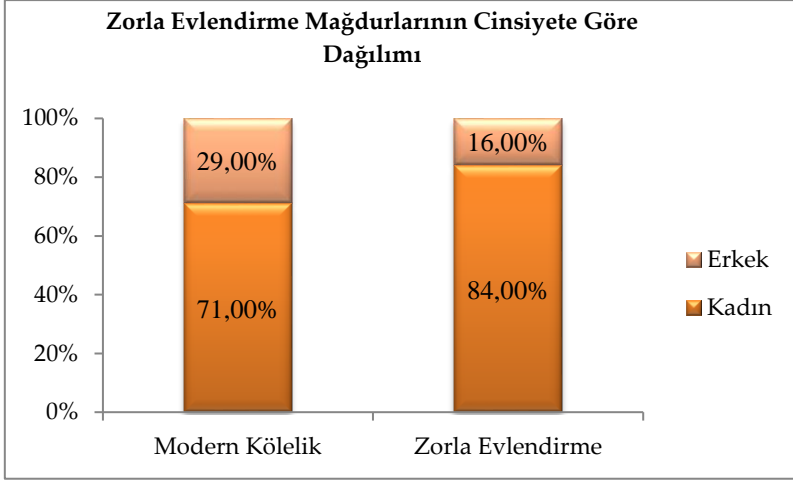
2016 yılı verilerine göre dünya üzerinde 15.4 milyon kişi zorla evlendirme mağdurudur. Bu evliliklerin 6.5 milyonu 2012'den 2016'ya kadar geçen beş yıl içinde gerçekleşirken, geri kalanı daha önce meydana gelmiş ancak devam etmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki, elde edilen bu veriler hem kapsamın hem de metodolojik gelişmelerin revize edilmesiyle beraber artış gösterecektir.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> Güler, "Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümleri," 36; Manzo, "Modern Slavery, Global Capitalism & Deproletarianisation in West Africa," 526.

<sup>127</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 69, 77, 83, 87, 93.

<sup>128</sup> WFF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 43.



**Grafik 5:** Zorla Evlendirme Mağdurlarının Cinsiyete Göre Dağılımı, 2016.<sup>129</sup>

(WWF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*)

Zorla evlendirme uygulaması içinde kadınların çok büyük bir yer tuttuğu görülmektedir. WWF tarafından çalışmanın yapıldığı 2016 yılı itibari ile zorla evlendirme altında yaşayan mağdurların yaklaşık %37'si evliliğin gerçekleştiği sırada çocuklardı. Çocuk mağdurların %44'ü 15 yaşından önce evlenmeye zorlanmıştı. Çalışmada zorla evliliğin en genç kurbanlarının, evlenmek zorunda kaldıklarında dokuz yaşında olduğu tespit edilmiştir. Zorla evlendirilen çocuk kurbanların %96'sı kızlardan oluşuyordu.<sup>130</sup>

Başkaca çalışmaya konu olabilecek modern kölelik verilerinden yalnızca yukarıda değinilen verilere bakıldığında dahi yirmi birinci yüzyılın utanç tablosu görülebilecektir. Bu da

<sup>129</sup> WWF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 45.

<sup>130</sup> WWF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 46.



köleliğin yirmi birinci yüzyıl modern dünyasında da acımazca devam ettiğinin göstergesidir.

### III. MODERN KÖLELİKLE MÜCADELE

#### A. Tarihsel Süreçte Modern Kölelikle Mücadele

Önceki bölümlerde klasik kölelik diye tabir edilen kölelik biçiminin kaldırılması için yapılan ulusal, bölgesel ve uluslararası anlaşmalara kısaca değinilmişti. Ancak bu anlaşmalara rağmen köleliğin ortadan kalkmadığı, aksine kılıf değiştirerek kapsamının daha da genişlediği ve daha karmaşık yapı haline geldiği de ifade edilmişti.<sup>131</sup> Klasik köleliği kaldırmaya yönelik bu hukuk normlarının yetersiz kalması sonucunda modern köleliği önlemeye yönelik BM bünyesinde birtakım anlaşmalar ve protokoller hazırlanmış ve mevzuat modern köleliğe uygun hale getirilmeye çalışılmıştır. Bu düzenlemelere örnek olarak; 2 Aralık 1948 tarihli İnsan Ticareti ve İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Yasaklanması Dair Sözleşme, 7 Eylül 1956 tarihli Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Kölelik Benzeri Kurumların ve Uygulamaların Kaldırılması Hakkında Ek Sözleşme, 19 Aralık 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (6.maddesinde kadın ticareti ve cinsel istismarının önlenmesine ilişkin gerekli önlemlerin alınması öngörülmüştür.), 2 Eylül 1990 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi, (sözleşme çocukların cinsel amaçla sömürülmek amacıyla kandırılması, ticarete konu olması gibi durumlar yasaklanmıştır.), 15 Kasım 2000 tarihli Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine,

---

<sup>131</sup> Bkz. bu makale, 4, 5, 6.

Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol gösterilebilir.<sup>132</sup>

Kölelik ve benzeri uygulamaların kaldırılmasına yönelik uluslararası alanda yapılan çalışmalar ayrı bir çalışma konusu olsa da bunlardan 7 Eylül 1956 tarihli Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Kölelik Benzeri Kurumların ve Uygulamaların Kaldırılması Hakkında Ek Sözleşmeye kısaca değinmekte yarar vardır. Nitekim bu sözleşme ile kölelik kavramı dışında kölelik benzeri uygulama ve gelenekler de tanımlama yapılmak ve örnek verilmek suretiyle yasaklanmıştır. Örneğin Sözleşme'nin 1. maddesinde uluslararası alanda o zamana değin tanımlanmamış olan kulluk kavramı tanımlanmıştır.<sup>133</sup> Böylece mülkiyet ilişkisine dayalı klasik kölelik biçiminden ayırım vurgulanarak, kişinin özgürlüğünü ortadan kaldıran durumların da kölelik benzeri uygulama sayılması kapsam dahiline alınmıştır. Yine benzer şekilde kadınların zorla evlendirilmesi, ticarete konu olmaları, kocalarının ölümü üzerine miras yoluyla devredilmeleri, on sekiz yaş altı çocukların veya temyiz kudretine sahip olmayan kişilerin ticarete konu olması da

---

<sup>132</sup> Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," 70-71; Güler, "Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümleri," 43; Mehmet Semih Gemalmaz *Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri*, 2. Cilt: *Uluslararası Sistemler* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010), 1443ff (Aktaran: Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," 70-71); Mehmet Semih Gemalmaz, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 1. Cilt, 8.bs. (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012), 415ff (Aktaran: Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," 70-71).

<sup>133</sup> Bkz. m.1: "Serflik; yani bir kimsenin kanun, teamül veya bir anlaşmaya göre diğer bir kimseye ait arazi üzerinde yaşama ve çalışmaya mecbur olması ve bu diğer kimseye ücret mukabilinde veya ücretsiz muayyen şekilde hizmet etmesi hali ve bu halini değiştirme imkânına malik olmaması".

köleliğe benzer uygulama ve gelenekler kapsamında değerlendirilip yasaklanmıştır.<sup>134</sup> Ayrıca Sözleşme’de bu ve benzeri uygulamaların tamamen yok edilmesi için bunların suç sayılması ve faillerin cezalandırılması<sup>135</sup> dahil olmak üzere devletlere birtakım yükümlülükler yüklenmiştir. BM bünyesi altında bulunan bu sözleşmedeki tanımlamalar ve yükümlülükler AIHM kararlarına da etki etmektedir.<sup>136</sup>

Bu Sözleşme ve Protokollerin yanı sıra BM bünyesinde, köleliğe ilişkin bu uluslararası normların etkili biçimde uygulanmasını teşvik etmek, kölelik ve benzeri uygulamaların ortadan kalkması için alınacak tedbirler ve hayata geçirilecek eylemler hakkında tavsiyelerde bulunmak, modern kölelik mağdurlarının insan haklarını korumak amacıyla, 1974 yılında Kölelik Çalışma Grubu kurulmuştur. Bu organ 2008 yılında yerini Köleliğin Çağdaş Biçimleri Özel Raportörlüğü’ne bırakmıştır.<sup>137</sup>

BM bünyesi dışında, ILO çatısı altında 28 Haziran 1930 ve 25 Haziran 1957 tarihli zorla çalıştırma ve zorla çalıştırılmanın kaldırılmasına dair iki önemli sözleşme kabul edilmiş ve yargı kararlarına bu sözleşmeler önemli ölçüde katkı sağlamıştır. Yine, Avrupa Konseyi bünyesinde 2005 yılında imzalanan İnsan

---

<sup>134</sup> Bkz. m.1. Ayrıca Sözleşme metni için Bkz. [Erişim tarihi Ocak 28, 2021, https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11599.pdf](https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11599.pdf).

<sup>135</sup> Bkz. m. 5-6.

<sup>136</sup> Örneğin AIHM, *Siliadin v. Fransa* kararında “ilgili hukuk” olarak doğrudan bu sözleşmeyi göstermiş ve aşağıda detaylıca anlatılacak olayda bu kavramlara dayanılarak başvurunun hukuki statüsü değerlendirmesi yapmıştır.

<sup>137</sup> Duymaz, “Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme,” 70; Ayrıca raportörlüğün resmi sitesi için Bkz: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Slavery/SRSlavery/Pages/SRSlaveryIndex.aspx>.

Ticaretine Karşı Eylem Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi imzalanarak modern kölelikle mücadele edilmeye çalışılmıştır.<sup>138</sup> Buna paralel olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi de modern kölelikle mücadele kapsamında çok sayıda tavsiye kararı almıştır. Şüphesiz ki bu sözleşmelerin ve tavsiye kararların AİHM kararlarına yansımaları sonucu AİHM'in içtihat geliştirmesi de modern kölelikle mücadelede önemli yere sahiptir.

## 1. AİHM İçtihatlarında Modern Kölelik ve Devletlerin Yükümlülükleri

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 4. maddesinde<sup>139</sup> kölelik, kulluk ve zorla çalıştırma

<sup>138</sup> Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," 71; Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri*, 1499ff.; Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 844ff.

<sup>139</sup> 4. madde metni şöyledir: Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı:

- (1) Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz.
- (2) Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.
- (3) Aşağıdaki haller, bu madde anlamında "zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma" sayılmaz:
  - a) Bu Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen koşullara uygun olarak tutulu bulunan bir kimseden, tutulu bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenilen bir iş;
  - b) Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet;
  - c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet;
  - d) Olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet.

yasaklanmıştır.<sup>140</sup> Lafzi itibariyle yasak öngörmekte olan bu düzenlenme, herkesin kölelik, kulluk veya zorla çalıştırılmaya tabi olmama özgürlüğü anlamını taşımaktadır.<sup>141</sup> Bahsi geçen bu düzenlemenin ilk iki fıkrasında kölelik, kulluk ve zorla çalıştırma yasaklanırken; son fıkrasında yasak kapsamına girmeyecek uygulamalara dört bent halinde yer verilmiştir. Ayrıca madde metninde kölelik, kulluk veya zorla çalıştırma yasağına ilişkin herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Öyle ki, olağanüstü hallerde yükümlülüklerin askıya alınabileceğini düzenleyen AİHS m.15'te bile, ulusun varlığını tehdit eden bir genel tehlike halinde dahi kölelik ve kulluğu yasaklayan hükmün AİHS m.15/2 uyarınca askıya alınmasına izin verilmemektedir.<sup>142</sup>

4. Maddede düzenlenen haklar, insanlık onuru, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, vücut bütünlüğü gibi haklarla yakından ilgilidir.<sup>143</sup> AİHM de Sözleşmenin 4. maddesinin önemine binaen, bu maddenin ihlaline ilişkin başvuruları nispeten öncelikle inceleyeceği konular arasında saymıştır.<sup>144</sup> Nitekim aşağıda değinilecek olan

---

<sup>140</sup> European Court of Human Rights, *Guide on Article 4 of the European Convention on Human Rights* (Council of Europe, 2022), 6, Erişim tarihi Eylül 9, 2022, [https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_4\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_4_eng.pdf); *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, para. 272.

<sup>141</sup> Ali Bal, "Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve AİHM İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no. 2 (2019), 62.

<sup>142</sup> European Court of Human Rights, *Guide on Article 4 of the European Convention on Human Rights*, 5. Kararlar için ayrıca Bkz. *C.N. v Birleşik Krallık*, No: 4239/08, 13 Kasım 2012, para. 65; *Stummer v. Avusturya* [B.D.], No: 37452/02, 7 Temmuz 2011, para. 116.

<sup>143</sup> Bal, "Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve AİHM İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi," 65.

<sup>144</sup> Bal, "Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve AİHM İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi," 64. Bu

başvurularında AİHM, 4. maddenin yaşama hakkı veya işkence yasağı gibi demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olduğu kanaatindedir.<sup>145</sup>

AİHS 4. maddede belirtilen kavramların (kölelik, kulluk, zorla çalıştırma) tanımı yapılmamıştır. Ancak AİHM tarafından bu maddenin ihlal edildiğine ilişkin verilen kararlara bakıldığında başvurunun bu yasaklardan hangisi veya hangileri kapsamında olduğu değerlendirilmesi yapılırken, yukarıda ismen zikrettiğimiz ve bir kısmını açıkladığımız insan hakları belgelerine yapılan tanımlar ve ölçütlere atıf yapıldığı görülmektedir. Örneğin zorla çalıştırma yasağında ILO'nun yukarıda bahsettiğimiz 1930 tarihli sözleşmede yapmış olduğu tanımı esas almıştır.<sup>146</sup> Köleliğin tanımı için de 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesindeki tanıma paralel olarak “üzerinde mülkiyet hakkına bağlı yetkilerin tümünü kullanabileceği kişinin statüsü veya içinde bulunduğu durum” ifadesine yer verilmiştir.<sup>147</sup>

AİHM'nin modern kölelik uygulamaları üzerine biri insan ticaretine ilişkin olmak üzere dört önemli ve güncelliğini

---

hususla Mahkemenin 22.05.2017 yılında güncellediği öncelik politikaları için ayrıca Bkz. Erişim tarihi Ocak 28, 2021, [https://www.echr.coe.int/Documents/Priority\\_policy\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf).

<sup>145</sup> Bkz. *Siliadin v. Fransa*, para. 82,112; *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, para. 283; *C.N. v Birleşik Krallık*, para.65.

<sup>146</sup> Duymaz, “Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme,” 76. Ayrıca sözleşmeye göre zorla çalıştırma tanımı için Bkz. bu çalışma, 10.

<sup>147</sup> *Siliadin v. Fransa*, para. 122. Öte yandan AİHM'in kölelik, kulluk, zorla çalıştırma, insan ticareti gibi AİHS m.4 kapsamındaki kavramları tanımlarken atıf yapmış olduğu diğer kararlar için ayrıca Bkz. *C.N. ve V. v Fransa*, No: 67724/09, 11 Ekim 2012, para. 90; *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, No: 25965/04, 7 Ocak 2010, para. 282; *Van der Musselle v. Belçika*, No: 8919/80, 23 Kasım 1983, para. 32.

koruyan kararı vardır.<sup>148</sup> Mahkeme'nin esas olarak işbu kararlara atıf yaptığı güncel tarihli kararları da mevcut olmakla birlikte bunlar daha çok zorla çalıştırma veya zorunlu çalışmaya ilişkindir.<sup>149</sup> Bu kararlar modern kölelik konusunda devletlere düşen görevlerin tespiti bakımından önemli yere sahiptir. Nitekim AİHM, kararlarında hüküm vermenin ötesinde AİHS normlarını açıklığa kavuşturarak devletlerin yükümlülüklerine katkı sağlamayı amaçladığını açıkça belirtmiştir.<sup>150</sup>

AİHM'in modern kölelik biçimlerinden birini konu aldığı ilk kararı olan *Siliadin v. Fransa* başvurusuna konu olayda 15 yaşında Togo'lu bir kız çocuğu olan başvuru Siwa- Akofa Siliadin, Togo asıllı Fransız vatandaşı olan Bayan D tarafından, uçak bileti parasına karşılık bu tutarda ev işlerini yaptıktan sonra, eğitim alması ve göçmen statüsü kazanmasında kendisine yardımcı olacağı sözüne karşılık (babasının rızasıyla) Fransa'ya getirilmiştir. Ancak burada ücretsiz bir ev hizmetlisine dönüşmüş ve daha sonra ev işlerinde çalıştırılmak üzere başka bir aileye "ödünç" verilmiştir. 3 yıl boyunca bu aile yanında evin tüm işlerini yapmak üzere günde 15 saat ve tatil olmaksızın çalışan başvurucuya yalnızca Pazar günleri Kilise ayinine katılması için izin verilmiştir. Bu hizmeti karşılığında ise başvurucuya Bayan B'nin (Ödünç verilen aile Bay B ile Bayan B) annesinin vermiş olduğu 500 Fransız Frangı dışında ödeme yapılmamıştır. Bu süre zarfında başvurucunun pasaportuna el

---

<sup>148</sup> Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," 71. Bu kararlar: *Siliadin v. Fransa*; *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, no. 25965/04, 7 Ocak 2010; *C.N. ve V. v. Fransa*, No: 67724/09, 11 Ekim 2012; *C.N. v Birleşik Krallık*, No: 4239/08, 13 Kasım 2012.

<sup>149</sup> Özde Dereboylular, "Kölelik ve Kulluk Yasağının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi," *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 21, no. (2019), 2589.

<sup>150</sup> *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, para. 197.

konulmuş, başvurucu geceleri hizmet ettiği ailenin çocuklarının odasında yerde yatırılmış, okula gönderilmemiş ve oturma izni dahi alınmamıştır. Başvurucunun durumu 3 yıl sonra bir komşusuna anlatmasıyla olay yargıya intikal etmiş ve en nihayetinde AİHM önüne gelmiştir.<sup>151</sup> Mahkeme önüne gelen bu olayda, yanında çalıştığı kişilerle başvurucu arasında hukuki anlamda mülkiyet ilişkisi olmaması dolayısıyla “klasik anlamda” kölelik olmadığı sonucuna varmakla birlikte; başvurucunun kendi isteği dışında, ceza tehdidi altında çalıştırılmasından ötürü zorla çalışma bakımından inceleme yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Bu inceleme sonucunda ise Mahkeme, zorla çalıştırılmanın ötesinde başvurucunun yaşam koşullarını ağırlaştıran birçok unsur olduğunun (örneğin başvurucunun reşit olmaması, haftanın her günü günde 15 saat çalışması, gelirin olmaması, oturma izni olmadığı için yakalanma korkusu içinde olması, yalnız olması...) da altını çizerek kulluk durumunun olduğuna kanaat getirmiştir.<sup>152</sup> Mahkeme ayrıca çeşitli uluslararası sözleşmeye taraf olan devletlerin iç hukuklarında bu uygulamaları önlemeye yönelik düzenlemeleri yapması gerektiğine vurgu yaparak Fransa'nın mevzuatının (özellikle Fransız Ceza Kanunu'nun) zorla çalıştırma, kulluk durumlarına maruz kalan kişiler bakımından yeterli ve etkili koruma sağlayamadığına, dolayısıyla devletin, pozitif yükümlülüğünü yerine getirmeyerek AİHS m.4 ile koruma altına alınan hakkın ihlaline sebep olduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>153</sup> Böylelikle, AİHM AİHS 4. maddesinin devletlere üç ayrı pozitif yükümlülük yüklediğini ortaya koymuş olup, bunlar gerçek ve etkili koruma sağlamaya yönelik ceza normlarının varlığı, bu normların etkili şekilde kullanılması ve mağdurların

---

<sup>151</sup> *Siliadin v. Fransa*, para. 9-45.

<sup>152</sup> *Siliadin v. Fransa*, para. 120-129.

<sup>153</sup> *Siliadin v. Fransa*, para. 130-149.



sorumluların cezalandırıldığını görmesi yoluyla tatmin edilmesidir.<sup>154</sup>

Siliadin olayına benzer olayların başvuru konusu olduğu *C.N. ve V. v Fransa* ve *C.N. v Birleşik Krallık* kararlarında AİHM *Siliadin v Fransa* içtihadını tekrarlayarak, AİHS m.4'ün demokratik toplumun en temel değerlerinden biri olduğunu bir kez daha vurgulamıştır.<sup>155</sup> Yine devletlerin ulusal mevzuatlarındaki düzenlemelerin başvuruçuların AİHS m.4 kapsamına giren muameleye karşı etkili ve pratik koruma sağlamadıkları gerekçesi ile pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesinden ötürü AİHS m.4'ün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.<sup>156</sup>

Modern köleliğin bir başka görünümü olan insan ticaretine ilişkin içtihadını ise AİHM *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya* kararıyla ortaya koymuştur. Başvurucunun kızının (Oxana Rantseva adlı Rus vatandaşı kadın) ölümüyle sonuçlanan olayda, Kıbrıs'ta bir kabare sahibi olan X.A., "kabare artisti" olarak çalıştırmak için başvuruçunun kızı adına "artist" vizesi ve çalışma izni başvurusu yapmıştır. Ardından Kıbrıs'a gelen kadın, geçici ikamet ve çalışma izin belgelerini alarak X.A.'nın kabaresinde çalışmaya başlamıştır. Üç gün çalıştıktan sonra yorulduğunu ve Rusya'ya geri dönmek istediğini belirten bir notla ortadan kaybolmuştur. Kabare yöneticisi M.A. tarafından başka bir kabarede bulunan Rantseva, M.A. tarafından polise teslim edilmiş ancak polis kadını alıkoymaması üzerine başka bir kabare çalışanının evine bırakılmıştır. Sabah saatlerinde Rantseva'nın cesedi kolunda çantasıyla birlikte komşular

---

<sup>154</sup> Nisan Kuyucu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İnsan Ticareti: Rantsev ve Sonrası," *Fe Dergi* 9, no.2 (2017): 33.

<sup>155</sup> *Siliadin v. Fransa*, para. 82; *C.N. ve V. v Fransa*, para. 68; *C.N. v Birleşik Krallık*, para. 65.

<sup>156</sup> *C.N. ve V. v Fransa*, para. 108; *C.N. v Birleşik Krallık*, para. 77-81.

tarafından bulunmuştur. Olay yerini inceleyen polisler ise balkondaki korkuluklara sarılı halde bulmuş oldukları çarşafı göz önünde tutarak kaçma şüphesi sonucunda ölümün gerçekleştiği, olayda suç unsuru bulunmadığı sonucuna varmışlardır.<sup>157</sup> Kızının ölümünün yeterince soruşturulmamasından ötürü kadının babası olan başvurucu konuyu AİHM'e taşımıştır. Başvurucunun iddialarından biri de kızının insan ticareti mağduru olduğu, Kıbrıs ve Rusya'nın da bu mağduriyeti önlemeye yönelik çaba sarf etmediği ve bu yönüyle AİHS m.4'ün ihlal edildiğidir.<sup>158</sup> Öncelikle Kıbrıs Ombudsmanının 2003'te yabancı kadınların ülkeye girişi ve ülkedeki eğlence sektörü üzerine hazırladığı raporda "artist" kavramının Kıbrıs'ta fahişe kavramı ile eşanlamlı olduğu ifade edilmektedir.<sup>159</sup> Bu yönüyle olayın cinsel sömürü amacıyla insan ticareti olduğu söylenebilir. Nitekim Mahkeme bunun önemine binaen, Kıbrıs hükümeti tarafından soruşturma eksikliklerinin giderilip, başvurucuya tazminat ödeyeceği taahhüdüne rağmen, AİHS m.37 gereğince başvurunun kayıttan düşürülmesi isteğini reddetmiştir.<sup>160</sup>

Başvuruya konu olayda Mahkeme, öncelikle insan ticaretinin AİHS m.4 kapsamında düzenlenmemiş olmamasının incelemeye engel bir durum olmadığını, AİHS'in yaşayan bir belge olduğu ve günün koşulları çerçevesinde yorumlanması gerektiğini vurgulayarak; insan ticaretinin kölelik, kulluk veya zorla çalıştırma yasaklarından hangisine girdiği konusunda inceleme yapmaya gerek görmeden m.4 kapsamına girdiği sonucuna varmıştır.<sup>161</sup> Her ne kadar Mahkeme, savunmacı

---

<sup>157</sup> *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, para. 13-41.

<sup>158</sup> *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, para. 3.

<sup>159</sup> *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, para. 83.

<sup>160</sup> *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, para. 201,202.

<sup>161</sup> *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, para. 277-282.

devletlerin ceza yasalarında insan ticaretinin önlenmesine yönelik hükümlerde eksiklik görmese de; Kıbrıs'ın "artist vizesi" rejiminin insan ticari mağduru olan Rantseva'ya etkili koruma sağlayamadığı kanaatine vararak 4. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.<sup>162</sup> Bu yönüyle Mahkeme aslında devletlerin koruyucu yasal ve idari düzenleme yapma pozitif yükümlülüğünü hatırlatmıştır. Öte yandan Mahkeme, Kıbrıs'taki yetkililerin kabare artistliği durumunu bilmemesinin mümkün olmadığını da vurgulayarak; Rantseva'nın insan ticareti mağduru olabileceğine ilişkin makul şüphelerin olayda olmasına rağmen koruyucu somut tedbirlerin alınmamasından ötürü de m.4'ün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>163</sup> Bu yönüyle Mahkemenin, devletlerin pozitif yükümlülüklerinden birinin de koruyucu somut tedbirler alma olduğunu ifade ettiği söylenebilir. Son olarak Mahkeme, devletlerin insan ticaretini etkili soruşturma şeklindeki usul yükümlülüklerine değinmiştir. Kıbrıs bakımından Rantseva'nın ölümünü soruşturma yükümlülüğünün, insan ticaretini de kapsayacak şekilde bir soruşturma yükümlülüğü olduğunu belirterek, Kıbrıs hükümetinin Rantseva'nın ölümü üzerine yürütülen soruşturmanın etkili olmadığı kanaatine vardığından (yani sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna vardığından), ayrıca 4. madde açısından değerlendirme yapmamıştır.<sup>164</sup> Rusya açısından ise Mahkeme, hükümetin Rantseva'nın nasıl ve nerede işe alındığı konusunda bir soruşturma yapmadığını, olayın arkasında insan ticareti olup olmadığı konusunda araştırma yapmadığını ifade ederek 4. maddenin usule ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmediğini dolayısıyla bu hakkın

---

<sup>162</sup> *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, para. 290-293 ve 303.

<sup>163</sup> *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, para. 294-298.

<sup>164</sup> *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, para. 300.

ihlal edildiğini ifade etmiştir.<sup>165</sup> Mahkeme bu sonuca ulaşırken, mağdurun işe alınmasından sömürü durumuna kadar, insan ticareti iddialarını her yönüyle kapsayacak şekilde tam ve etkili bir şekilde soruşturma yükümlülüğünün gerekliliğine vurgu yapmıştır.<sup>166</sup> Böylelikle AİHM'in Siliadin v. Fransa kararıyla beraber AİHS 4. maddesinin ihlal edilmesinin önüne geçmek için devletlere getirdiği yükümlülükler genişletilmiştir. Başka Bir deyişle Mahkeme, devletlerin pozitif yükümlülüklerini ulusal mevzuatlarda yapılacak cezai düzenlemelerin ötesine taşıyarak maddi ve usuli pozitif yükümlülüklerine vurgu yapmıştır. Bu kapsamda devletlerin iç hukuklarında düzenlemeler yapmak, önlemler almak, uluslararası alanlarda iş birliği yapmak, koruyucu tedbirler almak şeklindeki maddi anlamda pozitif yükümlülüklerine; etkili soruşturma yapmak şeklindeki usuli anlamda pozitif yükümlülüklerine vurgu yapmıştır.

*Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya* kararı ile devletin pozitif yükümlülüklerini genişleten AİHM, akabinde *L.E. v. Yunanistan*<sup>167</sup> başvurusu ile Nijerya'dan Yunanistan'a para karşılığında barlarda çalışmak üzere getirilen ancak daha sonra pasaportu elinden alınan, borçlarını ödemezse "Voodoo" büyüsü ile lanetleneyeceği söylenerek korkutulup fuhuşa zorlanan başvuruçunun davasını inceleme fırsatı bulmuştur. Bu başvuruda Mahkeme, başvuruçunun iltica başvurularının sonuçsuz kalması, fuhuştan dolayı sürekli gözaltına alınması ve tutuklanması, hakkında sınır dışı edilme kararı verilmesi, başvuruçunun bu sırada insan ticareti mağduru olduğunu iddia etmesi ve suç duyurusunda bulunmasına rağmen önce kapatılan ve aylar sonra itiraz üzerine yeniden açılan soruşturma akabinde nihayetinde insan ticareti mağduru sıfatı alabilmesi nedenleriyle

---

<sup>165</sup> *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, para. 307-309.

<sup>166</sup> *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, para. 307.

<sup>167</sup> *L.E. v. Yunanistan*, No: 71545/12, 21 Ocak 2016.

AİHM'e başvuran başvurucunun<sup>168</sup> başvurusunu incelerken *Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya* kararındaki temel ilkelerine atıfta bulunmuştur. Bu kapsamda Mahkeme başvuruyu, uygun yasal ve idari çerçevenin varlığı, başvurucuyu korumak için alınan operasyonel önlemlerin yeterliliği ile polis soruşturması ve yargılamanın etkililiği bağlamında ele almıştır. Sonuç olarak Mahkeme, her ne kadar insan ticareti bağlamında uygun yasal ve idari düzenlemelerin olduğu tespiti yaparsa da<sup>169</sup> başvurucunun insan ticareti mağduru olduğunu ileri sürmesinden yaklaşık dokuz ay kadar geç bir süre sonunda insan ticareti mağduru sıfatını kazanması sebebi ile devletin başvurucuyu korumak için almış olduğu operasyonel önlemlerin yetersiz olduğu<sup>170</sup> ve ayrıca soruşturmanın hızlı yürütülmemiş, delillerin hızlı toplanmamış, yargılamanın uzun sürmüş, suçluyu yakalamak için Nijerya Hükümeti ile iş birliği yapılmamış olması sebepleriyle de devletin usuli anlamdaki pozitif yükümlülüğü olan soruşturmanın ve yargılamanın etkililiğini yerine getirmemiş olduğu kanaatine vararak<sup>171</sup> başvurucunun m.4 kapsamındaki hakkının ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmıştır.<sup>172</sup>

Bangladeş'ten Yunanistan'ın Manolada köyünde yer alan ve bölgenin en büyük çilek çiftliğinde çalışmak üzere getirilen işçilerin çalışma izni olmaksızın, ücretsiz olarak ve çok kötü çalışma şartlarında, silahlı gözetmenler eşliğinde çalışmış olmalarına ilişkin *Chowdury ve Diğerleri v. Yunanistan*<sup>173</sup> başvurusunda Mahkeme, başvuruyu insan ticareti

---

<sup>168</sup> L.E. v. Yunanistan, para. 5-28.

<sup>169</sup> L.E. v. Yunanistan, para. 70-72.

<sup>170</sup> L.E. v. Yunanistan, para. 77-78.

<sup>171</sup> L.E. v. Yunanistan, para. 79-85.

<sup>172</sup> L.E. v. Yunanistan, para. 86.

<sup>173</sup> *Chowdury ve Diğerleri v. Yunanistan*, No: 21884/15, 30 Mart 2017, para. 5-8.

ve zorla çalıştırma bağlamında ele almıştır. Başvurucuların bir kısmının ödenmemiş ücret alacaklarına ilişkin yapmış oldukları eylem neticesinde silahlı yaralanmaları neticesinde yargı önüne taşınan olayda sanıkların insan ticaretinden mahkûm edilmemiş olmaları ve yaralanmayan diğer başvurucuların şikayetlerine rağmen soruşturmanın yürütülmemiş olmasından ötürü AİHS m4'ün ihlal edilmiş olduğu ileri sürülmüştür.<sup>174</sup> Başvuruyu inceleyen AİHM, her ne kadar başvurucuların rıza dahilinde işe başlamış oldukları kabul etse de, başvurucuların oturma izni olmaması ve dolayısıyla gözaltına alınma veyahut tutuklanma riski içinde bulunmaları, işlerini bırakmaları halinde ödenmemiş alacaklarını alamayacaklarına ilişkin endişeleri, ücretleri ödenmeyen başvurucuların başka bir yerde yaşama ve aynı zamanda ülkeyi terk etme imkanı olmaması; silahlı gözetmenler eşliğinde ve zor şartlar altında çalışıyor olması gibi tüm hususlar birlikte değerlendirildiğinde başvurucuların çalışma koşullarının insan ticareti ve zorla çalıştırma olduğunu kabul etmiştir.<sup>175</sup> Akabinde ilgili devletin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini inceleyen Mahkeme, *L.E. v. Yunanistan* kararında olduğu gibi devletin insan ticareti ve zorla çalışmaya ilişkin uygun yasal ve idari düzenlemeleri tesis etmiş olması sebebi ile işbu pozitif yükümlülüğünü yerine getirdiğini belirtmiştir.<sup>176</sup> Ancak Mahkeme, başvurucuların bir kısmının yaralandığı vurulma olayının çok öncesinde resmi raporlar ve medya aracılığı ile göçmen işçilerin durumundan haberdar olan makamların insan ticaretini engellemek ve başvuranları korumak için uygun tedbirleri almamış olması nedeni ile devletin koruyucu operasyonel önlem alma pozitif

---

<sup>174</sup> *Chowdury ve Diğerleri v. Yunanistan*, para. 70-72.

<sup>175</sup> *Chowdury ve Diğerleri v. Yunanistan*, para. 92-102.

<sup>176</sup> *Chowdury ve Diğerleri v. Yunanistan*, para. 105-109.

yükümlülüğünü yerine getirmediği sonucuna ulaşmıştır.<sup>177</sup> Öte yandan Mahkeme devletin usuli anlamda pozitif yükümlülüğü olan etili soruşturma ve yargılama yürütme görevine ilişkin olarak; cumhuriyet savcısının yaralanmayan başvuruçuların şikayetlerini geç sunmaları ve başvuruçuların ikamet izni almak için dava açmak istedikleri gerekçesiyle dava açmaması nedeni ile<sup>178</sup>; diğer başvuruçular açısından ise her ne kadar kovuşturma aşamasına geçilmiş olsa da yerel mahkemenin kulluk bağlamında değerlendirme yapıp insan ticaretine ilişkin dar yorumla sanıkların insan ticareti suçlamasından beraatine karar verilmiş olması gerekçesi ile<sup>179</sup> AİHS m.4' den kaynaklanan etkili soruşturma ve kovuşturma yürütme şeklindeki usuli anlamda pozitif yükümlülüğüne uymadığı sonucuna ulaşmıştır.<sup>180</sup>

Fuhuşa zorlama ve insan ticareti ile ilgili AİHM önüne taşınan *S.M. v. Hırvatistan*<sup>181</sup> başvurusunda Mahkeme, AİHS m.4 kapsamındaki “zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma” ifadesinin insan ticareti bağlamından bağımsız olarak zorunlu fuhuş gibi ciddi sömürü örneklerine karşı korumayı da kapsadığını kararında açıkça vurgulamıştır.<sup>182</sup> Başvuruya konu olayda başvuruçucu Hırvat kadın (S.M.), T.M. isimli eski polis memuru tarafından ebeveynlerinin eski arkadaşı olduğu ve başvuruçuya iş bulacağı vaadi ile fuhuşa zorlandığını iddia etmiştir. Bir süre sonra kaçmayı başaran başvuruçucu, T.M.’nin kendisini sürekli tehdit etmesi sebebi ile olayı yargıya taşımış ancak ulusal mahkemelerce başvuruçunun beyanlarının kaçmasına yardım eden arkadaşının beyanlarıyla çelişmesi sebebiyle tutarsız ve

---

<sup>177</sup> *Chowdury ve Diğerleri v. Yunanistan*, para. 110-115.

<sup>178</sup> *Chowdury ve Diğerleri v. Yunanistan*, para. 117-122.

<sup>179</sup> *Chowdury ve Diğerleri v. Yunanistan*, para. 122-127.

<sup>180</sup> *Chowdury ve Diğerleri v. Yunanistan*, para. 128.

<sup>181</sup> *S.M. v. Hırvatistan* [B.D.], No: 60561/14, 25 Haziran 2020.

<sup>182</sup> *S.M. v. Hırvatistan*, para. 300, 303.

güvenilmez bulunmuş ve sanığın beraatine karar verilmiştir.<sup>183</sup> AİHM önüne gelen bu başvuruda Mahkeme, insan ticareti konusunda devletin usuli anlamdaki pozitif yükümlülüklerine ilişkin yukarıda bahsettiğimiz kararlardaki içtihadını yinelemekle yetinmiş ve bunun zorla fuhuş vakalarında da uygulanabileceğini belirtmiştir.<sup>184</sup> Mahkeme, ilgili makamların insan ticaretine ilişkin yeterli şüphelerinden sonra resen harekete geçmek zorunda olduklarını, mağdurun herhangi bir eylemi veya eylemsizliğinin kovuşturma makamlarının eylem eksikliğini haklı göstermeyeceğini vurgulamıştır.<sup>185</sup> Sonuç olarak Mahkeme, başvurucu ile sanığın iletişime geçmiş oldukları Facebook iletişiminin araştırılmamış, başvurusunun ebeveynlerinden bilgi toplanmamış, başvurusunun fuhuşa zorlandığı iddia edilen evin sahibinin ve komşuların tanıklığına başvurulmamış olması gibi kovuşturma makamlarının resen usul yükümlülüğünden kaynaklı sorumluluklarını yerine getirmemiş olmasından ötürü ilgili devletin AİHS m.4'den kaynaklanan etkili kovuşturma yürütme şeklindeki usuli anlamda pozitif yükümlülüğüne uymadığı sonucuna ulaşmıştır.<sup>186</sup>

AİHM, insan ticareti mağdurlarının veya potansiyel mağdurlarının kovuşturulmasının hangi şartlar altında AİHS m.4 bakımından sorun teşkil edeceğini ilk defa *V.C.L. ve A.N. v. Birleşik Krallık*<sup>187</sup> kararı ile ortaya koymuş<sup>188</sup> ve devletlerin maddi anlamda pozitif yükümlülüklerinden olan operasyonel önlemler alma konusunda birtakım değerlendirmelerde bulunmuştur.

---

<sup>183</sup> *S.M. v. Hırvatistan*, para. 11-82.

<sup>184</sup> *S.M. v. Hırvatistan*, para. 309, 310.

<sup>185</sup> *S.M. v. Hırvatistan*, para. 336.

<sup>186</sup> *S.M. v. Hırvatistan*, para. 337-347.

<sup>187</sup> *V.C.L. ve A.N. v. Birleşik Krallık*, No: 77587/12 ve 74603/12, 16 Şubat 2021.

<sup>188</sup> *V.C.L. ve A.N. v. Birleşik Krallık*, para. 157.



Başvuruya konu olayda AİHM, kenevir fabrikasında zorla çalıştırılan reşit olmayan başvuru sahiplerinin potansiyel insan ticareti mağduru olmalarına ilişkin ciddi bulgulara ve devlet makamları tarafından insan ticareti mağduru kabul edilmelerine rağmen yetkili birimlere gönderilmemesi ve başvuru sahiplerinin durumunun göz ardı edilip haklarında kovuşturma yürütülmesi ve cezaya hükmedilmesi sebebiyle AİHS m.4'ün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.<sup>189</sup> Mahkeme özetle, birinin insan ticaretine maruz kaldığına ilişkin güvenilir bir şüphenin bulunduğu durumlarda, potansiyel insan ticareti mağdurlarına ilişkin kovuşturma kararının özellikle kişilerin reşit olmaması durumunda en azından nitelikli bir kişi tarafından kişilerinin statülerinin değerlendirilmesinden sonraya bırakılması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>190</sup> Alanında uzman kişi tarafından insan ticareti değerlendirilmesi yapıldıktan sonra ise kovuşturma kararında bu değerlendirmenin dikkate alınması gerektiğini; savcının değerlendirmeye katılmadığı durumlarda ise bunun gerekçesini uluslararası hukuka uygun ve açık bir şekilde belirtmesi gerektiğini vurgulamıştır.<sup>191</sup> Nitekim Mahkeme'nin de belirtmiş olduğu üzere aksi durum devletin maddi anlamda pozitif yükümlülüğü olan insan ticareti mağdurlarını korumak için operasyonel önlem alma görevi ile çelişecektir.<sup>192</sup>

AİHM'in yakın zamanda karara bağladığı ve *Chowdury ve Diğerleri v. Yunanistan* başvurusuna benzer bir başvuru olan *Zoletic ve Diğerleri v. Azerbaycan*<sup>193</sup> başvurusunda Mahkeme, başvuruyu devletin usuli pozitif yükümlülüğü ile sınırlı olarak

---

<sup>189</sup> *V.C.L. ve A.N. v. Birleşik Krallık*, para. 163-182.

<sup>190</sup> *V.C.L. ve A.N. v. Birleşik Krallık*, para. 160,161.

<sup>191</sup> *V.C.L. ve A.N. v. Birleşik Krallık*, para. 162.

<sup>192</sup> *V.C.L. ve A.N. v. Birleşik Krallık*, para. 159.

<sup>193</sup> *Zoletic ve Diğerleri v. Azerbaycan*, No: 20116/12, 7 Ekim 2021.

incelemiştir.<sup>194</sup> Bosnalı olan başvurucuların turist vizesi ile Azerbaycan'a götürülüp ücretsiz olarak kötü çalışma koşullarında zorla çalıştırılması şikayetini inceleyen Mahkeme, dava dosyasındaki materyallerin ve özellikle de alanında uzman sivil toplum kuruluşlarının hazırlamış oldukları raporların başvurucuların iddiaları ile büyük ölçüde örtüştüğü,<sup>195</sup> başvurucuların hukuk davası açmış olması, Bosna Hersek makamlarının hukuki yardım talepleri gibi birçok durum göz önünde tutulduğunda başvurucuların tartışılabilir iddiasının yetkili makamların dikkatine tekrar tekrar çekildiğini ve dolayısıyla başvurucuların suç duyurusunda bulunmamasına rağmen resen etkili soruşturma başlatılması ve yürütülmesi gerektiğini tespit etmiştir.<sup>196</sup> Ancak başvurucuların işbu iddialarına rağmen soruşturma yürütülmemiş olması sebebi ile devletin etkili soruşturma başlatma ve yürütme şeklindeki usuli yükümlülüğüne uymadığı sonucuna varılmıştır.<sup>197</sup>

Yukarıda özetlenen AİHM içtihatlarından yola çıkarak devletlerin AİHS m.4 kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin maddi ve usuli pozitif yükümlülük olmak üzere ikiye ayrıldığı söylenebilir. Kölelik, kulluk, zorla çalıştırma, insan ticareti gibi madde kapsamında yasaklanan eylemleri yasaklamak ve cezalandırmak için uygun yasal ve idari çerçeve tesis etme, mağdurları ve potansiyel mağdurları korumak için operasyonel tedbirler alma şeklindeki yükümlülükler devletlerin maddi anlamda pozitif yükümlülükleri oluşturmaktadır. Öte yandan bir kişinin söz konusu madde kapsamındaki haklarının ihlal edildiğine yönelik inandırıcı bir şüphenin bulunması halinde etkili bir şekilde soruşturma ve kovuşturma görevi de

---

<sup>194</sup> *Zoletic ve Diğerleri v. Azerbaycan*, para. 133, 192. Nitekim başvurucuların şikayetleri insan ticari ve zorla çalıştırmaya ilişkin devletin tepkisiz kalmasıdır.

<sup>195</sup> *Zoletic ve Diğerleri v. Azerbaycan*, para. 161-164.

<sup>196</sup> *Zoletic ve Diğerleri v. Azerbaycan*, para. 200.

<sup>197</sup> *Zoletic ve Diğerleri v. Azerbaycan*, para. 208-210.

devletlerin usuli anlamda pozitif yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Mahkeme somut olayın koşullarına göre devletlerin bu yükümlülükleri nasıl yerine getirmesi gerektiğini yukarıdaki kararlarında açıklamıştır.

## 2. Ulusal Mevzuatlarda Modern Kölelikle Mücadele

Kimi ülkelerde modern kölelik hakkında farkındalık yaratmak amacıyla, modern kölelikle mücadele ulusal mevzuatın bir parçası haline getirilse de bu durum dünya genelinde pek yaygınlık göstermemektedir. Örneğin G-20 ülkelerinden Brezilya, Çin, Fransa, Almanya, İtalya, Birleşik Krallık, ABD, Avustralya dışında kalan ülkeler kölelikle mücadele etmek için herhangi bir düzenleme yapmamıştır.<sup>198</sup> Bu başlıkta kölelikle mücadeleyi ulusal mevzuatına ekleyen ülkelerden birkaçı incelenecektir.

İngiltere, 2015 yılında Modern Kölelik Kanununu<sup>199</sup> kabul etmiştir. Kanunun giriş bölümünde Kanunun kölelik, kulluk, zorla veya zorunlu çalıştırma, insan kaçakçılığı hakkında mağdurların korunması da dahil olmak üzere koruma sağlamayı ve benzer amaçlarla bağımsız bir Kölelikle Mücadele Komisyonu kurmayı amaçladığı belirtilmiştir.<sup>200</sup> Kanunun 6. bölümünde mal veya hizmet üreten ve toplam cirosu bakanlığın belirlediği miktarın üzerinde olan şirketlerin her mali yıl için bir kölelik ve insan ticareti beyannamesi hazırlaması zorunluluğu getirilmiştir<sup>201</sup>.

Modern Kölelik Kanunun İngiltere’de kabul edilmesinden dört yıl sonra İngiltere İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanan

---

<sup>198</sup> WFF, *Global Slavery Index 2018*, 4.

<sup>199</sup> Modern Slavery Act 2015.

<sup>200</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/introduction/enacted>.

<sup>201</sup> Kanunun bu bölümünde beyannamelerinin içeriği hakkında ayrıntılı bilgiye yer verilmiştir. Bkz.: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/part/6>.

raporda modern kölelikle etkin mücadelenin sağlanması için kanunla birlikte failler hakkında ömür boyu hapis, mağdurlar için gelişmiş koruma sağlamak da dahil olmak üzere etkin araçlar sağlanmasına rağmen Kanun uyarınca yargılananlar hakkında hala çok az mahkumiyet kararı verildiği ve failerin faaliyetlerini kısıtlamak için “Kölelik ve İnsan Ticaretinin Önlenmesi ve Risk Emirlerinin” uygulanmadığı kayıt altına alınmıştır.<sup>202</sup> Bununla birlikte İngiltere’de her yıl tespit edilen potansiyel kurban sayısının 2015’te 3266 iken 2018’de iki kat artarak 6993 kişi olduğu, tespit edilen çocuk kurbanların oranının %30’dan yaklaşık %45’e yükseldiği belirtilmiştir.<sup>203</sup> Bu durum, İngiltere’de Modern Kölelik Kanunu kabul edilmesine rağmen Kanunun uygulanması ve koruma alanı konusunda eksiklikler bulunduğunu göstermektedir.

Modern Kölelik Kanunu çıkararak tek ülke İngiltere olmamıştır, Avustralya da 2018 yılında Modern Kölelik Kanunu<sup>204</sup> kabul ulusal mevzuatının bir parçası haline getirmiştir. Kanunun birinci bölümünde yer alan üçüncü maddede kanunun basitleştirilmiş ana hattına yer verilmiştir. Maddeye göre; Avustralya’da yıllık 100 milyon dolardan fazla konsolide gelire sahip olan veya faaliyet gösteren tüzel kişiliklerin yıllık olarak operasyon ve tedarik zincirlerindeki

---

<sup>202</sup> Secretary of State for Home Department by Command of Her Majesty (SSHHD), *Independent Review of the Modern Slavery Act 2015: Final Report*, (Open Government Licence, Mayıs 2019), 7, Erişim tarihi Nisan 4, 2022, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/803406/Independent\\_review\\_of\\_the\\_Modern\\_Slavery\\_Act\\_-\\_final\\_report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/803406/Independent_review_of_the_Modern_Slavery_Act_-_final_report.pdf).

<sup>203</sup> SSHHD *Independent Review of the Modern Slavery Act 2015: Final Report*, (Open Government Licence), 8.

<sup>204</sup> Modern Slavery Act 2018, Erişim tarihi Nisan 8, 2022, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153>.

modern kölelik riskleri ve bu risklere yönelik eylemleri hakkında rapor vermeleri zorunludur.

ABD’de ise 13627 sayılı Yürütme Emri ve 13126 sayılı Yürütme Emri ile insan kaçakçılığı, zorla çalıştırma gibi modern kölelik uygulamalarının kamusal hizmetlerde kullanılan tedarik zincirinde meydana gelmesinin önüne geçilmek istenmiştir<sup>205</sup>. 2012 yılında yayınlanan 13627 sayılı Yürütme Emri’nde kamusal faaliyetleri yüklenen yüklenicilerin ve onların alt yüklenicilerinin çalışanların işe alımı sırasında ücret ve yan haklar, işin yeri, yaşam koşulları ve barınma dahil olmak üzere temel bilgi ve şartlarla ilgili bilgileri açıklamamak veya yanlış beyanlarda bulunmak gibi yanıltıcı veya hileli işe alım uygulamalarını kullanmak ile bir çalışanın pasaport veya ehliyet gibi kimlik belgelerine erişimini yok etmek, gizlemek gibi uygulamalar yasaklanmıştır.<sup>206</sup>

Modern kölelikle mücadele etmek adına ulusal mevzuata eklemeler yapan devletlerdeki bu düzenlemeler önemli bir gelişme olsa da yeterli değildir, bunun nedenlerinden birisi diğer devletlerin kölelikle mücadele etmek için ulusal mevzuatlarında değişiklik yapmamasıdır. Her bir devlet kölelikle mücadeleyi içselleştirerek bu hususta yükümlülüklerini yerine getirirse kölelikle mücadele daha etkili olacaktır. Modern kölelikle mücadeleyi ulusal mevzuatının bir parçası haline getiren devletlerin yeterince başarılı olmamasının bir diğer nedeni de yapılan düzenlemelerin yeterli düzeyde olmamasıdır. Bu nedenle devletlerin, yukarıda AİHM içtihatları çerçevesinde belirtilen, pozitif yükümlülükleri tam ve gereği gibi ifa etmeleri

---

<sup>205</sup> WFF, Global Slavery Index 2018, 110.

<sup>206</sup> Code of Federal Regulations, *Title 3 The President* (Office of the Federal Register National Archives and Records Administration as a Special Edition of the Federal Register, Ocak 2013), 310-311, Erişim tarihi Nisan 8, 2022, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CFR-2013-title3-vol1/pdf/CFR-2013-title3-vol1.pdf>.

gerekmektedir. Böylece daha özgür ve eşit bir düzenin kurulması mümkün olacaktır.

## SONUÇ

Klasik anlamda köleliği günümüzde, “geçmişin kara lekesi” olarak nitelendirip uluslararası düzenlemelerle tamamen ortan kalkmış olduğunu düşünsek de aksine kölelik modern çağda kılıf değiştirmiş olarak gizlice, belki de görmezden gelinerek, varlığını devam ettirmektedir. Çalışmada “köleliğin kılıf değiştirmiş hali” olarak nitelendirilen modern kölelik kurumunun kapsamının klasik köleliğe göre daha geniş olduğu, çalışmadaki bulgulardan yola çıkarak söylenebilir.

Köleliğin bu “modern” biçimi gizli bir insanlık suçudur ve evrensel normlarca koruma altına alınan temel hakların ihlal edilmesine yol açmaktadır. Bundan dolayıdır ki devletler ulusal ve uluslararası düzeyde çeşitli tedbirler alma yoluna gitmiş ve birçok sözleşmeye imza atmışlardır. Yine bu sözleşmelerin yükümlülükleri yerine getirilmeye çalışılmış ve çeşitli denetim mekanizmaları öngörülmüştür. Benzer şekilde sivil toplum kuruluşları tarafından da çeşitli sözleşmeler düzenlenmiş ve modern kölelikle mücadele edilmeye çalışılmıştır. Çalışmada değinilen bu sözleşmelere ve mekanizmalara rağmen, “yirmi birinci yüzyılın utanç tablosu” olan çalışmadaki verilere bakıldığında, hukuki statü olarak “özgür” olan milyonlarca insanın modern köle olduğu gerçeğiyle karşılaşılacaktır. Bu kapsamda modern köleliğin acımasızca varlığını devam ettirdiği söylenebilir.

Uluslararası anlaşmalar devletlere bazı yükümlülükler yüklese de bunlar modern kölelikle mücadelede tek başına yeterli olamaz. Devletlerin bu anlaşmalarda öngörülen yükümlülüklerin yanı sıra bütün modern kölelik biçimlerini kapsayacak birtakım pozitif yükümlülükleri yerine getirmesi gerekecektir. AIHM kararlarına konu olan bu yükümlülüklerin başında öncelikle modern köleliğin önlenmesi ve bastırılması

yükümlülüğünden bahsedilebilir. Bu yükümlülük kapsamında devletler, i)Koruyucu yasal ve idari düzenlemeler yapma; ii)Koruyucu somut tedbirler alma ve iii)Etkili soruşturma yapma yükümlülüklerini yerine getirmelidirler. Ayrıca devletlerin, mağdurları ve mağdurların haklarını koruma yükümlülüğünü de yerine getirmesi gerekecektir. Buna örnek olarak mağdurlara psikolojik veya fiziksel tedavi hizmeti vermek, mağdurların tespit edilmesi için sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği yapmak, mağdurları hakları ve başvuru yolları hakkında bilgilendirmek verilebilir.<sup>207</sup>

Çalışmada bahsi geçen raporlarda da değinildiği üzere modern kölelik riski altında olan ürünleri ithal eden ülkelerin, ürünlerin üretimiyle ilgili çalışma koşullarında düzenleme yapmak için çaba sarf etmeleri gerekmektedir. Zira ülkelerin modern köleliğin önlenmesi konusunda hem ülke içinde hem sınırlar ötesinde sorumlulukları vardır. Bu kapsamda devletler kanun düzenlemeleri yoluna gidebilir ve bunun için denetim mekanizmaları öngörülebilir. Ancak Birleşik Krallık örneğinde görüleceği üzere yalnızca kanuni düzenlemelerle yetinilmemesi, kanunun koruma alanına ilişkin de eksikliklerin giderilmesi gerekmektedir. Öte yandan kanunun uygulanmasının teşvik edilmesi, potansiyel mağdurların yapılan araştırmalar neticesinde tespit edilerek kanuni düzenlemeler hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir.

Modern kölelik biçimlerinin daha çok özel sektörde yaygın olduğu göz önüne alındığında,<sup>208</sup> devletlerin özel sektörleri

---

<sup>207</sup> Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," 94-100; WFF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 49-55.

<sup>208</sup> WFF, ILO, IOM, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, 55.

denetleme, özellikle de bunlara birtakım yükümlülükler yükleme ödevinden de bahsedilebilir. Burada özellikle şirketler açısından BM İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler<sup>209</sup> yol gösterici olabilir. Zira modern kölelik durumu başlı başına insan hakları ihlallerine yol açan bir olgudur. Bu kapsamda devletler örneğin ticari şirketlerin insan hakları etkilerini nasıl ele aldıklarını paylaşmaya teşvik edebilir veya bazı durumlarda bunu zorunlu kılabilir. Yine bu şirketlere yöneltilen modern kölelikle alakalı durumlarda etkin soruşturma yürütüp cezalandırma ve telafi edici çözümler üretmelidir. Benzer şekilde şirketlerin de Rehber İlkeler'e riayet edip etmediği, örneğin modern köleliğe sebep olmayacak bir politika taahhüdü üretip üretmediği, şeffaf denetleme mekanizmasının olup olmadığı gibi unsurları da denetlemelidir.

Ancak kanaatimizce tüm bu mücadele yöntemlerinden önce köleliğin kaynaklarına inilmeli ve köleliğe sebep veren etkenlerin yok edilmesi sağlanmalıdır. Bu kapsamda savaş, silahlı çatışma durumları, siyasi dengesizlik, temel ihtiyaçlardan yoksunluk, yoksulluk gibi durumlarla mücadele edilmeli; yargıya güven, göçmen hakları, azınlık hakları, kadın hakları gibi demokratik düzenin ve sosyal devletin gereklilikleri sağlanarak kişilerin, güçsüz, savunmasız ve çaresiz hale gelmesinin önüne geçilmelidir. Bir diğer deyişle devletler, kişilerin güçsüz ve çaresiz olmasının önüne geçmeli; göç sorunu, silahlı çatışmalar dahil çalışmada etraflıca değinilen tüm sorunlarla mücadele etmelidir. Aksi takdirde yalnızca hukuki zeminde mücadele etmek modern köleliği önlemede yeterli olamayacaktır.<sup>210</sup>

---

<sup>209</sup> Erişim tarihi Nisan 4, 2022, [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf).

<sup>210</sup> Duymaz, "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme," 102.



---

---

**Hakem Değerlendirmesi:** ift kr hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu alışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

**ıkar atışması:** Yazar ıkar atışması olmadığını belirtmiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author received no financial support for this study.

**Conflict of Interest:** There is no conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

---

## KAYNAKÇA

- "Las Dos Erres" Massacre v. Guatemala, Series C No. 211, 24 Kasım 2009.
- Akyılmaz, Gül. "Osmanlı Hukukunda Köleliğin Sona Ermesi İle İlgili Düzenlemeler ve Tanzimat Fermanı'nın İlanından Sonra Kölelik Müessesesi." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 1-2 (2004): 213-238.
- Allain, Jean ve Hickey, Robin. "Property and the Definition of Slavery." *International and Comparative Law Quarterly* 61, no. 4 (2012): 915-938.
- Aloboetoe et al. v. Suriname, Series C No. 15, 10 Eylül 1993.
- Androff, David K. "The Problem Of Contemporary Slavery: An International Human Rights Challenge For Social Work." *International Social Work* 65, no. 2 (2010): 209-222.
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kabul Tarihi: 04.11.1950, Türkiye'nin İmza Tarihi: 20.03.1952, Resmi Gazete Sayısı: 8662, Resmi Gazete Tarihi: 19.03.1954. Eylül 11, 2022. [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_tur.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf).
- Bakır, Zülfiye Zeynep. *Modern Kölelik*. İNSAMER, Araştırma 19 – Uluslararası Hukuk, Ağustos 2016.
- Bal, Ali. "Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve AIHM İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2, (2019): 55-112.
- Bales, Kevin. *Küresel Ekonomide Yeni Kölelik*. Çev. Pınar Öğünç. İstanbul: Çitlembik Yayınları, 2002.
- Birkhental, Sara. "Human Trafficking: A Right Abuse with Global Dimesions." *Interdisciplinary Journal Of Human Rights Law* 6, no. 27, (2011-2012): 27-40.
- Bozkurt, Gülnihal. "Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 38, no.1, (1981): 65-103.
- C.N. v. Birleşik Krallık, No: 4239/08, 13 Kasım 2012.

- C.N. ve V. v. Fransa*, No: 67724/09, 11 Ekim 2012.
- Cebri veya Mecburi Çalıştırma Hakkında Sözleşme, Kabul Tarihi: 23/01/1998, R.G. No: 23381. 23 Haziran 1998. Eylül 11, 2022. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23381.pdf>.
- Chowdury ve Diğerleri v. Yunanistan*, No: 21884/15, 30 Mart 2017.
- Code of Federal Regulations, Title 3 The President, 1 Ocak 2013. Eylül 11, 2022. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CFR-2013-title3-vol1/pdf/CFR-2013-title3-vol1.pdf>.
- Crane, Andrew. "Modern Slavery As A Management Practice: Exploring The Conditions and Capabilities For Human Exploitation." *Academy of Management Review* 38, no. 1 (2013): 49-69.
- Denk, Erdem. "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar." *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 56, no. 2, (2001), 43-70.
- Dereboylular, Özde. "Kölelik ve Kulluk Yasağının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi." *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan* 21, Özel Sayı (2019): 2583-2628.
- Duymaz, Erkan. "Modern Kölelik: Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme." *Legal Hukuk Dergisi* 11, no. 123 (Mart 2013): 67-104.
- European Court of Human Rights. *Guide on Article 4 of the European Convention on Human Rights* (Council of Europe 2022). Eylül 7, 2022. [https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_4\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_4_eng.pdf).
- European Court of Human Rights. *The Court's Priority Policy*. Nisan 4, 2022. [https://www.echr.coe.int/Documents/Priority\\_policy\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf).
- Fitzgibbon, Kathleen. "Modern-Day Slavery?." *African Security Review* 12, no. 1 (2003): 81-89.

- Gemalmaz, Mehmet Semih. *Devlet, Birey ve Özgürlük*. 3. Baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri, 2. Cilt: Uluslararası Sistemler*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*. 8. Baskı. 1.Cilt. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012.
- Global Slavery Index. Nisan 4, 2022. <https://www.globalslaveryindex.org/>.
- Güler, Mehmet Atilla. "Modern Kölelik ve Modern Köleliğin Görünümleri." *İş ve Hayat Dergisi* 1, no. 2 (2015): 23-46.
- Gülgeç, Yahya Berkol. "The Problem Of Jus Cogens From A Theoretical Perspective." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 66, no. 1 (2017): 73-115. [https://downloads.globalslaveryindex.org/ephemeral/GSI-2018\\_FNL\\_190828\\_CO\\_DIGITAL\\_P-1648579196.pdf](https://downloads.globalslaveryindex.org/ephemeral/GSI-2018_FNL_190828_CO_DIGITAL_P-1648579196.pdf).
- Human Rights Watch. *Abuse and Exploitation of Female Migrant Domestic Workers in the United Arab Emirates*. ABD: Human Rights Watch, 2014. Nisan 2, 2022. <https://www.hrw.org/report/2014/10/22/i-already-bought-you/abuse-and-exploitation-female-migrant-domestic-workers-united>.
- Inter-American Court Of Human Rights Advisory Opinion Oc-18/03, Requested By The United Mexican States 17 Eylül 2003.
- International Labour Organization. *Global Estimates Of Migrant Workers and Migrant Domestic Workers: Results And Methodology*. Geneva: International Labour Organization, 2015. Nisan 2, 2022. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_575479.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf).
- International Labour Organization. *The cost of Coercion (International Labour Conference, 98th Session 2009)*. Geneva:

- International Labour Organization, 2009. Eylül 8, 2022. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_106268.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_106268.pdf).
- Issara Institute & International Justice Mission. *Prevalence & Patterns Of Labour Abuse Across Thailand's Diverse Fishing Industry*. Ocak 2017. Nisan 1, 2022. <https://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2018/01/Not-in-the-Same-Boat-Prevalence-and-Patterns-of-Labor-Abuse-Across-Thailands-Diverse-Fishing-Industry.pdf>.
- Karan, Ulaş. "Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı: Anayasa Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Karşılaştırmalı Analiz." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 67, no. 2 (2018): 415-462.
- Know The Chain. *2018 Information & Communications Technology Benchmark*. Haziran 3, 2020. [https://knowthechain.org/benchmarks/comparison\\_tool/4/](https://knowthechain.org/benchmarks/comparison_tool/4/).
- Kow The Chain. *2020/2021 Benchmark*. Mart 29, 2022. <https://knowthechain.org/benchmark/>.
- Köleliğin Çağdaş Biçimleri Özel Raportörlüğü resmi sitesi: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Slavery/SRSlavery/Pages/SRSlaveryIndex.aspx>.
- Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Kölelik Benzeri Kurumların ve Uygulamaların Kaldırılması Hakkında Ek Sözleşme, Kabul Tarihi: 27/12/1963, R.G. No: 11599, 6 Ocak 1964. Eylül 11, 2022. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11599.pdf>.
- Kuyucu, Nisan. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde İnsan Ticareti: Rantsev ve Sonrası." *Fe Dergi* 9, no. 2 (2017): 30-43.
- L.E. v. Yunanistan*, No: 71545/12, 21 Ocak 2016.
- Manzo, Kate. "Modern Slavery, Global Capitalism & Deproletarianisation in West Africa." *Review of African Political Economy* 32, no. 106 (2005): 521-534.

- McDougall, Gay J. *Contemporary Forms Of Slavery Systematic Rape, Sexual Slavery And Slaverylike Practices During Armed Conflict Final Report*. Geneva: United Nations, 22.06.1998. Eylül 8, 2022. <https://digitallibrary.un.org/record/257682#record-files-collapse-header>.
- Modern Slavery Act 2015, Kabul Tarihi: 26/03/2015. Eylül 11, 2022. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/introduction/enacted>.
- Modern Slavery Act 2018, Kabul Tarihi: 10/12/2018, No 153, 2018. Eylül 11, 2022. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153>.
- Ramaj, Erjona. "Binding International Norms, Jus Cogens." *European Journal of Sustainable Development* 5, no. 3 (2016), 318-324.
- Rantsev v. Kıbrıs ve Rusya*, No: 25965/04, 7 Ocak 2010.
- S.M. v. Hırvatistan* [B.D.], No: 60561/14, 25 Haziran 2020.
- Secretary of State for Home Department by Command of Her Majesty. *Independent Review of the Modern Slavery Act 2015: Final Report*. Open Government Licence, Mayıs 2019. Nisan 4, 2022. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/803406/Independent\\_review\\_of\\_the\\_Modern\\_Slavery\\_Act\\_-\\_final\\_report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/803406/Independent_review_of_the_Modern_Slavery_Act_-_final_report.pdf).
- Siliadin v. Fransa*, No:73316/01, 26 Temmuz 2005.
- Slavery Convention, Kabul Tarihi: 25 Eylül 1926, Yürürlüğe Giriş Tarihi: 9 Mart 1927. Eylül 11, 2022. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/slavery-convention>.
- Stummer v. Avusturya* [B.D.], No: 37452/02, 7 Temmuz 2011.
- The Hacienda Brasil Verde Workers V. Brezilya*, Series C No. 318, 20 Ekim 2016.

- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. *Guiding Principles on Business and Human Rights*. New York ve Geneva: United Nations, 2011. Nisan 4, 2022. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf).
- United Nations International Law Commission. *Draft Articles On The Law Of Treaties With Commentaries* 1996. 2005. Eylül 7, 2022. [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1\\_1\\_1966.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf).
- United Nations. *Report of the International Law Commission Seventy-first session (29 April–7 June and 8 July–9 August 2019)*. New York: United Nations, 2019. Eylül 7, 2022. [https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a\\_74\\_10.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_74_10.pdf).
- V.C.L. ve A.N. v. Birleşik Krallık, No: 77587/12 ve 74603/12, 16 Şubat 2021.
- Van der Mussele v. Belçika*, No: 8919/80, 23 Kasım 1983.
- Walk Free Foundation & Commonwealth Human Rights Initiative. *Eradicating Modern Slavery*. The Minderoo Foundation Pty Ltd and Commonwealth Human Rights, 2020. Nisan 3, 2022. <https://cdn.walkfree.org/content/uploads/2020/10/12034833/Walk-Free-Eradicating-Modern-Slavery.pdf>.
- Walk Free Foundation, International Labour Office, International Organization for Migration. *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*. Geneva: International Labour Office & Walk Free Foundation, 2017.
- Walk Free Foundation. *Global Slavery Index 2014*. Avustralya: Hope for Children Organization, 2014. Nisan 2, 2022. [https://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2014/11/GlobalSlavery\\_2014\\_LR-FINAL.pdf](https://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2014/11/GlobalSlavery_2014_LR-FINAL.pdf).

Walk Free Foundation. *Global Slavery Index 2018*. The Minderoo Foundation Pty Ltd, 2018. Nisan 2, 2022. <https://www.globalslaveryindex.org/resources/downloads/>

:

Walk Free Foundation. *Stacked Odds*. The Minderoo Foundation, 2020. Nisan 4, 2022. <https://cdn.walkfree.org/content/uploads/2020/10/19130043/WF-Stacked-Odds-20210517.pdf>.

Weissbrodt David and Anti-Slavery International. *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*. New York and Geneva: United Nations, 2002. Eylül 8, 2022. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/slaveryen.pdf>.

Wikipedia G20. Nisan 4, 2022. <https://tr.wikipedia.org/wiki/G20#:~:text=G20%20%C3%BClkelerini%20Almanya%2C%20Amerika%20Birle%C5%9Fik,ve%20Avrupa%20Birli%C4%9Fi%20Komisyonu%20olu%C5%9Fturuyor.>

World Population Review. Nisan 4, 2022. <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/countries-that-still-have-slavery>.

*Zoletic ve Diğerleri v. Azerbaycan*, No: 20116/12, 7 Ekim 2021.



# ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞU KAPSAMINDA DOĞRUDAN VE YANSIMA ZARAR (ÖZELLİKLE USÛL VE TAKİP HUKUKU YÖNÜNDEN)

*Direct and Reflection Damages on the Liability of  
the Board Members in Joint Stock Company  
(Particularly in terms of Procedure and  
Enforcement Law)*

**Ali Fuat ÇİÇEKLİ\***

## Öz


Kanun koyucu, çeşitli hükümlerde pay sahibi ve alacaklılara, şirketin zararının tazminini talep etme hakkı tanımıştır. Esasında doğrudan ve yansıma zarar ayrımı da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Zira yönetim kurulu, pay sahipleri ve alacaklılara doğrudan zarar verebileceği gibi, şirkete zarar

\* Araştırma Görevlisi, Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, alifuatcicekli53@icloud.com, ORCID 0000-0001-7631-9833.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 16.05.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 03.10.2022.

**Atıf/Citation:** Çiçekli, Ali Fuat. "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Kapsamında Doğrudan ve Yansıma Zarar (Özellikle Usûl ve Takip Hukuku Yönünden)." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 1067-1154.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

vermek suretiyle yansıma yoluyla da zarar verebilmektedir. Bu bağlamda kanun koyucu, yansıma zararın giderilmesi noktasında açık bir hüküm ihdas etmeksizin pay sahibi ve alacaklılara dava takip yetkisi tanımak suretiyle şirketin zararının giderilmesine imkân tanımaktadır. Zira pay sahibi ve alacaklılar, maddî anlamda kendilerine ait olmayan bir hakkın takibini yürütmektedirler. Öte yandan iflâs durumunda kanunen dava takip yetkisi, iflâs idaresine geçmesine rağmen kanun koyucu, belli şartlar dâhilinde alacaklı ve pay sahibine şirketin zararının giderilmesini talep hakkı tanımıştır. Nihayetinde çalışma, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda doğrudan ve yansıma zarar ayrımının kökenini incelemekte ve bu ayrımın gerek maddî hukuk gerekse usûl ve takip hukuku yönünden sonuçlarını ele almaktadır.

### **Anahtar Kelimeler:.**

### **Abstract**

The legislator has given the shareholders and creditors the right to demand compensation for the loss of the company in various provisions. In fact, the distinction between direct and reflection damage emerges at this point. Because board members can directly damage to company. It can also damage shareholders and creditors by means of reflection. In this context, the legislator allows the loss of the company to be compensated by granting the shareholders and creditors of right to take legal action, not having legislating an explicit provision regarding the compensation of the reflected damage. Because the shareholders and creditors pursue a right that does not belong to them materially. Moreover, in case of bankruptcy, although right to take legal action a lawsuit passes to the bankruptcy administration, the legislator has given the creditor and the shareholder the right to demand the compensation of the company's losses under certain conditions. Finally, the study examines the origin of the distinction between direct and

reflection damages under the liability of the board members and deals with the consequences of this distinction in terms of both material law and procedural and enforcement law.

**Keywords:** Direct Damage, Reflection Damage, Right to Take Legal Action, Representative Action, Joint Stock Company, Legal Liability of Board Members.

## GİRİŞ

Sermaye şirketleri, esasında, ekonomik bir amaç doğrultusunda belli bir sermayeyi bir araya getirmek suretiyle teşekkül eden, mal varlığının yönetimi için kurulan bir teşekküldür. Nitekim bu şirket tipinde sermaye unsuru ön planda olmakla birlikte bu unsurun yönetiminden kaynaklı sorumluluğun sınırlandırılması söz konusudur. Bu bağlamda sermaye şirketlerine, pay sahibinin, sadece şirkete getirmeyi taahhüt ettiği meblağla sorumlu olduğu, başkaca bir sorumluluk üstlenmemesi yönündeki “sınırlı sorumluluk” ilkesi egemendir.<sup>1</sup> Sınırlı sorumluluk ilkesi dolayısıyla şirketin tüzel kişiliği

---

<sup>1</sup> Tuğrul Ansay, *Anonim Şirketler Hukuku*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1982), 39; Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi II*, (İstanbul: Temel Yayınları, 1988), 9; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), N. 429, 433, 441; Oğuz İmregün, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996), 261-262; Orhan Nuri Çevik, *Uygulamada Şirketler Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002), 343; Sami Karahan (Ed.) ve Özlem Karaman Coşgun, *Şirketler Hukuku*, (Konya: Mimoza Yayıncılık, 2013), 351-352; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 46-47; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2019), 113-114; Tamer Bozkurt, *Şirketler Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 206-207. Sınırlı sorumluluk ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Yadigar İzmirli, “Şirketler Hukukunda Sorumluluk İlişkileri ve Anonim Şirketlerde Sınırlı Sorumluluk,” *Mevzuat Dergisi* 3, no. 33 (Eylül 2000).

kuvvetlenmektedir. Nitekim âdeta pay sahiplerinden bağımsızlığını pekiştiren şirket, iş ve işlemlerinden doğan sorumluluğu kendisi üstlenmektedir. Bu bağlamda şirketi oluşturanlar, getirmeyi taahhüt ettikleri sermayenin henüz şirkete ödenmemiş kısmından yalnızca şirkete karşı sorumlu olmakta, yoksa şirketin giriştiği iş ve işlemlerden herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır.<sup>2</sup>

Sınırlı sorumluluk ilkesinin, girişimcilerin ticari riskini azalttığı açıktır. Ancak buna karşılık şirketle ilişki içerisine girenlerin ticari riski artmaktadır. Nitekim her ne kadar birbirinden ayrı hukukî kişilik olgusu karşısında şirketle pay sahipleri arasındaki ilişkinin hukuken birbirinden bağımsız olduğu kabul edilse de fiilî olarak çoğu zaman şirketi idare edenler, pay sahiplerinden veya onların hâkimiyetindeki kimselerden oluşmaktadır. Kaldı ki kural olarak yönetim kurulu, genel kurulu oluşturan pay sahiplerince seçilmektedir. Bununla birlikte şirketi idare edenlerin pay sahiplerinden oluşmadığı veya pay sahiplerinin şirketin idaresinde etkisinin az olduğu durumlar da mümkündür. Bu hâlde de nimet-külfet ilişkisine ters olguların ortaya çıkma ihtimali bulunmaktadır. Zira şirketi idare yetkisine sahip olan yönetim kurulu, şirketin ve diğer ilgililerin menfaatlerini, geleceğini ve hatta ekonomik varlığını etkileyebilecek yetkilere sahip bir organdır.<sup>3</sup> Şirketi idare edenler, şirketi oluşturanların menfaatleri aleyhine hareket edebilirler. Bu hâlde sınırlı sorumluluk ilkesi gereği şirketle kendilerinin malvarlığının birbirinden bağımsız olması

---

<sup>2</sup> Domaniç, *Şirketler*, 9; Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar I*, N. 433; İmregün, *Ortaklıklar*, 261; Çevik, *Şirketler*, 343; Karahan ve Karaman Coşgun, *Şirketler*, 352.

<sup>3</sup> Ersin Çamoğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle), (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 2-3.

dolayısıyla pay sahipleri, şirketin idaresini ele alarak menfaatlerini temin etme imkânına sahip değildirler.

İşte bu bağlamda kanun koyucu, kendi başına bir kişilik sahibi olan şirketin kendisine ve hatta şirketin bu husustaki ihmali de göz önüne alarak<sup>4</sup> pay sahiplerine ve şirketle ilişkiye giren üçüncü kişilere, şirketi idare edenlerin sorumluluğuna başvurma imkânı tanımıştır. Bu imkân sayesinde şirketi yöneterek şirket adına iş ve işlemlerde bulunan yönetim kurulu üyelerinin haksız ve hukuka aykırı fiilleri dolayısıyla sorumluluğuna gidilebilmektedir. Öte yandan bu imkân, sermayenin korunması ilkesinin bir tezahürüdür.<sup>5</sup> Zira açılan sorumluluk davasıyla şirketin zararının tazmini ve dolayısıyla sermayenin korunması gerçekleşmektedir.

Şirketle pay sahiplerinin hem malvarlığı hem de sorumlulukları birbirinden ayrıdır. Bu bağlamda yönetim kurulu üyelerinin fiilleri sonucunda şirketin kendisi zarar görebileceği gibi pay sahipleri de zarar görebilir. Ancak şirketin zararı, sınırlı sorumluluk ilkesi gereği ancak dolaylı olarak pay sahiplerine de zarar verebilir. Nitekim hukuken pay sahibinin malvarlığı, şirket malvarlığından ayrıdır. Belirtmek gerekir ki şirketin zararı, alacaklılara da zarar vermektedir. Zira şirket zarar ettiğiinde temerrüt riski artmaktadır.<sup>6</sup>

Öte yandan yönetim kurulu üyeleri, doğrudan doğruya pay sahiplerine ve alacaklılara da zarar verebilirler. Ancak şirketin bu hususta bir zararından bahsedilemez. Bu itibarla özellikle dava takip yetkisi bağlamında doğrudan ve yansıma zarar

---

<sup>4</sup> David Grieder, *Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019), N. 423, 126-127.

<sup>5</sup> Bu konuda bkz. Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010) 42-43.

<sup>6</sup> Hans Caspar von der Crone, Antonio Carbonara ve Silvia Hunziker, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung*, (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2006), 8.

ayrımı önem arz etmektedir. Zira pay sahipleri ve üçüncü kişiler, şirketin zararının tazminini ancak bu konuda açık bir kanuni düzenleme bulunması veya dava takip yetkisine sahip olduklarında talep edebilirler. Dolayısıyla pay sahipleri ve üçüncü kişiler, kendilerinin yansıma zararını, şirketin ise doğrudan zararını dava ederek giderme imkânı bulmaktadır. Belirtmek gerekir ki söz konusu imkânla kanun koyucu, şirketin, hukuka aykırı olarak tazminat taleplerinden feragat etmesi, zarar verici eylemleri onaylaması veya hissedarların çoğunluğunun sorumlu organlarla işbirliği içinde olması gibi durumlara karşı pay sahipleri ve alacaklıları koruma amacı gütmüştür.<sup>7</sup>

Nihayetinde tüm bu hususları incelemek üzere çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde doğrudan ve yansıma zarar ayrımıyla birlikte özellikle yansıma zarar irdelenecektir. Bu kapsamda yansıma zararın, zarar türleri arasındaki yeri ve hukuki niteliği ele alınacaktır. İkinci bölümde anonim şirketler hukukundaki kanunî düzenlemeler bağlamında doğrudan ve yansıma zarar, yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğu çerçevesinde açıklanacaktır. Bu bölümde hukukî sorumluluk olgusu, özellikle dava hakkı, sıfat ve dava takip yetkisi çerçevesinde tartışılacaktır. Ayrıca bu bölümde sorumluluğu doğuran olgular ve sorumluluğun hukukî niteliği incelenecektir. Üçüncü bölümde şirketin iflâs etmesinden sonra söz konusu olacak dava hakkının tespitinde doğrudan ve yansıma zarar ayrımı üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda bilhassa, doğrudan ve yansıma zarar ayrımının tasfiye türleri bakımından oluşturduğu sonuçlar tartışılacaktır. Son olarak şirketler topluluğunda hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması sonucundaki sorumluluk davasında doğrudan ve yansıma zarar ayrımı ve sonuçlarına değinilecektir.

---

<sup>7</sup> BGE 117 II 432, <https://www.bger.ch/>.

## I. DOĞRUDAN, DOLAYLI VE YANSIMA ZARAR

### A. Genel Olarak

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>8</sup> (TBK) m. 49 hükmü uyarınca kusurlu ve hukuka aykırı fiiliyle bir kimseye zarar veren, bu zararını gidermekle yükümlüdür. Sorumluluk hukukunun temelini oluşturan söz konusu hükme göre zarar, haksız fiil sorumluluğunun ve dahi sorumluluk hukukunun unsurlarından birini oluşturur. Zarar kavramının, sorumluluğun unsurlarından olan uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurlarıyla yakından ilişkisi bulunmaktadır. Bu ilişkinin belirginleştiği noktalardan biri de doğrudan ve dolaylı zarar ayrımıdır.

Zarar kavramının uygun illiyet bağıyla ilişkisi fiil ile zararın doğması arasındaki bağla ilgilidir. Bu bağlamda fiilin, sebep ve sonuç ilişkisi içerisindeki zincir halkalarının sırasına göre ilk zincir halkası doğrudan zarar, ilk zincir halkasına bağlanan zararlar ise dolaylı zararı ifade etmektedir. Zarar kavramının hukuka aykırılık boyutu ise ihlal edilen normun koruma kapsamıyla ilgilidir<sup>9</sup>. Zira her zarar, hukuka aykırı değildir. Hukuk çerçevesinde zararın giderilmesi, normun korumayı amaçladığı kişiler için geçerlidir. İşte bu hususta doğrudan zarar, normun koruma kapsamı içindeki mağdurun, doğrudan doğruya uğradığı zararı ifade ederken dolaylı zarar, normun koruma kapsamı içindeki mağdura yönelik saldırıdan (fiilden) dolaylı normun koruma kapsamı dışındaki üçüncü kişilerin zarardır. Bu itibarla hukuka aykırılık yönünden doğrudan zarar, mağdurun zararırken dolaylı zarar, üçüncü kişinin zararını ifade etmektedir.

---

<sup>8</sup> RG. 04.02.2011, S. 27836.

<sup>9</sup> S. Sulhi Tekinay et al., *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 564.

Doktrinde doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı, bu iki husus iç içe incelenmiş olmakla birlikte hukuka aykırılık yönüyle dolaylı zarar, yansıma yoluyla uğranan zarar olarak nitelendirilmiştir.<sup>10</sup>

## B. Doğrudan Zarar

Doktrinde doğrudan zarar kavramı, haksız ve hukuka aykırı fiil neticesinde ilk ve en yakın meydana gelen zarar olarak belirtilmektedir.<sup>11</sup> Öyle ki bir neden-sonuç ilişkisi çerçevesinde fiilin neticesini oluşturan ilk zarara doğrudan zarar denir. Bu bağlamda doğrudan zarar kavramı, illiyet bağıyla yakın bir ilişki içerisindedir.<sup>12</sup> Zira doktrinde uygun illiyet bağı teorisi çerçevesinde hayatın olağan akışına ve tecrübe kurallarına göre fiilin meydana getirmeye elverişli olduğu her çeşit zararın tazmin edileceği belirtilmektedir.<sup>13</sup> Bu bakımdan doğrudan zararın, birbirine bağlanan neticelerin öncelik sonralık ilişkisine bakılmaksızın, eş söyleyişle doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı yapılmaksızın uygun illiyet bağı içerisindeki her türlü zararı ifade ettiği söylenebilir.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Tekinay et al., *Borçlar*, 562. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, eserlerinde, zarar kapsamında hukuka aykırılık ve illiyet bağı unsurunu ayrı ayrı inceleyerek, hukuka aykırılık kapsamında doğrudan doğruya ve yansıma yoluyla uğranan zarar; illiyet bağı kapsamında doğrudan ve dolaylı zarar olarak tasnif etmişlerdir.

<sup>11</sup> Hâluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 70; Fikret Eren, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), N. 1645, 598; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), N. 126, 43.

<sup>12</sup> Eren, *Borçlar*, N. 1645, 598.

<sup>13</sup> Tandoğan, *Akit Dışı*, 70; Eren, *Borçlar*, N. 1645, 599.

<sup>14</sup> Eren, *Borçlar*, N. 1645, 598-599.



### C. Dolaylı Zarar

Doktrinde dolaylı zarar kavramı, fiil neticesinde meydana gelen ilk ve en yakın zarar dışındaki ancak ilk ve en yakın zararlar aralarında neden-sonuç ilişkisi olan ara vakıaların sonucu olarak meydana gelen zarar olarak ifade edilmektedir.<sup>15</sup> Eş söyleyişle dolaylı zarar, fiilin ilk ve en yakın neticesi olarak meydana gelen zarara bağlı olan ve bundan kaynaklanan zarardır.<sup>16</sup> Ancak kanımızca uygun illiyet bağı teorisi kabul edildiğinde, hayatın olağan akışına göre vuku bulan türden bir sonucu meydana getirmeye elverişli her sebep, sorumluluğu doğuran sebep olduğundan<sup>17</sup>, doğrudan ve dolaylı zarar ayrımının da pratik bir anlamı yoktur.

Bu hususta dolaylı zarar kapsamında olduğu kabul edilen<sup>18</sup> ancak esas itibariyle tamamen farklı bir zarar çeşidi olan yansıma zarara da değinmek gerekmektedir. Esasında dolaylı zarar kavramını ifade eden en önemli nokta yansıma zararlar ile ilgilidir. Zira artık uygun illiyet bağı teorisi kabul edildiğinden doğrudan ve dolaylı zarar ayrımında illiyet bağı meselesi tartışmaya kapalıdır. Bu bağlamda en başta yansıma zararın, sorumluluk hukukunun hukuka aykırılık unsuruyla ilgili olduğunu belirtmek gerekir. Zira yansıma zararda, zararın fiil ile uygun illiyet bağı içerisinde olup olmadığından ziyade, ihlal edilen normun koruma kapsamının, eş söyleyişle kimi korumayı

---

<sup>15</sup> Çağlar Özel, "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 4 (2001), 83.

<sup>16</sup> Tandoğan, *Akit Dışı*, 70.

<sup>17</sup> Eren, *Borçlar*, N. 1683, 612; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Cilt-2*, N. 138ff., 45-46.

<sup>18</sup> Özel, "Sözleşme," 83.

amaçladığının saptanması<sup>19</sup> önem arz etmektedir.<sup>20</sup> Ancak bu hususta belirtmek gerekir ki yansıma zararın evleviyetle uygun illiyet bağı çerçevesinde meydana gelmiş olması gerekmektedir. Zira yansıma zararda, sorumluluğun hukuka aykırılık unsuru tartışmalıdır; yoksa uygun illiyet bağı unsurunun mevcut bulunması gerekliliği şüphesizdir.<sup>21</sup>

Yansıma zarar, muhakkak üçlü bir ilişki doğurmaktadır.<sup>22</sup> Zira yansıma zarardan söz edebilmek için normun koruma amacını ihlal eden fiilin mağdurunun zararıyla, mağdur dışındaki üçüncü kişinin, mağdurun zararına bağlı bir başka zararı mevcut olmalıdır.<sup>23</sup>

Yansıma zarar, eğer açık bir kanunî düzenleme bulunmuyorsa tazmin edilemez.<sup>24</sup> Nitekim yansıma yoluyla zarar, kendisine yönelmiş fiil dolayısıyla zarar gören kişiden başka bir kişinin aynı fiil sebebiyle uğradığı zararı ifade etmektedir<sup>25</sup>. Bu kural, normun koruma amacının sınırından ortaya çıkmaktadır. Zira hiçe sayılarak kendisine uyulmayan hukuk kuralının, ihlal edilen türden bir menfaati muhafaza altına almak amacıyla ihdas edilmiş olması şarttır.<sup>26</sup> Keza tazminat sorumluluğu, normun koruma amacı içerisinde, önlemek istediği fiilin sonucu türünden bir zarar meydana geldiği takdirde söz konusu olur.<sup>27</sup> Bu bakımdan norm, zarar

---

<sup>19</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 394.

<sup>20</sup> Tekinay et al., *Borçlar*, 564; Özel, "Sözleşme," 101.

<sup>21</sup> Bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Cilt-2*, N. 128-129, 44.

<sup>22</sup> Özel, "Sözleşme," 84-85.

<sup>23</sup> Özel, "Sözleşme," 85ff.

<sup>24</sup> Tandoğan, *Akit Dışı*, 259; Özel, "Sözleşme," 104.

<sup>25</sup> Tekinay et al., *Borçlar*, 562; Kılıçoğlu, *Borçlar*, 391.

<sup>26</sup> Tekinay et al., *Borçlar*, 476.

<sup>27</sup> Tandoğan, *Akit Dışı*, 259, dn.28; Kılıçoğlu, *Borçlar*, 394.

gören kimsenin zararını gidermek amacındadır. Bunun dışındaki olgular, normun koruma amacını ve sınırını aşmaktadır. Öte yandan bu yorum, üçüncü kişinin zararı dolayısıyla sorumluluğun doğmayacağı yönündeki genel kurala da uygundur.<sup>28</sup> Zira zararın tazminini isteme hakkı, ancak doğrudan doğruya zarar görene aittir.<sup>29</sup> Öte yandan Yargıtay da istikrarlı olarak bu yönde içtihatla bulunmaktadır.<sup>30</sup> Bununla birlikte eğer normun koruma amacının, doğrudan zarar görenle birlikte üçüncü kişiyi de kapsadığı anlaşılıyorsa söz konusu yansıma zararın tazmin edilebileceği kabul edilmelidir.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Özel, "Sözleşme," 92.

<sup>29</sup> Eren, *Borçlar*, N. 1646, 599; Özel, "Sözleşme," 93.

<sup>30</sup> "...Sorumluluk hukukunun en önemli amacı, kişinin mal varlığında iradesi dışında meydana gelmiş eksilmeyi aynı veya nakdi olarak gidermektir. Zararın tazminini talep etmek hakkı doğrudan zarar görene tanınmıştır. Doğrudan zarar görenin dışında üçüncü bir kişinin tazminat talebinde bulunma hakkı, kural olarak yoktur. Bu sebeple sözleşme dışı sorumluluk hukukunda üçüncü bir kişinin maruz kaldığı yansıma zararı, prensip olarak, tazmin edilemez niteliktedir. Zira sorumluluk hukukunun temel kurallarından birini, tazminat talebinde bulunabilecek olan kişi veya kişilerin sadece doğrudan zarara uğrayanlar olması oluşturur...", Yar. HGK, E.2017/17-1315, K.2017/1239, 1.11.2017; "...Yansıma zararı ise, hukuka aykırı eylemden zarar gören kişinin dışında bir başkasının zarar görmesidir. İlliyet bağı ve hukuka aykırılık koşullarının gerçekleşmesi, özel bir koruma normunun ihlali gerekir...", Yar. HGK, E.2013/21-2215, K.2015/1487. 5.6.2015, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). "...eylem doğrudan kendisine yöneltilmeyen kişinin bu eylemden dolayı uğradığı yansıma zararlarının tazmini, bunu mümkün kılan açık bir düzenleme bulunmadıkça söz konusu olmayacaktır...", Yar. İBK, E.2017/5, K.2018/7, 6.7.2018, RG. 14.12.2021, S. 31689.

<sup>31</sup> Bu hususta bkz. Eren, *Borçlar*, N. 1646, 599; Özel, "Sözleşme," 98ff.; Kılıçoğlu, *Borçlar*, 394.

## II. ANONİM ŞİRKETLERDE SORUMLULUK DAVASI BAĞLAMINDA DOĞRUDAN VE YANSIMA ZARAR

### A. Genel Olarak

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu<sup>32</sup> (TTK) m. 549 vd. hükümlerinde, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin, tasfiye memurlarının ve denetçilerin, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde kendilerine karşı açılacak sorumluluk davası ve bu davanın şartları düzenlenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki sorumluluk hâlleri bu hükümlerle sınırlı değildir. TTK'nin birçok hükmünde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun düzenlendiği hâller bulunmaktadır.<sup>33</sup>

Kanun'un 549, 550, 551 ve 552. maddelerinde sorumluluğu doğuran belli başlı olgular ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Bu bağlamda belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması; sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi; değer biçmede yolsuzluk gibi olguların meydana gelmesine sebep olanlarla birlikte, Sermaye Piyasası Kurulu'nun izni olmaksızın halktan para toplamak fiillerini işleyenler, bu fiil sonucunda meydana gelen zarardan sorumludurlar. Bu bağlamda söz konusu hükümlerde, fiili işleyenlere göre değil sorumluluğu gerektiren olgulara göre bir tasnif yapılmıştır.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> RG. 14.02.2011, S. 27846.

<sup>33</sup> TTK'de düzenlenen yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluk hâlleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Serhan Dinç, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluk Hâlleri," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 4 (2016), 149ff.

<sup>34</sup> Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), § 60, N. 18, 2810.

Sorumluluk sebeplerini ve şartlarını kapsayan torba bir hüküm niteliğindeki TTK m. 553 hükmünde, belirli kişilerin, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı verdikleri zarardan sorumlu oldukları ifade edilmiştir. Hükümdeki “kanun” ibaresi, TTK dâhil diğer tüm kanunları da kapsayacak niteliktedir.<sup>35</sup> Yine hükümde belirtilen “yükümlülük” ifadesi başta TTK m. 369’da belirtilen yükümlülükler olmak üzere yönetim kurulunun, şirketi, pay sahiplerini ve alacaklıları korumaya yönelik tüm görev ve yetkilerini içermektedir.<sup>36</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki sorumluluk hükümleri, yönetim kurulu üyelerinin yetkileri çerçevesindeki iş ve işlemlerinde daha dikkatli davranmasını sağlamak suretiyle önleyici bir fonksiyona da sahiptir.<sup>37</sup>

Sorumluluğun söz konusu olması için gereken temel unsurlar bu hâlde de geçerlidir. Bu bağlamda hukuka aykırı fiil, kusur, uygun illiyet bağı ve zarar unsurları TTK m. 549 vd. hükümlerinde düzenlenen sorumluluk hallerinde de bulunmak zorundadır.<sup>38</sup> Sorumluluğun yaptırımını tazminattır.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), N. 16-72; Muhammet Özkes, Vural Seven ve Nedim Meriç, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021) 13.

<sup>36</sup> Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-59.

<sup>37</sup> Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 44.

<sup>38</sup> Ansay, *Şirketler*, 141ff.: Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-26, 38, 53; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 424; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Şirketler*, 470ff.; Mevci Ergün, *Anonim Şirketler Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 451; André Nussbaumer, “Schaden als Voraussetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen,” *Insolvenz- und Wirtschaftsrecht*, no. 2 (2001), 59.

<sup>39</sup> Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 589a; İmregün, *Ortaklıklar*, 358.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun şartlarından olan zarar unsuru, özellikle doğrudan ve yansıma zarar ayrımı açısından önem arz etmektedir. 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu<sup>40</sup> (eTTK) m. 340 hükmünün m. 309'a yaptığı atıf dolayısıyla doğrudan ve yansıma zarar ayrımından açıkça bahsedilmekteydi.<sup>41</sup> Ancak TTK hükümlerinde açıkça doğrudan ve yansıma zarar konusunda bir ayırım yapılmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde, TTK m. 553 hükmündeki "...hem şirkete, hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan..." ifadesinden, anılan kimselerin doğrudan zararının söz konusu olacağı belirtilmiş<sup>42</sup>, TTK m. 555 hükmündeki "Şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir..." cümlesinden yansıma zararın kastedildiği ifade edilmiştir.<sup>43</sup> Nitekim TTK m. 553 hükmünün gerekçesinde de doğrudan ve yansıma zarar ayrımının varlığı belirtilmektedir.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> RG. 29.06.1956, S. 9353.

<sup>41</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 124; Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 51; Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2001), 108; İmregün, *Ortaklık*, 357; Tamer Bozkurt, "Türk Ticaret Kanunu ve Tasarısı Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu: Üyelerin Özellikle Doğrudan Doğruya Verdikleri Zararlardan Doğan Sorumlulukları ve Yargı Uygulaması," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 83 (2009), 163.

<sup>42</sup> Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-86; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Şirketler*, 486-487; Bahtiyar, *Ortaklıklar*, 404; Sami Karahan (Ed.) ve Hanife Doğrusöz Koşut, *Şirketler Hukuku*, (Konya, Mimoza Yayıncılık, 2013), 799; Bozkurt, *Şirketler*, 510ff.

<sup>43</sup> Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-86; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Şirketler*, 487; Bahtiyar, *Ortaklıklar*, 404-405; Karahan ve Doğrusöz Koşut, *Şirketler*, 803; Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016), 462-463; Bozkurt, *Şirketler*, 507ff.

<sup>44</sup> TTK m. 553 gerekçesi. Gerekçede her ne kadar doğrudan ve dolaylı zarar şeklinde bir ayırım yapılsa da buradaki dolaylı zarardan kastedilen, yansıma zarardır. Bu hususta bkz. II.C.1

## B. Doğrudan Zarar ve Dava Hakkına Etkisi

### 1. Genel Olarak

Doğrudan zarar, fiil neticesinde zarar görenin kişi veya malvarlığı değerlerinde uygun illiyet bağı çerçevesinde meydana gelen eksilmeyi ifade ettiğine göre, TTK m. 553/1 hükmüne göre zarar, kurucunun, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticinin veya tasfiye memurunun kanundan ve/veya esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle, anonim şirketin, pay sahibinin ya da şirket alacaklısının kişi veyahut malvarlığı değerlerinde meydana gelen azalmadır. Şüphesiz zarar, maddî olabileceği gibi manevi de olabilir.<sup>45</sup> Zararın varlığını ve miktarını iddia ve ispat yükü davacıya aittir.<sup>46</sup> Öte yandan belirtmek gerekir ki doğrudan zarar nedeniyle açılan davanın amacı sermayenin korunması değil doğrudan doğruya kişisel çıkarın korunmasıdır.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 163; Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 592; Özkes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 50. Şirketin manevi zararı hakkında aynı yönde bkz. Murat Can Pehlivanoglu, "Pay Sahiplerinin Manevi Tazminat Hakkı ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 38, no. 2 (2022): 210, dn.61. Pehlivanoglu, pay sahibinin doğrudan nitelikteki manevi zararlarının hukukî dayanağının TTK m. 553'e değil, TTK m. 371/5 hükmüne dayandırılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu hususta bkz. Pehlivanoglu, "Manevi," 216. Şirketin manevi zararının olabileceğini kabul eden Özkes, Seven ve Meriç, pay sahipleri ve alacaklıların şirketin manevi zararı hakkında tazminat talebinde bulunamayacaklarını, zira manevi tazminatın ancak zarara uğrayan tarafından istenebileceğini belirtmektedir. Bu konu hakkında bkz. Özkes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 50. Kanımızca pay sahipleri ve alacaklılar, TTK m. 555 ve TTK m. 556 hükmü gereği manevi tazminat davası kapsamındaki yansıma zararlarını da talep edebilirler. Keza Kanun, şirketin zararını maddî ve manevi tazminat şeklinde ayırım yaparak sınıflandırmamıştır.

<sup>46</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 147; Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 592.

<sup>47</sup> Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 43.

## 2. Davacı ve Davalı Sifatının Dava Hakkına Etkisi

Doğrudan zararın mahkeme yoluyla giderilmesi noktasında dava hakkına değinmek gerekmektedir. Dava hakkı (*klagerecht* ya da *klagebefugnis*), maddî hukuk bakımından bir hakkın ihlalinin müeyyidesine karşılık gelmektedir.<sup>48</sup> Zira dava hakkının konusu, maddî hukuktan kaynaklanmaktadır.<sup>49</sup> Dolayısıyla hukukî himaye talep eden kimse, müeyyidesine başvurduğu hakkın koruma alanı içerisinde olmalıdır. Dava hakkının özünü, maddî anlamda bir hak, hukukî yarar<sup>50</sup> ve ehliyet oluşturmaktadır.<sup>51</sup> Doğrudan zarar kavramı bakımından dava hakkı, doğrudan doğruya malvarlığında azalma söz konusu olan kimseye aittir. Bu bağlamda Kanun, doğrudan zarara uğrayacak kimseleri, kendi başına bir tüzel kişiliğe sahip olmasının bir neticesi olarak anonim şirket, şirketin esas sermayesinde hissesi olan pay sahibi ve şirketle borç ilişkisi içerisinde bulunan alacaklı olarak tarif etmektedir. Dikkat etmek gerekir ki bu kimselerin her birinin zararı birbirinden bağımsızdır; birbiriyle ilgisi bulunmamaktadır.<sup>52</sup> Dolayısıyla maddî hukuk anlamında her birinin sübjektif hakkı birbirinden farklı olduğundan hukukî yarar ve ehliyetleri de ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

---

<sup>48</sup> İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1975), 180.

<sup>49</sup> James Goldschmit, *Zivilprozessrecht*, (Berlin-Heidelberg: Springer Verlag, 1929), 29.

<sup>50</sup> Goldschmit, *Zivil*, 29-30.

<sup>51</sup> Postacıoğlu, *Usul*, 186ff. Ayrıca bkz. Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku Cilt I*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 465ff.

<sup>52</sup> Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-87. "...Yöneticilerin eylemleri sonucunda şirket ortaklarının doğrudan zararlarının varlığı halinde ise ortaklığın zararından müstakil olarak kişisel zararlar söz konusu olacağından ortaklar tazminatın kendilerine verilmesini isteyebilirler...", Yar. 11. HD, E.2020/6333, K.2021/6754, 1.12.2021, (Yargıtay Bilgi Bankası).



Kanunda belirtildiği üzere davacı sıfatı, anonim şirket, pay sahipleri ve şirket alacaklılarına aittir. Her bir davacının hak sahipliği, kendi malvarlığında oluşan zarar<sup>53</sup> bakımından söz konusudur. Böylece her bir davacı birbirinden bağımsız olarak dava açabilir<sup>54</sup>. Anonim şirketin zararı için davayı kural olarak şirketin temsil organı olan yönetim kurulu açar.<sup>55</sup> Ancak davalı tarafta yönetim kurulu üyelerinin tamamı bulunuyorsa mahkemece davayı açmak üzere bir kayyım atanması

<sup>53</sup> BGE 131 III 306, E. 3.1.2, (<https://www.bger.ch/>).

<sup>54</sup> "...İkinci durum ise, doğrudan zarar halidir. Bu ihtimalde yöneticilerin veya denetçilerin eylemleri sonucunda şirket alacaklılarının ortaklığın zararından müstakil olarak gördükleri zararlar söz konusudur. Anılan zarar türünde ortaklığın zarar görüp görmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Bu dava türünde ise alacaklılar, talep ettiği tazminatın kendisi adına hükmedilmesini isterler...", Yar. 11. HD, E.2019/2317, K.2021/1708, 25.02.2021, (Yargıtay Bilgi Bankası).

<sup>55</sup> Mülga eTTK m. 341 hükmünde şirketin, yönetim kurulu üyelerine sorumluluk davası açması için genel kurul kararı dava şartı olarak aranıyordu. Yeni TTK hükümlerinde anonim şirketlerle ilgili böyle bir düzenleme yapılmamakla birlikte TTK m. 479/3-c hükmünde sorumluluk davasının açılması için oyda imtiyazın işlemeyeceği belirtilerek genel kurul kararı verilmesi gerektiği yönünde bir intiba ortaya çıkmaktadır. Yargıtay, bu hükmeye dayanarak anonim şirketlerde de genel kurul kararını dava şartı olarak aramaya devam etmektedir. Bkz. Yar. 11. HD, E.2020/1944, K.2021/2150, 8.3.2021; Yar. 11. HD, E.2019/166, K.2019/6840, 5.11.2019, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Bu konu hakkında detaylı bilgi ve doktrindeki tartışmalar için bkz. Tamer Bozkurt, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Genel Kurul Kararı Şartı ve TMSF'ye Devredilen Şirketlerde Durum*, ed. Alper Uyumaz, Mehmet Akçaal ve Ebru Tüzemen Atik, *Selçuk Hukuk Kongresi 2020, Özel Hukuk Tebliği Tam Metin Kitabı*, (Ankara: Nobel Yayınları, 2020), 427ff. Kanımızca dava şartı gibi hak arama hürriyetini kısıtlayan kurumların dar yorumlanması gerekmektedir. Zira kural, hak arama hürriyeti nedeniyle dava açabilmek olduğuna göre istisna, dava şartı yoluyla bu hakkı kısıtlamaktır. İstisnaların dar yorumlanması ilkesi gereğince açıkça kanunî bir düzenleme olmadıkça geniş yorum metoduyla temel hak ve özgürlükler kısıtlanamaz.

gerekmektedir.<sup>56</sup> Zira menfaat çatışması dolayısıyla yönetim kurulu, kendisine karşı açılan davada temsil yetkisini kullanamaz. Doktrinde mümkünse sorumluluğu bulunmayan bir yönetim kurulu üyesinin şirketin temsilini sağlayabileceği, aksi hâlde kayyım atanmasına gerek kalmadan genel kurulun yönetimi değiştirme veya özel temsilci atama yoluna gidilebileceği, bu imkânlar kullanılmıyorsa son çare olarak bir kayyım atanması gerektiği belirtilmektedir.<sup>57</sup> Dolayısıyla şirketin doğrudan zararı için bizzat şirketin kendisinin dava açabilmesi doğaldır. Esasında burada incelenmesi gereken sorun, şirketle ilişkileri olması sebebiyle doğrudan zarar gören pay sahipleri ve alacaklıların dava hakkıdır.

Doğrudan zarar davasında öncelikle sıfatın saptanması önem arz etmektedir. Zira bu davalarda, pay sahipliği ve alacaklılık sıfatına bağlı bir zarar iddiası ileri sürülmektedir. Şirket alacaklılarının doğrudan zararında öncelikle, alacaklılık sıfatı ispat edilmelidir.<sup>58</sup> Bu itibarla davacı, şirketten alacaklı olduğunu ispatla yükümlüdür.<sup>59</sup> Zira alacaklı sıfatına sahip

---

<sup>56</sup> Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 602; Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-92; Pulaşlı, *Şerh*, § 63, N. 79, 2975; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Şirketler*, 486; Bahtiyar, *Ortaklıklar*, 405; Karahan ve Doğrusöz Koşut, *Şirketler*, 799; Çamoğlu, *Ortaklık*, 122.

<sup>57</sup> Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 602a, 602c; Pulaşlı, *Şerh*, § 63, N. 79, 2975; Özkes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 97; Ergün, *Anonim*, 472.

<sup>58</sup> Abuzer Kendigelen, *Hukukî Mütâalalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte) Cilt XI: 2010-2011*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013), 17.

<sup>59</sup> Alacaklının zarar verici fiilden önce şirketten alacaklı olup olmadığı veya zarar verici fiilin sonucu olarak şirketin alacaklısı olması önemli değildir. Bu hususta önem arz eden husus, zararın doğduğu anla birlikte davanın açıldığı tarihte mevcut bulunan alacaklılık sıfatıdır. Bu itibarla zarar verici fiil sonucu zarar meydana geldiği anda, davacı, hâlihazırda şirket alacaklısı sıfatını haiz bulunmak zorundadır. Bu konu hakkında bkz. Kendigelen, *Mütâalalar*, 17, 20; Grieder, *Rechtsnatur*, N. 122, 411. Belirtmek gerekir ki mevcut bulunması gereken alacak hakkının kaynağı önemli değildir. Bu

olmayan kimseye karşı yönetim kurulunun sorumlu olması düşünülemez. Pay sahipleri ise bu sıfatlarını, hisse senedinin türüne veya şirketin halka açıklık durumuna göre çeşitli şekillerde ispatlayabilir. Bu itibarla pay sahipleri, pay sahipliği sıfatını, halka açık anonim şirketlerde dolaşımda olan paylar için Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK) kayıtlarını (TTK m. 418); halka kapalı anonim şirketlerde nama yazılı hisse senetlerinde pay defterini (TTK m. 499); hamiline yazılı hisse senetlerinde pay senediyle birlikte MKK kayıtlarını (TTK m. 417/5, 489) ileri sürerek ispatlayabilirler. Öte yandan şirket, halka açık olmakla birlikte dolaşımda olmayan paylar söz konusu ise bu hâlde pay sahipliği sıfatı, nama yazılı hisse senetlerinde pay defteri, hamiline yazılı hisse senetlerinde ise pay senedi ve MKK kayıtları ileri sürülerek ispat edilebilir (TTK m. 417/2). Son olarak belirtmek gerekir ki paylar, senede bağlanmamış olsa bile (çıplak pay) pay defterine yazılacağından<sup>60</sup>, pay sahipleri, pay defterini ibraz ederek pay sahipliği sıfatını ispat edebilir.

Davalı sıfatı; kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurlarına aittir (TTK m. 553/1). Yönetim kurulu üyesi eğer bir tüzel kişiye sorumluluk da tüzel kişiye ait olacağından<sup>61</sup> davalı, tüzel kişi adına yönetim kurulunda bulunan gerçek kişi olamaz.<sup>62</sup> Dolayısıyla davalı sıfatı, yönetim

---

bağlamda ister haksız fiilden ister sözleşmeden doğmuş olsun, davacının, dava açıldığı sırada şirketten TTK m. 553 hükmündeki doğrudan zararına yönelik alacağından başka bir alacağının bulunması yeterlidir.

<sup>60</sup> Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar I*, N. 770.

<sup>61</sup> Tekinalp, *Sermaye*, N. 12-16.

<sup>62</sup> Cafer Eminoğlu ve Fatma Betül Çakır, Fatma Betül, "Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 3 (2014): 286; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Şirketler*, 488. Aksi yönde bkz. Karahan ve Doğrusöz Koşut, *Şirketler*, 792.

kurulu üyesi tüzel kişiye aittir.<sup>63</sup> Dikkat etmek gerekir ki kural olarak şirketin idaresi, yönetim kuruluna ait olmakla birlikte bu idarenin devri (TTK m. 553/2) söz konusu olabileceğinden hükümde “yöneticiler” ifadesine yer verilmiştir. Öncelikle eTTK’daki “müdür” yerine “yönetici” kavramının getirilmesi isabetlidir. Zira yönetici kavramı, müdürü de kapsayan genel nitelikte bir terimdir.<sup>64</sup> Doktrinde yönetici kavramından, genel olarak şirket adına karar almaya, kararı uygulamaya yetkili olan veya özellikle imza yetkisi bulunmak suretiyle işletme konusunun gerçekleştirilmesi çerçevesinde kendisine devredilen yetkilerle donatılmış genel müdür, genel müdür yardımcıları, müdür, murahhas müdür, CEO, genel koordinatör, ticari temsilci ve ticari vekiller gibi kimselerin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>65</sup> Bu bağlamda şirket adına ve hesabına karar alma ve bu kararı uygulama yetkisini haiz kimsenin yönetici sıfatına sahip olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Söz gelimi şirket adına taşınmaz alım satımına, önemli miktarda bağışlama yapmaya veyahut önemli miktarda sorumluluk gerektirecek borç ilişkilerine girmeye yetkili kimseler, TTK m. 553/1 anlamında yönetici kabul edilmelidir. Bu yorum, hükmün amacıyla da paraleldir. Zira sorumluluk yetkiyle paralel olarak değerlendirilmeli, yetki veyahut görev yoksa sorumluluktan da söz edilmemelidir.

---

<sup>63</sup> Tüzel kişinin, aralarındaki iç ilişkiye dayanarak temsilci gerçek kişiye karşı rücu hakkı saklıdır. Bu konuda bkz. Eminoğlu ve Çakır, “Tüzel,” 287; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Şirketler*, 488-489.

<sup>64</sup> Kendigelen, *Yenilikler*, 458. İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 754/1 hükmünde de benzer şekilde “yönetimde yer alan ilgili kişi” ifadesi kullanılmaktadır. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Caspar von der Crone, Carbonara ve Hunziker, *Verantwortlichkeit*, 39.

<sup>65</sup> Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-58; Pulaşlı, *Şerh*, § 60, N. 60, 2824; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Şirketler*, 489; Karahan ve Doğrusöz Koşut, *Şirketler*, 792; Bozkurt, *Şirketler*, 501.

Davalı konumunda olan ve şeklen seçilmiş ya da atanmış yönetim kurulunun veya münferiden yönetim kurulu üyesinin fiilî olarak bu görevi ifa edip etmediği veyahut ticaret siciline tescil edilip edilmediği bir önem arz etmez.<sup>66</sup> Zira hukuka uygun olarak seçilmiş yönetim kurulu üyesinin ticaret siciline tescili kurucu değil açıklayıcı niteliktedir.<sup>67</sup> Öte yandan bu hususta şeklen yönetim kurulu üyesi olmamakla birlikte fiilen bu yetkiyi kullanan kimsenin de sorumluluğu bulunmaktadır.<sup>68</sup> Eş söyleyişle bu hususta biçimsel değil işlevsel bir kıstas söz konusudur.<sup>69</sup> Fiilî organ niteliğindeki kişiler, yönetim kurulunun görev ve yetkisini kullanmak, bağımsız olarak hareket edip yetki ve sorumluluk bağlamında karar vermek, kararını geri alıp zararı önlemek yetkisine sahip olmalıdır.<sup>70</sup> Dolayısıyla bu kişiler, fiilî organ olarak giriştiği iş ve işlemlerin meydana getirdiği zararlardan sorumlu olarak şeklen ve hukuken TTK m. 553/1 hükmündeki kimselerden olmasa dahi davalı sıfatına sahiptir.

---

<sup>66</sup> Pulaşlı, *Şerh*, § 60, N. 48, 2819.

<sup>67</sup> Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 99; Pulaşlı, *Şerh*, § 60, N. 48, 2819 dn.39; Karahan ve Doğrusöz Koşut, *Şirketler*, 792. Şirketin kuruluşuyla birlikte esas sözleşmeyle belirlenmiş olan yönetim kurulunun esas sözleşmeyle beraber tescil edilmesinin kurucu nitelikte olduğu yönünde bkz. Domaniç, *Şirketler*, 532; Bozkurt, *Şirketler*, 254; Ergün, *Anonim*, 123.

<sup>68</sup> Pulaşlı, *Şerh*, § 60, N. 50, 2820; Şener, *Ortaklıklar*, 419; Ergün, *Anonim*, 990; Hamdi Yasaman, *Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler Mütâalalar Bilirkişi Raporları Cilt II*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 325ff.; Hamdi Yasaman, "Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (Temmuz 2013), 99.

<sup>69</sup> Caspar von der Crone, Carbonara ve Hunziker, *Verantwortlichkeit*, 39.

<sup>70</sup> BGE 117 II 573, (Pulaşlı, *Şerh*, § 60, N. 50, 2820); Helvacı, *Anonim*, 9-10; Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 589, 600a; Yasaman, "Sorumluluk," 99-100; Caspar von der Crone, Carbonara ve Hunziker, *Verantwortlichkeit*, 40; Ergün, *Anonim*, 990.

### 3. Doğrudan Zararı Meydana Getiren Olgular

Pay sahiplerinin doğrudan zararı, özellikle pay sahipliği haklarının ihlal edilmesi sonucu doğabilir. Zira pay sahipliğinden doğan haklar, doğrudan pay sahibini korumaktadır. Bu bağlamda kâr payı alma hakkı, rüçhan hakkı, tasfiye bakiyesini alma hakkı, oy hakkı, bilgi alma hakkı gibi pay sahipliği haklarının yönetim kurulunca ihlal edilmesi dolayısıyla pay sahibinin malvarlığında bir eksilmenin meydana gelmesi, onun doğrudan zarar görmesini ve dava hakkına sahip olmasına sebebiyet vermektedir. Öte yandan pay sahipliği sıfatının mevcut olduğu anda doğrudan zarar verilmesi yeterlidir; yoksa zararın doğmasından sonra pay sahipliği sıfatının kaybı önem taşımaz.<sup>71</sup>

Türk Ticaret Kanunu'nun yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin hükümleri, "*alacaklının alacağıının güvencesi, şirketin malvarlığıdır*" ilkesi çerçevesinde düzenlenmiştir.<sup>72</sup> Şirket alacaklılarının doğrudan zararı, şirketten olan alacaklarını tahsil edememiş olmalarından kaynaklanmaktadır.<sup>73</sup> Nitekim bu husus TTK m. 555 hükmünün

---

<sup>71</sup> Helvacı, *Anonim*, 152; Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 130-131; Grieder, *Rechtsnatur*, N. 420, 125-126; Özkes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 88. Kısmen aynı yönde bkz. Çamoğlu, *Ortaklık*, 137-138. Çamoğlu'na göre, doğrudan zarar, şirketle yönetim kurulu arasındaki sözleşmeye dayanıyorsa pay sahipliği ve alacaklılık sıfatı, davanın kesin hükme bağlanmasına kadar mevcut bulunmalıdır. Böyle bir ilişki yoksa dava açıldığı sırada bu sığata sahip olmak yeterlidir.

<sup>72</sup> Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-105.

<sup>73</sup> Özkes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 86. Aynı yönde bkz. "...Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre...TTK 553. maddesinde düzenlendiği, davacının borçlu şirketin bir takım araçlarına haciz uygulattığı, ancak icra takiplerini devam ettirmediği, davacının borçlu şirketten olan alacağını icra yolu ile tahsil etmesinin mümkün olduğu, borçlu şirkete ait bir takım araçlara suçta kullanıldığı iddiasıyla el

gerekçesinde de belirtilmektedir.<sup>74</sup> Bu bağlamda alacaklılar, şirketten tahsil edemedikleri alacakları için yönetim kuruluna karşı doğrudan zarara uğradıkları iddiasıyla sorumluluk davası açabilirler. Dikkat etmek gerekir ki alacak devredilmişse, bu devir bir bütün olarak gerçekleşeceğinden doğrudan zarara uğrayan da devralan alacaklı olacaktır. Dolayısıyla şirketten olan alacağını devreden alacaklı, kural olarak TTK m. 553 hükmüne dayanarak sorumluluk davası açamaz.<sup>75</sup>

Doktrinde şirket alacaklılarının doğrudan zararının, alacaklının korunması ilkesi çerçevesinde korunan kişilik hakkına zarar verilmesiyle doğacağı belirtilmektedir.<sup>76</sup> Eş söyleyişle yönetim kurulunun, anonim şirketler hukukuna ilişkin bir kuralı ihlal etmesiyle alacaklının kişilik haklarının doğrudan zarar görmesi gerekmektedir. Zira bu kapsamda olmayan zararlar, alacaklının değil şirketin zararı olarak değerlendirilmelidir.

---

koyulması nedeniyle tasfiye işlemlerini tamamlayamadığını ve şirket borçları ödeyemediği savunmasına dosyadaki belgelere göre itibar edildiği, davacının zararının ancak tasfiye işlemlerinin tamamlanmasından ve borçlu şirketin bu nedenle sicilden terkini halinde doğacağı, bu nedenle dava tarihinde doğmuş bir zararından söz edilemeyeceği, alacağın geç ödenmesinde belirlenen durumlar karşısında davalı tasfiye memurunun kusurlu sayılmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir... hükmün ONANMASINA...", Yar. 11. HD, E.2016/13134, K.2018/977, 12.02.2018, (Yargıtay Bilgi Bankası).

<sup>74</sup> "...Kanun şirketin borçlarını ödemediği sürece alacaklının zarara uğramadığı varsayımını kabul etmiştir...", TTK m. 555 gerekçesi. Aksi yönde bkz. Çamoğlu, *Ortaklık*, 128-129. Çamoğlu, yönetim kurulu üyelerinin ortaklık malvarlığını azaltan tüm iş ve işlemlerinin, alacaklıların dolayısıyla zararını oluşturduğunu belirtmektedir.

<sup>75</sup> Özkes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 89-90.

<sup>76</sup> Ansay, *Şirketler*, 142; Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 52; Pulaşlı, *Şerh*, § 60, N. 80, 2841.

İstisna niteliğinde de olsa hem şirketin hem de pay sahibi ve/veya alacaklının doğrudan zararından bahsedilebileceği hâller söz konusu olabilir. Bu konu hakkında İsviçre Federal Mahkemesi'nin çeşitli içtihatları bulunmakla birlikte *Biber Holding*<sup>77</sup> kararına göre, şirketin iflâs etmesi durumunda bu husus farklılık göstermektedir. Karara göre şirket iflâs ettikten sonra, şirketle birlikte pay sahibi ve alacaklıların da doğrudan zarar görmesi ihtimalinde, kural yalnızca şirketin dava hakkının mevcudiyetidir. Eş söyleyişle bu hâlde pay sahibi ve alacaklıların doğrudan zararlarını gidermek için dava hakkı bulunmamaktadır. Ancak yüksek mahkeme, fiilin, yalnızca pay sahibi ve alacaklıları koruyan bir şirketler hukuku hükmünü ihlâl etmesi veya haksız fiil niteliğinde olması (TBK m. 49) ya da güvenden doğan sorumluluğa (*culpa in contrahendo*) sebebiyet vermesi hâlinde pay sahibi ve alacaklıların doğrudan zarar davası açabileceklerini belirtmektedir.<sup>78</sup> Türk doktrininde *Tekinalp*, söz konusu kararın adalet ve meşruiyet yönünden isabetsiz olduğunu belirterek, kanunda açıkça sınırlanmadıkça pay sahibi ve alacaklının doğrudan zararlarının, şirketin zararının giderilmesiyle ortadan kalkacağı yönünde bir yorum yapılamayacağını belirtmektedir.<sup>79</sup> Aynı yönde görüş ileri süren *Yasaman* ise, mahkemenin bu görüşünün, pay sahibi ve alacaklının dava hakkını gereğinden fazla kısıtladığını, zira bu yorum kabul edildiğinde yalnızca rüçhan hakkının ihlâli, yanıltıcı bilgi vermek suretiyle şirkete kredi verilmesinin sağlanması gibi hâllerde pay sahibi ve alacaklının doğrudan

---

<sup>77</sup> BGE 131 III 306, (<https://www.bger.ch/>).

<sup>78</sup> BGE 131 III 306, E. 3.1.2. Federal Mahkeme güncel kararlarında da aynı içtihadını sürdürmektedir. Bkz. BGer 4A\_623/2017, 24.10. 2018, E. 4.3.3; BGE 141 III 112, 117, E. 5.2.3; BGE 136 III 14, 20, E. 2.4, (Grieder, *Rechtsnatur*, N. 477, 145, dn.944).

<sup>79</sup> *Tekinalp*, *Sermaye*, N. 16-91.



zarar davası açmak hakkına sahip olacağını belirtmektedir.<sup>80</sup> Kanımızca bu husus, usûl hukuku kuralları çerçevesinde çözülmelidir. Bu bağlamda davacının, zararın giderilmesi bağlamındaki hukukî yararına (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>81</sup> m. 114/1-h) bakılmalıdır. Nitekim şirketin zararı giderildiğinde pay sahibi ve alacaklının doğrudan zararı da gideriliyorsa, pay sahibi ve alacaklının dava açmak hususunda hukukî yararı yoktur. Bu doğrultuda söz gelimi, şirket dava açmışsa pay sahibi ve alacaklının açacağı dava hukukî yarar yokluğundan reddedilmelidir (HMK m. 114/1-h). Eğer pay sahibi ve alacaklı, şirketten önce dava açmışsa ve istisna da olsa bu davanın sonucunda şirketin zararı da giderilecekse şirketin açtığı dava hukukî yarardan yoksundur. Söz gelimi alacaklının alacağını şirketten tahsil imkânı kalmaması yüzünden<sup>82</sup> açacağı sorumluluk davasıyla şirketin borcu, yönetim kurulu üyelerinin malvarlığından tahsil edilecek ve böylece şirketin, hukuka aykırı fiil sebebiyle sorumlu yönetim kurulu üyesine ayrıca bir doğrudan zararın tazmini davası açmasına gerek kalmayacaktır. Zira alacaklıya karşı olan borç, sorumlu yönetim kurulu üyesinden tazmin edildiğinden, şirketin alacaklıya karşı ayrıca bir tazmin yükümlülüğü bulunmayacaktır. Ancak pay sahibi ve alacaklının açtığı davanın sonucu, şirketin zararını giderecek nitelikte değil ve şirketin

---

<sup>80</sup> Yasaman, "Sorumluluk," 107.

<sup>81</sup> RG. 04.02.2011, S. 27836.

<sup>82</sup> Her ne kadar şirketin malvarlığının kötü yönetimi sonucunda malvarlığının azalması durumunda alacaklıların ancak yansıma zararlarının bulunduğu düşünülse de doktrinde, alacaklıların alacağını tahsil imkânı kalmamışsa artık alacaklıların doğrudan zararının bulunduğu ve tazminatın şirkete değil kendilerine ödenmesini talep edebilecekleri kabul edilmektedir. Bu hususta örnek bir olay için bkz. Kendigelen, *Mütâalalar*, 13ff. Bu hâlde kanımızca çifte niteliği bulunan bir tazmin türü ortaya çıkmaktadır. Öyle ki tazminat alacaklılara ödendiğinde şirketin de pasifi azaldığı için, alacaklılarla beraber şirketin de zararı ortadan kalkmaktadır.

açtığı dava, pay sahibi ve alacaklının zararını giderecek nitelikteyse bu halde hukukî yarar, dava şartı olduğundan ve davanın her aşamasında gözetileceğinden (HMK m. 115/1) pay sahibi ve alacaklının açtığı dava hukukî yarar yokluğundan reddedilecektir. Nihayetinde belirtmek gerekir ki bu kimselerin açacağı dava sonucu verilen hükümler, kesinleşse dahi taraflar farklı kişiler olduğundan birbiri hakkında kesin hüküm oluşturmayacaktır (HMK m. 303/1).

Nihayetinde pay sahibi ve alacaklıların doğrudan zararı, çeşitli olgulardan doğabilir. Doktrinde sıklıkla örnek verildiği üzere yönetim kurulunun kanuna aykırı bir şekilde pay sahibine rüçhan hakkını kullandırmaması veyahut kâr payını ya da kuruluş dönemi faizini ödememesi<sup>83</sup>; pay sahibinin hisselerinin haksız olarak iptal edilmesi; şirket yöneticilerinin, şirketin almış olduğu borcu ya da başkaca edim yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla şirketi atıl kılmak suretiyle aciz içine düşürerek alacaklılara zarar vermesi<sup>84</sup>; inşâsına hiç başlanmayan ve ifası da mümkün olmayan taşınmaza ilişkin maketten konut satışı yapmak suretiyle alacaklılardan para toplayarak haksız fiil işlenmesi<sup>85</sup>, paravan bir şirket kurup malvarlığını bu şirkete aktarmak suretiyle mevcut şirketin malvarlığının azaltılması<sup>86</sup>; yönetim kurulunun (yöneticilerin) şirketin malî durumu

---

<sup>83</sup> Yar. 11. HD, E.2020/2373, K.2021/5103, 15.6.2021, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>84</sup> Yar. 11. HD, E.2016/6861, K.2016/8174, 17.10.2016; İstanbul BAM, 13. HD, E.2020/1549 K.2021/222, 18.2.2021; İstanbul BAM, 12. HD, E.2019/650, K.2020/249, 26.2.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>85</sup> İstanbul BAM, 12. HD, E 2018/2227, K.2021/203, 16.2.2021, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>86</sup> Ankara 5. Asliye Ticaret Mahkemesi, E.2001/314 K.2004/225. Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Bozkurt, "2009," 155ff.

hakkında yanıltıcı bilgi vermesi<sup>87</sup> ya da bilançodaki bilgileri gerçeğe uygun düzenlememesi sebebiyle şirkete kredi verilmesi gibi<sup>88</sup> olgular, doğrudan zararın tipik hâllerini oluşturur. Yargıtay, bir kararında, esas sermayenin arttırılması sonrasında nakdî sermayenin dörtte birinin nakden ödenmek durumunda kalınması ve yönetim kurulunca söz konusu bakiye kısmın ödenmesi için pay sahiplerine on beş gün gibi kısa bir süre tanınmasının doğrudan zarar kapsamına gireceğini belirtmiştir.<sup>89</sup>

#### **4. Doğrudan Zararın Tazmininde Sorumluluğun Hukukî Niteliği**

Doğrudan zarar davasında sorumluluğun hukukî niteliği, davacı konumunda olanların sıfatına ve sorumluluk sebeplerine göre değişmektedir.<sup>90</sup> Bu bağlamda doktrindeki hâkim görüşe göre şirketin, yönetim kuruluna ve yöneticilere karşı açtığı davanın dayandığı hukukî ilişkinin akdî olduğu belirtilmektedir.<sup>91</sup> Zira anonim şirketle yönetim kurulu üyeleri arasında sözleşmeden doğan bir ilişki bulunmaktadır.<sup>92</sup> Bir

---

<sup>87</sup> İstanbul BAM, 14. HD, E.2020/1699, K.2020/1436, 17.12.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>88</sup> Örnek durumlar için bkz. Ansay, *Şirketler*, 142-143; Çamoğlu, *Ortaklık*, 148-149; Domaniç, *Şirketler*, 649-650; Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 609; Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-87; Pulaşlı, *Şerh*, § 60, N. 82, 2842; Nussbaumer, "Schaden," 62.

<sup>89</sup> Yar. 11. HD, E.2015/14405, K.2016/6410, 09.06.2016, (Pulaşlı, *Şerh*, § 60, N. 81, 2842).

<sup>90</sup> Domaniç, *Şirketler*, 672.

<sup>91</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 111-112; Helvacı, *Anonim*, 108; İmregün, *Ortaklıklar*, 352; Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-94; Pulaşlı, *Şerh*, § 60, N. 79, 2841; Bozkurt, "2009," 157; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Şirketler*, 479; Yasaman, "Sorumluluk," 105; Kendigelen, *Yenilikler*, 459-460; Bahtiyar, *Ortaklıklar*, 396.

<sup>92</sup> Doktrindeki çeşitli görüşler söz konusu akdî ilişkinin, vekâlet, ortaklık, kendine özgü sözleşmelerle şirketler ve borçlar hukukuna ilişkin unsurları

başka görüşe göre, sorumluluk davası TTK hükümlerinde ayrıntılarıyla düzenlendiğinden bu davanın hukukî temeli kanundan doğmaktadır.<sup>93</sup> Öte yandan doktrindeki bir görüş, yönetim kurulu üyesinin fiilinin, yönetim kurulu üyeliği sıfatından kaynaklanmadığı veya şirket işleriyle ilgili olmadığı hâllerde haksız fiilin söz konusu olacağını belirtmektedir.<sup>94</sup> Bununla birlikte söz konusu görüş, yönetim kurulu üyesinin fiili, hem haksız fiil hem akde aykırılık teşkil ediyorsa bu iki sorumluluk türünün yarışacağına işaret etmektedir.<sup>95</sup> Kanımızca bir sorumluluk, şirketle yönetim kurulu üyesi arasındaki akdî ilişkiye dayanabileceği gibi vakıanın türüne göre haksız fiile de dayanabilir. Bu itibarla sorumluluğun hukukî niteliğini, kategorik olarak salt akdî veya haksız fiil olarak saptamaktan ziyade vakıanın niteliğine göre değerlendirmek daha uygun olur.

Doktrindeki hâkim görüşe göre pay sahibi ve alacaklının açtığı davanın dayandığı hukukî ilişkinin ise yönetim kurulu üyeleriyle aralarında akdî bir ilişkinin bulunmaması sebebiyle haksız fiil olduğu kabul edilmektedir.<sup>96</sup> Doktrindeki diğer bir

---

birlikte barındıran ayrı bir sözleşmeye dayandığı belirtilmektedir. Anonim şirketle yönetim kurulu arasındaki ilişkinin hukukî niteliği hakkında detaylı bilgi için bkz. Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 100ff. İsviçre doktrinindeki görüşler için bkz. Oliver Kälin, "Und nochmals: Zur Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche," *AJP/PJA*, no. 2 (2016), 136 ff.

<sup>93</sup> Ansay, *Şirketler*, 139-140; Karahan ve Doğrusöz Koşut, *Şirketler*, 794.

<sup>94</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 113.

<sup>95</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 113-114.

<sup>96</sup> Ansay, *Şirketler*, 147; Domaniç, *Şirketler*, 675; İmregün, *Ortaklıklar*, 357-358; Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 115; Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 611; Bozkurt, "2009," 166; Yasaman, "Sorumluluk," 105; Bahtiyar, *Ortaklıklar*, 396. Tekinalp ve Pulaşlı, söz konusu ilişkinin çoğu zaman haksız fiile dayandığını ancak koruyucu bir hükmün ihlali durumunda aslı edimi bulunmayan kanundan doğan borç ilişkisinin de söz konusu olabileceğini

görüŖe göre ise eğer zarar, pay sahibi veya alacaklıyı koruyan bir hükmün ihlal edilmesi sonucu doğmuşsa sorumluluğun hukukî niteliği şirketle aralarındaki sözleşme ilişkisine dayanmaktadır.<sup>97</sup> Eğer böyle bir koruma normu ihlal edilmemişse haksız fiil sorumluluğu söz konusudur.<sup>98</sup> Temeli İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına dayanan<sup>99</sup> katıldığımız bu görüşe göre, iki şartı taşıması dâhilinde pay sahibi ve alacaklıların açtığı davanın hukukî dayanağı akdî niteliktedir.<sup>100</sup> Bu iki şart, yönetim kurulu üyelerinin zarar verici fiilinin şirketle aralarındaki sözleşmenin ihlâlini teşkil etmesi ve zararın pay sahipliği veya alacaklılık sıfatının bir sonucu olmasıdır.<sup>101</sup> Bu iki şart kümülatif olarak bulunmalıdır. Eğer bu şartlar zarar verici fiilde bulunmuyorsa açılan dava, sözleşmeye dayanamaz.<sup>102</sup>

## C. Yansıma Zarar ve Dava Hakkına Etkisi

### 1. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu m. 555 hükmünün kenar başlığı olarak “*Şirketin zararı*” ibaresi kullanılmıştır. Esasında hükümde yansıma zararın muhatabı ifade edilmek istenmektedir. Nitekim

---

belirtmektedir. Bu bağlamda yazarlar, davanın isteğe bağlı olarak haksız fiile veya TTK m. 553'e dayanılarak açılabileceğini belirtmektedir. Bu konu hakkında bkz. Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-94; Pulaşlı, *Şerh*, § 60, N. 80, 2841. Aynı yönde bkz. Yasaman, “Sorumluluk,” 105. Özkes, *Seven ve Meriç*, söz konusu davanın, TTK hükümlerindeki sorumluluk hükümlerinde özel olarak düzenlenmesi sebebiyle haksız fiile dayanılamayacağını belirtmektedir. Bu konu hakkında bkz. Özkes, *Seven ve Meriç*, *Sorumluluk*, 53, 87.

<sup>97</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 152; Özkes, *Seven ve Meriç*, *Sorumluluk*, 24-25.

<sup>98</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 152; Özkes, *Seven ve Meriç*, *Sorumluluk*, 24-25.

<sup>99</sup> BGE 89 II 239, (<https://www.bger.ch/>).

<sup>100</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 152.

<sup>101</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 152.

<sup>102</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 152.

TTK m. 553/1 hükmünde şirketin, kendisine yönelik doğrudan zararını isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Zira şirketin yansımaya zarara maruz kalması mümkün değildir.<sup>103</sup> Bu itibarla TTK m. 555 hükmünde pay sahibinin, şirketin zararı sebebiyle uğrayacağı yansımaya zararının giderimi için tazminat davası açabileceği düzenlenmiştir.

Şirketin zararı, şirket iflâs etmediği sürece alacaklı tarafından istenemez. Gerçekten de şirket, borcunu ödediği sürece alacaklının yansımaya zararı ispatlanamayacağından, kanun koyucu, alacaklının yansımaya zararının giderilmesini şirketin iflâsı sonrasına bırakmıştır.<sup>104</sup>

Şirketin zararı olgusunun ne surette pay sahibini etkileyeceğinin hukukî temeli saptanmalıdır. Zira esasında şirket ve pay sahibi, sınırlı sorumluluk ilkesi gereği birbirinden ayrı malvarlığına sahip iki kişidir ve bu kimseler hak ve sorumluluk bakımından birbirinden bağımsızdır. Keza bu iki kişi arasında malvarlığı ortak olmadığından şirkete verilen zararın, doğrudan pay sahibine de zarar verdiğinden bahsedilemez. Ancak belirtmek gerekir ki iktisadî anlamda şirketle pay sahibinin malvarlığının birbirinden tamamen bağımsız olduğu da söylenemez.<sup>105</sup>

Sorumluluk hukukunda doğrudan zararlarla birlikte dolaylı zararların da uygun illiyet bağı içerisinde kalmak koşuluyla hukuka aykırı fiilde bulunan kimseden istenebileceği belirtilmiş ancak dolaylı zararın alt kapsamından birini ifade eden yansımaya

---

<sup>103</sup> TTK m. 555 gerekçesi; Caspar von der Crone, Carbonara ve Hunziker, *Verantwortlichkeit*, 8.

<sup>104</sup> TTK m. 555 gerekçesi. Aynı yönde bkz. BGE 117 II 432, (<https://www.bger.ch/>); Caspar von der Crone, Carbonara ve Hunziker, *Verantwortlichkeit*, 66; Kälın, "Rechtsnatur," 140.

<sup>105</sup> Caspar von der Crone, Carbonara ve Hunziker, *Verantwortlichkeit*, 7.

zararların, normun koruma amacını aştığından dolayı tazmin edilemeyeceği ifade edilmişti.<sup>106</sup>

Ticaret hukuku doktrini ve uygulamasında TTK hükümlerinde düzenlenen şirketin zararının, pay sahipleri ve alacaklılarda meydana getirdiği zarar, dolaylı zarar olarak adlandırılmaktadır.<sup>107</sup> Ancak bu olguda tipik bir yansıma zarar söz konusudur. Zira anılan durumda şirketin malvarlığında meydana gelen eksilme, yansıma suretiyle şirkete göre üçüncü bir kişi niteliğinde olan pay sahibi ve alacaklıya zarar vermektedir.<sup>108</sup> Eş söyleyişle yönetim kurulu üyelerinin şirkete yönelik hukuka aykırı fiili sonucunda meydana gelen zarar, pay sahibi ve alacaklılara da zarar vermektedir. Nitekim yönetim kurulunun iş ve işlemleriyle şirketin malvarlığında eksilme meydana gelmesi hâlinde pay sahiplerinin, her biri birer sermaye niteliğinde olan paylarının kıymeti de eksilmektedir.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> Bkz. I.C.

<sup>107</sup> Ansay, *Şirketler*, 143, 145-146; Çamoğlu, *Ortaklık*, 124; Helvacı, *Anonim*, 125; Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-110; Pulaşlı, *Şerh*, § 60, N. 72, 2836; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Şirketler*, 471; Bahtiyar, *Ortaklıklar*, 405-406; Şener, *Ortaklıklar*, 422; Bozkurt, *Şirketler*, 507ff. Çamoğlu, burada kastedilen zararın dolaylı zarar değil dolayısıyla zarar gören şahsın zararı olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, dolaylı zarar illiyet bağıyla ilgili bir meseledir. Dolayısıyla zarar gören şahıs kavramı ise tazminat talep etmeye yetkili şahısların sınırlandırılmasını amaçlar. Bu konu hakkında bkz. Çamoğlu, *Ortaklık*, 126-127. Aynı yönde bkz. Helvacı, *Anonim*, 12ff.

<sup>108</sup> Murat Gürel, "Bağlı Şirket Genel Kurulunda Alınan Yapısal Değişiklik Kararları Nedeniyle Hâkim Şirketin Sorumluluğuna İlişkin TTK Madde 202.2'nin Gerekliliği Üzerine," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 32, no. 2 (2016), 225-226. İsviçre Federal Mahkemesi de şirketin zararı nedeniyle pay sahipleri ve alacaklıların, yansıma yoluyla zarar gördüğünü belirtmektedir. Bu hususta bkz. BGE 131 III 306, E. 3.1.1, (<https://www.bger.ch/>).

<sup>109</sup> Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 604; Caspar von der Crone, Carbonara ve Hunziker, *Verantwortlichkeit*, 8; İmregün, *Ortaklıklar*, 356; Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-111; Pulaşlı, *Şerh*, § 60, N. 72, 2836; Şener, *Ortaklıklar*, 422; Yasaman, "Sorumluluk," 107; Bozkurt, *Şirketler*, 507;

Dolayısıyla pay sahibi, söz konusu davayla birlikte şirket malvarlığının mevcudiyetini güvence altına alarak payının değerini korumayı amaçlamaktadır.<sup>110</sup> Bununla birlikte şirketin zararı, alacaklılara da yansiyabilmektedir. Zira şirket malvarlığını eksiltlen her fiil, alacaklının başvurabileceği değerler kütesinde bir azalma teşkil etmektedir.<sup>111</sup> Bu itibarla nihayetinde doktrinde sıklıkla ifade edilenin aksine, pay sahibi ve alacaklıların zararını tarif etmek üzere, doğru terim olan yansımaya zarar kavramının kullanılması gerekmektedir.

Zarar gören, yansımaya yoluyla zararının giderilmesini, ancak kanun tarafından bu hususta açık bir hüküm düzenlenmişse dava edebilmektedir. Zira bu zarar, normun koruma sınırını aşmaktadır. Nitekim yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, kendisine karşı fiilde bulunduğu şirkete karşıdır. İşte bu noktada kanun koyucunun, TTK m. 555 hükmüyle pay sahibine, yansımaya zararının giderilmesini talep hakkı tanıyıp tanımadığı tartışılmalıdır.

## 2. Yansımaya Zararın Tazmininde Dava Hakkının Hukukî Niteliği ve Dava Takip Yetkisi

Yansımaya zarar, fiilin ilk sonucu olan zarara bağlı olduğundan, bu ilk zarar giderildiğinde ortadan kalkmaktadır. Söz gelimi tipik bir yansımaya zarar olan destekten yoksun kalma tazminatının varlığı, desteğin ölümüne bağlıdır. Eğer desteğin ölümü vakıası ortadan kaldırılarak bu zarar giderilebilseydi

---

Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 44. Yargıtay'ın, şirketin zararı nedeniyle pay sahiplerinin kâr payı alamaması durumunu dolayısıyla zarar olarak değerlendirdiği karar için bkz. Yar. 11. HD, E.2003/7742, K.2004/2476, 15.03.2004, (Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 54, dn.133).

<sup>110</sup> BGE 117 II 432, (<https://www.bger.ch/>).

<sup>111</sup> Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 604; Caspar von der Crone, Carbonara ve Hunziker, *Verantwortlichkeit*, 8.



yansıma zarar da ortadan kalkacaktı. İşte şirketin zararı olgusu da bu bağlamda değerlendirilirse pay sahibi, yansıma zararını şirketin malvarlığı eksikliğini gidermek suretiyle ortadan kaldıracaktır. Nitekim TTK m. 555/1 hükmünde de pay sahibinin, yansıma zararını giderecek tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebileceği öngörülmüştür.<sup>112</sup> Öte yandan pay sahibi, doğal olarak yalnızca kendisinin değil şirketin tüm zararını karşılayacak miktarda tazminatın ödenmesini talep etmektedir.<sup>113</sup> Kanımızca bu düzenleme isabetlidir. Zira söz konusu yansıma zarar, destekten yoksun kalma tazminatı gibi telafisi mümkün olmayan zararlardan değildir. Bu bağlamda tazminat şirkete ödenerek şirketin doğrudan, pay sahibinin ise yansıma zararı giderilir. Böylece tazminatın amacı olan malvarlığındaki eksiklik giderilerek zarar ortadan kaldırılır. Bu yorum, pay sahibinin kendi hakkına değil, şirketin hakkına ve dolayısıyla dava takip yetkisine sahip olmasıyla bağlantılıdır. Nitekim aksi kabul edilirse pay sahibi, yalnızca kendi payıyla orantılı olarak zararının tazminini isteyebilir; dava takip yetkisi söz konusu olmadığından şirketin zararını talep edemez.<sup>114</sup>

Doktrindeki bir görüşe göre bu hâlde yansıma zarar görenler, şirketin yasal temsilcisi sıfatındadır.<sup>115</sup> Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim pay sahiplerinin, yansıma zararın giderilmesi noktasında dava hakkı, pay sahipliği sıfatına

---

<sup>112</sup> Doktrin ve uygulamada, zararın şirkete ödenmesine yönelik hükmün, henüz pay sahibi ve alacaklıların malvarlığında somutlaşmış bir zararın bulunmaması dolayısıyla düzenlendiği belirtilmiştir. Bu konu hakkında bkz. Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 54 ve 54, dn.134.

<sup>113</sup> Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 56.

<sup>114</sup> Aynı yönde bkz. Caspar von der Crone, Carbonara ve Hunziker, *Verantwortlichkeit*, 66.

<sup>115</sup> İmregün, *Ortaklıklar*, 357.

bağlı bir haktır.<sup>116</sup> Öyle ki bu sıfat, gerek zararın doğumunda gerek davanın açıldığı sırada<sup>117</sup> ve aynı zamanda dava kesin hükme bağlanıncaya kadar mevcut bulunmalıdır.<sup>118</sup> Aslında bu noktada pay sahibinin dava hakkı, hak ve hukukî yarar unsurundan ziyade ehliyet unsurunda şekillenmektedir. Zira pay sahibi, esasında, şirketin zararının doğrudan şirkete ödenmesini talep yetkisine sahiptir. Doktrinde bu husus, pay sahibinin dava takip yetkisine (*prozessführungsbefugnis* veya *aktivlegitimation*) sahip olmasıyla açıklanmaktadır.<sup>119</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki pay sahibi, sadece kendisini etkileyen yansıma zararını değil şirketin tüm zararını dava etmek hakkına sahiptir.<sup>120</sup> Dolayısıyla TTK m. 555 hükmünde maddî anlamda pay sahibinin hakkı ileri sürülmez; bu davada şirketin hakkının ileri sürülmesi söz konusudur. Bu itibarla TTK m. 555 hükmü,

<sup>116</sup> Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 606; Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 132.

<sup>117</sup> BGer 4C.79/2005, 19.08.2005, E. 4.1, (<https://www.bger.ch/>). Aynı yönde bkz. Akdağ Güney, *Hukuki*, 116, 131.

<sup>118</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 137; Helvacı, *Anonim*, 129-130; Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 132.

<sup>119</sup> Caspar von der Crone, Carbonara ve Hunziker, *Verantwortlichkeit*, 38; Ramazan Arslan et al., *Medenî Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 269; Abdurrahim Karlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 289; Cenk Akil, "Dava Yetkinliği," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 9, no. 36 (Ekim 2018), 4; Oruç Hami Şener, *Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2020), 168; Buse Dişel, *Dava Takip Yetkisi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 303-304. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı görüştedir. Bu hususta bkz. BGE 132 III 342, E. 4.3; BGE 131 III 306, E. 3.1.1; BGer 4C.312/2005, 10.01.2006, E. 4.3, (<https://www.bger.ch/>). İsviçre doktrininde de hâkim görüş bu yönde olmakla birlikte pay sahibinin maddî anlamda hakkını ileri sürdüğü yönünde de görüşler bulunmaktadır. Bu konu hakkında bkz. Grieder, *Rechtsnatur*, N. 426ff., 128ff.

<sup>120</sup> Ansay, *Şirketler*, 146; Çamoğlu, *Ortaklık*, 130; Helvacı, *Anonim*, 130.

pay sahibinin yansıma zararının hukuken korunması için ihdas edilmiş değildir<sup>121</sup>; hüküm, pay sahibinin usûli anlamda dava takip yetkisiyle donatılmasını öngörmektedir. Eş söyleyişle TTK m. 555 hükmüyle pay sahibine kendi zararının giderilmesi noktasında bir hak tanınmamıştır.<sup>122</sup> Burada yalnızca şirketin zararının giderilmesi için bir dava takip yetkisi tesisi söz konusudur. Nitekim pay sahibi, yalnızca dava açmaya yetkilidir; yoksa kendisine karşı bir menfi tespit davası açılmaz.<sup>123</sup> Dava yetkini tarafından açılan davada karşı taraf, hak sahibiyle arasındaki maddî hukuk ilişkisinden kaynaklanan borca yönelik itiraz ve defileri ileri sürebilir.<sup>124</sup> Bu itibarla şirkete karşı ileri sürülebilecek savunmalar, pay sahibine karşı da ileri

---

<sup>121</sup> Nitekim yansıma zarar ancak açık bir kanuni düzenleme bulunuyorsa tazmin edilebilir. Bkz. I.C. Ancak bu hususta TTK m. 555 hükmü, yansıma zararın giderilmesi için düzenlenmiş istisna hükmü niteliğinde değildir. Yalnızca şirketin zararının telafisi mümkün olduğundan pay sahibinin de zararı giderilmektedir. Belirtmek gerekir ki, şirketin zararının telafisi mümkün olmayıp, hükümde yalnızca pay sahibinin zararının giderilmesi öngörülseydi, yansıma zararın giderilmesine yönelik bir istisna hükmünden söz edilebilirdi. Ancak söz konusu durumda böyle bir olasılık mümkün değildir.

<sup>122</sup> Aksi yönde *Çamoğlu*, pay sahipleri ve alacaklılara verilen talep hakkının, dolayısıyla zarar gören şahsın, bunun tazminini talep edemeyeceği kuralına getirilen bir istisna niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Bu hususta bkz. *Çamoğlu, Ortaklık*, 124. Aynı yönde bkz. Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 53, 118; Kılıçoğlu, *Borçlar*, 391-392.

<sup>123</sup> Grieder, *Rechtsnatur*, N. 439, 131.

<sup>124</sup> Dişel, *Yetki*, 169ff.

sürülebilir.<sup>125</sup> Ancak davalı, niteliği itibariyle hak sahibi olmayan pay sahibine yönelik kişisel defi ve itirazlarını ileri süremez.<sup>126</sup>

Dava takip yetkisi, HMK m. 53 hükmüne göre maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirlenen, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Dolayısıyla dava takip yetkisi usûlî bir kavram ve kurumdur.<sup>127</sup> Söz konusu yetki, maddî hukuk ilişkisinin tarafları esas alınarak belirleniyorsa bağımlı dava takip yetkisi söz konusudur.<sup>128</sup> Zira asıl olan da maddî hukuka ilişkin hak sahibinin dava takip yetkisine sahip olmasıdır.<sup>129</sup> Bağımsız dava takip yetkisinde ise, maddî hukuk ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilere tanınmış olan dava yetkinliği (*prozessstandschaft*) kastedilmektedir.<sup>130</sup> Dava yetkinliği de kanunî ve iradî olmak üzere iki türe ayrılmaktadır.

<sup>125</sup> Caspar von der Crone, Carbonara ve Hunziker, *Verantwortlichkeit*, 66; Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 189ff. Aksi yönde bkz. Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 119ff. Akdağ Güney, pay sahibi ve alacaklıların dava takip yetkisiyle donatılmadığını, bilakis yansıma zararlarının tazmini doğrultusunda kendilerine kişisel olarak tanınmış, bağımsız maddî bir talep hakkına sahip olduklarını ifade etmektedir. Bu itibarla yazar, davalının şirkete karşı ileri sürebileceği savunmaları pay sahibine karşı ileri süremeyeceğini ifade etmektedir.

<sup>126</sup> Caspar von der Crone, Carbonara ve Hunziker, *Verantwortlichkeit*, 66.

<sup>127</sup> Kurt Schellhammer, *Zivilprozess Gesetz-Praxis-Fälle*, (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2020), N. 1202; Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2009), 117.

<sup>128</sup> Levent Börü, "Sıfat ve Dava Takip Yetkisi," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 27, no. 3 (2011), 269; Akil, "Dava," 2.

<sup>129</sup> Goldschmit, *Zivil*, 36; Arwed Blomeyer, *Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren*, (Berlin: Springer Verlag, 1963), 204; Schellhammer, *Zivil*, N. 1202.

<sup>130</sup> Hans Otto De Boor ve Günther Erkel, *Zivilprozessrecht*, (Wiesbaden: Springer Verlag, 1961), 97; Blomeyer, *Zivil*, 305; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Usul*, 118; Börü, "Takip," 270; Akil, "Dava," 2-3; Tanrıver, *Usûl*, 527.

Kanunî dava yetkinliğinde üçüncü kişi, bizzat kanun tarafından dava yetkini olarak belirlenmektedir.<sup>131</sup> Hukukumuzda kural olarak uygulanması mümkün olmayan<sup>132</sup> iradî dava yetkinliği ise maddî hukuk anlamındaki hak sahibinin, haktan bağımsız olarak dava takip yetkisini üçüncü bir kişiye devretmesiyle meydana gelen bir kurumdur.<sup>133</sup> Dava yetkinliği hususunda bir diğer ayırım ise münhasır ve yarışan<sup>134</sup> dava takip yetkisidir. Münhasır dava takip yetkisinde söz konusu yetki, özellikle belirlenen kimseye aittir; böylece hak sahibinin dahi dava takip yetkisi ortadan kalkar.<sup>135</sup> Ancak yarışan dava takip yetkisinde birden fazla kimsenin birbirinden bağımsız olarak ayrı ayrı dava takip yetkisi söz konusudur.<sup>136</sup> Öyle ki bu hâlde hak sahibinin dava açmamış veya dava hakkından feragat etmiş olması şart değildir.<sup>137</sup> Münhasır dava takip yetkisinde, dava yetkininin yürüttüğü davada ortaya çıkan kesin hüküm, maddî hukuk anlamında hak sahibini de etkilemektedir.<sup>138</sup> Ancak yarışan dava

---

<sup>131</sup> Goldschmit, *Zivil*, 36; Blomeyer, *Zivil*, 305; Christoph G. Paulus, *Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht*, (Berlin-Heidelberg: Springer Verlag, 2017), 34; Börü, "Takip," 262; Akil, "Dava," 3.

<sup>132</sup> Dişel, *Yetki*, 101ff.

<sup>133</sup> Börü, "Takip," 268; Akil, "Dava," 5. Ancak bu hâlde, üçüncü kişinin, dava takip yetkisini devralmada hukukî menfaati olmalıdır. Bu hususta bkz. Goldschmit, *Zivil*, 36.

<sup>134</sup> Münhasır dava takip yetkisi yerine zorunlu dava takip yetkisi; yarışan dava takip yetkisi yerine ise paralel dava takip yetkisi ifadesi de kullanılmaktadır. Bu hususta bkz. Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 226.

<sup>135</sup> Dişel, *Yetki*, 80; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usûl*, 226.

<sup>136</sup> Dişel, *Yetki*, 80; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usûl*, 226-227.

<sup>137</sup> Özkes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 136.

<sup>138</sup> Schellhammer, *Zivil*, N. 1206; Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Usul*, 120; Tanrıver, *Usûl*, 526; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usûl*, 227. Genel olarak dava yetkinliği durumunda kesin hüküm etkisinin söz konusu olacağı hususunda bkz. Goldschmit, *Zivil*, 157. Aksi yönde bkz. Blomeyer, *Zivil*,

takip yetkisinde, doktrindeki bir görüşe göre dava yetkininin alacağı hükmün, hak sahibine olumsuz olarak sirayet etmeyeceği kabul edilmelidir.<sup>139</sup>

Türk Ticaret Kanunu m. 555 hükmünde belirtilen dava yetkinliği, pay sahipliği sıfatına bağlı kanunî bir dava yetkinliğidir. Bu bağlamda pay sahipliği sıfatını yitiren kimsenin dava hakkı ortadan kalkacağından<sup>140</sup> buna bağlı olarak dava yetkinliği de söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla pay üzerinde rehin hakkı veya haciz gibi olguların mevcut bulunması, pay sahipliği sıfatını etkilemez. Zira Kanun, şirketin zararının ancak pay sahibi tarafından istenebileceğini belirtmektedir. Bu itibarla payın çıplak mülkiyetine sahip olursa dahi sadece malikin bu yetkinliğe sahip olduğu kabul edilmelidir.<sup>141</sup> Hükümde düzenlenen dava yetkinliği yarışan niteliktedir. Zira pay sahibiyle birlikte şirket de doğrudan kendisinin zararının giderilmesini talep edebilir.

Türk Ticaret Kanunu m. 555 hükmünde belirtilen sıfatlar, dava takip yetkisiyle (HMK m. 114/1-e) ilgili olduğundan, pay sahipliği sıfatının tespiti de dava takip yetkisiyle ilgilidir. Bu bağlamda mahkeme, bir dava şartı olan dava takip yetkisini ön incelemede ele almak zorundadır (HMK m. 137). Ancak her

---

212. *Blomeyer*, kesin hüküm etkisinin genişletilmesi için bu yönde bir kanun hükmünün mevcut olması veya hak sahibinin iradî olarak dava takip yetkisini devretmesi gerektiğini belirtmektedir.

<sup>139</sup> Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Usul*, 120-121; Tanrıver, *Usûl*, 526; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Usûl*, 227.

<sup>140</sup> Yar. 11. HD, E.88/4114, K.89/1057, 23.2.1989, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>141</sup> *Özkes, Seven ve Meriç*, anonim şirketlere kıyasen uygulanmak üzere üzerinde intifa hakkı söz konusu olduğunda payın, TTK m. 600 gereği intifa hakkı sahibi tarafından temsil edildiğini belirterek, dava yetkinliğinin de intifa hakkı sahibine ait olacağına işaret etmektedir. Bu hususta bkz. *Özkes, Seven ve Meriç, Sorumluluk*, 100.

nasılsa davanın esasına geçilmişse, dava şartları davanın her aşamasında araştırılacağından, pay sahibinin yetkisi, ön sorun olarak incelenmelidir.<sup>142</sup> Zira ön sorun, kendisi hakkında bir inceleme yapıp hakkında kabul veya ret kararı verilmeden yargılamaya devam edilemeyen meseledir.<sup>143</sup> Pay sahipleri bu sıfatlarını, pay senedi veya pay defterini ileri sürerek ispatlayabilecekleri gibi mahkeme de resen pay sahipliği sıfatını araştırmak zorundadır. Belirtmek gerekir ki pay sahipliği sıfatı, davanın açıldığı andan kesin hüküm verilinceye kadar mevcut olmalıdır. Bu itibarla pay sahipliği sıfatının zararın doğmasından önce veya sonra bulunup bulunmaması önem arz etmemektedir.<sup>144</sup>

Pay sahibinin zararın giderilmesi noktasındaki dava hakkı konusunda doktrinde bir terim birliği bulunmamaktadır. Bu bağlamda dava hakkı, talep hakkı, istem hakkı gibi kavramlar iç içe geçmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki burada tartışılması gereken pay sahibinin dava hakkının değil dava takip yetkisinin niteliğidir. Dolayısıyla doktrindeki görüşleri bu perspektifte değerlendirmek gerekmektedir.

Doktrindeki bir görüşe göre pay sahibi, davayı kendi adına açtığı hâlde dava sebebi şirketin haiz olduğu dava hakkından kaynaklanmaktadır<sup>145</sup>. Dolayısıyla şirketin dava hakkı sona

---

<sup>142</sup> Dava şartlarının, sonradan ortaya çıkan bir sebep olması dolayısıyla ön sorun olarak nitelendirilebileceği hususunda bkz. Seda Özmumcu, *Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Ön Sorun*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019), 35. Fakat Özmumcu, bu hâli ön sorun olarak nitelendirse de dava şartlarının, ön sorunlar hakkındaki hükümlere (HMK m. 164) göre değil dava şartları hakkındaki hükümlere (HMK m. 115) göre incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu konu hakkında bkz. Özmumcu, *Sorun*, 35.

<sup>143</sup> Özmumcu, *Sorun*, 33.

<sup>144</sup> Grieder, *Rechtsnatur*, N. 423, 127.

<sup>145</sup> Ansay, *Şirketler*, 146.

erdiğinde pay sahibinin de dava hakkı ortadan kalktığından pay sahibinin davası, ikinci derecede bir davadır<sup>146</sup>. Dolayısıyla bu görüşün, pay sahibinin tazminatı talep etme yetkisini, şirketin maddî hukuktan kaynaklanan alacak hakkına dayandırdığı söylenebilir.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, pay sahibinin dava hakkı, aslî ve bağımsız niteliktedir<sup>147</sup>. Eş söyleyişle söz konusu dava, şirketin davasından bağımsız olarak ve pay sahibinin birincil olarak açacağı bir davadır.<sup>148</sup> Dolayısıyla pay sahibi, şirketten izin istemek veyahut şirketin dava açmasını beklemek gibi şartlara bağlı olmaksızın dava açmak yetkisine sahiptir.<sup>149</sup> Bu bağlamda nihayetinde söz konusu görüşe göre pay sahibinin dava hakkının, ikincil nitelikte olmadığı, şirketin dava hakkına dayanmadığı bilakis bağımsız olarak mevcut olduğu söylenebilir. Dolayısıyla aynı anda hem şirket hem de pay sahibi dava açmak yetkisine sahiptir.<sup>150</sup> Öte yandan söz konusu görüş, şirkete yapılan ödemenin, diğer talep haklarını ortadan kaldıracığını<sup>151</sup> fakat bu durumun pay sahibinin dava hakkının bağımsızlık niteliğini etkilemeyeceğini belirtmektedir.<sup>152</sup> Söz konusu görüşe göre pay sahibinin açtığı dava esastan reddedilse dahi kesin hüküm, yalnız davanın tarafları bakımından geçerli olduğundan, şirketin kendi adına dava açabileceği kabul

<sup>146</sup> Ansay, *Şirketler*, 146.

<sup>147</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 141, 157; Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 120, 131; Helvacı, *Anonim*, 127; Yasaman, "Sorumluluk," 109; Yasaman, *Şirketler*, 480.

<sup>148</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 141; Helvacı, *Anonim*, 127.

<sup>149</sup> Yasaman, "Sorumluluk," 109.

<sup>150</sup> Çamoğlu, bu durumu "talep yarışması" olarak nitelendirmektedir. Bu konu hakkında bkz. Çamoğlu, *Ortaklık*, 29.

<sup>151</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 29; Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 607; Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-111; Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 131; Helvacı, *Anonim*, 151.

<sup>152</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 252.



edilmelidir.<sup>153</sup> Dolayısıyla bu görüşe göre kesin hükmün subjektif etkisi kabul edilmediğinden derdestliğin de söz konusu olmayacağı söylenebilir. Öte yandan bu görüş, açılan davaların, aralarında bağlantı (HMK m. 166/1) bulunması sebebiyle birleştirilmesinin mümkün olduğunu zira bu davaların aynı zararın tazminini içerdiğine dikkat çekmektedir.<sup>154</sup>

Doktrindeki nitelendirme açısından isabetli bulduğumuz diğer bir görüşe göre ise yarışan dava takip yetkisinin söz konusu olduğu bu davada, şirket ve her bir pay sahibi ayrı ayrı dava takip yetkisine sahiptir.<sup>155</sup> Bu bağlamda pay sahiplerinin, şirket zararını dava edebilmeye ilişkin sahip olduğu bu yetki ikincil değil, birincil derecede ve bağımsız niteliktedir.<sup>156</sup> Ancak bu hususta birbirinden bağımsız olarak dava takip yetkisine sahip olan şirket ve pay sahibinden birinin öncelikle dava açması durumunda diğerinin dava takip yetkisi tartışmaya açıktır. Bu bağlamda eğer içlerinden biri dava takip yetkisine dayanarak dava açmışsa diğerinin açacağı dava derdestlik (HMK m. 114/1-1) nedeniyle usûlden reddedilmelidir.<sup>157</sup> Nitekim hukukî güvenlik ilkesi gereği bir hukukî ilişkiden kaynaklanan talep hakkı ancak bir kere kullanılabileceğinden dava takip yetkisine sahip kişinin açacağı dava, kesin hüküm etkisiyle diğer kişinin

---

<sup>153</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 157; Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 607-608; Helvacı, *Anonim*, 151. Kesin hükmün etkisi yönünden aynı görüşte bkz. Postacıoğlu, *Usul*, 202.

<sup>154</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 157.

<sup>155</sup> Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 136.

<sup>156</sup> Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 91, 136.

<sup>157</sup> Dişel, *Yetki*, 304; Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 140. Kesin hüküm ve derdestlik etkisi bakımından aynı yönde bkz. Caspar von der Crone, Carbonara ve Hunziker, *Verantwortlichkeit*, 66, 71-72; Grieder, *Rechtsnatur*, N. 444, 133.

dava takip yetkisini ortadan kaldıracaktır.<sup>158</sup> Söz konusu görüşe göre eğer derdestlik ve kesin hüküm etkisi kabul edilmezse, diğer dava yetkininin<sup>159</sup> aynı hakkı ve talebi konu edinen birden fazla dava açması sonucu çelişkili kararların doğması ihtimali gündeme gelecektir.<sup>160</sup> Kanımızca her ne kadar bu görüş pratik anlamda isabetli olsa da mevcut hukukî düzenlemeler, söz konusu görüşte belirtildiği şekil ve koşullarda kesin hüküm etkisini kabul etmemektedir. Zira burada temel sorun, davanın taraflarının farklı olmasıdır. Bu hâlde HMK m. 303/1'in açık ifadesi gereği kesin hükmün menfi etkisi, ikinci davada ileri sürülemez. Nitekim her ne kadar birden fazla dava açılması hâlinde çelişkili karar verme olasılığı bulunsa da, Kanun, müteselsil alacaklılık durumunda da böyle bir ihtimâlin bulunmasına rağmen kesin hükmün menfi etkisini kabul etmemektedir<sup>161</sup> (HMK m. 303/5). Öte yandan kesin hüküm itirazında aranan koşullar, niteliği itibariyle derdestlik bakımından da aynı şekilde geçerlidir. Zira kesin hüküm itirazıyla derdestlik itirazı arasındaki asıl fark, kesin hüküm itirazının konusu kesinleşmiş bir mahkeme kararı iken, derdestlik itirazının konusu görülmekte olan bir dava üzerindedir.<sup>162</sup>

Türk Ticaret Kanunu m. 555 hükmünde yarışan dava takip yetkisinin bir alt kolu olan potansiyel dava takip yetkisi söz

---

<sup>158</sup> Dişel, *Yetki*, 304; Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 140-141. Genel olarak dava yetkinliğinde kesin hüküm ve derdestlik etkisi için bkz. Dişel, *Yetki*, 189ff.

<sup>159</sup> Örneğin yüz pay sahibi varsa yüz ayrı davadan söz edilebilir. Bkz. Dişel, *Yetki*, 199; Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 140.

<sup>160</sup> Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 143; Dişel, *Yetki*, 199.

<sup>161</sup> Derdestlik açısından aynı yönde bkz. Tanrıver, *Usûl*, 664.

<sup>162</sup> Tanrıver, *Usûl*, 671.

konusudur.<sup>163</sup> Potansiyel dava takip yetkisi, maddî hukuk anlamında hak sahibinden başka, birden çok, açığa çıkmamış, gizli dava yetkininin olması durumunu ifade etmektedir.<sup>164</sup> Kanımızca potansiyel dava yetkinliği durumunda lafzen, dava takip yetkisi açığa çıkmamış, saklı durumdadır.<sup>165</sup> Dolayısıyla bu yetki kullanılmadıkça dava takip yetkisinden söz edilemez. Bu bağlamda maddî hukuk anlamında açıkça dava takip yetkisine sahip olan şirket bir tarafa bırakılırsa pay sahipleri, potansiyel dava yetkini konumundadır. Bu bağlamda şirketin dava açması hâlinde pay sahibinin, potansiyel yetkisinin açığa çıkma ihtimali ortadan kalkmalıdır. Bunun gibi bir pay sahibi dava açtığı anda da potansiyel dava yetkini olan diğer pay sahiplerinin dava takip yetkisinin ortadan kalkacağı kabul edilmelidir.<sup>166</sup> Bu hâlde kesin hüküm ve derdestlikten değil (HMK m. 114/1-ı ve i), dava takip yetkisi yokluğu (HMK m. 114/1-e) sebebiyle diğer pay sahipleri de dava açamayacağından, birden fazla davanın açılması ve bu davaların birleştirilmesi de söz konusu olmayacaktır.<sup>167</sup> Ancak şirket ve pay sahiplerinin birlikte dava açabileceklerini kabul etmek gerekmektedir.<sup>168</sup> Zira dava açıldığı anda hepsinin dava takip yetkisi mevcuttur.<sup>169</sup> Öte yandan pay sahibi, potansiyel yetkisini açığa çıkararak dava açmışsa bu hâlde şirketin dava

---

<sup>163</sup> Potansiyel dava yetkinliği hususunda aynı yönde bkz. Caspar von der Crone, Carbonara ve Hunziker, *Verantwortlichkeit*, 31, dn.170; Dişel, *Yetki*, 68, 80; Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 98, 140.

<sup>164</sup> Dişel, *Yetki*, 80.

<sup>165</sup> Dava açma hakkının, muacceliyet kapsamında bir değerlendirmesi için bkz. Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 56.

<sup>166</sup> Arabulucuya başvuru kapsamında aynı yönde bkz. Dişel, *Yetki*, 235; Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 155.

<sup>167</sup> Karş. Dişel, *Yetki*, 199; Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 200.

<sup>168</sup> Dişel, *Yetki*, 199; Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 147-148.

<sup>169</sup> Bu hâlde ihtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olduğu yönünde bkz. Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 148.

takip yetkisi ortadan kalkmaz; çünkü şirketin bu yetkisi açıktır. Dolayısıyla şirket, kendi zararının tazmin edilmesini bizzat isteyebilir. Bu hâlde pay sahibinin açtığı dava, hukukî yarar yokluğu nedeniyle usûlden reddedilmelidir (HMK m. (114-1-h). Zira pay sahibi, şirketin zararını gidermek için bu davayı açmıştır. Nitekim tazminat da şirkete ödenecektir. Ancak belirtmek gerekir ki pay sahibinin açtığı dava, belli bir aşamaya gelmişse ve şirketin dava açması dürüstlük kuralına aykırı nitelikteyse, şirketin açtığı dava, hukukî yarar yokluğu nedeniyle usûlden reddedilmelidir<sup>170</sup>. Zira pay sahibinin açtığı davanın talep sonucuyla şirketin açacağı davanın talep sonucu aynıdır. Belirtmek gerekir ki Yargıtay da dava açma hakkının dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmayacağına hükmetmektedir.<sup>171</sup> Ancak belirtmek gerekir ki bu hususta

---

<sup>170</sup> Bu durumda mutlaka dava hakkının dürüstlük kuralına aykırı kullanımıyla hukukî yarar yokluğunun bir arada bulunup bulunmadığı göz önüne alınmalıdır. Bu olgunun tipik örneği derdest davanın ikinci kez açılmasıdır. Bkz. Tanrıver, *Usûl*, 426. Belirtmek gerekir ki tarafların aynı olmaması sebebiyle bu hususta açık bir derdestlikten söz edilemez. Dolayısıyla şirketin açtığı davanın, bir hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyıp taşımadığı noktasında kategorik bir yaklaşımda bulunmamak gerekmektedir. Mahkeme, somut olayın özelliğine göre bu tespiti yapmalıdır.

<sup>171</sup> "...dava hakkı hukuki yarar ile sınırlıdır. Davacının dava açma hakkına sahip olması, dava açabilmesi için yeterli değildir. Davacının mahkemeden hukuki korunma istemesinde korunmaya değer bir yararı olmalıdır. Hukuki yarar bir dava şartı olup, mahkeme dava şartlarını re'sen incelemekle görevlidir. Dava açılmasında korunmaya değer bir hukuki yarar yok ise, davanın bu yönden esasa girilmeden reddi gerekir. Bu ilkedan hareketle, dava şartı olarak hukuki yararın varlığının, mahkemece, taraflarca dava dosyasına sunulmuş deliller, olay veya olgular çerçevesinde, kural olarak davanın açıldığı tarihe göre, kendiliğinden ve yargılamanın her aşamasında gözetilmesi gerekir. Bu sayede, iç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme)'nin 6. maddesi ve 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenen "hak arama

dürüstlük kuralının etkisinin oldukça sınırlı olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Zira maddî anlamda hak sahibi olan şirketin, kendi hakkını talep etmesinin engellenmesi için dava açma hakkının açıkça kötüye kullanılması şarttır. Söz gelimi pay sahibinin belirsiz alacak davası olarak açtığı davada zarar miktarı tam ve kesin olarak saptanabilir aşamaya gelmiş, ancak pay sahibi henüz talep sonucundaki miktarı belirlememiş durumdayken (HMK m. 107/2) şirketin, meydana gelen zarara oranla oldukça düşük bir meblağı talep ettiği davada, sırf pay sahibinin davasının reddedilmesi için dava açıldığı söylenebilir.

Kanımızca kesin hükmün sübjektif etkisi noktasında, potansiyel dava takip yetkisi, yarışan dava takip yetkisinin kapsamında değerlendirildiğinden, dava yetkininin (pay sahibi) alacağı kesin hüküm, ancak hak sahibinin (şirket) lehine ise sirayet edecektir. Dolayısıyla hak sahibi, kesin hükmün menfi etkisine maruz kalmayacak; kendi alacağı için ayrıca dava açabilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki HMK m. 303/1'in açık

---

özgürlüğü" nün dürüstlük kuralına uygun kullanılması sağlanabilecek; bu durum, haksız davalar açmak suretiyle, dava hakkının kötüye kullanılmasına karşı bir güvence oluşturacaktır...", Yar. 10. HD, E.2020/5705, K.2021/1330, 9.2.2021; "...Dava, anonim şirket genel kurul kararının yok hükmünde olduğunun tespiti istemine ilişkindir... bir genel kurul toplantısından söz edebilmek için ana sözleşme ve yasanın öngördüğü yeter sayılarla alınmış bir kararın varlığı gereklidir. Eğer ortaklarca yasal bir genel kurul gerçekleştirilmemiş ise bu toplantıda alınan kararlar yok hükmündedir. Yine, toplantı veya karar yeter sayılarının sağlanamadığı toplantıda alınan kararlar da aynı şekilde yok hükmünde sayılmalıdır. Yokluğun tespiti hususunda dürüstlük kurallarına aykırı düşmedikçe olumlu oy vermiş paydaşlar da dahil olmak üzere menfaat sahibi tüm ilgililer herhangi bir süreye tabi olmaksızın dava açabilirler. Ancak, yokluk gerektiren hususun öğrenilmesinden sonra uzun süre sessiz kalıp dava açmayan ilgililer yönünden TMK'nın 2. maddesi uyarınca dava açma hakkının düşüp düşmediğinin de değerlendirilmesi gereklidir...", Yar. 11. HD, E.2017/1702, K.2018/8018, 18.12.2018, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

ifadesi gereği tarafların farklı olması durumunda kesin hüküm etkisinin söz konusu olmayacağı ifade edildiğinden, bu konuda açık bir kanunî düzenleme yapılması yerinde olur.

Pay sahibinin açtığı davaya başka bir pay sahibi veya şirketin fer'î müdahalede bulunamayacağı kanısındayız.<sup>172</sup> Zira yansıma zararının giderilebilmesi için, pay sahibinin, normun koruma kapsamı içerisinde bir hakkı olması gerekmektedir. Oysa belirttiğimiz üzere TTK m. 555 hükmünde yansıma zararın giderilmesi değil, pay sahibine dava takip yetkisi tesis edilmek suretiyle asıl mağdur olan şirketin zararının giderilmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla dava açmayan pay sahibinin, maddî anlamda hukuken korunmaya layık bir hakkı bulunmadığından davanın kazanılmasındaki menfaati hukukî değil, ekonomiktir. Fer'î müdahale talebinde ise ekonomik, sosyal vb. nitelikteki yararlar değil hukukî yararın bulunması şarttır<sup>173</sup> (HMK m. 66). Eş söyleyişle davanın tarafları dışındaki üçüncü kişinin karardan etkilenen menfaati, hukukun koruması altında olmak zorundadır.<sup>174</sup> Bununla birlikte hak sahibi olan

---

<sup>172</sup> Aksi yönde bkz. Hakan Pekcanitez ve Nedim Meriç, *Medenî Usûl Hukukunda Fer'î Müdahale*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 197; Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 144, 185. Pekcanitez ve Meriç, her ne kadar hukukî durumları etkilenmese de pay sahiplerinin, hisse değerlerini koruma noktasında sorumluluk davasının hüküm sonucuna yönelik haklı yarar ve beklentilerinin olduğunu belirtmektedir. Yazarlara göre, dava takip yetkisi bulunmasa dahi pay sahibi, sorumluluk davasına fer'î müdahalede bulunabilmelidir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Pekcanitez ve Meriç, *Müdahale*, 196ff.

<sup>173</sup> Pekcanitez ve Meriç, *Müdahale*, 167-168; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 128.

<sup>174</sup> Budak ve Karaaslan, *Usul*, 128.

şirketin de daha etkin bir yol olan dava açmak yerine fer'î müdahale talebinde bulunmasında hukukî yararı yoktur.<sup>175</sup>

Yargıtay, TTK m. 555 hükmünde belirtilen dava takip yetkisini, dava ehliyetiyle karıştırmaktadır.<sup>176</sup> Yüksek mahkemenin bazı kararları, hüküm sonucu bakımından yerinde olsa da kavram nitelendirmesi açısından isabetsizdir. Zira dava ehliyeti HMK m. 51 hükmünde davacı veya davalı tarafın maddî hukuk bağlamındaki fiil ehliyetinin usûl hukukundaki yansımasıdır. Dolayısıyla dava ehliyeti, şeklî anlamda taraf olan kimsenin maddî hukuk anlamında fiil ehliyetine sahip olup olmadığıyla ilgilidir<sup>177</sup>; yoksa talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisini ilgilendirmemektedir. Yine Yargıtay, dava takip yetkisini, bu defa taraf sıfatıyla karıştırmaktadır. Yüksek mahkeme, netice itibarıyla doğru olan bir kararında, pay sahibinin yansıma zarar iddiası kapsamında açtığı davanın talep sonucunun, doğrudan kendisi adına değil şirket adına verilmesini talep edebileceği, ancak davacının zararı kendi adına

---

<sup>175</sup> Dava takip yetkisinin münhasır olduğu durumlarda hak sahibinin, hakkının tartışıldığı davaya fer'î müdahale talebinde bulunabileceği hakkında bkz. Pekancıtez ve Meriç, *Müdahale*, 135-136, 173-174.

<sup>176</sup> "...Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davaya şirket zararının konu edildiği, davacıların şahsi zararlarının söz konusu olmadığı, vergi dairesine yapılan ödemelerin şirket adına yapıldığı, TTK'nın 555. maddesine göre şirketin uğradığı zararların tazmini istemiyle açılan davada tazminatın şirkete ödenmesinin istenebileceği, davacıların şirket adına yaptıkları ödemeleri şirketten talep etmeleri gerektiği, müdahale talep eden şirketin tüzel kişiliğinin TTK'nın geçici 7. maddesi uyarınca sicilden terkin edilmesi nedeniyle sona erdiği gerekçesiyle, davanın aktif dava ehliyeti yokluğu nedeniyle reddine karar verilmiştir... hükmün ONANMASINA...", Yar. 11. HD, E.2014/9900, K.2014/19473, 11.12.2014. Aynı yönde bkz. Yar. 11. HD, E.2018/4786, K.2019/6244, 7.10.2019; Yar. 11. HD, E.2014/7902, K.2014/16826, 4.11.2014, (Lexpera).

<sup>177</sup> Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Usul*, 116; Arslan et al., *Usul*, 261; Tanrıver, *Usûl*, 512; Karşlı, *Muhakeme*, 285; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 108.

talep ettiğini, dolayısıyla davacının aktif husumet ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine hükmedilen mahkeme kararını onamıştır.<sup>178</sup> Öte yandan bazı istinaf mahkemesi kararlarında da dava takip yetkisinin sıfatla karıştırıldığı görülmektedir.<sup>179</sup> Taraf sıfatı (*sachbefugnis*) veya mahkemelerin deyimleriyle husumet ehliyeti, dava konusu olan sübjektif hakla taraf arasındaki ilişkiyle ilgili olup maddî hukuk bakımından hak sahibini ifade etmektedir.<sup>180</sup> Bu bağlamda taraf sıfatı, davanın esasına ilişkin bir meseledir ve mahkemece bu sıfata sahip olan kimsenin tespiti yapılmaktadır.<sup>181</sup> Esasında bu tespit de hükmü oluşturur; zira bu tespitle maddî hukuk bakımından kişinin haklı veya haksız olduğu da

<sup>178</sup> Yar. 11. HD, E.2020/2136, K.2021/2805, 24.03.2021. Aynı yönde bkz. Yar. 11. HD, E.2020/2255, K.2021/4961, 10.06.2021; Yar. 11. HD, E.2019/5055, K.2020/3332, 30.06.2020; Yar. 11. HD, E.2015/14484, K.2016/9091, 23.11.2016; Yar. 11. HD, E.2014/17670, K.2015/2374, 23.2.2015, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>179</sup> “Somut olayda; davacılar ve davalının dava dışı .... AŞ'nin ortakları olup, davalı da aynı zamanda şirketin yönetim kurulu başkanıdır ... Davacılar tarafından ileri sürülen tüm zarar iddiaları dolaylı zarar kapsamında olup, yukarıda açıklandığı üzere dolaylı zararların ancak şirkete ödenmesi talep edilebilecektir. Oysa davacılar, zararın kendilerine ödenmesi istemiyle işbu davayı açmışlardır. Bu nedenle ilk derece mahkemesince davanın aktif husumet ehliyeti yokluğu nedeniyle reddi gerekirken, farklı gerekçeyle esastan reddine karar verilmesi doğru değildir. Açıklanan nedenlerle; davacılar vekilinin istinaf başvurusunun kabulüyle ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak, davanın aktif husumet ehliyeti yokluğu nedeniyle reddine karar verilmiştir...”, İstanbul BAM, 12. HD, E.2018/2232, K.2020/1309, 8.12.2020. Aynı yönde bkz. İstanbul BAM, 12. HD, E.2019/1587, K.2020/254, 26.2.2020; İstanbul BAM, 13. HD, E.2017/922, K.2018/369, 25.4.2018, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>180</sup> Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Usul*, 121; Tanrıver, *Usûl*, 528.

<sup>181</sup> Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Usul*, 121; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 113. Davada sıfatın, dava takip yetkisinin bir ön şartı niteliğinde değil, doğrudan davanın temeline yönelik bir husus olduğu hakkında bkz. Goldschmit, *Zivil*, 37.



belirlenmektedir.<sup>182</sup> Dolayısıyla taraf sıfatının yokluğu, davanın esastan reddi sonucunu doğurmaktadır.<sup>183</sup> Yargıtay'ın bir başka kararında pay sahipliğini devreden kimsenin taraf sıfatının da ortadan kalkacağı belirtilmiştir.<sup>184</sup> Gerçekten de yansıma zararın giderilmesini isteme hakkı doğrudan doğruya pay sahipliği sıfatına bağlı bir haktır. Somut olayda bu hak devredildiğinden, devreden pay sahibinin taraf sıfatının da ortadan kalktığı düşünülebilir. Ancak bu hususta pay sahipliğinin devredilmesiyle dava takip yetkisi ortadan kalkmaktadır. Zira pay sahibi, kendi zararını değil, maddî anlamda şirketin zararını, TTK m. 555 hükmünden aldığı dava takip yetkisiyle talep etmektedir. Dolayısıyla TTK m. 555 hükmü pay sahibinin dava takip yetkisiyle ilgilidir. Bu itibarla mahkeme, bir dava şartı olması dolayısıyla öncelikle dava takip yetkisinin mevcudiyetini incelemek zorundadır.<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup> Tanrıver, *Usûl*, 528-529.

<sup>183</sup> Goldschmit, *Zivil*, 37.

<sup>184</sup> "...Mahkemeye tüm dosya kapsamına göre, asıl ve birleşen davacıların davanın devamı sırasında hisselerini devrettiği, TTK'nun 555. maddesine göre davanın sonucunda elde edilecek tazminat doğrudan şirkete ödenmek durumunda olduğu, dolayısıyla tazmin edilecek zararın da şirketin zararı olduğu, şirketteki hisselerini devrederek ortaklıktan ayrılan davacılar paylarına karşılık bir bedel alarak paylarına bağlanan tüm haklarını tazmin etmiş durumunda bulunduğu, bu durumda paya bağlı kâr ve zarar da karşılanmış olacağı, hisse senetlerini devretmek suretiyle pay sahipliği sıfatını kaybeden kişinin sorumluluk davası açma hakkı da ortadan kalkacağı, açılmış dava yönünden ise taraf sıfatı sona ereceği, (Yargıtay 11. HD., 23/02/1989 tarih 1988/4114 esas 1989/1057 karar) buna durumda sorumluluk davasına devam edebilmek için pay sahipliği sıfatının davanın sonuna kadar korunması gerekmekte olduğu gerekçesi ile asıl ve birleşen davaların reddine karar verilmiştir...hükmün ONANMASINA...karar verildi.", Yar. 11. HD, E.2016/13488, K.2018/4280, 5.6.2018. Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. Şener, *Emsal*, 165ff.

<sup>185</sup> Nitekim *Grieder* de mahkemenin ister dava takip yetkisinin isterse de taraf sıfatının yokluğundan davanın reddine karar verebileceğini belirtmiştir. Bu

### 3. İbranın Dava Hakkına Etkisi

Yönetim kurulu üyelerinin ibrasına olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek payı iktisap etmiş olan pay sahiplerinin dava hakkı düşer (TTK m. 558/2).<sup>186</sup> Öte yandan ibra oylamasında olumsuz oy veren pay sahiplerinin dava hakkı da ibra kararından itibaren altı ay içinde düşer (TTK m. 558/2). Bu bağlamda olumlu ibra oyu verilmesi veya sürenin geçmesiyle birlikte pay sahibinin, dava hakkıyla birlikte dava yetkinliğinin de ortadan kalkacağını kabul etmek gerekmektedir.<sup>187</sup> Zira bu husus, dava hakkından feragat niteliğinde değerlendirilmelidir.<sup>188</sup> Öte yandan Yargıtay'a göre, şirket bilançosunda gösterilmeyen zararlar nedeniyle, yönetim kurulu üyeleri ibra edilseler dahi sorumlulukları devam etmektedir.<sup>189</sup>

---

hususla bkz. Grieder, *Rechtsnatur*, N. 423, 127. Ancak "usûl esasa takaddüm eder" prensibi gereği dava şartı niteliği dolayısıyla resen incelenmek durumunda olan dava takip yetkisinin tespiti, taraf sıfatının tespitinden önce gelir.

<sup>186</sup> TTK m. 1534/1 gereği kenar başlıkları metne dâhildir. TTK m. 555-561 hükmünün kenar başlığı "Şirketin zararı" olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda TTK m. 555 ve 556 hükümlerine ilişkin sorumluluk davalarında teselsül ve başvuru, ibra, zamanaşımı ve yetkili mahkeme ortak hüküm niteliğindedir. Ancak doğrudan zararı düzenleyen TTK m. 553 hükmü bu kapsam dışında olduğundan teselsül ve başvuru, ibra, zamanaşımı gibi hükümler, TTK m. 553 hükmündeki sorumluluk davasında uygulanmayacaktır. Bu konu hakkında detaylı bilgi ve doktrindeki görüşler için bkz. Mehmet Çelebi Can, "Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m. 1534'ün Etkisi," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. 4 (2017), 4ff.

<sup>187</sup> Grieder, *Rechtsnatur*, N. 441, 132; Özkes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 102.

<sup>188</sup> Grieder, *Rechtsnatur*, N. 603, 179.

<sup>189</sup> Yar. 1. Ticaret Dairesi, E.1962/4545, K.1962/4384, 16.12.1962, (Domaniç, *Şirketler*, 707). Aynı yönde bkz. Yar. HGK, E.1964/836/D-T, K.1964/500, 01.07.1964, (Domaniç, *Şirketler*, 707-708).

Doktrindeki bir görüşe göre ibra kararının varlığı hâlinde çoğu zaman davalı, pay sahibine karşı genel kurulun ibra kararını itiraz olarak ileri süreceğinden, sorumluluk davasının talep sonucu, ibrayı içeren genel kurul kararının iptalini de içermek zorundadır.<sup>190</sup> Aksi takdirde söz konusu ibra itirazı kabul edilip sorumluluk davası reddedilmek zorundadır. Bu görüş doğrultusunda belirtmek gerekir ki ibra kapsamında sulh, zarara rıza gösterme gibi borcu sona erdiren genel kurul kararları iptal edilmeksizin sorumluluk davası açılması hâlinde davalı, bu hususları itiraz olarak ileri sürebileceğinden söz konusu sorumluluk davası etkisiz kalacaktır.<sup>191</sup> Öte yandan genel kurul kararlarının iptalinin incelenmesi, TTK hükümlerinde belirtilen usûle tâbidir. Bu itibarla usûlüne uygun bir genel kurul kararıyla şirket, kendi alacağından feragat etmişse, ortada bir alacak hakkı bulunmadığından pay sahibinin dava takip yetkisinden söz edilemez. Kanımızca bu hususta TTK m. 558 hükmüyle davalının, pay sahibine karşı ibra itirazını ileri süremeyeceği sonucu çıkarılmalıdır. Nitekim hükümde dava hakkının ortadan kalkması, özel olarak belli şartlara bağlanmıştır. Bu şartlar (ibraya olumlu oy vermemek, ibra kararını bilerek payı iktisap etmemek ve ibra tarihinden itibaren altı ay içerisinde dava açmak), aynı zamanda davalının ibra hususunda pay sahibine karşı ileri süreceği savunmalardır. Bu itibarla TTK m. 558 hükmünü yalnızca çelişkili davranış yasağının tesisi veya bir süre kısıtlaması kapsamında değerlendirmemek gerekmektedir. Zira böyle bir kabul, ibra kararının varlığı hâlinde pay sahibinin dava hakkını işlevsiz hâle

---

<sup>190</sup> Özkes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 191.

<sup>191</sup> Farklı bir açıdan aksi yönde bkz. BGE 117 II 432. Federal mahkeme, hükmün amacını gerekçe göstererek pay sahibinin bağımsız bir dava hakkına sahip olduğunu ve bu dava hakkının şirketle birlikte bir alacaklı teselsülü oluşturduğunu ifade etmektedir. Bu itibarla yüksek mahkemeye göre, pay sahibi, bağımsız bir talep hakkına sahip olduğundan davalı, şirkete karşı ileri sürebileceği savunmaları pay sahibine karşı ileri süremeyecektir.

getirecektir. Dolayısıyla hükmün fonksiyonları göz önüne alındığında böyle bir amacın söz konusu olduğu söylenemez.

#### 4. Yansıma Zararın Tazmini Davasında Yargılama Giderlerinin Paylaştırılması

Kanun koyucu TTK m. 555/2 hükmünde yansıma zararın talep edilebilmesini kolaylaştıracak önemli bir düzenleme ihdas etmiştir. Hükme göre pay sahibinin açtığı davanın yargılama giderleri davalıya yükletilemiyorsa, hukukî ve maddî sebepler haklı gösterdiği takdirde bu giderler, pay sahibiyle şirket arasında hakkaniyete göre paylaşılır. Kanımızca hüküm son derece isabetlidir. Zira yansıma yoluyla zarar gören pay sahibi çoğu zaman davanın takibi konusundaki zorluk, uğraşı ve yüksek miktardaki yargılama giderleri dolayısıyla haklarını kullanmaktan kaçınmaktadır.<sup>192</sup> Bu bağlamda hüküm, pay sahibini dava açmaya teşvik edecek niteliktedir. Öte yandan doğrudan zarar, şirketin malvarlığında gerçekleştiğinden, şirketin kendisinin de yargılama giderlerinden sorumlu tutulması hakkaniyete uygundur. Ancak söz konusu dava, şirketin iradesi olmaksızın açıldığından hakkaniyet değerlendirilmesinde mutlaka pay sahibinin dava sürecini etkin bir şekilde yürütüp yürütmediği göz önünde tutulmalıdır.<sup>193</sup>

Hükümde belirtilen avukatlık ücretini, yargılama giderinin kapsamı dışında kalan akdî avukatlık ücreti olarak yorumlamak

---

<sup>192</sup> TTK m. 555 gerekçesi. Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-109; Karahan ve Doğrusöz Koşut, *Şirketler*, 503; Kendigelen, *Yenilikler*, 463; Grieder, *Rechtsnatur*, N. 424, 127; Anıl Köroğlu, "Pay Sahibi Tarafından Açılan Sorumluluk Davasında Yargılama Giderlerinin Pay Sahibi İle Şirket Arasında Paylaştırılması (Medenî Usûl Hukuku Kapsamında Bir İnceleme)," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 9, no. 17 (Haziran 2021), 358.

<sup>193</sup> Farklı açıdan aynı yönde bkz. Grieder, *Rechtsnatur*, N. 721-722, 209.

gerekmektedir.<sup>194</sup> Zira yargılama giderleri içindeki vekâlet ücreti (HMK m. 323/1-ğ), avukatlık ücreti olarak değerlendirilemez.<sup>195</sup> Nihayetinde belirtmek gerekir ki birden fazla pay sahibinin davacı olması durumunda, davacı tarafa düşecek yargılama giderlerinden kural olarak tüm pay sahipleri eşit olarak sorumludur. Ancak pay sahiplerinin zararı, şirketteki hisseleriyle orantılı olduğundan, eğer hisseler arasında oldukça yüksek oranda bir farklılık bulunuyorsa hâkim, davacı tarafa yüklenecek yargılama giderlerinin, hakkaniyet esaslarına göre pay sahipleri arasında da paylaştırılmasına karar verebilmelidir.<sup>196</sup>

## 5. Yansıma Zararı Meydana Getiren Olgular

Pay sahibinin yansıma zararı, çeşitli olgulardan doğabilir. Doktrinde sermaye artırımının nedensiz olarak uygulanmaması nedeniyle şirketin müstakbel bir işi veya kârı kaçırmaması<sup>197</sup>; aynı sermayeye kıymet biçilmesinde hile yapılması<sup>198</sup>; çift imza kuralına aykırı olarak yapılan tasarruflar<sup>199</sup>; şirket araçlarının şirketin amaçlarına aykırı kullanılması<sup>200</sup>; yönetim kurulu üyelerinin şirketin iş gücü ve malzemesini kullanmak suretiyle

---

<sup>194</sup> Köroğlu, "Gider," 362-363.

<sup>195</sup> Köroğlu, "Gider," 362. Köroğlu, hükmün, yargılama gideri olan vekâlet ücretini kastetmek istemediğini; zira aksi düşünüldüğünde hükümde yargılama gideriyle birlikte avukatlık ücretinin belirtilmesine gerek olmayacağını ifade etmektedir.

<sup>196</sup> Aksi yönde bkz. BGer 4C.399/2001, 21.11.2002, E.7, (<https://www.bger.ch/>). İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, pay sahiplerinin elde edeceği menfaatler bakımından bir oransızlık söz konusu olsa dahi Kanunun açık hükmü gereği yargılama giderleri eşit olarak paylaştırılacaktır.

<sup>197</sup> Pulaşlı, *Şerh*, § 60, N. 72, 2836.

<sup>198</sup> Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-111.

<sup>199</sup> Yasaman, *Şirketler*, 470ff.

<sup>200</sup> Ansay, *Şirketler*, 143.

şahsî menfaat elde etmesi<sup>201</sup>, gerçek olmayan kâr paylarının dağıtılması<sup>202</sup> örnek gösterilmektedir. Dolayısıyla genel olarak yönetim kurulunun özen ve sadakat yükümlülüğü ile eşit işlem ilkesine aykırı yönetimi sebebiyle şirket malvarlığını azaltan her çeşit olgu, pay sahibinin hisse kıymetini azalttığı ölçüde yansıma zararın konusunu oluşturmaktadır.<sup>203</sup> Nitekim Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir.<sup>204</sup>

## 6. Yansıma Zararın Belirsiz Alacak Davası Yoluyla İstenebilmesi

Davacı, yansıma zararın tazmini için belirsiz alacak davası açabilir. Bu noktada doktrinde genel olarak, doğrudan-yansıma zarar ayırımı yapmaksızın sorumluluk davasının, niteliği gereği belirsiz alacak davası olarak açılabileceği belirtilmektedir.<sup>205</sup> Belirsiz alacak davası, HMK m. 107 hükmünde düzenlenen, alacaklının, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut

---

<sup>201</sup> Ansay, *Şirketler*, 143.

<sup>202</sup> Ansay, *Şirketler*, 143.

<sup>203</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 128.

<sup>204</sup> "...Ortakların dava açma hakkı da doğrudan doğruya zarar ve dolaylı zarar durumuna göre değişiklik içerir. Yönetim ve denetim kurulu üyelerinin ortaklığın mal varlığını azaltan veya kötüleştiren yasa ve ana sözleşme hükümlerine aykırı davranışları, ortaklar ve alacaklıların dolaylı zarar görmesine yol açar...", Yar. 11. HD, E.2017/57, K.2018/6214, 10.10.2018; "...Yönetim ve denetim kurulu üyelerinin ortaklığın mal varlığının azaltan veya kötüleştiren yasa ve ana sözleşme hükümlerine aykırı davranışları, ortaklar ve alacaklıların dolaylı zarar görmesine yol açar. Zira, bu tür tasarruflar payları oranında ortakları etkiler. Başka bir anlatımla, ortaklığın doğrudan doğruya zarar görmesi, ortakların dolaylı zararı olarak sonuç doğurur...", Yar. 11. HD, E.2013/1099, K.2014/9196, 13.5.2014. Aynı yönde bkz. Yar. 11. HD, E.2015/14484, K.2016/9091, 23.11.2016, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>205</sup> Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 605a; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Şirketler*, 485; Özkes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 181.

değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, hukukî ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle açtığı bir dava türüdür. Belirtmek gerekir ki yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davası, belirsiz alacak davasının en önemli uygulama alanlarından biridir.<sup>206</sup> Zira bu davada çoğu zaman, özellikle pay sahipleri ve alacaklıların zararının, mevcudiyeti tespit edilse dahi miktarının tespiti mümkün değildir.<sup>207</sup> Gerçekten de bazı tazminat davalarında zarar, hesaplanması alacaklıdan beklenmeyecek derecede külfetli veya imkânsız niteliktedir.<sup>208</sup> Bu hâlde çoğu zaman, zararın tespiti için ya bir uzman incelemesi ya da davalı tarafın elindeki bilgi ve belgelere dayanılması gerekmektedir.<sup>209</sup> Nitekim yönetim kurulu üyelerinin kusurunun ve zararın ispatı için gerekli tüm bilgi ve belgeler şirketin elindedir.<sup>210</sup> Dolayısıyla genellikle şirket gibi karmaşık iş ve ilişkileri bünyesinde barındıran ve davalı tarafın idaresi altında yürütülen kurumların zararının tespiti, mahkemece gerçekleştirilebilecektir. Bu bağlamda davacı, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu zararın, tam ve kesin olarak tespiti sonrasında, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde iddianın

---

<sup>206</sup> Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 605a; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Şirketler*, 485. Bu halde İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 42/2 (TBK m. 50/2) gereği zarar miktarının, hâkim tarafından hakkaniyete göre belirleneceği hakkında ayrıca bkz. Nussbaumer, "Schaden," 61.

<sup>207</sup> Akdağ Güney, *Anonim Şirket*, 58; Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 605a; Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 181, dn.52; Nussbaumer, "Schaden," 60.

<sup>208</sup> Cemil Simil, *Belirsiz Alacak Davası*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013), 364.

<sup>209</sup> Simil, *Belirsiz Alacak Davası*, 364.

<sup>210</sup> Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 611b.

genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın talebini, tam ve kesin olarak belirleyebilir (HMK m. 107/2).

## 7. Yansıma Zarardan Doğan Sorumluluğun Hukukî Niteliği

Yansıma zararın tazmini davasında sorumluluğun hukukî niteliği tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre bu dava, kanundan doğan borç ilişkisine dayanır.<sup>211</sup> Söz konusu görüşe göre sorumluluk, detaylarıyla birlikte kanunda düzenlendiğinden, kanun tarafından bir borç ilişkisi yaratılmak suretiyle doğmaktadır. Yargıtay'ın ise konu hakkında istikrarlı bir görüşü bulunmamaktadır. Zira yüksek mahkeme, sorumluluğun hukukî temelini, bir kararında sözleşmeye<sup>212</sup>, diğer bir kararında ise haksız fiile<sup>213</sup> dayandırmıştır. Doktrindeki

<sup>211</sup> Ansay, *Şirketler*, 139-140.

<sup>212</sup> "...davanın eski genel müdürün sorumluluğu davası olduğu, aralarındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olduğu, taraflar arasında konuya ilişkin bir sözleşme ilişkisinin ve buna bağlı olarak kararlaştırılan bir akdi temerrüt faizinin bulunmadığı gözetilerek, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin ilkeler çerçevesinde banka zararının doğduğu tarihteki kredi asıl alacağı belirlenip bundan sonra davalının avans faizi ile sorumlu tutulması gerekirken kredi sözleşmesi hükümleri uyarınca kredi faizi oranları üzerinden hesaplanan temerrüt faizi ile davalının sorumluluğuna karar verilmesi yerinde görülmemiş, kararın bu yönden de davalı yararına bozulması gerekmiştir...", Yar. 11. HD, E.2018/2707, K.2019/8258, 17.12.2019, (Yargıtay Bilgi Bankası).

<sup>213</sup> "...gerçek bir para transferinin bulunmadığı dolayısıyla davacının eksik bilgilendirme ve oluşturulan güvenle hataya düşürülmek suretiyle iradesinin sakatlandığı, banka çalışanlarının sebebiyet verdiği haksız fiil sebebiyle davalı müflis bankanın ve her ne kadar hakkındaki ceza davası henüz derdest ise de emsal dava dosyalarında davalı müflis banka yöneticilerinin sorumlulukları mündericattan geçmek suretiyle kesinleştiğinden... davacının talimatı bulunmaksızın ya da talimat iradesi sakatlamak suretiyle ... Banka hesabına yönlendirilen mevduatın iadesi için, davada iddianın ileri sürülüş biçimi gözetilerek, banka eyleminin haksız



hâkim görüşe göre ise bu davanın temeli yönetim kurulu üyesiyle şirket arasındaki sözleşmeye dayandığından, pay sahibinin açtığı davanın temeli de bu sözleşmeye dayanmaktadır.<sup>214</sup> Kanımızca hâkim görüş nispeten isabetlidir. Zira yansıma zararın tazmini davasında pay sahibinin, dava takip yetkisi vasıtasıyla kendi hakkını değil şirketin hakkını ileri sürdüğü göz önüne alındığında, bu hususta yönetim kurulu üyesiyle şirket arasındaki hukukî ilişkinin niteliğine bakmak gerekmektedir. Bu bağlamda şirketle yönetim kurulu arasındaki ilişki tespit edildiğinde, yansıma zarardan doğan sorumluluğun hukukî niteliği de saptanacaktır. Dolayısıyla pay sahibi ve alacaklıların yansıma zararının şirketin doğrudan zararı olduğu göz önüne alındığında, şirketin doğrudan zararının tazmininde sorumluluğun hukukî niteliğine ilişkin yapılan açıklamalar, bu konuda da geçerlidir<sup>215</sup>.

---

fiil sorumluluğunu gerektirmesi nedeniyle paranın bankaya yatırıldığı tarihten iflas tarihine kadar temerrüt faizi uygulanarak hesaplama yapılması gerekirken, vade bitimine değin akdi faiz uygulanıp, vade bitiminde hesap kapitalize edilerek, elde edilen tutara da vade bitiminden iflas tarihine kadar avans faizi işletilmek suretiyle hesaplanan tutarın kayıt kabulüne ve tahsilde tekerrür olmamak şartıyla diğer davalıdan tahsiline karar verilmesi isabetli olmamış olup, kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir...”, Yar. 11. HD, E.2017/4120, K.2019/1033, 11.02.2019, (Yargıtay Bilgi Bankası).

<sup>214</sup> Çamoğlu, *Ortaklık*, 145; Çamoğlu, Poroy ve Tekinalp, *Ortaklıklar I*, N. 606; Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-112; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, *Şirketler*, 478-479; Yasaman, *Şirketler*, 480; Kendigelen, *Yenilikler*, 460; Özkes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 23.

<sup>215</sup> Bkz. II.B.4.

### III. ŞİRKETİN İFLÂSİ HÂLİNDE DOĞRUDAN VE YANSIMA ZARAR AYRIMI

#### A. Genel Olarak

Tacir vasfında olan anonim şirket (TTK m. 16/1), daima iflâs riskiyle karşı karşıyadır (TTK m. 18/1). Zira ticari hayat, iş ve işlemlerin yürütülmesinde her türlü ekonomik riski içermektedir. Ticaret şirketleri, borçlarından dolayı 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu<sup>216</sup> (İİK) m. 43/1 hükmü gereği iflas yoluyla takip edilebilir. Bununla birlikte İİK m. 177 vd. hükümlerindeki şartlar gerçekleştiği takdirde alacaklının ve hatta şirketin kendisinin talebiyle de iflâs söz konusu olabilir. Bu konuda İİK m. 179 hükmü oldukça önem arz etmektedir. Zira hükme göre sermaye şirketleri ile kooperatifler, aktiflerin olası satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık hâlde ise, söz konusu durumun, idareciler veya tasfiye memurları veyahut alacaklıların beyanı ve mahkemece tespitiyle doğrudan şirketin iflâsına karar verilmektedir.

İflâsla birlikte anonim şirket tasfiye hâline girmektedir. Zira artık şirketin devamı değil sermayenin dağıtılması söz konusudur. Tasfiyenin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için Kanun, iflâs kararıyla birlikte çeşitli hukukî neticelerin doğmasını öngörmüştür. Öncelikle şirketin tüm malvarlığı, borçların ödenmesine özgülenmek suretiyle iflâs masasını oluşturmaktadır (İİK m. 184). Müflis durumdaki şirketin, malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmaktadır (İİK m. 191/1). Bu kısıtlama neticesinde masa, yerine göre iflâs dairesi veya iflâs idaresi tarafından temsil edilmektedir (İİK m. 218, 226/1).

Kural olarak şirketin iflâs etmesi, kötü yönetimin bir sonucudur. Dolayısıyla bu hâlde yönetim kurulunun

---

<sup>216</sup> RG. 19.06.1932, S. 2128.

sorumluluğu oldukça önem arz etmektedir. Zira artık şirket, kendi zararını talep edebilecek ehliyetten yoksundur. İşte bu hâlde TTK m. 556 hükmü devreye girmektedir. Hükümde şirketin zararının talep edilmesi noktasında, iflâs masasının yanı sıra pay sahipleri ve şirket alacaklılarının da hak sahibi olduğu düzenlenmektedir.

Şirketin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının bir sonucu olarak masaya giren mal ve haklara ilişkin hukuk davaları, iflâs idaresi tarafından takip edilmektedir (İİK m. 194). Bu bağlamda doğrudan ve yansıma zararın tazmini kaynaklı davalarda bu husus göz önünde tutulmalıdır.

## **B. Adi Tasfiye Hâlinde**

İflâs masasının teşkilinden sonra iflâs dairesi, masa mallarının defterini tutmakta (İİK m. 208) ve bu mallara kıymet biçerek (İİK m. 214) tasfiye türünü belirlemektedir. Kural adi tasfiyenin uygulanmasıdır. Ancak masa malları adi tasfiye masraflarını karşılayamayacak miktardaysa basit tasfiyeye karar verilmektedir (İİK m. 218/1).

Adi tasfiye hâlinde iflâs organlarının görevi, tıpkı anonim şirkette olduğu gibidir. Nitekim ikinci alacaklılar toplantısı, masanın karar organı; iflâs idaresi ise yönetim organıdır.<sup>217</sup> Dolayısıyla iflâs masasının idare ve temsili<sup>218</sup> iflâs idaresince

---

<sup>217</sup> Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 607.

<sup>218</sup> İflâs idaresinin masayı temsil yetkisinden kastedilen, özel bir malvarlığını yönetenlerin resmî görevi gereği (*Partei kraft Amtes*) dava takip yetkisine sahip olduğudur. Zira tüzel kişiliği ve taraf ehliyeti olmayan iflâs idaresi, kanunî temsilci olarak görülemez. Bu konu hakkında bkz. Alangoya, Yıldırım ve Deren Yıldırım, *Usul*, 119, dn.6a; Dişel, *Yetki*, 93ff.; Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 112. Bu bağlamda iflâs idaresinin temsilci sıfatı, kendisini maddî hukuk anlamında göstermemektedir.

üstlenilmektedir (İİK m. 226). TTK m. 556 hükmüne göre iflâs açıldığında şirketin zararı, pay sahibi ve alacaklılar tarafından da dava edilebilmekte ancak bu yetki öncelikle iflâs idaresince kullanılmaktadır. Esasında söz konusu düzenleme, iflâs hukuku sistematiğiyle de paraleldir. Zira şirketin alacak hakları da masa malvarlığına dâhil olduğundan, bu hakkın talep edilmesi de iflâs idaresince gerçekleştirilmelidir.

İflâs idaresinin şirket adına dava açabilme yetkisi, tipik bir münhasır kanunî dava yetkinliği durumudur.<sup>219</sup> Zira müflisin malvarlığına ilişkin davalarda dava takip yetkisi, yalnızca iflâs idaresine aittir. Nitekim iflâsın açılmasıyla şirketin tasarruf yetkisi kısıtlansa da, malvarlığı üzerindeki hak ve borçlar yine kendisine aittir.<sup>220</sup> Bu bağlamda şirketin taraf sıfatı ve ehliyeti ile dava ehliyeti mevcuttur; sınırlanmış değildir.<sup>221</sup> Maddî hukuktaki tasarruf yetkisinin usûl hukukundaki karşılığının dava takip yetkisi olduğu göz önüne alındığında, iflâs idaresi, şirketin hak ve borçları üzerinde dava yetkinidir. Bu bağlamda şirketin zararı için dava yetkinliği özelinde iflâs idaresinin dava açmaya yetkili olduğu kesindir.

Şirketin zararı, esasında yönetim kuruluna yöneltilen bir alacak hakkını ifade etmektedir. Bu zarar da kural olarak<sup>222</sup> sorumluluk davası yoluyla giderileceğinden şirketin zararı, iflâs hukuku anlamında çekişmeli alacak hakkı niteliğindedir. Söz

---

<sup>219</sup> Börü, "Takip," 263; Akil, "Dava," 4; Dişel, *Yetki*, 80, 258; Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 137.

<sup>220</sup> Dişel, *Yetki*, 258.

<sup>221</sup> Arslan et al., *Usul*, 269; Budak ve Karaaslan, *Usul*, 111; Dişel, *Yetki*, 258.

<sup>222</sup> Zira çoğu zaman yönetim kurulu üyelerinin şirkete verdikleri zararın tespiti çok zordur. Nitekim bu zarar bir belgeden veya senetten anlaşılabilir. Öte yandan bu kişilerin sorumluluklarının söz konusu olabilmesi için kusurları da ispat edilmek zorundadır. Bu bağlamda sorumluluk davasına ilişkin alacağın çekişmeli olduğuna ilişkin bkz. Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 117.

konusu sorumluluk davasını açmak yetkisi, esasında, ikinci alacaklılar toplanmasındadır. Zira iflâs idaresinin çekişmeli alacaklar için dava yoluna gidip gitmeyeceğine ikinci alacaklılar toplanması karar vermektedir.<sup>223</sup> Eğer ikinci alacaklılar toplanması söz konusu çekişmeli alacağın takibini gerekli duymazsa, o alacağın takip yetkisi, isteyen alacaklıya devredilir (İİK m. 245). Dava, masa lehine sonuçlanırsa hükmolunacak meblağdan, masraflar çıkarıldıktan sonra alacaklının alacağı karşılanır ve kalan meblağ masaya aktarılır (İİK m. 245). Belirtmek gerekir ki bu noktada devredilen, alacak hakkının kendisi değil takibi yetkisidir.<sup>224</sup> Bu bağlamda alacaklı, söz konusu alacak bakımından yalnızca dava takip yetkisine sahip olmaktadır.<sup>225</sup>

Türk Ticaret Kanunu m. 556 hükmünün sistematığına göre sorumluluk davası açmak yetkisi öncelikle iflâs idaresine aittir. Buna göre ikinci alacaklılar toplanması, söz konusu davanın açılmasına karar verirse iflâs idaresi bu davayı takip edeceğinden, pay sahibi ve alacaklıların dava yetkinliği söz konusu değildir.

İsviçre doktrininde İsviçre Borçlar Kanunu<sup>226</sup> (İsv.BK) m. 757 (TTK m. 556) hükmünün hukukî niteliği hakkında çeşitli görüşler bulunmaktadır.<sup>227</sup> Doktrindeki bir görüş, iflâs hâlinde alacaklıya geçen iki ayrı dava hakkı bulunduğunu, bunlardan birinin şirketten alacaklıya geçen hak olduğu, diğerinin ise

---

<sup>223</sup> Baki Kuru, *İflâs ve Konkordato Hukuku*, (İstanbul: Evrim Basım Yayın, 1988), 331; Grieder, *Rechtsnatur*, N. 458, 139.

<sup>224</sup> Kuru, *Konkordato*, 333.

<sup>225</sup> BGE 121 III 488, E. 2.b; BGE 132 III 342, E. 2.2, (<https://www.bger.ch/>).

<sup>226</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), 30.03.1911, ([https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317\\_321\\_377/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de)).

<sup>227</sup> Görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Grieder, *Rechtsnatur*, N. 535ff., 164ff.; Pulaşlı, *Şerh*, § 63, N. 94aff. 2983ff.; Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-117ff.; Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 106.

alacaklının kendi alacak hakkından doğduğunu belirterek açılan davanın çift karakterli (*doppelnatur*) olduğunu savunmaktadır (*Forstmoser doktrini*). Diğer bir görüş ise, iflâs hâlinde alacaklının münferit olarak alacağını talep hakkının bulunmadığını, alacaklının, iflâs masasının talep hakkını devraldığına işaret etmiş, her bir alacaklının hakkının iflâsla birlikte bir bütünlük oluşturarak hepsi için ortak ve tek bir talep hakkını meydana getirdiğini belirtmiştir (*Raschein doktrini*). Doktrindeki katıldığımız bir başka görüşe göre ise, iflâs hâlinde alacaklı veya pay sahibinin bir hakkı değil yalnızca şirketin alacak hakkı talep edilmektedir (*Bürgi/Nordmann doktrini*). Bu itibarla sorumluluk davası, ister iflâs idaresi tarafından ister pay sahibi veya alacaklı tarafından açılsın, davayla yalnızca şirkete ait alacak hakkı talep edilir. İflâsın açılmasıyla müflisin malvarlığı ve dahi alacak hakları iflâs masasını oluşturmaktadır. Ancak iflâsla birlikte malvarlığı ve hakların hukukî niteliğinde bir değişiklik olmamaktadır.<sup>228</sup> Zira iflâs durumunda, yalnızca bu hakların talep edilebilirliği müflisten alınıp iflâs idaresine devredilmektedir.<sup>229</sup> Öte yandan madde üst kenar başlığının “*Şirketin zararı*” olarak adlandırılması ve kenar başlıklarının madde metnine dâhil olacağı (TTK m. 1534) göz önüne alındığında, bu hususta alacaklının veya pay sahibinin kendi hakkına dayanan yansıma zararının değil, şirketin zararının dava takip yetkisi yoluyla elde edilmesinin amaçlandığı söylenebilir. Dolayısıyla bu hususta pay sahibi ve alacaklıya ait bir hakkın tesisinin söz konusu olmadığı kabul edildiğinde bu tartışma da gereksiz hâle gelmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi, önceleri *Forstmoser doktrini* doğrultusunda karar vermekteydi.<sup>230</sup> Ancak yüksek mahkeme,

---

<sup>228</sup> Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 106-107.

<sup>229</sup> Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 106-107.

<sup>230</sup> BGE 111 II 182; BGE 113 II 127, (Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-118, dn.36).

sonraki kararlarında bu görüşünden dönerek, iflâs hâlinde alacaklının, münferit olarak kendi alacağını talep hakkının bulunmadığını, iflâs masasının hakkını devraldığını, zira iflâs idaresi dava açsaydı münferit alacağına değil tüm alacaklıların hakkına dayanacağını belirtmiş; öte yandan alacaklının İsviçre İcra ve İflâs Kanunu<sup>231</sup> (İsv.İİK) m. 260'a (İİK m. 245) göre dava takip yetkisini devralması hâlinde de kendi alacak hakkını değil iflâs masasının hakkını devraldığını ifade etmiştir.<sup>232</sup> Belirtmek gerekir ki Federal Mahkeme'nin güncel içtihatlarında da *Raschein doktrini* doğrultusunda karar verdiği görülmektedir.<sup>233</sup>

İsviçre Borçlar Kanunu m. 757 hükmünün son fıkrasında da tıpkı TTK m. 556 hükmündeki gibi İsv.İİK m. 260 (İİK m. 245) hükmü saklı tutulmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi, şirket alacaklısının dava hakkı hususunda İsv.İİK m. 260 (İİK m. 245) hükmü uyarınca resmî bir devire gerek olup olmadığı hususunu yoruma açık bırakmıştır.<sup>234</sup> Bununla birlikte yüksek mahkeme, *Raschein doktrini* kabul edildiğinden söz konusu çekince hükmünün, yalnızca tüm alacaklılar topluluğu için tek bir talep hakkı getirme amacını işaret ettiğini, bundan başka bir fonksiyonunun bulunmadığını ifade etmektedir.<sup>235</sup> Öte yandan yüksek mahkeme, ileri sürülen talep bakımından İsv.BK ile

---

<sup>231</sup> Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 11.04.1889, ([https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/11/529\\_488\\_529/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/11/529_488_529/de)).

<sup>232</sup> BGE 117 II 432. Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. Tekinalp, *Sermaye*, N. 16-117ff. Aynı yönde bkz. BGE 142 III 23, E. 4.4, (<https://www.bger.ch/>).

<sup>233</sup> BGer 4A\_425/2015, 10.12.2015, E. 4.4; BGer 4A\_384/2016, 01.02.2017, E. 2.1.2, (<https://www.bger.ch/>). Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. Grieder, *Rechtsnatur*, N. 453, 137, dn.878.

<sup>234</sup> Bu hususta yayımlanmamış kararlar için özellikle bkz. BGer 4A\_384/2016, 01.02.2017, E. 2.1.2, (<https://www.bger.ch/>).

<sup>235</sup> Karar için bkz. BGer 4A\_384/2016, 01.02.2017, E. 2.1.2, (<https://www.bger.ch/>). Aynı yönde bkz. Thomas Jutzi, "Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche," *Gesellschafts und Kapitalmarktrecht (GesKR)*, no. 4 (2014), 512.

İsv.İİK hükümleri arasında bir fark olmadığını, bu nedenle İsv.BK m. 757'nin (TTK m. 556) İsv.İİK m. 260 (İİK m. 245) hükmünün özel bir uygulaması (*lex specialis*) niteliğinde olduğunu, ancak bu hususun ek bir hak bahsetme şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.<sup>236</sup> Bu husus hakkında doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Doktrindeki bir görüş, İsv.BK m. 757 (TTK m. 556) hükmünün, İsv.İİK m. 260 (İİK m. 245) hükmüne göre özel hüküm niteliğinde olduğunu, dolayısıyla konu bağlamında İsv.BK m. 757 hükmünün İsv.İİK m. 260 hükmünü ilga ettiğini belirtmektedir.<sup>237</sup> Öte yandan söz konusu görüşe göre İsv.BK m. 757/3'te (TTK m. 556/3) İsv.İİK m. 260 (İİK m. 245) hükmünün saklı tutulmasının amacı, İsv.BK m. 757/1-2 (TTK m. 556/1-2) hükümlerinde bulunmayan hususlar için bir boşluk bırakmamaktır.<sup>238</sup> Doktrindeki kısmen katıldığımız bir görüşe göre TTK m. 556/3 hükmünün amacı, eğer İİK m. 245'e göre sorumluluk davasını takip yetkisi bir iflâs alacaklısına devredilmişse, dava takip yetkisinin artık bu alacaklıda olduğunu belirtmektir.<sup>239</sup> Eş söyleyişle İİK m. 245 hükmüne göre bir iflâs alacaklısı dava takip yetkisini devralmamışsa, TTK m. 556 hükmündeki şirket alacaklısı ve pay sahibinin dava takip yetkisinden söz edilebilir. Doktrindeki bir diğer görüş ise İİK m. 245 hükmünün saklı tutulmasını gereksiz bulmaktadır.<sup>240</sup> Söz konusu görüşü savunan yazarlardan birine göre alacaklılar, saklı tutulmasa dahi İİK m. 245 hükmüne başvurabilmektedir.<sup>241</sup>

---

<sup>236</sup> BGer 4A\_384/2016, 01.02.2017, E. 2.1.2; BGer 4C.263/2004, 23.05.2005, E. 1.2, (<https://www.bger.ch/>).

<sup>237</sup> Grieder, *Rechtsnatur*, N. 510, 157.

<sup>238</sup> Grieder, *Rechtsnatur*, N. 510, 157.

<sup>239</sup> Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 109-110, 130-131.

<sup>240</sup> Domaniç, *Şirketler*, 647; Kendigelen, *Yenilikler*, 464.

<sup>241</sup> Domaniç, *Şirketler*, 647.



Diğer yazara göre ise, TTK m. 556/2 hükmü İİK m. 245'teki usûlü özel olarak düzenlediğinden, ayrıca İİK m. 245'in saklı tutulmasını gereksiz bulmaktadır.<sup>242</sup> Öte yandan pay sahipleri alacaklı olmadığından zaten İİK m. 245 hükmünden yararlanamazlar.<sup>243</sup> Doktrindeki bir diğer görüş ise, İİK m. 245 hükmünün saklı tutulmasının gereksiz olmadığını<sup>244</sup>, zira TTK m. 556 hükmünün İİK m. 245 hükmünden farklı olarak iflâs idaresinin bir kararına gerek olmaksızın alacaklının dava hakkına sahip olacağını belirtmekte, bununla beraber İİK m. 245 hükmü gereği bir dava takip yetkisinin devri söz konusu ise TTK m. 556 hükmünün uygulanamayacağına işaret etmektedir.<sup>245</sup> Kanımızca söz konusu hüküm, alacaklılar ve pay sahibi yönünden bir ayırım yapmaktadır. Bu bağlamda İİK m. 245 hükmü gereği dava takip yetkisi alacaklılara devredilmişse pay sahibinin dava takip yetkisinden söz edilemez. TTK m. 556/3 hükmünün alacaklılar yönünden amacı ise şirket alacaklılarının dava takip yetkisi devrini İİK m. 245'teki usûle bağlamaktır. Nitekim İİK m. 245 ve TTK m. 556 kapsamındaki alacaklılar şeklinde bir ayırım yapılamaz. Zira ayırım yapılmak istenen her iki alacaklı tipi de müflis şirketin alacaklısı konumundadır.

İkinci alacaklılar toplanmasında alacağın takipsiz bırakılmasına karar verilirse ve İİK m. 245 hükmü gereği bir takip devri gerçekleşmemişse, şirketin zararı için her bir pay sahibi sorumluluk davası açmaya yetkilidir. Pay sahibinin açtığı dava hakkında daha önce yansıma zarar kısmında yaptığımız

---

<sup>242</sup> Kendigelen, *Yenilikler*, 464.

<sup>243</sup> Domaniç, *Şirketler*, 647.

<sup>244</sup> *Tekinalp*, İİK m. 245 hükmünün TTK sisteminde gereksiz olduğu görüşünün ikna edici olmadığını belirterek, özellikle defiler hususunda alacaklının ve iflâs masasının durumlarındaki farklılığa dikkat çekmektedir. Bu hususta bkz. *Tekinalp*, *Sermaye*, N. 16-121ff.

<sup>245</sup> Yasaman, "Sorumluluk," 111.

açıklamalar geçerlidir.<sup>246</sup> Ancak kanımızca burada pay sahibi, münhasır kanunî dava takip yetkisine sahiptir.<sup>247</sup> Nitekim ilk bakışta iflas masasının dava takip yetkisini devretmesi gerektiği<sup>248</sup> aksi halde iflas masasıyla pay sahibinin yarışan dava takip yetkisi olduğu söylenebilse de aslında burada kanunî bir devir söz konusudur. Zira TTK m. 556/2 hükmü gereği iflâs idaresi dava açmadığı hâlde kanunen bir dava takip yetkisinin devri gerçekleşmektedir. Bu bağlamda artık dava takip yetkisi sadece pay sahibine aittir. Ancak dikkat etmek gerekir ki pay sahibinin açacağı davada, ibra tarihinden itibaren kullanılacak altı aylık hak düşürücü süre, uygulama alanı bulmaz.<sup>249</sup> Zira TTK m. 556 hükmünün niteliği gereği pay sahibi, ancak iflâs idaresince davanın takipsiz bırakılmasından sonra bu hakkını kullanabilecektir.

Şirket alacaklılarına tanınan dava yetkinliği hususunda alacağın sıra cetveline kaydedilmesi meselesi oldukça önem arz etmektedir. Zira İİK m. 245'e göre çekişmeli alacağı takip yetkisi, yalnızca alacağı sıra cetveline kaydedilmiş olan alacaklılara aittir.<sup>250</sup> Doktrindeki bir görüşe göre açılan sorumluluk davasında mahkemece şirket alacaklısının, alacaklılık sıfatı da tespit edilmelidir.<sup>251</sup> Kanımızca İİK m. 245 gereği şirket alacaklısı

---

<sup>246</sup> Bkz. II.C

<sup>247</sup> Kanunilik açısından aynı yönde bkz. Grieder, *Rechtsnatur*, N. 532, 163.

<sup>248</sup> Zira İİK m. 245 hükmü gereği çekişmeli bir alacağın dava takip yetkisi devredildiğinde artık iflâs idaresinin dava takip yetkisi söz konusu değildir. Bu yetki, münhasıran alacaklıya aittir. Bu konu hakkında bkz. Saim Üstündağ, *İflâs Hukuku*, (İstanbul: Yaylacık Matbaacılık, 2009), 196.

<sup>249</sup> Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 79, 132.

<sup>250</sup> Kuru, *Konkordato*, 333; Üstündağ, *İflâs*, 192.

<sup>251</sup> Özekes, Seven ve Meriç, şirket alacaklısının alacağı iflâs masasına kaydedilmemişse sorumluluk davası açılmayacağını belirtmektedir. Yazarlar, şirket alacaklısı sıfatını iflâs masasındaki alacak kaydına bağlamakta; aksi durumun iflâs tasfiyesinin niteliğine aykırı olduğunu

da diğer iflâs alacaklıları gibi alacağını sıra cetveline kaydettirmek zorunda olduğundan mahkemece yapılacak iş, öncelikle alacaklının alacağının, kesinleşmiş sıra cetvelinde olup olmadığını kontrol etmek ve buna göre dava takip yetkisini saptamaktır. Şirket alacaklısının alacağı, sıra cetvelinde kaydedilmemişse dava, dava takip yetkisinden yoksunluk sebebiyle usûlden reddedilmelidir (HMK m. 115/2).

Türk Ticaret Kanunu m. 566/2'ye göre açılan davanın sonuçları da İİK m. 245 hükmüyle paraleldir. Zira hükme göre dava, şirket lehine sonuçlanırsa elde edilen meblağ önce dava açan alacaklıların alacağına özgülenir. Kalan meblağ, sermaye payları oranında davacı pay sahiplerine ödendikten sonra artan miktar iflâs masasına aktarılmaktadır.<sup>252</sup> Belirtmek gerekir ki sadece pay sahibi dava açmışsa bu hâlde elde edilen tazminattan, pay sahibine, öncelikle sermayeye katılımı oranında kendi payının ödeneceğini ve artan miktarın iflâs masasına aktarılacağını kabul etmek gerekmektedir.<sup>253</sup>

### C. Basit Tasfiye ve Tasfiyenin Tatili Hâlinde

Şirket malvarlığının adi tasfiye masraflarını karşılamayacağı anlaşılıyorsa iflâs dairesi, basit tasfiyenin uygulanmasına karar verir (İİK m. 218). Öte yandan adi tasfiyeye başlanmış olup da iflâsın açılmasından itibaren altı ay içinde tasfiye bitirilemezse ikinci alacaklılar toplanması da basit tasfiyeye karar verebilir (İİK m. 256).

---

belirtmektedir. Bu hususta bkz. Özkes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 133-134. Ancak bu koşul kabul edildiğinde eserlerinin 130. ve 131. sayfalarında belirttikleri görüşe ters bir durum ortaya çıkmaktadır. Zira şirket alacaklıları da iflâs masasına kaydedildiğinde iflâs alacaklısı niteliğine bürünmektedir. Dolayısıyla iflâs alacaklısı ve şirket alacaklısı ayrımı ortadan kalkmış olmaktadır.

<sup>252</sup> BGer 4C.312/2005, 10.01.2006; BGer 4A\_231/2011, 20.09.2011, (<https://www.bger.ch/>); Kälın, "Rechtsnatur," 140.

<sup>253</sup> Kendigelen, *Yenilikler*, 464, dn.352.

Basit tasfiye, sadeleştirilmiş ve tek elden yönetilen bir tasfiye usûlüdür. Bu bağlamda basit tasfiyede iflâs idaresi, alacaklılar toplanması, iflâs bürosu gibi kurumlar bulunmamakta, bunların yerine yalnızca iflâs dairesi tasfiye için gerekli tüm iş ve işlemleri gerçekleştirmektedir.

Türk Ticaret Kanunu m. 556 hükmü, adi tasfiyeyi esas alarak iflâs idaresinin fonksiyonunu düzenlemiştir. İflâs idaresinin fonksiyonuna ilişkin hükümler, iflâs dairesine kıyas yoluyla uygulanabilecek niteliktedir. Bu bağlamda dava takip yetkisinin öncelikle iflâs dairesinde olduğu düşünülebilir.<sup>254</sup> Zira basit tasfiyede iflâs idaresinin görevlerini, iflâs dairesi yerine getirir.<sup>255</sup> Ancak basit tasfiyede iflâs dairesinin, tasfiye işlerini yürütürken tam bir bağımsızlık içinde olduğu söylenemez.<sup>256</sup> Nitekim nasıl ki iflâs idaresi çekişmeli alacağın takibi hususunda ikinci alacaklılar toplanmasının kararı doğrultusunda hareket etmek zorundaysa iflâs dairesi de, basit tasfiyede masaya ait çekişmeli bir alacağın ileri sürülmesinden tek başına feragat edemez; alacaklıların görüşünü almak zorundadır.<sup>257</sup> Bu bağlamda iflâs dairesi, görüşlerini almak üzere alacaklıları toplantıya çağırarak veya bir sirküler<sup>258</sup> gönderip görüşlerini bildirmelerini isteyerek buna göre karar vermelidir.<sup>259</sup> İflâs masası üzerinde kanunî dava yetkinliğinin iflâs idaresinde olduğu göz önüne alındığında iflâs dairesi, iddianın takibini devralmak isteyen alacaklıya, çekişmeli

<sup>254</sup> Basit tasfiyede gerekli olduğunda davaların, iflâs dairesi tarafından yürütüleceği hakkında bkz. Özkes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 110.

<sup>255</sup> Kuru, *Konkordato*, 364; Üstündağ, *İflâs*, 219.

<sup>256</sup> Üstündağ, *İflâs*, 219.

<sup>257</sup> Üstündağ, *İflâs*, 220; Özkes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 113.

<sup>258</sup> Bu bildirim, Türkiye’de pek başvurulmayan fakat İsviçre’de İsv. İİK m. 255a hükmündeki koşullar çerçevesinde sıklıkla kullanılan sirküler yoluyla gerçekleştirilebilir. İflâs hukukunda sirkülerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Serdar Kale, “İcra ve İflâs Hukukunda Sirküler,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no.1 (2020), 242ff.

<sup>259</sup> Kuru, *Konkordato*, 365, dn.9; Özkes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 113.

hakkın takibi yetkisini devretmelidir. Zira resmî bir kurum olan iflâs dairesinin, dava takip yetkisine sahip olduğu kabul edilemez. Ancak çekişmeli hakkın takibini isteyen hiçbir alacaklı bulunmazsa iflâs dairesi, şekli olarak bu hakkın takibinden feragat etmelidir. Bu hâlde TTK m. 556 hükmü devreye girerek pay sahiplerinin dava yetkinliği söz konusu olacaktır.

İflâs, nihayetinde bir malvarlığının tasfiyesi suretiyle alacaklıların tatmin edilmesi aracıdır. Ancak borçlu, tüm malvarlığını tüketerek tam anlamıyla müflis hâline gelmiş olabilir. Eş söyleyişle müflisin hacze kabil hiçbir malı bulunmayabilir. Bu durumda tasfiye de söz konusu olamaz. Zira tasfiye oldukça emek ve masraf gerektiren bir süreçtir.

İcra ve İflâs Kanunu m. 217 hükmü, müflisin hiçbir malvarlığının bulunmaması hâlinde tasfiyenin tatil edileceğini<sup>260</sup>, ardından tatil kararının ilân edilerek alacaklılar tarafından tasfiye masraflarının karşılanmaması hâlinde otuz gün içinde iflasın kapatılacağını belirtmektedir.

İflâsın kapatılmasından önceki ara bir dönem olarak nitelendirebileceğimiz tasfiyenin tatili hâlinde de iflâs idaresi oluşamaz. Zira iflâs masasının teşkilinden sonra iflâs dairesi, tasfiye türünü belirlemektedir (İİK m. 218/1). Ancak bu hâlde ortada tasfiye edilecek bir mal bulunmadığından tasfiye türünü belirlemeye dahi gerek yoktur.

Tasfiye gerçekleşmese dahi iflâs açılmış ve iflâsa bağlanan sonuçlar doğmuştur. Dolayısıyla masa, iflâs dairesince idare edilmektedir. Bu noktada şirketin zararını talep hakkı da bir alacak hakkı niteliğinde olduğundan eğer bu hakkın yerine getirilmesi sonucunda tasfiye masraflarını karşılayacak miktarda tazminat alınacaksa tasfiyenin tatili söz konusu

---

<sup>260</sup> Ali Fuat Çiçekli, "İflâs Tasfiyesinin Tatili," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 13, no. 52 (2022), 127ff.

olamaz.<sup>261</sup> Bu noktada böyle bir iddiayı ileri süren alacaklılar, otuz gün içinde masraflarını ödeyerek tasfiyenin devamını sağlayabileceği gibi iflâs dairesi de böyle bir alacak hakkının varlığını öğrendiğinde tasfiyenin tatili şartlarının mevcut olup olmadığını resen saptamak zorunda olduğundan<sup>262</sup> basit tasfiyede olduğu gibi tespit edilebilen alacaklıları bilgilendirerek iddianın takibini devralmak isteyen alacaklıya, çekişmeli hakkın takibi yetkisini devredebilir.<sup>263</sup> Ancak çekişmeli hakkın takibini isteyen hiçbir alacaklı bulunamazsa iflâs dairesi, tasfiyenin tatiline karar verip bu kararı ilan etmek zorundadır. Son olarak belirtmek gerekir ki, tasfiyenin tatil edilmesi kararının iflâs masasının çekişmeli hakkın takibinden feragat etmesi niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekmektedir.<sup>264</sup> Bu itibarla tasfiyenin tatili kararıyla birlikte pay sahibinin dava yetkini olduğu söylenebilir.

#### **IV. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASINDAN DOĞAN SORUMLULUK DAVASINDA DOĞRUDAN VE YANSIMA ZARAR**

##### **A. Genel Olarak**

Şirketler hukukunda hâkimiyet kavramı, bir ticaret şirketi veya işletmenin, başka bir şirket veya işletmeyi çeşitli araçlar vasıtasıyla kendi isteği doğrultusunda kontrol edebilmesini

<sup>261</sup> Çiçekli, "Tasfiye," 135-136.

<sup>262</sup> Zira masaya ait herhangi bir iptal davası hakkı varsa, masada hiçbir mal bulunmamış olması şartı gerçekleşmez. Bu konu hakkında bkz. Üstündağ, *İflâs*, 135, dn.114b. Bu bağlamda masaya ait çekişmeli bir hakkın varlığı söz konusu olduğunda da aynı durumun gerçekleşeceğini kabul etmek gerekmektedir. Ayrıca bkz. Çiçekli, "Tasfiye," 131ff.

<sup>263</sup> Ayrıca bkz. Çiçekli, "Tasfiye," 136.

<sup>264</sup> Grieder, *Rechtsnatur*, N. 507, 156.

ifade etmektedir.<sup>265</sup> Eş söyleyişle hâkimiyet, hâkim-bağlı şirket ilişkisi içerisindeki tek elden bir üst yönetimi öngörmektedir.<sup>266</sup>

Hâkimiyet ilişkisi içindeki şirketler arasında bir yönetim organizasyonu söz konusu olduğundan hâkim şirket, bağlı şirketi kendi şirket politikaları çerçevesinde yönetebilir. Ancak bu yönetim, hukuka uygun olmalıdır.<sup>267</sup> Zira şirketler hukukunun amacı doğrultusunda ayrı bir tüzel kişilik olan şirket, bağlı da olsa ekonomik ve hukukî varlığını sürdürebilmelidir. Bu doğrultuda TTK m. 201/1 hükmünde hâkim şirketin, hâkimiyetini, bağlı şirketi kayba uğratabileceği şekilde kullanamayacağı temel bir ilke olarak düzenlenmiştir.<sup>268</sup>

Hâkimiyetin kötüye kullanılması, bağlı şirketin zararına sebep olduğu takdirde pay sahiplerinin ve bağlı şirket alacaklılarının yansıma zarar göreceği açıktır. TTK m. 202 ve 206 hükmünde bu hususta belli olasılıklar öngörülerek zararın giderilmesi için birtakım imkânlar düzenlenmiştir.

---

<sup>265</sup> Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, N. 2011; Zühtü Aytaç, "Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 29, no. 4 (Aralık 2013), 14. Hâkimiyet kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Murat Can Atakan, *Şirketler Topluluğunda Hâkimiyet*, (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2021), 43ff.; Güray Özsu, *Ekonomik Bir Bütünlük Olarak Şirketler Topluluğunda Hukuki Sorumluluk*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 28ff.

<sup>266</sup> Aytaç, "Hakimiyet," 15; Atakan, *Hâkimiyet*, 44-45.

<sup>267</sup> Aytaç, "Hakimiyet," 22.

<sup>268</sup> Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, N. 2130; Tekinalp, *Sermaye*, N. 23-88.

## B. Doğrudan ve Yansıma Zarar Ayrımının Tazminat Davasına Etkisi

Hâkimiyetin kötüye kullanılmasının çeşitli görünüm biçimleri TTK m. 202/1-a hükmünde düzenlenmiştir. Hükme göre hâkim şirket, bağlı şirketi "...iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukukî işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını aynı veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez...". Dolayısıyla hâkim şirket, hâkimiyet kudretini, bağlı şirketin zararı şeklinde yansıyan "*kaybına*" neden olacak biçimde kullanamaz.<sup>269</sup> Dikkat etmek gerekir ki hükümde geçen "*özellikle*" ifadesinden anılan olguların sınırlı sayıda olmadığı sonucu çıkarılabilir.<sup>270</sup> Bu bağlamda hâkim şirket, hukuka aykırı yönetimin meydana getirdiği tüm zararlardan sorumludur.

Hâkim şirket ve bağlı şirket arasındaki yönetim ilişkisi, kâr ve zarar dengesi özelinde değerlendirilebilir. Başka bir anlatımla yönetim organizasyonu çatısı altında telafi etmek kaydıyla daha çok kâr elde etmek veya zararın büyümesini önlemek için hâkim şirket, bağlı şirketin zararına birtakım işlemlerde bulunabilir. Bu bağlamda Kanun, zararın öncelikle yönetim organizasyonu çerçevesinde giderilmesini amaçlayarak "*denkleştirme*" kurumunu düzenlemiştir. Denkleştirme, hâkim şirketçe neden

<sup>269</sup> Ersin Çamoğlu, "Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları," *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (Temmuz 2013), 20.

<sup>270</sup> Aytaç, "Hakimiyet," 23; Çamoğlu, "Sorumluluk," 21.



olunan kaybın değer itibarıyla giderilmesidir.<sup>271</sup> TTK m. 202/1-a hükmünün son cümlesinde bağlı şirketin kaybının, gerçekleştiği faaliyet yılı içerisinde fiilen denkleştirilmesini veya nasıl ve ne zaman denkleştirileceğini belirtmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete denk değerinde bir istem hakkı tanınması gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu hâlde, denkleştirme yapıncaya kadar “askıda hukuka aykırılık” durumu söz konusudur.<sup>272</sup>

Kayıp kavramı, zarar kavramından daha geniş kapsamda ve anlamdadır.<sup>273</sup> Nitekim kayıp, her zaman zarar şeklinde ortaya çıkmaz; kaybedilen bir fırsata ihtiyaç duyulduğunda onun yokluğu da kayıp kapsamında değerlendirilir.<sup>274</sup> TTK anlamında kaybın doğması için, kusur şart olmadığı gibi salt hâkim şirketin bağlı şirketi yöneltmesi olgusunun varlığı yeterlidir.<sup>275</sup> Ancak belirtmek gerekir ki tazminat davası açılmasında kaybın, zarar olarak teşekkül etmesi şarttır.<sup>276</sup> Söz gelimi bağlı şirket, yüksek riskli bir işe karşılığı olmadan hâkim şirketin müdahalesiyle girmişse, işin sonucu olumlu olup kâr getirirse bile üstlenilen riskin maddî karşılığı kayıp olarak nitelendirilir.<sup>277</sup> Bu halde kayıp söz konusudur ancak zarar mevcut olmadığı için denkleştirme yapılsa dahi tazminat davası açılmaz. Ancak

---

<sup>271</sup> Tekinalp, *Sermaye*, N. 23-94; Kürşat Göktürk, *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 159. Denkleştirme biçimleri hakkında bkz. Aytaç, “Hakimiyet,” 33ff.

<sup>272</sup> Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, N. 2140; Aytaç, “Hakimiyet,” 24.

<sup>273</sup> TTK m. 202 gerekçesi. Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, N. 2133; Aytaç, “Hakimiyet,” 25; Çamoğlu, “Sorumluluk,” 22; Atakan, *Hâkimiyet*, 272.

<sup>274</sup> Tekinalp, *Sermaye*, N. 23-92; Aytaç, “Hakimiyet,” 25; Çamoğlu, “Sorumluluk,” 22; Göktürk, *Sorumluluk*, 144; Atakan, *Hâkimiyet*, 273.

<sup>275</sup> Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, N. 2140.

<sup>276</sup> Tekinalp, *Sermaye*, N. 23-101.

<sup>277</sup> Göktürk, *Sorumluluk*, 144.

tazminat davası açılması hâlinde zarar her hâlde kayıptan fazladır.<sup>278</sup> Zira son denkleştirme tarihinden sonraki kanunî faizle diğer zararlar da toplam zarara eklenmektedir.<sup>279</sup>

Doktrinde kayıp, malvarlığı azalması veya artmasının engellenmesi; kârlılığın azalması, bir fırsatın veya bir işi başarabilme imkânının kaybedilmesi olarak örneklendirilmektedir.<sup>280</sup> Kaybın denkleştirmeye uygun nitelikte olması şarttır.<sup>281</sup> Bu bağlamda doğrudan ve yansıma zarar anlamındaki kayıptan, hâkim şirketin hukuka aykırı fiili dolayısıyla bağlı şirketin malvarlığında meydana gelen azalma anlaşılmalıdır. Nitekim denkleştirme yapılmadığında hukuka aykırılığın tüm sonuçları doğmakta ve bu sonuç kendisini, pay sahibinin ve alacaklıların tazminat hakkı ve eş değer diğer çözümler şeklinde göstermektedir.<sup>282</sup> Dikkat etmek gerekir ki pay sahibi yalnızca kısmî hâkimiyette, alacaklı ise hem kısmî hem tam hâkimiyette tazminat davası açmak hakkına sahiptir.<sup>283</sup> Zira tam hâkimiyette hâkim şirket dışında pay sahibi olmadığı için, pay sahibinin dava hakkına sahip olması düşünülemez. Zira aksi kabul edildiğinde kayba sebep olan hâkim şirketin, kendisinden tazminat talep etmesi gibi bir durum ortaya çıkacaktır.<sup>284</sup>

Usûlüne uygun olarak denkleştirme yapılmadığı takdirde bağlı şirketin pay sahibi, hâkim şirketten ve onun, kayba sebep olan yönetim kurulu üyelerinden, şirketin zararının tazminini

<sup>278</sup> Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, N. 2173.

<sup>279</sup> Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, N. 2173.

<sup>280</sup> Göktürk, *Sorumluluk*, 138. Diğer hâller hakkında bkz. Tekinalp, *Sermaye*, N. 23-93; Atakan, *Hâkimiyet*, 272ff.; Özsü, *Sorumluluk*, 95.

<sup>281</sup> Göktürk, *Sorumluluk*, 139.

<sup>282</sup> Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, N. 2148.

<sup>283</sup> Aytaç, "Hakimiyet," 38. Karş. Tekinalp, *Sermaye*, N. 23-148.

<sup>284</sup> Aytaç, "Hakimiyet," 38, dn.63.

isteyebilmektedir (TTK m. 202/1-b). Bu bağlamda pay sahiplerinin, kanunî dava yetkini olduğu söylenebilir. Belirtmek gerekir ki bağlı şirketin tazminat davası açma hakkı doğal olarak mevcuttur.<sup>285</sup> Kanunda açıkça düzenlenmemesi sebebiyle bağlı şirket, bu haktan yoksun bırakılamaz.<sup>286</sup> Nitekim hükümde bu hakkın düzenlenmeme sebebi, bağlı şirket yönetim kurulunu dava açmak yükümlülüğünden kurtararak bu organın hâkim şirketle farklı düşünce ve istekler çerçevesinde zıt birlikler oluşturması tehlikesine ve bunun neticelerine karşı bağlı şirketi korumaktır.<sup>287</sup> Dolayısıyla bağlı şirketin de dava takip yetkisine sahip olduğu göz önüne alındığında pay sahibi, yarışan dava takip yetkisiyle donatılmıştır.

Doktrinde *Tekinalp*, pay sahibinin açacağı davayı, “*alternatif çözümlü tazminat davası*” olarak adlandırmaktadır.<sup>288</sup> Zira bu dava açıldığında somut olay adaleti gerektiriyorsa mahkeme, talep üzerine veya resen tazminat yerine pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar

---

<sup>285</sup> Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, N. 2166. Aksi yönde bkz. Özekes, Seven ve Meriç, *Sorumluluk*, 103-104. Özekes, Seven ve Meriç, hükmün gerekçesinden yola çıkarak dava takip yetkisinin bağlı şirkete tanınmamasını “*hukukî gerçekçiliğe*” dayandırmıştır. Nitekim hükmün gerekçesinde de bağlı şirkete dava hakkı tanınmadığı belirtilmiştir. Bkz. TTK m. 202 gerekçesi. Fakat kanımızca dava takip yetkisinin kural olarak maddî hukuk anlamında hak sahibine ait olduğu, aksinin ise ancak kanunî düzenlemeyle mümkün olabileceği göz önüne alındığında, kanunda açıkça bir düzenleme bulunmadıkça bağlı şirketin dava takip yetkisi kaldırılamaz. Hükmün gerekçesi, yorum araçlarından biridir; kanun hükmünde değerlendirilemez.

<sup>286</sup> Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, N. 2166; Göktürk, *Sorumluluk*, 210-211.

<sup>287</sup> Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, N. 2166.

<sup>288</sup> Tekinalp, *Sermaye*, N. 23-101; Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, N. 2161, 2167.

verebilmektedir (TTK m. 202/1-b). Şirket alacaklılarının açacağı davada ise alternatif çözüm mevcut değildir.<sup>289</sup> Zira alacaklıların satın alınacak bir payları yoktur ve duruma uygun herhangi bir çözümün benimsenmesi de işin niteliğine uygun düşmez.<sup>290</sup> Nitekim alacaklının bu konu hakkındaki tek menfaati alacağına kavuşmaktır.

Doktrinde kabul gören görüşe göre davaya, fiilî hâkimiyet hâlinde bağlı şirket pay sahipleri ve hâkim şirket yönetim kurulu üyeleri arasında hukukî bir ilişkinin mevcut olmaması ve davanın temelinin haksız fiile dayanması sebebiyle haksız fiil hükümleri (TBK m. 49 vd.) uygulanır.<sup>291</sup> Ancak hâkim şirketle bağlı şirket arasında bir hâkimiyet sözleşmesi söz konusuysa zarar, sözleşmeden doğar.<sup>292</sup> Bu bağlamda hukuka aykırılık (kayıp olmasına rağmen usûlüne uygun denkleştirme yapılmaması), fiil, kusur, uygun illiyet bağı ve zarar unsurlarının mevcut bulunması gerekmektedir. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise davaya haksız fiil hükümleri değil TTK'nin şirketler topluluğu için düzenlediği hükümler uygulanmalıdır.<sup>293</sup> Zira haksız fiil hükümleriyle şirketler topluluğuna ilişkin hükümler, birbirinden farklı sonuçlar doğurabilmektedir.<sup>294</sup> Dolayısıyla haksız fiil hükümleri uygulandığında kendisine dava hakkı tanınan birden fazla kimse olacağından, bu hâlde aynı alacak için birbirinden farklı ve çelişkili hukukî sonuçların doğması söz konusu olacaktır.<sup>295</sup>

---

<sup>289</sup> Tekinalp, *Sermaye*, N. 23-120.

<sup>290</sup> Tekinalp, *Sermaye*, N. 23-120.

<sup>291</sup> Tekinalp, *Sermaye*, N. 23-102; Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, N. 2167; Çamoğlu, "Sorumluluk," 23.

<sup>292</sup> Tekinalp, *Sermaye*, N. 23-102; Çamoğlu, "Sorumluluk," 23.

<sup>293</sup> Göktürk, *Sorumluluk*, 213.

<sup>294</sup> Göktürk, *Sorumluluk*, 213.

<sup>295</sup> Göktürk, *Sorumluluk*, 213.

Davalı hâkim şirket olmakla birlikte kayba sebebiyet veren yönetim kurulu üyelerine hâkim şirket yanında husumet yöneltilebilir.<sup>296</sup> Bununla birlikte yönetim kurulu üyeleri kapsamına TTK m. 553 hükmü göz önüne alınarak yöneticileri de dâhil etmek gerekmektedir.<sup>297</sup>

Türk Ticaret Kanunu m. 556 hükmünden farklı olarak TTK m. 202/1-c ve tam hâkimiyette (TTK m. 203)<sup>298</sup> TTK m. 206 hükmünde, bağlı şirket alacaklılarının, şirketin iflâsı koşulu aranmaksızın şirketin zararını dava hakkı olduğu belirtilmiştir. Buna göre alacaklının, şirketin zararını talep hakkında kanunî dava yetkinliği söz konusudur. Ancak burada iflâs koşulu aranmaması dolayısıyla bir sıra cetveline kayıt söz konusu değildir. Bu bağlamda dava takip yetkisi dava şartı olduğundan mahkeme, öncelikle alacaklılık sıfatını tespit etmelidir.

Türk Ticaret Kanunu m. 202/2 hükmünde, hâkim şirketin bağlı şirket üzerinde gerçekleştirdiği bazı işlemlere muhalif olan pay sahiplerine çeşitli imkânlar tanınmaktadır.<sup>299</sup> Belirtmek gerekir ki bu imkânlar, bir başka yönüyle, hâkimiyet olgusu karşısında azınlıkta kalan pay sahiplerinin şirketten ayrılmasına zemin sağlamaktadır<sup>300</sup>. Hükme göre hâkim şirketin, hâkimiyetini kullanılarak, bağlı şirket açısından haklı bir nedeni olmayan birleşme, bölünme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sermaye değişikliği gibi işlemlerine karşı pay

---

<sup>296</sup> Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, N. 2166-c4; Göktürk, *Sorumluluk*, 221ff.

<sup>297</sup> Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, N. 2174-c4. Ayrıca bkz. TTK m. 202/1-e.

<sup>298</sup> Tam hâkimiyetin en önemli özelliği, hâkim şirketin bağlı şirkete talimat verme yetkisinin bulunmasıdır. Dolayısıyla sorumluluk rejimi de bu husus göz önüne alınarak belirlenmiştir. Bu hususta bkz. Aytaç, "Hakimiyet," 18.

<sup>299</sup> TTK m. 202/2'nin, TTK m. 193/1 hükmünün mevcudiyeti karşısında pay sahiplerine ilave bir koruma sağlamadığı ve ilga edilmesi gerektiği hakkında bkz. Gürel, "Bağlı Şirket," 234ff.

<sup>300</sup> TTK m. 202/2 gerekçesi.

sahipleri, genel kurul kararına ret oyu verip tutanağa geçirtmek veya yönetim kurulunun bu ve benzeri hususlardaki kararlarına yazılı olarak itiraz etmek şartıyla hâkim şirketten, zararlarının tazminini veya paylarının kıymetini mümkünse en az borsa değeriyle, mümkün değilse ya da borsa değeri hakkaniyete uygun nitelikte değilse genelgeçer bir değerlendirme yöntemiyle belirlenecek bir değerle satın alınmasını talep edebilir (TTK m. 202/2). TTK m. 202/2’de belirtilen zarar kavramından doğrudan mı yoksa yansıma zararların tazmininin mi istenebileceği anlaşılammaktadır. Belirtmek gerekir ki öncelikle hüküm, doğrudan pay sahibine yönelik düzenlenmiştir. Bu bağlamda tazminat davasında bedel, şirkete değil, pay sahibine ödenecektir.<sup>301</sup> Zira TTK m. 202/2 hükmünde belirtilen zararın, şirketin zararı olduğu kabul edilecek olursa, söz konusu hükmün TTK m. 201/1-b hükmünden bir farkı kalmayacaktır.<sup>302</sup> Bu itibarla kanımızca, kanun koyucunun TTK m. 202/2 hükmünü düzenlemesinin amacı, TTK m. 201/1-b’den farklı olarak pay sahiplerinin doğrudan zararını gidermektir. Öte yandan hüküm şu şekilde de yorumlanmaya müsaittir. Şöyle ki, hükümde şirketin zararını içeren bir ifade bulunmamakla birlikte pay sahibinin, doğrudan zararının yanında şirketin zararı nedeniyle yansıma zarara da uğrayabileceği kabul edilebilir.<sup>303</sup> Böyle bir yorum yapıldığında pay sahibinin, gerek doğrudan zararının gerekse de yansıma zararının giderilmesini,

---

<sup>301</sup> Aytaç, “Hakimiyet,” 41; Göktürk, *Sorumluluk*, 413; Gürel, “Bağlı Şirket,” 227; Özsu, *Sorumluluk*, 117. Söz konusu zararın bağlı şirketin zararı olduğu ve tazminatın da bağlı şirkete ödenmesi gerektiği yönünde bkz. Atakan, *Hâkimiyet*, 285.

<sup>302</sup> Aytaç, “Hakimiyet,” 41.

<sup>303</sup> Nitekim *Tekinalp*, hükmün uygulanabilmesi için, hâkim şirket tarafından gerçekleştirilecek işlemle pay sahiplerine doğrudan veya dolaylı olarak zarar verilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bu hususta bkz. *Tekinalp*, *Sermaye*, N. 23-131. Aynı yönde bkz. Göktürk, *Sorumluluk*, 413.

kendisine tazminat ödenmek suretiyle talep edebileceği kabul edilmelidir.<sup>304</sup> Dolayısıyla kanımızca bu hâlde, TTK m. 202/2 hükmü, yansıma zararın tazmin edilemeyeceğine ilişkin kurala istisna getiren bir hüküm niteliğine bürünmektedir.<sup>305</sup> Zira tazminat, şirkete değil de pay sahibine ödenecekse burada, şirketin hakkının takibi için verilen bir dava takip yetkisinden değil, pay sahibinin doğrudan kendi alacak hakkına dayanan bir talebinden söz edilmelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki TTK m. 202/2 hükmünde kanunun açık hükmü gereği husumet yalnızca hâkim şirkete yöneltilir.<sup>306</sup> Bu itibarla TTK m. 202/2 hükmü özelinde hâkim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilemez.

Doktrinde, bağlı şirketin, işini, malvarlığının bir kısmını veya tamamını, personelini diğer bir bağlı şirket veya hâkim şirkete devretmesi<sup>307</sup> ya da borç üstlenmesi; grup şirketleri arasındaki hisse satışlarının örtülü kazanç aktarımı niteliğinde olması<sup>308</sup>; kârını azaltıcı işlemler yapılması; diğer bağlı şirket veya hâkim şirket lehine olarak malvarlığı üzerinde rehin, ipotek konulması ya da diğer aynî ve kişisel kısıtlamalar getirilmesini kabul etmesi; hâkim şirket veya diğer bağlı şirket adına kefalet,

---

<sup>304</sup> Göktürk, *Sorumluluk*, 413.

<sup>305</sup> Yansıma zararın, ancak açık bir kanunî düzenleme bulunuyorsa tazmin edilebileceği hakkında bkz. I.C.

<sup>306</sup> Aytaç, "Hakimiyet," 40-41; Özsu, *Sorumluluk*, 117.

<sup>307</sup> "...dosya içerisinde bulunan ve SPK raporlarına göre hazırlanan bilirkişi raporunda, davacının hisse sahibi olduğu ... Sportif Yatırımlar ve Futbol İşletmeciliği Tic. A.Ş.'nin davalı hakim ortak ... Futbol İşletmeciliği Tic. A.Ş.'ye örtülü kazanç aktardığı ve bu şekilde şirket hisse değerlerinin azaltılarak yatırımcıların zarara uğratıldığı, yine ... Sportif Yatırımlar ve Futbol İşletmeciliği Tic. A.Ş.'nin basiretsiz ve kötü yönetildiği için davacının zarara uğradığı tespit edilmiştir...", Yar. 11. HD, E.2015/12195, K.2017/415, 23.1.2017, (Lexpera).

<sup>308</sup> Yasaman, *Şirketler*, 325ff.

garanti aval vermesi veya sebepsiz yere bono ya da çekin ciro zincirinde yer alarak sorumluluk alması; başka bir şirket yararına kendi üretim, satış vb. hacmini arttırmaması, yatırım yapmaması; diğer şirket lehine gelişmesini sağlayacak faaliyetlerde bulunmaması, hâkim şirketin hâkimiyetini kötüye kullanmasına örnek olarak gösterilmektedir.<sup>309</sup>

## SONUÇ

Ticaret hukuku doktrini ve uygulamasında pay sahibi ve alacaklının, şirketin zararı dolayısıyla maruz kaldığı zarara dolaylı zarar denilmektedir. Ancak bu hususta doğru kavram, yansıma zarardır. Zira pay sahibi ve alacaklı, doğrudan hukuka aykırı fiilin muhatabı olan şirketten ayrı, ancak muhatap olmamasına rağmen fiil sonucu zarar gören üçüncü kişilerdir.

Türk Ticaret Kanunu m. 553'teki dava hakkı, hükümdeki kimselerin doğrudan doğruya kendilerine ait maddî hukuktan kaynaklanan haklarına dayanmaktadır. TTK m. 555 hükmünde belirtilen dava hakkı ise, şirketin maddî hukuktaki hakkından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla pay sahibi yansıma zararını değil, şirketin zararını talep etmektedir. Bu itibarla dava takip yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda zararın, doğrudan, dolaylı veya yansıma nitelikte olması önem arz etmemektedir. Eş söyleyişle bir kişiye, hiçbir zararı olmasa dahi eğer kanun tarafından dava takip yetkisi verilmişse, o kişi hak sahibinin hakkını usûlî anlamda takip edebilecektir.

Pay sahibinin dava takip yetkisi potansiyel nitelikte olduğundan, dava açıldığında diğer pay sahiplerinin dava takip yetkisi ortadan kalkmalıdır. Ancak şirketin dava takip yetkisi potansiyel değil açık nitelikte olduğundan pay sahibinin açtığı dava hukukî yarar yokluğundan reddedilmeye mahkûmdur. Bu hususta yalnızca hakkın kötüye kullanılması yoluyla şirketin

---

<sup>309</sup> Örnekler için bkz. Tekinalp, Poroy ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II*, N. 2126.



dava açması engellenebilse de bu olgu oldukça sınırlıdır. Dolayısıyla pay sahibinin dava açması hâlinde şirketin dava hakkının kanunî bir düzenlemeyle engellenmesi yerinde olur. Kesin hüküm noktasında da doktrinde, pay sahibinin açtığı davada verilen kesin hükmün, hak sahibi olan şirketin lehine ise şirketi bağlayacağı aleyhine ise bağlamayacağı belirtilmektedir. Kanımızca HMK m. 303/1'in açık ifadesi gereği tarafların farklı olması durumunda kesin hüküm etkisinin söz konusu olmayacağı ifade edildiğinden, bu konuda yapılacak kanunî bir düzenlemeyle pay sahibi ve şirketin açacakları davada, birbirlerine karşı kesin hüküm etkisinin tanınması isabetli olur.

Türk Ticaret Kanunu m. 556 hükmünde dava hakkı, şirketin iflâs etmesiyle başka bir niteliğe bürünmektedir. Bu hâlde şirketin yerine iflâs masası devreye girmekte, tasfiye sürecine göre iflâs idaresi veya iflâs alacaklıları dava hakkını kullanmaktadır. Zira her ne kadar taraf ve dava ehliyetine sahip olsa da şirketin malvarlığı üzerindeki dava takip yetkisi, İİK m. 191 hükmü gereği ortadan kalkmaktadır. TTK m. 556 hükmünün İİK m. 245 hükmünü saklı tutmasının bir neticesi olarak eğer iflâs masası ve alacaklılar, yönetim kuruluna karşı dava açmazsa, bu defa pay sahibinin dava takip yetkisi vücut bulmaktadır. Nihayetinde hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması hâlinde hâkim şirket yönetim kuruluna açılacak sorumluluk davalarında da TTK m. 202/1-e hükmü gereği, pay sahipleri ve alacaklıların dava takip yetkisi söz konusudur. Bu bağlamda bağlı şirketin zararı, şirketin yanı sıra pay sahipleri ve alacaklılar tarafından da dava edilebilmektedir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author received no financial support for this study.

**Conflict of Interest:** There is no conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

---

## KAYNAKÇA

- Akil, Cenk. "Dava Yetkinliği." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 9, no. 36 (Ekim 2018): 1-20.
- Alangoya, Yavuz, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım. *Medenî Usul Hukuku Esasları*. İstanbul: Beta Yayınları, 2009.
- Ansay, Tuğrul. *Anonim Şirketler Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1982.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Atakan, Murat Can. *Şirketler Topluluğunda Hâkimiyet*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2021.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Ayhan, Rıza, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Aytaç, Zühtü. "Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 29, no. 4 (Aralık 2013): 5-56.
- Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2019.
- Blomeyer, Arwed. *Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren*. Berlin: Springer Verlag, 1963.
- Bozkurt, Tamer. "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Genel Kurul Kararı Şartı ve TMSF'ye Devredilen Şirketlerde Durum." Editör Alper Uyumaz, Mehmet Akçaal ve Ebru Tüzemen Atik. *Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Özel Hukuk Tebliğleri Tam Metin Kitabı*, Ankara: Nobel Yayınları, 2020: 427-458.

- Bozkurt, Tamer. "Türk Ticaret Kanunu ve Tasarısı Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu: Üyelerin Özellikle Doğrudan Doğruya Verdikleri Zararlardan Doğan Sorumlulukları ve Yargı Uygulaması." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 83 (2009): 155-188.
- Bozkurt, Tamer. *Şirketler Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Börü, Levent. "Sıfat ve Dava Takip Yetkisi." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 27, no. 3 (2011): 249-278.
- Budak, Ali Cem ve Karaaslan, Varol. *Medenî Usul Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Can, Mehmet Çelebi. "Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m. 1534'ün Etkisi." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. 4 (2017), 3-32.
- Caspar von der Crone, Hans, Antonio Carbonara ve Silvia Hunziker. *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2006.
- Çamoğlu, Ersin. "Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (Temmuz 2013): 19-33.
- Çamoğlu, Ersin. *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Çevik, Orhan Nuri. *Uygulamada Şirketler Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.
- Çiçekli, Ali Fuat. "İflâs Tasfiyesinin Tatili." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 13, no. 52 (2022): 125-158.
- De Boor, Hans Otto ve Günther Erkel. *Zivilprozeßrecht*. Wiesbaden: Springer Verlag, 1961.

- Dinç, Serhan. "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluk Hâlleri." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 4 (2016): 139-175.
- Dişel, Buse. *Dava Takip Yetkisi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Doğrusöz Koşut, Hanife. *Şirketler Hukuku*. Editör Sami Karahan. Konya: Mimoza Yayıncılık, 2013.
- Domaniç, Hayri. *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi II*. İstanbul: Temel Yayınları, 1988.
- Eminoğlu, Cafer ve Çakır, Fatma Betül. "Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 3 (2014): 277-298.
- Eren, Fikret. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Ergün, Mevci. *Anonim Şirketler Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Goldschmit, James. *Zivilprozessrecht*. Berlin-Heidelberg: Springer Verlag, 1929.
- Göktürk, Kürşat. *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Grieder, David. *Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.
- Güney, Necla Akdağ. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Gürel, Murat. "Bağlı Şirket Genel Kurulunda Alınan Yapısal Değişiklik Kararları Nedeniyle Hâkim Şirketin Sorumluluğuna İlişkin TTK Madde 202.2'nin Gerekliliği Üzerine." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 32, no. 2 (2016): 211-239.

- Helvacı, Mehmet. *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayınları, 2001.
- İmregün, Oğuz. *Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996.
- İzmirli, Yadigar. "Şirketler Hukukunda Sorumluluk İlişkileri ve Anonim Şirketlerde Sınırlı Sorumluluk." *Mevzuat Dergisi* 3, no. 33 (Eylül 2000).
- Jutzi, Thomas. "Vergleiche über GmbH- und aktienrechtliche Ansprüche." *Gesellschafts und Kapitalmarktrecht (GesKR)*, no. 4 (2014): 500-512.
- Kale, Serdar. "İcra ve İflâs Hukukunda Sirküler." *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no.1 (2020): 239-250.
- Kälin, Oliver. "Und nochmals: Zur Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche." *AJP/PJA*, no. 2 (2016): 135-144.
- Karaman Coşgun, Özlem. *Şirketler Hukuku*. Editör Sami Karahan. Konya: Mimoza Yayıncılık, 2013.
- Karslı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Kendigelen, Abuzer. *Hukukî Mütâalalar (Mahkeme Kararları ile Birlikte) Cilt XI: 2010-2011*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013.
- Kendigelen, Abuzer. *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Köroğlu, Anıl. "Pay Sahibi Tarafından Açılan Sorumluluk Davasında Yargılama Giderlerinin Pay Sahibi İle Şirket Arasında Paylaşılması (Medenî Usûl Hukuku Kapsamında Bir İnceleme)." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 9, no. 17 (Haziran 2021): 355-382.

- Kuru, Baki. *İflâs ve Konkordato Hukuku*. İstanbul: Evrim Basım Yayın, 1988.
- Nussbaumer, André. "Schaden als Voraussetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen." *Insolvenz- und Wirtschaftsrecht*, no. 2 (2001): 59-62.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Özekes, Muhammet, Vural Seven ve Nedim Meriç. *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m. 549 vd.)*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- Özel, Çağlar. "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 4 (2001): 81-106.
- Özmumcu, Seda. *Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Ön Sorun*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.
- Özsu, Güray. *Ekonomik Bir Bütünlük Olarak Şirketler Topluluğunda Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Paulus, Christoph G. *Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht*. Berlin-Heidelberg: Springer Verlag, 2017.
- Pehlivanoğlu, Murat Can. "Pay Sahiplerinin Manevi Tazminat Hakkı ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 38, no. 2 (2022): 199-226.
- Pekcanitez, Hakan ve Nedim Meriç. *Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Postacıoğlu, İlhan E. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1975.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt IV*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

- Schellhammer, Kurt. *Zivilprozess Gesetz-Praxis-Fälle*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2020.
- Simil, Cemil. *Belirsiz Alacak Davası*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2013.
- Şener, Oruç Hami. *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Seçkin Yayınları, 2019.
- Şener, Oruç Hami. *Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- Tandoğan, Halûk. *Türk Mes'uliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku Cilt I*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Tekinay, S. Sulhi, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atila Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Üstündağ, Saim. *İflâs Hukuku*. İstanbul: Yaylacık Matbaacılık, 2009.
- Yasaman, Hamdi. "Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (Temmuz 2013): 97-112.
- Yasaman, Hamdi. *Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler Mütâalalar Bilirkişi Raporları Cilt II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.



# DENEME SÜRESİ İÇİNDE İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKININ İŞVEREN YÖNÜNDEN SINIRLARI \*

*Limits of Termination the Employment Contract by  
the Employer during the Probationary Period*

**Burcu EZER\*\***

## Öz

İş sözleşmelerinin işçi ve işveren arasında sürekli ve güvene dayalı kişisel ilişkiler kurmasının bir sonucu olarak, tarafların birbirlerini daha iyi tanıyabilmek ve işçinin işe, işyerine ve çalışma ortamına olan yatkınlığını ölçmek adına iş sözleşmesinde deneme süresi kararlılıklarını mümkün kılabilir. Bu imkân doğrultusunda taraflara deneme süresi içinde veya sonunda iş sözleşmesini bildirim sürelerine uymaksızın


\* Bu çalışma, 15.06.2022 tarihinde 8. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumunda sunulan “Deneme Süresi İçinde veya Sonunda Yapılan Fesihler Yönünden İşverenin Fesih Hakkı ve Bu Hakkın Sınırları” başlıklı özet bildirinin genişletilmiş ve güncellenmiş halidir.

\*\* Arş. Gör. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı. E-posta: burcuezer@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4376-656X.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 23.07.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 13.09.2022.

**Atıf/Citation:** Ezer, Burcu. “Deneme Süresi İçinde İş Sözleşmesini Fesih Hakkının İşveren Yönünden Sınırları.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 1155-1220.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.” 

feshetme ya da deneme süresinin sonunda iş sözleşmesine devam etme seçeneği sunulmuştur. Deneme süresi içinde veya sonunda yapılan fesihler yönünden fesih hakkını genel fesih kurallarına göre kolaylaştıran bu hükümler, uygulamada özellikle işverenlerin fesih hakkını kötüniyetli, ölçsüz ya da hukukun genel ilkelerine aykırı kullanmalarının önünü açmıştır. Bu çalışmada deneme süresi içinde yapılan fesihler yönünden işverenin fesih hakkını ve bu hakkın sınırlarını ele almak; deneme kaydının geçerliliği, süresi, bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle getirilen sınırlara uygunluk, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uygunluk ve eşitlik ilkesine uygunluk yönünden işveren fesihlerini incelemek amaçlanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Deneme Kaydı, Deneme Süresi, İş Sözleşmesinin Feshi, Bildirimsiz Fesih, Kolaylaştırılmış Fesih Hakkı.

## **Abstract**

As a result of employment contracts establishing permanent and fiduciary personal relations between employee and employer, it is possible for the parties to decide on a probationary period in the employment contract in order to get to know each other better and to measure the employee's predisposition to work, workplace and working environment. Accordingly this opportunity, the parties were given the option to terminate the employment contract during or at the end of the probationary period without complying with the notice periods or to continue the employment contract at the end of the probationary period. These provisions, which facilitate the right of termination in terms of terminations made during or at the end of the trial period, according to the general termination rules, in practice paved the way for employers to use their termination rights in bad faith, excessively or contrary to the general principles of law. This study aims to discuss the employer's right

of termination and the limits of this right in terms of terminations made during the probationary period and to examine the terminations made by employers in terms of the duration and legality of the probationary period, compatibleness with the limits set by the employment contracts or collective agreements, the rule of good faith, prohibition of abuse of rights and the principle of equality.

**Keywords:** Trial Clause, Probationary Period, Termination of Employment Contract, Termination without Notice, Facilitated Termination Right.

## GİRİŞ

Deneme süreli iş sözleşmesi, tarafların iş sözleşmesine deneme kaydı eklemesi halinde ortaya çıkan sözleşmedir. İş sözleşmesine deneme kaydı eklenmesi, iş sözleşmesinin kişisel, güvene dayalı ve sürekli nitelikte bir ilişki kurmasının sonucu olarak ve tarafların sözleşmeyle bağlanmadan önce bir süreliğine birbirlerini deneme/tanıma ihtiyacıyla doğmuştur.<sup>1</sup> İşverenler işçinin kişisel niteliklerini, mesleki bilgi ve becerisini, tecrübesini, performans ve verimliliğini, işyeri ve diğer işçilerle

---

<sup>1</sup> Münir Ekonomi, *İş Hukuku Cilt 1 Ferdi İş Hukuku*, 3. Baskı (İstanbul: Teknik Üniversite Matbaası, 1984), 84; Polat Soyer, "Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri," *Çalışma ve Toplum*, 1 (2008), 27; Kadir Arıcı, *Türk İş Hukuku-I Ferdi İş İlişkileri Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2022), 90; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 3. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 71; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, 7. Baskı (Ankara: Lykeion Yayınları, 2022), 515; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 171; Vedat Laçiner, "Deneme Süreli İş İlişkisinde Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar," *Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 12, 23 (2012), 316; Faruk Barış Mutlay, "4857 sayılı İş Kanunu Bakımından Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmelerine İlişkin Sorunlar ve Sözleşmenin Tazminatsız Sona Erdirilmesinin Anlamı," *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 16, 61 (2019), 40-41.

uyumunu, çalışma tarzını görmek amacıyla; işçiler ise işin ve çalışma ortamının kendilerine uygun olup olmadığını öğrenmek ve işveren ile işyerindeki diğer işçileri tanımak amacıyla deneme süreli iş sözleşmesi yapmayı tercih etmektedir.<sup>2</sup> Deneme süreli iş sözleşmelerinde taraflar, deneme süresiyle sınırlı olmak üzere iş sözleşmesini bozma yetkisini saklı tutmaktadırlar.<sup>3</sup> Ancak bu bozma yetkisi dışında iş sözleşmesi, tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracak biçimde geçerli olarak kurulmuş olmaktadır.

Deneme süreli iş sözleşmeleri yönünden uluslararası mevzuatta genel nitelikte düzenleyici ya da sınırlayıcı düzenlemelerden söz etmek mümkün değildir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) İş Sözleşmesine Son Verilmesine Dair 158 sayılı Sözleşmesinde,<sup>4</sup> taraf devletlere deneme kaydı içeren

<sup>2</sup> Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 19. Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 254; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 34. Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 246-247; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 515; Fevzi Demir, *İş Hukuku ve Uygulaması*, 10. Baskı (İzmir: Albi Yayıncılık, 2017), 108; Sabahattin Yürekli, *Türk İş Hukukunda Deneme Süreli İş Sözleşmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 19-26; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli İş Sözleşmeleri," *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11, 2 (2012), 49-50; Hasan Ali Kaplan, "Deneme Süreli İş Sözleşmeleri," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8, 1 (2013), 236; Ayşe Fırac Şimşek, "Türk Hukukunda Deneme Süreli İş İlişkileri," *TİSK Akademi*, 1 (2009), 9; Muzaffer Koç, "Deneme Süresi ve Hukuki Sonuçları," *Terazi Hukuk Dergisi*, 43 (2010), 99-100.

<sup>3</sup> Mustafa Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, 6. Baskı (Ankara: Olgaç Matbaası, 1986), 275-276; Bektaş Kar, "Deneme Süreli İş Sözleşmesi," *Osman Güven Çankaya'ya Armağan* (Ankara: Kamu-İş Yayınları, 2010), 17; Cevdet İlhan Günay, *İş Kanunu Şerhi Cilt 1*, 4. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 460; Yürekli, *Deneme Süreli*, 19; Cem Baloğlu, "Deneme Süreli İş Sözleşmesi Hakkında Bilinmesi Gerekenler," *Mali Çözüm Dergisi*, 125 (2014), 225.

<sup>4</sup> Erişim Tarihi Temmuz 21, 2022, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C158](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158).

iş sözleşmeleriyle çalışanları Sözleşme'nin uygulama kapsamından çıkarma yetkisi verilmiştir (m.2/2-b). Bu yetki çeşitli ülke hukuklarında deneme süreli iş sözleşmelerine yönelik farklı uygulama yöntemlerinin gelişmesine neden olmuştur.<sup>5</sup> Bu özelliği nedeniyle deneme süresi, işçinin iş güvencesinden (feshe karşı koruma mekanizmalarından) yararlanamadığı sınırlı süreli bir dönemi ifade etmektedir.<sup>6</sup> Öte yandan şeffaf ve öngörülebilir çalışma koşullarına ilişkin Avrupa Birliği'nin (AB) 2019/1152 sayılı Direktifinde<sup>7</sup> deneme süreli iş sözleşmeleriyle ilgili önemli bazı düzenlemelere gidilmiştir. Taraf devletlere, Direktif'in yürürlüğe gireceği 01.08.2022 tarihi itibarıyla deneme süresinin altı ayı aşmaması yükümlülüğü getirilmiştir (m. 8).

İş sözleşmesine deneme kaydı eklenmesi hususu irade serbestine tabi olup taraflarca açıkça kararlaştırılması halinde hüküm ifade eder. Günümüzde çoğu ülkede iş sözleşmesi taraflarına sözleşmeye deneme kaydı ekleyebilmelerine yönelik serbesti tanınmıştır. Ancak kararlaştırılacak deneme kaydının

---

<sup>5</sup> ILO verilerine göre, 158 sayılı Sözleşmeye taraf ülkelerin 22'sinde deneme süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler, Sözleşmenin ilgili hükmü uyarınca feshe karşı koruma mekanizmalarının kapsamı dışına çıkarılmıştır. Bu ülkeler için bkz. International Labour Organization (ILO), *Note on Convention No. 158 and Recommendation No. 166 concerning termination of employment* (2009), 13-14, 28ff. Erişim Tarihi Temmuz 21, 2022, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms\\_171404.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_171404.pdf).

<sup>6</sup> Erişim Tarihi Temmuz 19, 2022, <https://eplex.ilo.org/probationary-trial-period/>.

<sup>7</sup> İlgili Direktif, 22. maddesi uyarınca 01.08.2022 tarihinde yürürlüğe girecektir. Erişim Tarihi Temmuz 21, 2022, Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1152&from=EN>.

azami süresi çoğu hukuk sisteminde özel olarak düzenlenmiştir.<sup>8</sup> Bazı ülke uygulamalarında ise iş sözleşmesine deneme kaydı eklenmesi açıkça düzenlenmemiş ve fakat bu husus yasaklanmamıştır.<sup>9</sup> Deneme süreli iş sözleşmesinin uygulandığı hukuk sistemlerinde, deneme süresi içinde iş sözleşmesinin feshine ilişkin genel hükümlere kıyasla kolaylaştırılmış yollar düzenlenmiştir.<sup>10</sup> İşçi veya işveren, fesih nedeni göstermeksizin

---

<sup>8</sup> ILO verilerine göre ülkelerin %85'inden fazlasında deneme kaydının süresine ilişkin sınırlamalar bulunmaktadır. Kanada, Şili, Gana, Hindistan, Jamaika, Japonya, Malezya, Namibya, Nijerya, Singapur, Güney Afrika, Tayland, Amerika Birleşik Devletleri, Uruguay ve Zambiya'da ise deneme kaydının süresine ilişkin bir üst sınır bulunmamaktadır. Erişim Tarihi Temmuz 19, 2022, Bkz. <https://eplex.ilo.org/probationary-trial-period/>. Avrupa Birliği üyesi ülkelerde ise deneme süresi genellikle üç ila altı ay arasındadır. Ancak bazı özel pozisyonlarda çalışanlar yönünden deneme süresinin altı ayı aşması mümkündür. Erişim Tarihi Temmuz 21, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1152&from=EN>. Deneme kaydının üst sınırına ilişkin çeşitli ülke örnekleri için ayrıca bkz. Arvo Kuddo, *Labor Regulations throughout the World: An Overview* (Washington: Word Bank Group, 2018), 14-15, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/30106/127606-REVISED-EPL-final-FULL.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi Haziran 23, 2022).

<sup>9</sup> Örneğin Bahama, Belçika, Haiti ve Kosta Rika'da deneme süresi yasal olarak düzenlenmemiştir. Kuddo, *Labor Regulations*, 15. Ayrıca bkz. Erişim Tarihi Temmuz 19, 2022, <https://eplex.ilo.org/probationary-trial-period/>. Bazı ülkelerde ise deneme süreli iş sözleşmelerine ilişkin uygulama esasları içtihat hukukuna bırakılmıştır. International Labour Organization (ILO), *Employment protection legislation: Summary indicators in the area of terminating regular contracts* (Cenevre: Publications of the International Labour Office, 2015), 16.

<sup>10</sup> ILO'ya göre deneme süreli iş sözleşmelerinde ortaya çıkan istisnai haller; haksız feshine karşı koruma mekanizmasının işletilememesi, genel hükümlere kıyasla farklı fesih nedenlerinin kabul edilebilmesi ve/veya farklı bildirim ve kıdem tazminatı kurallarının uygulanmasıdır. ILO, *Employment protection legislation*, 16.

ya da ihbar süresine uymaksızın, deneme süresi içinde iş sözleşmesini feshetme imkanına sahiptir. Türk hukuku başta olmak üzere çoğu ülke uygulaması bu şekildedir. Ancak kimi ülkelerde deneme süresi içindeki fesihlerde dahi (genel hükümlere göre kısa süreli) ihbar süresine uyma yükümlülüğü bulunmaktadır. Örneğin Almanya<sup>11</sup>, Fransa<sup>12</sup>, Güney Kore, Norveç, Romanya ve Portekiz uygulamaları bu şekildedir.<sup>13</sup> Bazı ülkelerde ise deneme süresi içindeki fesihler yönünden işverene fesih için makul ve meşru bir neden gösterme yükümlülüğü getirilmektedir.<sup>14</sup> Deneme süresinin önceden belirlenmiş ve makul bir süre olması, işçinin iş güvencesi bakımından önem taşımaktadır.<sup>15</sup> Nitekim deneme süresi boyunca işçi, feshe karşı koruma mekanizmalarından istisna tutulmaktadır.

<sup>11</sup> Alman Medenî Kanunu, deneme süresi içinde iş sözleşmenin iki haftalık ihbar öneline uyulmak suretiyle feshedilebileceğini öngörmektedir. Bkz. Soyer, "Deneme Süreli," 33; Gökhan Erbaş, "Alman Hukukunda Deneme Süreli İş Sözleşmesi," *İş Dünyası ve Hukuk: Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan*, (2011), 143.

<sup>12</sup> 2008'de kabul edilen kanunla, Fransa'da deneme süreli iş sözleşmelerinin feshinde ihbar sürelerine uyma yükümlülüğünün kabul edildiği yönünde bkz. Mustafa Kılıçoğlu, *İş Hukukunda Esneklik* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2021), 114.

<sup>13</sup> Almanya ve Fransa dışındaki örnekler için bkz. ILO, *Employment protection legislation*, 17.

<sup>14</sup> Örneğin Gürcistan'da yargı kararlarıyla bu yönde bir içtihat geliştirilmiştir. İşverenin deneme süresi içinde iş sözleşmesini feshedebilmesi için işçinin performansının yetersiz olduğuna ya da uyumsuz olduğuna dair fesih nedeni sunması ve bunu ispatlaması aranmaktadır. Erişim Tarihi Temmuz 20, 2022, Bkz. <https://mglaw.ge/2020/07/01/termination-of-employment-during-probationary-period/>. Norveç'te de deneme süresi içindeki fesihler ancak işçinin iş için uygun olmamasına, yetersizliğine veya güvenilirliğine bağlı olarak yapılabilir. Japonya'da ise işveren deneme süresi içinde dahi fesih için objektif bir nedene dayanmakla yükümlüdür. ILO, *Employment protection legislation*, 17.

<sup>15</sup> Örneğin ILO, 14.11.2007 tarihli kararında Fransa'da kararlaştırılmış olan iki yıllık konsolidasyon süresini makul düzeyde bulmamış; Fransız

Türk hukukunda benimsenen uygulama, iş sözleşmesi taraflarının serbestçe kararlaştırmak suretiyle iş sözleşmesine deneme kaydı ekleyebileceklerine ilişkindir. Bu çalışmada da Türk hukukundaki deneme süreli iş sözleşmesi uygulamasına yer vermek amaçlanmaktadır. Öte yandan çalışmamızın konusu deneme kaydı içeren (deneme süreli) iş sözleşmeleri ile sınırlı olup deneme amaçlı iş sözleşmeleri<sup>16</sup> çalışmanın kapsamı dışındadır.

Açıklanan hususlar doğrultusunda aşağıda öncelikle Türk hukukundaki deneme süreli iş sözleşmesine ilişkin mevzuat değerlendirilecek, deneme süresi içinde yapılan fesihlerin genel esaslarına yer verilecektir. Devamında, deneme süresi içinde yapılan fesihlerde işverenin fesih hakkının sınırları; deneme kaydının geçerliliği, süresi, bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle getirilen sınırlara uygunluk, dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uygunluk ve eşitlik ilkesine uygunluk yönünden ayrı ayrı inceleme konusu yapılacaktır.

---

hükümetinden mevzuatta 158 sayılı Sözleşmeyle uyumlu değişikliklerin yapılmasını talep etmiştir. Yannick Fondeur, "ILO rejects two-year 'consolidation period' after recruitment," *Eurofound*, 23 Mart 2008, <https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2008/ilo-rejects-two-year-consolidation-period-after-recruitment> (Erişim Tarihi Temmuz 20, 2022). Deneme süresinin makul süreli olması gerektiği hususu Avrupa Sosyal Haklar Sütununda ve Avrupa Birliği'nin 2019/1152 sayılı Direktifinde de açıkça belirtilmiştir. Erişim Tarihi Temmuz 21, 2022, Bkz. [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_en.pdf) ve <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1152&from=EN>.

<sup>16</sup> Deneme amaçlı iş sözleşmeleri hakkında bkz. Laçiner, "Deneme Süreli," 330-337; Şimşek, "Deneme Süreli İş İlişkileri," 28-31. Deneme amaçlı iş sözleşmeleri ile deneme süreli iş sözleşmelerinin karşılaştırması için bkz. Soyer, "Deneme Süreli," 28ff.; Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli," 50-56; Yürekli, *Deneme Süreli*, 35-44.



## I. TÜRK HUKUKUNDA DENEME SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ UYGULAMASI

### A. Deneme Sürelİ İş Sözleşmesine İlişkin Mevzuatın Genel Değerlendirmesi

Deneme süreli iş sözleşmeleri gerek İş Kanunlarında gerekse Türk Borçlar Kanununda ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunundaki (TBK) hükme göre “*Taraflar, hizmet sözleşmesine iki ayı aşmamak koşuluyla deneme süresi koyabilirler. Deneme süresi konulmuşsa taraflar, bu süre içinde fesih süresine uymak zorunda olmaksızın, hizmet sözleşmesini tazminatsız feshedebilirler.*” (TBK m.433). Bu hükme Kanunun “belirsiz süreli sözleşme” bölümünde yer verildiğinden, doktrinde TBK’ya tabi iş sözleşmelerine deneme kaydının eklenebilmesi için iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması gerektiğini belirten görüşler de mevcuttur.<sup>17</sup> Ancak madde metninde belirli süreli sözleşmeler yönünden herhangi bir sınırlama belirtilmemesi nedeniyle, TBK’ya tabi gerek belirli süreli gerekse belirsiz süreli iş sözleşmelerinde deneme kaydına yer verilebileceği kanaatindeyiz.<sup>18</sup>

4857 sayılı İş Kanununda (İK) “*Taraflarca iş sözleşmesine bir deneme kaydı konulduğunda, bunun süresi en çok iki ay olabilir. Ancak deneme süresi toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılabilir. Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilir.*” hükmüne yer verilmiştir (İK m.15). Kanunun 10. maddesinde ise, deneme süreli iş sözleşmelerini düzenleyen 15. maddenin, süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerine uygulanmayacağı; bu konular yönünden süreksiz işlere Borçlar Kanunu hükümlerinin

<sup>17</sup> Kaplan, “Deneme Sürelİ İş Sözleşmeleri,” 240, dn. 30.

<sup>18</sup> Aynı yönde bkz. Laçiner, “Deneme Sürelİ,” 318-319.

uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak 818 sayılı mülga Borçlar Kanununun (BK) aksine,<sup>19</sup> TBK'da süreksiz işlerde deneme kaydının kararlaştırılmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmadığından; sonraki yeni Kanunun (TBK) bu hallerde süreksiz işler yönünden de uygulanabileceğini kabul etmek gerekir.<sup>20</sup>

5953 sayılı Basın İş Kanununda (BİK) "*Mesleğe ilk intisap eden gazeteciler için tecrübe müddeti en çok üç aydır. Bu müddet içinde taraflar iş akdini ihbar müddetine ve tazminat mükellefiyetine tabi olmaksızın feshedilebilirler.*" hükmüne yer verilmiştir (BİK m.10). Böylelikle deneme süresinin ancak mesleğe yeni başlayan gazeteciler yönünden kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir.<sup>21</sup>

854 sayılı Deniz İş Kanununda (DİK) ise "*Süresi belirli olmayan hizmet akitlerinde deneme süresi en çok bir aydır. Bu süre*

<sup>19</sup> 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu döneminde, deneme süresi (tecrübe müddeti) uzun süreli iş sözleşmeleri için kararlaştırıldığından, BK'ya tabi süreksiz işler için İK m.10 hükmüyle paralel olarak deneme süreli kararlaştırılmamaktaydı.

<sup>20</sup> TBK'da mülga BK'daki gibi bir ayrıma yer verilmediğinden, süreksiz işler için de deneme süresi kararlaştırılabileceği yönünde bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 523-524; Laçiner, "Deneme Süreli," 345-348. İş Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanmasının kesin olarak yasaklandığı bir iş ilişkisine, TBK'nın aynı yöndeki hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmenin, kanun hükmünün dolanılması olduğu yönünde bkz. Yürekli, *Deneme Süreli*, 96-97.

<sup>21</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 517; Koç, "Deneme Süresi," 107; Kar, "Deneme Süreli," 18. Bu şartın kaldırılması gerektiği görüşünde bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli," 62; Yürekli, *Deneme Süreli*, 75. Yargıtay'ın aynı yöndeki kararları için bkz. Yarg. 9. HD, E.1965/1141, K.1965/3469, 22.04.1965; Yarg. 4. HD, E.1963/13761, K.1963/9654, 04.11.1963, (Ercan Akyiğit, *4857 sayılı İş Kanunu Şerhi Birinci Cilt*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008), 593). Mesleğe ilk intisap eden gazeteci ile kast edilenin kim olduğuna ilişkin görüşler ve tartışmalar için ayrıca bkz. Soyer, "Deneme Süreli," 32-33; Laçiner, "Deneme Süreli," 321-324.

*içinde taraflar hizmet akdini bildirimsiz ve tazminatsız bozabilirler."* hükmüne yer verilmiştir (DİK m.10). Görüldüğü üzere, gemi adamlarıyla yapılacak iş sözleşmesine deneme kaydı koyulabilmesi için, sözleşmenin belirsiz süreli olması gerektiğine hükmedilmiştir.

Deneme süreli iş sözleşmelerine ilişkin mevzuat hükümleri bir bütün olarak incelendiğinde, iş sözleşmesine deneme kaydı koyulabilmesinin temel koşulunun "*taraflarca serbestçe kararlaştırılmış olma*" olduğu görülecektir. Deneme kaydı iş sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmayıp taraflar iş sözleşmesine deneme kaydı koyup koymama konusunda serbesttir. Ancak iş sözleşmesindeki bu belirlemenin tereddüte yer vermeyecek şekilde açık olması gerekir.<sup>22</sup> Aksi takdirde iş sözleşmesinin deneme kaydı içermediği kabul edilir. Nitekim Türk hukukunda esas olan, iş sözleşmesinin deneme kaydı olmaksızın yapılmasıdır.<sup>23</sup>

Öte yandan işçinin vasıflı olup olmaması ya da başka bir işyerinde iş tecrübesinin bulunması, iş sözleşmesine deneme kaydı koyulmasını etkilemez. Türk hukukunda deneme süreli iş sözleşmesi yapma serbestisi ve deneme kaydının süresi bakımından işçinin vasıflı olup olmamasına veya işin özel beceri gerektiren bir iş olup olmamasına yönelik bir ayırım bulunmamıştır. Aynı şekilde, deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkının kapsamı, kişi veya iş yönünden de sınırlandırılmamıştır.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 516; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 73; Yürekli, *Deneme Süreli*, 7, 165; Salim Yunus Lokmanoğlu, "Deneme Süreli İş İlişkisi," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 7, 24 (2016), 628, 630; Laçiner, "Deneme Süreli," 337.

<sup>23</sup> Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, 280; Günay, *İş Kanunu Şerhi*, 464; Mutlay, "Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmeleri," 43.

<sup>24</sup> Doktrinde *Akyiğit*, ilk kez işe alınacak olsalar bile, 6 aylık kıdem koşulu aranmaksızın iş güvencesi kapsamına alınmış olan yeraltı işlerinde çalışan

İlgili düzenlemelerde deneme kaydının süresine ilişkin asgari bir süre belirtilmeyip yalnızca *azami süreler* kararlaştırılmıştır. Buna göre taraflar, deneme süresinin amacıyla bağdaşır nitelikte makul bir süreyi, deneme süresi olarak belirlemek konusunda serbesttir. Azami süreler ise her kanunda farklı şekilde düzenlenmiş; 4857 sayılı İş Kanununda ise toplu iş sözleşmesiyle bu azami sürenin arttırılmasına imkân tanınmıştır. Bu koşullara uygun olarak belirlenen deneme süresi, iş sözleşmesinin yapıldığı an değil işçinin fiilen işe başlamasıyla başlar; devamsızlık, iş sözleşmesinin askıya alınması gibi sebeplerle kesintiye uğramaksızın devam eder.<sup>25</sup> Yasal sınırları

---

işçiler yönünden deneme kaydı öngörülemediğini, aksi takdirde 6 aylık kıdem koşulundan muaf tutulmanın işlevini yerine getirmeyeceğini belirtmektedir. Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 173. *Ekonomi, Kar ve Yürekli* ise işverenin kanun gereği yeniden iş sözleşmesi yapma zorunluluğu bulunan kişilerin (örneğin İK m. 29/6, m. 30/5, m. 31/4; BİK m. 12/2; 6356 s. K. m. 23/2) iş sözleşmesinde deneme kaydı bulunsa bile, deneme kaydının bu kişiler yönünden uygulanmaması gerektiğini belirtmektedir. *Ekonomi, Ferdi İş Hukuku*, 86; Kar, "Deneme Süreli," 16; Yürekli, *Deneme Süreli*, 117-118. Aynı yönde bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 517. İşçiyi denemeyi haklı kılan bir sebebin varlığı halinde, kendisiyle yeniden iş sözleşmesi yapma zorunluluğu olan bu kişilerin iş sözleşmesine de deneme kaydı koyulabileceği yönünde bkz. Laçiner, "Deneme Süreli," 373. Benzer yönde bazı istisnai haller için bkz. Yürekli, *Deneme Süreli*, 118.

<sup>25</sup> *Ekonomi, Ferdi İş Hukuku*, 87; Soyer, "Deneme Süreli," 35; Süzek, *İş Hukuku*, 255; Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları*, 9. Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018), 76; Demir, *İş Hukuku ve Uygulaması*, 108; Koç, "Deneme Süreli," 105; Lokmanoğlu, "Deneme Süreli," 631; Kar, "Deneme Süreli," 21; Akyiğit, *4857 sayılı İş Kanunu Şerhi*, 590-591; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 172; Şimşek, "Deneme Süreli İş İlişkileri," 24; Laçiner, "Deneme Süreli," 350-352; Yürekli, *Deneme Süreli*, 106; Günay, *İş Kanunu Şerhi*, 461-462; Baloğlu, "Deneme Süreli," 223; Şahin Çil, *İş Kanunu Şerhi 1. Cilt*, 2. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007), 713. Aynı yönde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2010/3997 K. 2012/13803, 19.04.2012; Yarg. 9. HD, E. 2011/17043 K. 2013/16871, 03.06.2013, (www.lexpera.com.tr); Yarg. 9. HD, E. 2009/16980, K. 2011/19788, 30.06.2011, (Kişisel arşiv). Deneme süresinin amacına ulaşmadığı bu tür durumlarda, tarafların yeni bir deneme süresi

aşmamak kaydıyla, tarafların kararlaştırılan deneme süresini daha sonradan kısaltmasında veya uzatmasında ise bir sakınca yoktur.<sup>26</sup>

818 sayılı mülga Borçlar Kanunundan farklı olarak,<sup>27</sup> İş Kanunlarında ve Türk Borçlar Kanununda, taraflara deneme süresi içinde veya deneme süresinin bitimindeki fesihler yönünden *ihbar öneline uymaksızın* iş sözleşmesini feshetme imkânı getirilmiştir. Kolaylaştırılmış fesih olarak da adlandırılan bu husus aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Deneme süresinin sona ermesine rağmen tarafların iş sözleşmesini feshetmemeleri halinde ise, iş sözleşmesinin feshi artık genel fesih koşullarına tabi olur.

Gerek İş Kanunlarında gerekse Türk Borçlar Kanununda deneme süreli iş sözleşmeleri bakımından *şekil şartı* öngörülmemiştir. Diğer bir anlatımla, deneme süreli iş sözleşmesinin yazılı yapılması zorunlu değildir.<sup>28</sup> Ancak yazılı

---

kararlaştırabilecekleri yönünde bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 519; Kaplan, "Deneme Süreli İş Sözleşmeleri," 241; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 74; Şimşek, "Deneme Süreli İş İlişkileri," 23; Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli," 65-66.

<sup>26</sup> Akyiğit, *4857 sayılı İş Kanunu Şerhi*, 590. Benzer yönde bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli," 65; Yürekli, *Deneme Süreli*, 150-151; Emine Tuncay Kaplan, *İşverenin Fesih Hakkı Sınırları, Hüküm ve Sonuçları* (Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1987), 57; Çil, *İş Kanunu Şerhi*, 714. Belirtelim ki işin niteliği veya işçinin menfaati uyarınca haklı sebeplerin ortaya çıkması halinde, deneme süresinin amacına uygun bir şekilde uzatılabilmesi hususuna 2019/1152 sayılı AB Direktifinde de değinilmiştir (m. 8). Erişim Tarihi Temmuz 21, 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1152&from=EN>.

<sup>27</sup> Mülga BK'da deneme süresi içindeki fesihler yönünden daha kısa süreli (1 haftalık) ihbar öneli öngörülmeşti (BK m.342).

<sup>28</sup> Soyer, "Deneme Süreli," 29; Kaplan, "Deneme Süreli İş Sözleşmeleri," 239; Koç, "Deneme Süreli," 109; Lokmanoğlu, "Deneme Süreli," 631; Kar, "Deneme Süreli," 24; Akyiğit, *4857 sayılı İş Kanunu Şerhi*, 586; Yürekli, *Deneme Süreli*, 62. Deneme süreli iş sözleşmesinin yazılı yapılmasının

şekilde yapılmayan bir iş sözleşmesinin deneme kaydı içerdiğini iddia eden taraf, bu iddiasını (deneme süresinin varlığını ve süresini) ispatla yükümlüdür.<sup>29</sup>

Deneme kaydının eklenebileceği iş sözleşmesi türleri yönünden de mevzuatta kural olarak bir ayrıma gidilmemiştir. Taraflar tam süreli ya da kısmi süreli, azami ya da asgari süreli, belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmelerine deneme kaydı eklemek konusunda serbesttirler.<sup>30</sup> Ancak bu kurala Deniz İş Kanununda getirilen istisna uyarınca, gemi adamlarıyla yapılacak iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması gerekir.

## B. Deneme Süresi İçinde Yapılan Fesih ve Kolaylaştırılmış Fesih İmkânı

Deneme süreli iş sözleşmesi yapılmasının sözleşme taraflarına avantajı, deneme süresi içinde ve deneme süresinin

---

geçerlilik değil ispat şartı olduğu yönünde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2009/15921, K. 2009/13019, 11.05.2009; Yarg. 9. HD, E. 2011/24449 K. 2011/14882, 23.05.2011, (www.lexpera.com.tr); Yarg. 9. HD, E. 2011/29945, K. 2013/25574, 09.10.2013, (karararama.yargitay.gov.tr/).

<sup>29</sup> İş sözleşmesinin deneme süreli olduğunu iddia eden tarafın, bu iddiasını yazılı delille ispatlaması gerektiği yönünde bkz. Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 72; Ercan Güven ve Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 6. Baskı (Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2020), 131. Bu iddianın her türlü delille ispatlanabileceği yönünde bkz. Soyer, "Deneme Süreli," 29; Kaplan, "Deneme Süreli İş Sözleşmeleri," 239; Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli," 64. Başkaca delil ve belirtile kanıtlanmış olmadıkça, deneme süresinin varlığını iddia eden tarafın, istisnai durumu ileri sürmüş olduğundan, bu iddiasını ispatla yükümlü olduğu yönünde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2011/24449 K. 2011/14882, 23.05.2011; Yarg. 9. HD, E. 2009/15921 K. 2009/13019, 11.05.2009 (www.lexpera.com.tr); Yarg. 9. HD, E. 2011/29945, K. 2013/25574, 09.10.2013, (karararama.yargitay.gov.tr/).

<sup>30</sup> Soyer, "Deneme Süreli," 30; Arıcı, *Türk İş Hukuku*, 90; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 73; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 525; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 171; Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli," 58; Yürekli, *Deneme Süreli*, 67.

bitimi anında iş sözleşmesinin genel fesih kurallarına kıyasla daha kolay feshedilebilmesine ilişkindir. Deneme süresi içinde taraflar, iş sözleşmesinden her an cayma iradesini saklı tutmaktadırlar.<sup>31</sup> Kolaylaştırılmış fesih olarak da ifade edilen bu imkân hem işçilere hem de işverenlere tanınmış olup tarafların sebep veya gerekçe göstermeksizin, bildirim sürelerine uymaksızın ya da yazılı bildirimde bulunmaksızın iş sözleşmesinin derhal feshedilebilmesini ifade eder. Ancak bu durumda derhal fesih ile kast edilen, haklı nedenle derhal fesihten ayrı, istisnai bir derhal fesihtir.<sup>32</sup> Gerek işçi gerekse işveren, deneme süresi olumlu/başarılı geçmiş olsa dahi iş sözleşmesini deneme süresi içerisinde sona erdirebilir. Açık bir şekilde ortaya koyulan fesih iradesinin karşı tarafa varması ile birlikte, iş sözleşmesinin sona erdiği kabul edilir.

Deneme süresinin düzenlendiği madde metinlerine bakıldığında, hemen hemen hepsinde hatalı bir şekilde “*tazminatsız*” feshetme ibaresine yer verilmiştir. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde detaylı olarak değinileceği üzere, *tazminatsız* ifadesini dar bir şekilde yorumlamak gerekir. Nitekim kanunkoyucunun *tazminatsız* ibaresi ile kast etmek istediği, ihbar öneline uyulmaması nedeniyle ihbar tazminatı ödenmemesi hususudur. Ancak bu ifade şekli, belirli süreli iş sözleşmeleri yönünden anlam ifade etmediği gibi işçinin ihbar tazminatı dışındaki tazminat haklarını da tehlikeye düşürür niteliktedir.

Açıklanan sebeplerle kanun maddelerinde yer alan *tazminatsız* ifadesini, *belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından*,

<sup>31</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 520; Lokmanoğlu, “Deneme Süreli,” 623.

<sup>32</sup> Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Deneme Süreli,” 75. Bu halde taraflara sui generis nitelikte bir fesih hakkının tanındığı yönünde bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 527.

bildirim sürelerine uymaksızın ve uyulmaması nedeniyle ihbar tazminatı ödemeksizin; *belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından* ise haklı bir neden göstermeksizin ve iş sözleşmesinin geri kalan (bakiye) süresine ilişkin ücretin ödenmesine gerek olmaksızın şeklinde anlamak gerekir.<sup>33</sup> Ancak deneme süresi içinde gerçekleşen fesihlerde de işçiye yasal haklarının (çalıştığı günlere ilişkin ücretinin ve parayla ölçülebilir nitelikteki diğer işçilik haklarının) ödenmesi gerekir.<sup>34</sup>

Belirtelim ki deneme süresi içinde tarafların kolaylaştırılmış fesih yerine genel fesih yollarına (süreli feshe veya haklı nedenle derhal feshe) başvurmaları yahut fesih bildiriminde fesih nedeni göstermeleri<sup>35</sup> mümkündür. Nitekim deneme süresi içinde de tarafların haklı nedenle fesih hakkı mevcuttur.<sup>36</sup> Ancak genel fesih yollarına başvurulmuş olduğu iddiası ispatlanmadıkça, güven teorisi gereği tarafların kolaylaştırılmış feshe

<sup>33</sup> Aynı yönde bkz. Kaplan, "Deneme Süreli İş Sözleşmeleri," 244; Kar, "Deneme Süreli," 26-27; Şimşek, "Deneme Süreli İş İlişkileri," 26.

<sup>34</sup> Tunçomağ ve Centel, *İş Hukukunun Esasları*, 77; Ekonomi, *Ferdi İş Hukuku*, 88; Süzek, *İş Hukuku*, 257; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, 5. Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014), 241; Demir, *İş Hukuku ve Uygulaması*, 109; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 248; Kaplan, "Deneme Süreli İş Sözleşmeleri," 244-245; Koç, "Deneme Süresi," 108; Kar, "Deneme Süreli," 27; Laçiner, "Deneme Süreli," 367. Maddede işçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer haklarının saklı olduğu belirtilmişse de, bu hükmün geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2010/3997 K. 2012/13803, 19.04.2012; Yarg. 9. HD, E. 2011/17043 K. 2013/16871, 03.06.2013, (www.lexpera.com.tr); Yarg. 9. HD, E. 2009/16980, K. 2011/19788, 30.06.2011, (Kişisel arşiv).

<sup>35</sup> Tarafların deneme süresi içindeki fesihlerde fesih nedeni göstermeleri halinde, deneme kaydının tanınmış olduğu fesih serbestisinden feragat etmiş sayılacakları yönünde bkz. Mutlay, "Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmeleri," 64. Deneme süresi içindeki fesihlerde fesih nedeni gösteren tarafın bu nedeni ispatla yükümlü olduğu yönünde bkz. Günay, *İş Kanunu Şerhi*, 462.

<sup>36</sup> Kaplan, *İşvereninin Fesih Hakkı*, 168-169.



başvurdukları kabul edilir.<sup>37</sup> Uygulamada işverence Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilen işten ayrılma bildirgesinde deneme süresi içindeki işveren fesihleri yönünden 01 kodlu “deneme süreli iş sözleşmesinin işverence feshi”; işçi fesihleri yönünden ise 02 kodlu “deneme süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi” belirtilmektedir.

Tarafların deneme süresi bitmesine rağmen feshe başvurmamaları halinde, iş sözleşmesi kesinlik kazanır ve kolaylaştırılmış fesih imkânı ortadan kalkar. Diğer bir anlatımla, kolaylaştırılmış fesih imkânı ancak deneme süresi içinde veya deneme süresinin bitiminde kullanılması halinde mümkündür.<sup>38</sup> Aksi takdirde genel fesih kuralları devreye girer. Bu noktadan itibaren işçinin ya da işverenin belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından süreli fesih ya da haklı nedenle derhal fesih yolunu; belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından ise haklı nedenle derhal fesih yolunu işletmeleri gerekir.<sup>39</sup>

Görüldüğü üzere iş sözleşmesine deneme kaydı eklenmesi, esas itibarıyla iş sözleşmesinin feshine ilişkin koşullarda değişikliğe yol açar. Ancak bu husus dışında, deneme süresi içinde de tarafların iş sözleşmesinden doğan hak ve borçları, deneme süresi içermeyen iş sözleşmeleri gibi hüküm ve sonuç

---

<sup>37</sup> Aynı yönde bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Deneme Süreli,” 76.

<sup>38</sup> Kolaylaştırılmış fesih hakkından yararlanabilmek için, fesih beyanının karşı tarafa en geç deneme süresinin son günü varması gerektiği yönünde bkz. Kılıçoğlu ve Şenocak’tan aktaran Laçiner, “Deneme Süreli,” 361-362. Deneme süresinin son gününde sona erme veya deneme süresini uzatma kararının açıklanması gerektiği yönünde bkz. Kaplan, *İşverenin Fesih Hakkı*, 57.

<sup>39</sup> Kenan Tunçomağ, *İş Hukuku Cilt 1* (İstanbul: Sermet Matbaası, 1979), 107; Tunçomağ ve Centel, *İş Hukukunun Esasları*, 77; Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Deneme Süreli,” 79.

doğurur.<sup>40</sup> İşçi deneme süresi içinde de çalıştığı süreye ilişkin ücrete tam ve eksiksiz hak kazanır ve bu süreler işçinin kıdemine dahil edilir. Deneme süresinin sona ermesiyle birlikte ise iş sözleşmesi taraflar yönünden kesinlik kazanır ve genel fesih kuralları uyarınca sona erdirilebilen belirli veya belirsiz süreli bir iş sözleşmesi halini alır.

## II. DENEME SÜRESİ İÇİNDE YAPILAN FESİHLERDE İŞVERENİN FESİH HAKKININ SINIRLARI

Deneme süresi içinde gerçekleşen fesihlerde işverenin (kolaylaştırılmış) fesih hakkının sınırlarını ortaya koyabilmek için, öncelikle deneme kaydının geçerli olup olmadığını; geçerli ise deneme süresinin sona erip ermediğini tespit etmek gerekir. Bu nedenle çalışmamızda işverenin fesih hakkının sınırları, öncelikle deneme kaydının geçerli olup olmadığına ve geçerli ise öngörülen deneme süresinin sona erip ermediğine; diğer bir ifadeyle işverenin kolaylaştırılmış fesih hakkına başvurma imkanının mevcut olup olmadığına göre inceleme konusu yapılacaktır. Ardından işverenin fesih hakkının sınırları, fesih hakkının kullanılması yönünden incelenecektir.

---

<sup>40</sup> Narmanlıoğlu, *Ferdî İş İlişkileri*, 240; Yürekli, *Deneme Süreli*, 172ff.; Arıcı, *Türk İş Hukuku*, 91; Süzek, *İş Hukuku*, 256; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 248-249; Günay, *İş Kanunu Şerhi*, 463; Güven ve Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 131; Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli," 71; Demir, *İş Hukuku ve Uygulaması*, 109; Kaplan, "Deneme Süreli İş Sözleşmeleri," 236-237; Laçiner, "Deneme Süreli," 365; Lokmanoğlu, "Deneme Süreli," 633; Baloğlu, "Deneme Süreli," 225.

## A. Deneme Kaydının Geçerliliği ve Süresi Yönünden Sınırlar

### 1. Deneme Kaydının Geçersiz Olduğu Haller

İşverenin kolaylaştırılmış fesih hakkından söz edebilmek için bakılması gereken ilk husus, deneme kaydının geçerli olup olmadığıdır. Nitekim deneme kaydının geçersiz olması halinde işverenin kolaylaştırılmış fesih imkânı doğmaz. Aşağıda öncelikle kanunkoyucunun deneme kaydı yönünden aradığı geçerlilik koşulları uyarınca geçersiz kabul edilecek deneme kayıtlarına yer verilecek; ardından, iş sözleşmesine deneme kaydı koyulmasına ilişkin hakkın kötüye kullanılması nedeniyle geçersiz kabul edilecek deneme kayıtlarına değinilecektir.

Geçerli bir deneme kaydından söz edebilmek için aranan ilk şart, *deneme kaydının taraflarca serbestçe kararlaştırılmış olmasıdır*. Toplu iş sözleşmesinde deneme kaydı süresiyle ilgili hükmün bulunması, tarafların iş sözleşmesinde deneme süresi kararlaştırıldığı anlamına gelmez.<sup>41</sup> Tarafların ortak iradesi sonucunda serbestçe kararlaştırılmayan deneme kaydına geçerlilik tanınması mümkün değildir. Uygulamada bu tür deneme kayıtlarına, işverence tek taraflı olarak önceden genel ve soyut bir biçimde hazırlanan tip iş sözleşmesinin<sup>42</sup> işçiye imzalatıldığı hallerde rastlamak mümkündür. İşçinin bu tür hallerde iş sözleşmesi ve deneme kaydı hakkında genel işlem koşulu iddiasında bulunması ve içerik ve yürürlük denetimi (TBK m.20-25) uyarınca bunun tespiti halinde, iş sözleşmesinde yer alan deneme kaydı geçersiz kabul edilir. Bu halde işveren,

<sup>41</sup> Soyer, "Deneme Süreli," 29; Kaplan, "Deneme Süreli İş Sözleşmeleri," 237.

<sup>42</sup> Tip iş sözleşmeleri ve diğer genel işlem koşulu türleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Orhan Ersun Civan, *Genel İş Koşulları* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015), 47ff.

sözleşmenin tip iş sözleşmesi değil bireysel iş sözleşmesi olduğunu ispatla yükümlüdür.<sup>43</sup>

Geçerli bir deneme kaydının bir diğer koşulu, *deneme kaydının taraflarca karşılıklı olarak kararlaştırılmasına* ilişkindir. İş sözleşmesinde yalnızca işveren lehine deneme kaydına yer verilmesi halinde, deneme kaydına geçerlilik tanınmaz ve iş sözleşmesinin deneme kaydı içermediği kabul edilir.<sup>44</sup> Ancak doktrinde, yalnızca işçi lehine kolaylaştırılmış fesih imkânı getiren deneme kaydının düzenlenebileceğini belirten görüşler de mevcuttur.<sup>45</sup>

Deneme kaydının geçerliliğine ilişkin bir diğer husus, *deneme kaydının iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olmasına* ilişkindir. Kanun metninde açıkça deneme kaydının iş sözleşmesinde kararlaştırılması düzenlendiğinden, iş sözleşmesi dışında (örneğin toplu iş sözleşmesinde, işyeri uygulaması yoluyla veya işverenin yönetim hakkı kapsamında)<sup>46</sup> kararlaştırılan deneme

<sup>43</sup> Bir sözleşme koşulunun genel işlem koşulu niteliği taşıdığı iddiasında olan taraf, kural olarak bunu ispatla yükümlüdür. Ancak iş sözleşmesinde genel işlem koşullarının kullanıldığına ilişkin kanaate varılması halinde, ispat yükü yer değiştirmekte ve işveren sözleşmenin işçi ile müzakere edilerek yapıldığını ispatlamakla yükümlü olmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Civan, *Genel İş Koşulları*, 39-43.

<sup>44</sup> Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, 277; Soyer, "Deneme Süreli," 35; Kar, "Deneme Süreli," 20; Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli," 69.

<sup>45</sup> Yürekli, *Deneme Süreli*, 146.

<sup>46</sup> İş sözleşmesinde deneme süresi bulunmadığında dahi, tarafların toplu iş sözleşmesi ile deneme süresi getirebilecekleri yönünde bkz. Akyiğit, 4857 sayılı *İş Kanunu Şerhi*, 586, 590. Deneme süresinin mutlaka bir sözleşme (iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi) ile getirilebileceği yönünde bkz. Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 171. Deneme kaydının iş sözleşmesi dışındaki kaynaklarla (toplu iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmeliği ya da işyeri uygulamaları yoluyla) da kararlaştırılabileceği yönündeki görüş ve detaylı açıklamalar için bkz. Mutlay, "Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmeleri," 43ff. İşyeri genel koşulları içinde deneme kaydına yer verilmesi ve bu genel

kaydına geçerlilik tanınmaz.<sup>47</sup> Toplu iş sözleşmesinde deneme kaydının süresine ilişkin bir düzenlemenin yer alması da iş sözleşmesinde deneme süresi kararlaştırıldığı anlamına gelmez. Ancak iş sözleşmesi yapılırken işçinin kabulüne sunulması şartıyla, işyeri iç yönetmeliğindeki deneme kaydına da geçerlilik tanınmalıdır.<sup>48</sup> Nitekim her ne kadar iç yönetmelikler işverence tek taraflı olarak düzenlenseler de, işçinin kabulüne sunulmasıyla birlikte bunlar *iş sözleşmesi eki* haline gelmektedir. İşçinin kabulüne sunulmayan işyeri iç yönetmelikleri yönünden ise, tip iş sözleşmesinde olduğu gibi, TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin içerik ve yürürlük denetimi (TBK m.20-25) devreye girer.<sup>49</sup>

Deneme kaydının geçerliliğini etkileyen bir diğer husus, *deneme kaydının kararlaştırılma anıdır*. Geçerli bir deneme kaydından söz edebilmek için, deneme kaydının iş sözleşmesi kurulurken kararlaştırılması gerekir.<sup>50</sup> Aksi takdirde, tarafların sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmeye başladıktan sonra kararlaştırılan deneme kaydına, deneme kaydının getiriliş amacıyla bağdaşmaması nedeniyle geçerlilik tanınmaz. Bu halde iş sözleşmesinin deneme kaydı içermediği kabul edilir.

Deneme kaydının geçerliliğini etkileyen en önemli husus, *şüphesiz tarafların iş sözleşmesine deneme kaydı koyma amacı ve*

---

koşulların iş sözleşmesi eki şeklinde işçiye verilmesi halinde, deneme kaydının işçiyi bağlayacağı yönünde bkz. Yürekli, *Deneme Süreli*, 67.

<sup>47</sup> Deneme süresinin ancak iş sözleşmesiyle kararlaştırıldığı takdirde uygulanabileceği yönünde bkz. Soyer, "Deneme Süreli," 29; Kar, "Deneme Süreli," 20; Şimşek, "Deneme Süreli İş İlişkileri," 15; Laçiner, "Deneme Süreli," 338; Yürekli, *Deneme Süreli*, 102-103; Bozkurt Gümrukçuoğlu, "Deneme Süreli," 56.

<sup>48</sup> Konuya ilişkin bkz. Mutlay, "Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmeleri," 45-46.

<sup>49</sup> Civan, *Genel İş Koşulları*, 65-66, 163ff.

<sup>50</sup> Aynı yönde bkz. Akyiğit, 4857 sayılı *İş Kanunu Şerhi*, 587-588; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 171; Şimşek, "Deneme Süreli İş İlişkileri," 16, 19; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 73; Yürekli, *Deneme Süreli*, 102-103.

*deneme kaydı getirmede tarafların hukuki menfaatinin bulunup bulunmadığıdır.* Nitekim deneme kaydı süresince işçi feshe karşı korumadan mahrum kaldığından, deneme kaydının koyulma amacının belirlenmesi ve feshe karşı korumadan müstesna olma halinin suiistimal edilmesinin önlenmesi gerekir. Aksi takdirde deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkının kötüye kullanılması söz konusu olabilecektir.

Uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere, deneme süreli iş sözleşmelerine deneme amacı dışında da başvurulabilmektedir. Örneğin geçici süreliğine ortaya çıkan işgücü ihtiyacını gidermek (üretimi arttırmak vb.) amacıyla, değişen işçilerle sürekli deneme süreli iş sözleşmesi yaparak ucuz işgücü temin edilmesi uygulamada karşılaşılan yöntemlerden biridir. Belirli süreli iş sözleşmesi yapmak için gerekli objektif koşulların yokluğu halinde deneme süreli iş sözleşmesine başvurulması veya objektif neden olmaksızın art arda yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin her birine deneme kaydı eklenmesi halinde de deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkının kötüye kullanıldığından söz edilir. İşçinin deneme süresi belirlenmeksizin işe alınması mümkün olmasına rağmen, sırf fesih yoluna daha kolay başvurulabilmesi için deneme süreli iş sözleşmesi yapılmasında da durum böyledir.<sup>51</sup> Benzer şekilde, daha önce aynı işyerinde çalışmış işçinin yeniden işe alınması halinde iş sözleşmesine deneme kaydı eklenmesi de, kural olarak deneme kaydının varlık amacına hizmet etmez ve geçerli olmaz.<sup>52</sup> İşyeri devri, geçici iş ilişkisi, alt işveren işçisi iken asıl işveren işçisi olarak ya da değişen alt işverenlere rağmen asıl işverenin aynı işyerinde devam eden çalışmaları da bu kapsamda

---

<sup>51</sup> Yürekli, *Deneme Süreli*, 154.

<sup>52</sup> Yarg. 7. HD, E. 2014/11711 K. 2014/18862, 15.10.2014; Yarg. 22. HD, E. 2011/1014 K. 2011/3133, 20.10.2011; İstanbul BAM, 30. HD, E. 2019/340, K. 2020/1103, 12.06.2020, (www.lexpera.com.tr)

“aynı işyerindeki çalışma” olarak değerlendirilir.<sup>53</sup> Ancak işçinin başka bir pozisyon veya iş için işe alınması, işyerinde veya işin içeriğinde işçinin çalışmadığı süre boyunca değişikliklerin meydana gelmiş olması ya da işçinin yeniden denemesini haklı kılacak benzer objektif sebeplerin (ve işverenin hukuken korunmaya değer bir menfaatinin) varlığı halinde, daha önce aynı işyerinde çalışmış işçi yönünden deneme kaydı kararlaştırılabileceği hususu doktrinde de isabetli olarak belirtilmektedir.<sup>54</sup>

Tüm bu hallerde tarafların deneme kaydını hangi sebeple istediğine (deneme kaydının objektif olarak gerekli olup olmadığına) ve deneme kaydının (ve devamında süresinin) tarafların birbirini deneme amacına hizmet edip etmediğine bakılmalı; deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkının kötüye

---

<sup>53</sup> Konuya ilişkin yargı kararları için bkz. Yarg. 9. HD, E. 2010/3997, K. 2012/13803, 19.04.2012; Yarg. 9. HD, E. 2008/6168 K. 2008/32048, 25.11.2008; Yarg. 22. HD, E. 2017/18905 K. 2019/7383, 02.04.2019; Antalya BAM, 10. HD, E.2019, K.2020/194, 03.02.2020; İstanbul BAM, 32. HD, E. 2017/1745, K. 2019/495, 13.03.2019; İstanbul BAM, 26. HD, E. 2017/228, K. 2017/278, 15.03.2017; Sakarya BAM, 9. HD, E. 2019/1825 K. 2020/264, 26.02.2020, (www.lexpera.com.tr).

<sup>54</sup> Ekonomi, *Ferdi İş Hukuku*, 86; Soyer, “Deneme Süreli,” 32; Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Deneme Süreli,” 60-61; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 75; Demir, *İş Hukuku ve Uygulaması*, 109; Kaplan, “Deneme Süreli İş Sözleşmeleri,” 241; Koç, “Deneme Süresi,” 103; Şimşek, “Deneme Süreli İş İlişkileri,” 23-24; Mutlay, “Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmeleri,” 59-60. Alt işveren işçisi olarak “yardımcı eleman” sıfatıyla çalışan bir işçinin asıl işveren yanında sonradan “satış sorumlusu” olarak çalışmaya başladığı bir uyuşmazlıkta Yargıtay, “(...) davacının pozisyonunda değişiklik olmakla birlikte, işyerinin genel faaliyetleri düşünüldüğünde performansı ve özellikleri bilinen bir personelin yeniden deneme süresine tabi tutulması mümkün olmayıp, sözleşmede geçen deneme süresi kaydına değer verilemeyeceği(ne)” hükmetmiştir. Yarg. 22. HD, E. 2018/5298 K. 2018/12852, 23.05.2018, (www.lexpera.com.tr).

kullanılıp kullanılmadığı belirlenmelidir.<sup>55</sup> Salt işçinin haklarını ortadan kaldırmak veya iş sözleşmesini feshederken uyulması gereken ihbar önellerini bertaraf etmek amacıyla kararlaştırılan deneme kaydına geçerlilik tanınmaz. Bu hallerde tarafların hukuki yararının bulunmaması nedeniyle iş sözleşmesinde deneme kaydı kararlaştırılmayacağı; aksinin dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edeceği kabul edilir. Yargıtay da bu görüştedir.<sup>56</sup> Objektif neden olmaksızın art arda yapılan (zincirleme) belirli süreli iş sözleşmelerinin her birine deneme kaydı eklenmesi durumunda ise iş sözleşmesi baştan itibaren belirsiz süreli kabul edilir ve sadece ilk sözleşmede yer alan deneme kaydına geçerlilik tanınır.<sup>57</sup> İşçiyle arka arkaya yapılan belirsiz süreli iş

<sup>55</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 517. Ayrıca bkz. Yürekli, *Deneme Süreli*, 11ff. İş sözleşmesinde deneme kaydına ancak deneme amacına hizmet ettiği ölçüde izin verilebileceği yönünde bkz. Soyer, "Deneme Süreli," 31.

<sup>56</sup> Deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkının kötüye kullanıldığı durumlarda, deneme süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilemeyeceği yönünde bkz. Yarg. 22. HD, E. 2013/9215, K. 2013/28777, 10.12.2013, (Şahin Çil, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2013-2014 Yılları)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 333-335); Yarg. 9. HD, E. 2008/36062, K. 2008/26704, 13.10.2008; Yarg. 9. HD, E. 2010/3997 K. 2012/13803, 19.04.2012; Yarg. 9. HD, E. 2011/17043, K. 2013/16871, 03.06.2013, (www.lexpera.com.tr); Yarg. 9. HD, E. 2009/16980, K. 2011/19788, 30.06.2011, (Kişisel arşiv). İşverenin sürekli olarak 2'şer aylık deneme süresi öngörerek işçi çalıştırması ve bunun genel biruygulama halini alması durumunda kötüniyetin varlığından söz edilebileceği yönünde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2011/17043, K. 2013/16871, 03.06.2013, (www.lexpera.com.tr).

<sup>57</sup> Tunçomağ, *İş Hukuku*, 105; Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, 281; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 516-517; Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli," 62-63; Kar, "Deneme Süreli," 16, 23-24; Günay, *İş Kanunu Şerhi*, 464; Şimşek, "Deneme Süreli İş İlişkileri," 24; Laçiner, "Deneme Süreli," 371; Yürekli, *Deneme Süreli*, 157; Baloğlu, "Deneme Süreli," 222; Kılıçoğlu, *İş Hukukunda Esneklik*, 115. Aynı yönde



sözleşmelerine eklenen deneme kayıtlarında da yalnızca ilk sözleşmede yer alan deneme kaydının geçerli olduğu kabul edilir.<sup>58</sup>

Son örnek ( tarafların iş sözleşmesine deneme kaydı koyma amacı ve deneme kaydı getirmede tarafların hukuki menfaatinin bulunup bulunmadığı hususu) dışında, yukarıda verilen örneklerde deneme kaydı, yasal koşulların birini veya birkaçını taşımaması nedeniyle geçersiz kabul edilmektedir. Ancak bu örneklerde hakkın kötüye kullanılması gibi bir durum söz konusu değildir. Son örnekte olduğu gibi, deneme kaydı kararlaştırma amacına uygun düşmeyen ya da deneme kaydı kararlaştırmada tarafların hukuki menfaatinin bulunmadığı durumlarda ise deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkı kötüye kullanılmaktadır.

Kanuni koşullara ya da hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık nedeniyle deneme kaydının geçersiz olduğu hallerde, iş sözleşmesi deneme kaydı içermiyormuş gibi genel fesih kuralları devreye girer ve kolaylaştırılmış fesih imkânı ortadan kalkar. Diğer bir anlatımla, işverence deneme süresi içinde olduğu varsayılarak yapılan fesihler, belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından süreli fesih (işçi iş güvencesi kapsamında ise geçerli fesih) ya da derhal fesih; belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından ise haklı nedenle derhal fesih koşullarını taşımalıdır. Aksi takdirde belirsiz süreli iş sözleşmeleri yönünden, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre geçersiz fesih veya usulsüz fesih; belirli süreli iş sözleşmeleri yönünden haksız fesih sonuçları ortaya çıkar.

Görüldüğü üzere Türk hukukunda deneme kaydının geçersiz olduğu hallerde ortaya çıkan hukuki sonuçlar, hakkın

---

bkz. Yarg. 9. HD, E. 2008/36062, K. 2008/26704, 13.10.2008; İzmir BAM, 15. HD, E. 2017/390 K. 2017/430, 05.04.2017, (www.lexpera.com.tr).

<sup>58</sup> Ankara BAM, 6. HD, E. 2018/1179, K. 2020/715, 17.03.2020, (www.lexpera.com.tr).

kötüye kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın aynıdır. Taraflar deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkını kötüye kullanmış olsalar dahi buna ilişkin özel bir yaptırım Türk hukukunda bulunmamaktadır. Deneme süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasını engellemeye yönelik herhangi bir düzenleme de yer almamaktadır.<sup>59</sup> Kanımızca deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkının kötüye kullanılmasını engelleyici mekanizmalar Türk hukuku yönünden de gündeme alınmalı; bu tür uygulamalar yönünden kötüniyetli feshe uygulanan yaptırıma benzer bir yaptırım kıyasen uygulanabilmelidir.

## **2. Deneme Kaydının Geçerli Olduğu Ancak Süresine İlişkin İhtilafın Bulunduğu Haller**

İşverenin kolaylaştırılmış fesih hakkından söz edebilmek için, deneme kaydının geçerli olması yeterli değildir. Deneme kaydının geçerli olmasının yanı sıra, aynı zamanda işverenin fesih hakkına deneme süresi içinde başvurmuş olması da gereklidir. Bu nedenle deneme kaydının başlangıç ve bitiş süresinin tespiti, kolaylaştırılmış fesih hakkının sınırları yönünden önem taşır.

İş sözleşmesinde deneme süresinin başlangıç ve bitiş tarihine açıkça yer verilebileceği gibi, deneme kaydı zaman aralığı olarak da belirlenebilir. Nitekim uygulamada en yaygın olan yöntem, deneme kaydının süresinin belirtildiği yöntemdir. Bu hallerde deneme kaydının süresine ilişkin bir ihtilaf yoktur. Ancak deneme kaydının süresinin tespiti her zaman bu denli kolay olmaz. Aşağıda deneme kaydının geçerli olduğu ancak deneme kaydının süresinin ihtilafli olduğu durumlara yönelik bazı örneklerle yer verilecektir.

Örneğin iş sözleşmesine deneme kaydı koyulmuş ancak kaydın süresi açıkça belirtilmemiş olabilir. *İş sözleşmesine deneme*

---

<sup>59</sup> Örneğin Romanya'da aynı pozisyon için üçten fazla işçiyi deneme süreli iş sözleşmesiyle işe almak yasaklanmıştır. Kuddo, *Labor Regulations*, 15.

*kaydının koyulduğu ancak deneme kaydında deneme süresinin açıkça belirtilmediği bu hallerde;* toplu iş sözleşmesinde deneme süresine ilişkin bir düzenlemenin bulunması durumunda, deneme kaydının süresi toplu iş sözleşmesi hükmüne göre belirlenir. Ancak uygulanabilir bir toplu iş sözleşmesinin bulunmaması veya mevcut toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunmaması halinde, deneme süresinin kanunda belirtilen üst sınır uyarınca kararlaştırıldığını kabul etmek gerekir.<sup>60</sup> Nitekim gerek TBK'da gerekse İş Kanunlarında tarafların deneme süresini açıkça belirlemedikleri hallerde uygulanacak bir tamamlayıcı hukuk kuralına yer verilmemiştir.<sup>61</sup> Bu hallerde deneme kaydının süresinin üst sınırdan daha kısa süreli olduğunu ileri süren taraf, bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.

İş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmadığı hallerde de taraflar arasında deneme kaydının süresine ilişkin ihtilaf çıkması mümkündür. *Yazılı şekilde yapılmayan deneme süreli iş sözleşmeleri* yönünden; iş sözleşmesinde deneme kaydı olduğunu iddia eden taraf, bu iddiasını (ve deneme kaydının süresini) ispatla yükümlüdür.<sup>62</sup> Aksi takdirde iş sözleşmesinde deneme kaydının

---

<sup>60</sup> Aynı yönde bkz. Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, 277; Ekonomi, *Ferdi İş Hukuku*, 86-87; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 518; Soyer, "Deneme Süreli," 34; Süzek, *İş Hukuku*, 255; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 74; Kaplan, "Deneme Süreli İş Sözleşmeleri," 238-239; Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli," 69; Mutlay, "Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmeleri," 49-50; Baloğlu, "Deneme Süreli," 223; Kılıçoğlu, *İş Hukukunda Esneklik*, 116. Deneme kaydında sürenin belirlenmediği hallerde, deneme süresinin hâkim uygulamalar ve özel durumlar dikkate alınarak iyi niyet ve örf adet kuralları gereğince saptanabileceği yönünde bkz. Eyrenci'den aktaran Şimşek, "Deneme Süreli İş İlişkileri," 22. Aynı görüşte bkz. Yürekli, *Deneme Süreli*, 78-79.

<sup>61</sup> Ayrıca bkz. Tunçomağ, *İş Hukuku*, 104-105.

<sup>62</sup> İş sözleşmesinin deneme süreli olduğunu iddia eden tarafın, bu iddiasını yazılı delille ispatlaması gerektiği yönünde bkz. Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 72; Güven ve Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 131. "(...) Dosya

bulunmadığı kabul edilir. Nitekim Yargıtay uygulamasında da asıl olanın iş sözleşmesinin deneme süresi olmaksızın yapılması olduğu ve deneme kaydının istisnai nitelik taşıdığı açıkça belirtilmiştir.<sup>63</sup>

Deneme kaydının süresinin ihtilafli olduğu bir diğer durum, taraflarca kararlaştırılan deneme kaydının süresinin yasal sınırları aşmasına yöneliktir. *Deneme kaydında deneme süresine yer verilmesi ancak bu sürenin kanundaki (veya varsa toplu iş sözleşmesindeki) üst sınırı aşması halinde, tarafların irade serbestisinin bir sonucu olarak deneme kaydı geçerli kabul edilir ancak deneme süresinin (kanuna veya varsa toplu iş sözleşmesine göre) üst sınırı aşan kısmı geçersiz (kısmi geçersizlik) sayılır.*

Deneme kaydının süresine ilişkin bir diğer ihtilaf ihtimali, iş sözleşmesi ile toplu iş sözleşmesindeki deneme süresine ilişkin hükümlerin birbiriyle çatışması halinde doğar. *İş sözleşmesinde kararlaştırılan deneme süresinin toplu iş sözleşmesindeki deneme süresiyle çatışması halinde, deneme kaydının süresi işçi lehine olan düzenleme uyarınca belirlenmelidir. Örneğin iş sözleşmesindeki*

---

*içinde davacı ile davalı arasında deneme kaydı iş sözleşmesi yapıldığına dair yazılı bir belgeye rastlanmamıştır. İş sözleşmesinin deneme süreli kayıt içerdiğini, davalı işveren yazılı belge ile kanıtlamalıdır. Bu konuda kayıt sunulmadığına göre iş sözleşmesinin deneme süreli olmadığı kabulü” yönünde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2009/15921 K. 2009/13019, 11.05.2009, (www.lexpera.com.tr). İş sözleşmesinin yazılı yapılmadığı hallerde, deneme kaydının varlığının ve süresinin her türlü delille ispatlanabileceği yönünde bkz. Yürekli, *Deneme Süreli*, 162.*

<sup>63</sup> “(...) Asıl olan iş sözleşmesinin deneme süresi söz konusu olmaksızın yapılmasıdır. İş sözleşmesinin deneme süresi kaydıyla yapılmış olması, istisnai bir durumdur. İşçinin işe yeni girmiş olması ise, tek başına, deneme süresinin taraflarca öngörülmüş olduğunun delili sayılmaz.” yönünde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2011/24449 K. 2011/14882, 23.05.2011; Yarg. 9. HD, E. 2009/15921 K. 2009/13019, 11.05.2009, (www.lexpera.com.tr); Yarg. 9. HD, E. 2011/29945, K. 2013/25574, 09.10.2013, (karararama.yargitay.gov.tr/).

deneme süresinin toplu iş sözleşmesinde belirlenen süreden daha kısa olması halinde, yararlılık ilkesi gereği toplu iş sözleşmesinde yer alan deneme süresinin iş sözleşmesini etkilememesi gerekir.<sup>64</sup>

İş sözleşmesinde belirlenen deneme süresinin kural olarak her iki taraf için eşit olması gerekir. Ancak deneme kaydını düzenleyen hükümlerin nisbi emredici niteliği göz önünde bulundurulduğunda, bu eşitliğin işçi lehine bozulmasını engelleyen bir düzenlemenin bulunmadığından söz edilebilir.<sup>65</sup> Buna göre deneme kaydının süresine ilişkin bir diğer ihtilaf, *işçi ve işveren yönünden farklı deneme sürelerinin kararlaştırılmış olması* halinde doğar. Bu tür hallerde, öncelikle farklı şekilde kararlaştırılan deneme sürelerinin kimin lehine olduğunun tespiti gerekir. Örneğin işveren lehine işçiden daha kısa bir deneme süresi belirlenmesi halinde, işveren için belirlenen daha kısa sürenin işçi yönünden de kabul edilmesi gerekir.<sup>66</sup> Öte

---

<sup>64</sup> Ekonomi, *Ferdi İş Hukuku*, 87; Soyer, "Deneme Süreli," 34; Süzek, *İş Hukuku*, 255; Koç, "Deneme Süresi," 104; Kar, "Deneme Süreli," 22; Akyiğit, *4857 sayılı İş Kanunu Şerhi*, 587; Şimşek, "Deneme Süreli İş İlişkileri," 16; Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli," 67; Laçiner, "Deneme Süreli," 339-340; Yürekli, *Deneme Süreli*, 133; Çil, *İş Kanunu Şerhi*, 713; Lokmanoğlu, "Deneme Süreli," 629. Aynı yöndeki Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 9. HD, E. 1981/15195, K. 1981/3149, 09.03.1981, (Akyiğit, *4857 sayılı İş Kanunu Şerhi*, 593-594). Hangi deneme süresinin esas alınacağı, iş sözleşmesini fesheden taraf dikkate alınarak (işçi lehine) tespit edilmesi gerektiği yönünde bkz. Mutlay, "Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmeleri," 52-53.

<sup>65</sup> Deneme süresinin işçi ve işveren için farklı sürelerle kararlaştırılmayacağı yönünde bkz. Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 74; Akyiğit, *4857 sayılı İş Kanunu Şerhi*, 590; Şimşek, "Deneme Süreli İş İlişkileri," 23.

<sup>66</sup> Soyer, "Deneme Süreli," 34-35. Benzer yönde bkz. Koç, "Deneme Süresi," 102. TBK m. 432/5'de yer alan fesih bildirim sürelerine ilişkin hükmün bu durumda da kıyasen uygulanması ve her iki tarafın da uzun olan deneme süresine tabi olması gerektiği yönünde bkz. Yürekli, *Deneme Süreli*, 146.

yandan kanımızca işçi lehine işverenden daha kısa bir deneme süresi düzenlenmesinde sakınca yoktur.<sup>67</sup>

Örneklerle ortaya koyulan ve taraflarca kararlaştırılan deneme kaydının süresinin dolduğu bu hallerde, iş sözleşmesi deneme kaydı içermiyormuş gibi ya da fesih hakkı deneme süresi dolduktan sonra kullanılıyormuş gibi genel fesih kuralları devreye girer ve kolaylaştırılmış fesih imkânı ortadan kalkar. Bu hallerde de işverence deneme süresi içinde olduğu varsayılarak yapılan fesihler, belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından süreli fesih (işçi iş güvencesi kapsamında ise geçerli fesih) ya da derhal fesih; belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından ise haklı nedenle derhal fesih koşullarını taşımaktadır.

## **B. İşverenin Fesih Hakkını Kullanması Yönünden Sınırlar**

Değindiği üzere işveren, deneme süresi içinde fesih hakkını; ihbar öneli vermeksizin ve fesih sebebi göstermeksizin kullanabilir. Ancak kendisine tanınmış olan kolaylaştırılmış fesih imkânı, fesih hakkının hiçbir sınırlamaya tabi olduğu anlamına gelmez. Deneme süresi içinde feshe başvuran işveren de genel hukuk kurallarına, iş hukukunun temel ilkelerine ve varsa taraflarca kararlaştırılmış hususlara uymakla yükümlüdür.

İşverenin fesih hakkına ilişkin bu sınırları, uygulamada ortaya çıkma sıklığı uyarınca iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle getirilen sınırlar; dürüstlük kuralı ve hakkın

---

<sup>67</sup> Aynı yönde bkz. Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, 277; Soyer, "Deneme Süreli," 35; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 518; Kaplan, "Deneme Süreli İş Sözleşmeleri," 239; Lokmanoğlu, "Deneme Süreli," 628; Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli," 68-69; Laçiner, "Deneme Süreli," 350; Günay, *İş Kanunu Şerhi*, 462; Baloğlu, "Deneme Süreli," 223. Bu durumda deneme kaydının süresine ilişkin ispat yükünün işçiye düştüğü yönünde bkz. Kar, "Deneme Süreli," 20.

kötüye kullanılması yasağı; eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ve sendikal hak ve özgürlükler olmak üzere dört temel başlık altında ele almayı uygun buluyoruz.

## 1. İş Sözleşmesi veya Toplu İş Sözleşmesiyle Getirilen Sınırlara Uygunluk

Deneme süreli iş sözleşmelerini düzenleyen İK m.15 hükmü başta olmak üzere, diğer kanunlardaki ilgili düzenlemelerin mutlak emredici nitelik taşımaması nedeniyle; deneme süresi içindeki kolaylaştırılmış fesih hakkının kullanımının taraflarca sözleşme serbestisi uyarınca sınırlanması mümkündür. Üstelik deneme kayıtları işverenin yanı sıra işçinin de çıkarına hizmet ettiğinden, karşılıklı ve eşit olması kaydıyla işçinin fesih hakkı da işverenle aynı şekilde sınırlandırılabilir. Bu sınırlama iş sözleşmesi yoluyla yapılabileceği gibi toplu iş sözleşmesi aracılığıyla da gerçekleşebilir; deneme süresi içindeki fesih hakkı zaman ve/veya esas bakımından sınırlandırılabilir.<sup>68</sup> Ancak kararlaştırılan sınırlamanın geçerli kabul edilebilmesi için; hakkın özünü sınırlamaması/fesih hakkını tamamen ortadan kaldırmaması, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmaması, karşılıklı olması ve taraflara makul bir hukuki yarar sağlaması gerekir. Fesih hakkının iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle sınırlandırıldığı bu hallerde, deneme süresi içinde veya sonunda yapılan feshin, tarafların kararlaştırdığı koşullara uygun olması gerekir.

Tarafların sözleşme özgürlüğü uyarınca deneme süresi içindeki fesih hakkına yönelik kararlaştırabilecekleri ilk sınırlama, deneme süresi içinde fesih hakkı kullanılırken

---

<sup>68</sup> Fesih hakkının sözleşmelerle sınırlandırılması hakkında detaylı bilgi için bkz. Hande Bahar Aykaç, *İşverenin Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 53ff. ayrıca bkz. Kaplan, *İşverenin Fesih Hakkı*, 75-79.

tarafra *ihbar/bildirim yükümlülüğünün* öngörülmesidir.<sup>69</sup> Taraflar, karşılıklı olmak kaydıyla, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde deneme süresi içindeki fesihler yönünden ihbar yükümlülüğüne uyma koşulu belirlemişlerse, bu koşula uyulmaksızın yapılan fesih usulsüz kabul edilir.<sup>70</sup> Bu halde ihbar yükümlülüğüne uymayan tarafın, diğer tarafa (kararlaştırılan ihbar öneli uyarınca belirlenen tutarda) ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü doğar. Tarafların ihbar yükümlülüğü öngördüğü ancak ihbar süresini açıkça kararlaştırmadığı hallerde, İK m. 17 hükmünü kıyasen uygulamak ve altı aydan az kıdemi olan işçiler için öngörülen 2 haftalık bildirim süresini somut olaya uygulamak yerinde olacaktır.

Tarafların deneme süresi içindeki fesihler yönünden kararlaştırabileceği bir diğer sınırlama, iş sözleşmesini feshetmek için *deneme süresinin bitmesini bekleme zorunluluğuna* ilişkin olabilir. Deneme süreli iş sözleşmelerinde fesih hakkını kullanmak için, kural olarak tarafların deneme süresinin sona ermesini beklemelerine gerek yoktur.<sup>71</sup> Ancak bunun aksinin taraflarca düzenlenmesi ve fesih hakkına *zaman yönünden sınırlama* getirilmesi mümkündür. Diğer bir anlatımla taraflar, deneme süreli iş sözleşmeleri yönünden fesih hakkının kullanılabilmesi için kararlaştırılan deneme süresinin bitmesini

---

<sup>69</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 521. Tarafların deneme süresi içindeki fesihler yönünden ihbar öneli kararlaştırmaları halinde, buna uymak zorunda oldukları yönünde bkz. Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, 279; Kar, "Deneme Süreli," 22; Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli," 75; Lokmanoğlu, "Deneme Süreli," 629; Günay, *İş Kanunu Şerhi*, 462; Baloğlu, "Deneme Süreli," 224.

<sup>70</sup> Benzer yönde bkz. Mutlay, "Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmeleri," 57-58; Laçiner, "Deneme Süreli," 357.

<sup>71</sup> Laçiner, "Deneme Süreli," 359. Deneme süreli iş sözleşmelerinde deneme süresini bekleme zorunluluğunun bulunmadığı yönünde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2009/15921 K. 2009/13019, 11.05.2009; Yarg. 9. HD, E. 2011/24449 K. 2011/14882, 23.05.2011, (www.lexpera.com.tr).



beklemeyi ve fesih hakkından deneme süresi boyunca feragat edilmesini kararlaştırabilir. Nitekim gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında iş sözleşmesi taraflarının süreli fesih hakkının belli bir süreliğine kullanılmayacağını kararlaştırabileceği kabul edilmektedir.<sup>72</sup> Fesih iradesini tamamen ortadan kaldırmaması ve tarafların irade serbestisine dayanması kaydıyla, benzer bir kararlaştırmanın deneme süreli iş sözleşmeleri yönünden, deneme süresiyle sınırlı olarak yapılmasında bir engel yoktur. Bu hallerde taraflardan iş ilişkisini deneme süresi sonuna kadar sürdürmesi; bu süre sonunda ya iş sözleşmesine devam etmesi ya da iş sözleşmesini feshetmesi beklenir. Aksi takdirde sözleşme tarafları, deneme süresinin bitmesini beklemeden feshe başvuran karşı taraftan, kararlaştırılan deneme süresinin geri kalan süresine ilişkin ücretin ödenmesini talep edebilir.

Deneme süresi içinde fesih hakkının, *deneme süresinin olumsuz geçmesi* gibi objektif bir şarta bağlanması ve *esasa yönelik sınırlanması* da mümkündür. Bilindiği üzere Türk hukukunda fesih hakkının kullanılmasına ilişkin bu tür objektif sınırlamalar, özellikle iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin iş sözleşmesinin süreli feshi yönünden oldukça yaygındır.<sup>73</sup> Özünde deneme kaydı, tarafların karşılıklı olarak birbirini daha iyi tanımaya; işe, işyerine ve birbirlerine uygun olup olmadıklarını ölçmelerine hizmet etmektedir. Her ne kadar sözleşme tarafları, deneme süresi olumsuz geçse de iş sözleşmesini deneme süresi içinde herhangi bir sebep veya gerekçe sunmaksızın feshetme imkanına sahipse de, tarafların

<sup>72</sup> Aykaç, *Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması*, 71ff.

<sup>73</sup> Örneğin Türk hukukunda iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin bireysel veya toplu iş sözleşmeleriyle iş güvencesi kapsamına alınması, fesih için makul ve meşru neden şartının öngörülmesi, bildirim sürelerinin arttırılması, feshe başvurmak için bazı prosedürlere (işçinin savunmasının alınması, feshin disiplin kurulu kararına bağlanması vb.) uyulmuş olmasının aranması gibi uygulamalardan söz etmek mümkündür. Detaylı bilgi için bkz. Aykaç, *Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması*, 101-111.

bu fesih hakkını karşılıklı olarak sınırlandırmaları mümkündür. Diğer bir anlatımla taraflar, deneme süresi içinde iş sözleşmesini feshetme hakkını deneme süresinin olumsuz geçmesi şartına bağlayabilecektir. İrade serbestisi çerçevesinde bu koşulun, tarafların hukuki menfaatlerini zedelememesi ve karşılıklı olması kaydıyla kararlaştırılması mümkündür. Nitekim bu düzeyde bir objektif şart, deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkının özüne dokunmamakta, yalnızca hakkın kapsamını - deneme amacıyla uyumlu olarak- daraltmaktadır.

Deneme süresi içindeki fesih hakkının bu şekilde sınırlandırıldığı hallerde, deneme süresinin olumsuz geçtiğinin ispat yükü, deneme süresi içinde feshe başvuran taraftadır. Örneğin işverenin iş sözleşmesini deneme süresi içinde feshetmesi ancak deneme süresinin olumsuz geçtiğini ispatlayamaması halinde, taraflarca belirlenen koşullara uygun kullanılmayan bir fesih hakkından söz edilir. Tarafların fesih hakkına ilişkin belirlemiş oldukları bu sınırlamaya aynı zamanda bir yaptırım öngörmeleri halinde, somut uyuşmazlığa bu yaptırım uygulanır.<sup>74</sup> Ancak tarafların sözleşmede fesih kurallarına aykırılığa dair herhangi bir yaptırım öngörmedikleri takdirde, işverenin feshine haksız feshin sonuçlarının uygulanması mümkün olmalıdır.<sup>75</sup>

Fesih hakkının sözleşmelerle sınırlandırılmasının en yaygın örneklerinden biri, meşru/makul bir nedene bağlı olmaksızın yapılan ya da haksız nitelikte fesihlere yönelik iş sözleşmesine

---

<sup>74</sup> Aykaç, *Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması*, 303.

<sup>75</sup> İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler bakımından, sözleşmeyle fesih hakkına getirilen sınırlamalara uyulmaması halinde uygulanması gereken yaptırımlara ilişkin görüşler için bkz. Aykaç, *Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması*, 305-307.

eklenen *cezai şart/tazminat* benzeri uygulamalardır.<sup>76</sup> Değinen örneklerin aksine, deneme süreli iş sözleşmesinde aynı zamanda bir cezai şartın kararlaştırılması halinde, cezai şart karşılıklı olsa dahi, deneme süresinde yapılacak fesihler yönünden cezai şarta geçerlilik tanınmaz.<sup>77</sup> Çünkü tarafların deneme süresi içindeki fesih hakkını cezai şarta bağlamaları, deneme süresine özgü kolaylaştırılmış fesih hakkının özünü tamamen ortadan kaldırır niteliktedir. Ancak cezai şartın işçiye yönelik yapılan eğitim masrafları için düzenlenmesi halinde, deneme süresi içinde yapılan fesihlerde de bunların talep edilebileceği kabul edilmelidir.<sup>78</sup> Doktrinde ayrıca, deneme süresi içinde işçinin saklama yükümlülüğü veya rekabet yasağı borçlarına aykırılık yönünden cezai şart kararlaştırılabileceği de belirtilmektedir.<sup>79</sup> Sözü edilen istisnai hususlar bir kenara bırakılacak olursa, deneme kaydı ile cezai şartın birbirini dışlayan kayıtlar olduğu

<sup>76</sup> Detaylı bilgi için bkz. İrem Yayvak Namlı, *İş Hukuku'nda Cezai Şart* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 7ff.; Süzek, *İş Hukuku*, 741ff.

<sup>77</sup> "Deneme süresi içinde fesih sebebiyle iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olan sözleşmenin feshine bağlanan cezai şartın ödenmesi(nin) gerekme(yeceği)" yönünde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2011/17043, K. 2013/16871, 03.06.2013, (Çil, *İlke Kararları*, 335-337); Yarg. 9. HD, E. 2010/3997 K. 2012/13803, 19.04.2012, (www.lexpera.com.tr); Yarg. 9. HD, E. 2009/16980, K. 2011/19788, 30.06.2011, (Kişisel arşiv). İş sözleşmesinde deneme kaydının yanı sıra aynı zamanda cezai şart kararlaştırılmış olması ve tarafların irade serbestisi uyarınca somut olayda farklı bir sonuca ulaşamıyor olması durumunda, işverenin işçiye cezai şart ödemesi gerektiği; ancak somut olayda işçi yönünden farklı bir sonuca ulaşamıyor olması durumunda işçi lehine olan kuralın dikkate alınması gerektiği ve işçinin işverene cezai şart ödemekle yükümlü olmayacağı yönünde bkz. Mutlay, "Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmeleri," 73-75.

<sup>78</sup> Arıcı, *Türk İş Hukuku*, 91; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 79; Güven ve Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 132; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 523; Kar, "Deneme Süreli," 27-28; Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli," 72; Lokmanoğlu, "Deneme Süreli," 633.

<sup>79</sup> Yayvak Namlı, *Cezai Şart*, 428.

göz önünde bulundurulduğunda; iş sözleşmesinde cezai şart kararlaştırılmış olsa bile, cezai şartın deneme süresi içinde yapılan fesihlerde hüküm ve sonuç doğurmayacağını ancak deneme süresinin bitiminden sonraki fesihlerde uygulanacağını kabul etmek gerekir.<sup>80</sup>

## 2. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağına Uygunluk

İş sözleşmesinde kararlaştırılan deneme kaydı, taraflara belirsiz süreli iş sözleşmesini deneme süresi içinde ihbar öneli vermeksizin ve fesih sebebi göstermeksizin; belirli süreli iş sözleşmesini ise haklı neden göstermeksizin ve belirli sürenin dolmasını beklemeksizin feshetme imkânı verir. Görüldüğü üzere kolaylaştırılmış fesih imkânı, yalnızca belirtilen hususlara yönelik bir istisna öngörür. Fesih hakkının kullanılmasına ilişkin diğer sınırlamalar ve hukuka uygunluk koşulu, deneme süresi içinde yapılan fesihlerde de aynen devam eder. Bu sınırlamaların en önemlisi, şüphesiz fesih hakkının dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun kullanılmasıdır. Her hak gibi deneme süreli iş sözleşmesini bildirimsiz feshetme hakkının da dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanılması gerekir.<sup>81</sup> Aksi takdirde kötüye kullanılan fesih hakkının hukuk düzenince korunması mümkün olmaz.

Fesih hakkının kötüye kullanılmasıyla kast edilen; doğmuş bir fesih hakkının kanunda öngörülen şartlara ve sürelerle uygun ancak objektif iyiniyet kurallarına (TMK m. 2) aykırı olarak

---

<sup>80</sup> Aynı yönde bkz. Laçiner, *Deneme Süreli*, 363-364; Yayvak Namlı, *Cezai Şart*, 428.

<sup>81</sup> Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, 279; Yürekli, *Deneme Süreli*, 290. Fesih hakkı ve dürüstlük kuralı ilişkisi hakkında genel bilgi için ayrıca bkz. Olgu Özdemir, *İş Sözleşmesinin Feshinde Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 111ff.

kullanılmasıdır.<sup>82</sup> Bu hallerde işveren, işçinin haklarını ortadan kaldırmak amacıyla, fesih hakkını kullanmakta meşru bir menfaati olmaksızın, menfaatler arasında aşırı ölçüde dengesizliğe yol açarak ya da işçiye zarar verme gibi amaçlarla hareket etmektedir. İşverenin ileri sürdüğü fesih nedeni ile fesih iradesinin altında yatan gerçek neden örtüşmemektedir.<sup>83</sup> Ancak deneme süresi içindeki fesihlerde fesih hakkının kullanımının hangi hallerde kötüniyetli kabul edileceği hususu, genel esaslardan farklılık gösterir.<sup>84</sup> Örneğin deneme süresi objektif olarak başarılı geçmesine rağmen taraflardan birinin herhangi bir neden göstermeksizin feshe başvurması, fesih hakkının kötüye kullanıldığı anlamına gelmez. Nitekim bu tür bir fesih, deneme kaydının doğası gereğidir.

Öte yandan fesih nedeni gösterme zorunluluğunun bulunmaması, fesih hakkının kötüye kullanıp kullanılmadığının hiçbir surette değerlendirilmesinin yapılmayacağı anlamına gelmez. İşverenin gerek fesih iradesinde neden belirttiği gerekse neden göstermeksizin feshe başvurduğu hallerde, fesih iradesinin dürüstlük kurallarına uygun olup olmadığı (fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı) değerlendirilebilir. Örneğin işverenin söz veya eylemleriyle deneme süresinden memnun olduğunu bildirmesine ve işçide fesih hakkından

---

<sup>82</sup> Fesih hakkının doğmamasına rağmen feshe başvurulması halinde haksız fesih; doğmuş bir fesih hakkının kanuna uygun olarak kullanılmaması halinde ise, usulsüz fesih söz edilir. Fesih hakkının kötüye kullanılması hakkında detaylı bilgi için bkz. Sarper Süzek, *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması* (Ankara: Kazancı Yayınları, 1976), 69ff.; Kaplan, *İşverenin Fesih Hakkı*, 98ff.; Zeki Onat, *İşverenin İş Akdini Kötüniyetli Feshi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 45ff.; Özdemir, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması*, 148ff.

<sup>83</sup> Hazal Tolu, *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017), 53.

<sup>84</sup> Hakkın kötüye kullanılması teorisinin iş sözleşmesi özelinde değerlendirmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Süzek, *Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, 74ff.

vazgeçtiğine yönelik haklı bir güven uyandırmasına rağmen feshe başvurusu,<sup>85</sup> işçinin deneme süresi devam ederken yasal bir hakkını kullanması (örneğin işvereni şikayet etmesi,<sup>86</sup> işveren aleyhine tanıklık yapması,<sup>87</sup> ücretinin tam olarak veya hiç ödenmemesi ya da iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması nedeniyle çalışmaktan kaçınması<sup>88</sup> vb.) nedeniyle veya işçinin hak ve özgürlüklerini kullanmasını önlemek amacıyla<sup>89</sup> işverenin feshe başvurusu, işçinin deneme süresi içinde performans ve becerilerini sergilemekten kasten yoksun bırakılması gibi hallerde, deneme süresi içindeki fesihler yönünden dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı kullanılan fesihten söz etmek mümkündür.

Fesih hakkının kötüye kullanıldığı hallerde, kötünietli feshe maruz kaldığı iddiasında olan işçi, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.<sup>90</sup> Bu genel ispat kuralı, deneme süresi içindeki

<sup>85</sup> Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, 279; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 522; Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme Süreli," 76. Aksi görüşte bkz. Yürekli, *Deneme Süreli*, 292-293.

<sup>86</sup> İşçinin şikayetinin haklı olup olmasının işverenin kötünietli feshini etkilemeyeceği; işçinin şikâyeti ile kötünietli fesih arasında illiyet bağının yeterli olduğu yönünde bkz. Süzek, *Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, 140; Süzek, *İş Hukuku*, 546-547; Onat, *Kötünietli Fesih*, 243.

<sup>87</sup> Süzek, *İş Hukuku*, 547; Onat, *Kötünietli Fesih*, 242-243.

<sup>88</sup> Gülsevil Alpagut, "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi," *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014* (Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2016), 38.

<sup>89</sup> Süzek, *Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, 146ff.

<sup>90</sup> Kaplan, *İşverenin Fesih Hakkı*, 103; Süzek, *Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, 199; Süzek, *İş Hukuku*, 550-551; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 980-981. Kötüniet teşkil eden sebep olmasaydı dahi iş sözleşmesinin feshedileceğini, işverenin ispatla yükümlü olduğu yönünde bkz. Tolu, *Haksız Fesih*, 53.

kötüniyetli fesihler yönünden de geçerlidir. Nitekim deneme süresi içinde başvuru fesihlerinde işverenin fesih nedeni belirtme veya fesih nedenini ispatlama yükümlülüğü yoktur. Ancak yasal zorunluluk bulunmamasına rağmen deneme süresi içinde feshe başvururken kendi iradesiyle fesih nedeni göstermesi halinde, işverenin gösterdiği nedenle bağlı kalacağını belirtmek gerekir. Yargıtay da kararlarında bunu isabetle vurgulamıştır.<sup>91</sup> Aynı husus, “deneme süreli iş sözleşmesinin işverence feshi” olarak belirtilen fesih bildirimine, daha sonradan farklı fesih gerekçelerinin eklenmesi yönünden de geçerli olup tarafların fesih bildiriminde belirttikleri fesih sebebinden başka sebeplere dayanmaları mümkün değildir.<sup>92</sup>

İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak feshedilmesine ilişkin Türk hukukunda düzenlenen hukuki yaptırım, işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat (kötüniyet tazminatı) ödenmesine ilişkindir (İK m.17/6). Buna göre deneme süresi içinde yapılan feshin kötüniyetli olduğunun tespiti halinde de fesih geçerli kabul edilir ancak belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi lehine kötüniyet tazminatına hükmedilir.

Her ne kadar Yargıtay’ın önceki kararlarında “tazminatsız” ifadesi, deneme süresi içinde iş sözleşmesi feshedilen işçi lehine hiçbir tazminata hükmedilemeyeceği şeklinde dar anlamda yorumlansa da; sonradan bu görüşten isabetli olarak

---

<sup>91</sup> “Deneme süreli iş sözleşmesinde, süre dolmadan fesih yetkisini kullanan tarafın, fesih nedenini belirtmesine gerek yoktur. Ancak deneme süresi içinde iş sözleşmesinin feshinde bir neden gösterilmiş veya iş sözleşmesinin diğer tarafı fesih hakkının kötüye kullanıldığını iddia etmiş ise, bu neden ve fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı üzerinde durulma(sı)” gerektiği yönünde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2009/15921, K. 2009/13019, 11.05.2009, (www.lexpera.com.tr).

<sup>92</sup> İstanbul BAM, 32. HD, E. 2017/1745, K. 2019/495, 13.03.2019, (www.lexpera.com.tr).

vazgeçilmiş; deneme süresi içinde de olsa kötünietli feshin korunmayacağı kabul edilmiştir.<sup>93</sup> Doktrinde de deneme süresi içinde olsa dahi, taraflardan birinin fesih hakkını kötüye kullanması halinde, karşı taraf lehine kötüniet tazminatına hükmedilebileceği belirtilmektedir.<sup>94</sup> Gerek yargı kararlarındaki gerekse doktrindeki bu görüş değişikliğinin son derece isabetli olduğu şüphesizdir.

İK m.17/6 son cümlede, “Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir.” hükmüne yer verilmiştir. İlgili fıkra da sözü edilen kötüniet tazminatı ile ihbar tazminatına birlikte hükmedilmesi hususu, deneme kaydının geçerli olması ve kötünietli feshe deneme süresi içinde başvurulmuş olması halinde uygulama alanı bulmaz. Ancak yukarıda değinildiği üzere, hem deneme kaydının geçersiz olduğu (veya feshe deneme süresi dolduktan

<sup>93</sup> “Deneme süreli iş sözleşmesinde, süre dolmadan fesih yetkisini kullanan tarafın, fesih nedenini belirtmesine gerek yoktur. Ancak deneme süresi içinde iş sözleşmesinin feshinde bir neden gösterilmiş veya iş sözleşmesinin diğer tarafı fesih hakkının kötüye kullanıldığını iddia etmiş ise, bu neden ve fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı üzerinde durulmalıdır.” yönünde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2009/15921 K. 2009/13019, 11.05.2009, (www.lexpera.com.tr); Yarg. 9. HD, E. 2011/29945, K. 2013/25574, 09.10.2013, (karararama.yargitay.gov.tr/); Yarg. 9. HD, E. 2009/16980, K. 2011/19788, 30.06.2011, (Kişisel arşiv).

<sup>94</sup> Ekonomi, *Ferdi İş Hukuku*, 88; Narmanlıoğlu, *Ferdi İş İlişkileri*, 241; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 522; Kar, “Deneme Süreli,” 30; Lokmanoğlu, “Deneme Süreli,” 635; Mutlay, “Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmeleri,” 72; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 172; Laçiner, “Deneme Süreli,” 360; Özdemir, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması*, 272; Tazminat ödemeksizin ibaresinin, fesih hakkının hukuka aykırı olarak kullanılabilmesine imkân vermeyeceği yönünde bkz. Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 78. Doktrinde Çil ise deneme süresi içinde fesih hakkı açıkça kötüye kullanılsa bile kötüniet tazminatı talep edilmesinin mümkün olmayacağı; işçinin ihbar tazminatı talep hakkının bulunmadığı bir durumda kötüniet tazminatından da söz edilemeyeceği görüşündedir. Çil, *İş Kanunu Şerhi*, 715.



sonra başvurulduğu) hem de bu süre içindeki fesih hakkının kötüye kullanıldığı durumlarda, kötüniyet tazminatı ile birlikte ihbar tazminatına da hükmedilebilecektir.<sup>95</sup>

Kanunkoyucu kötüniyet tazminatını, belirsiz süreli iş sözleşmesinin kötüniyetli olarak feshedilmesi haline ilişkin düzenlemiştir. Diğer bir anlatımla, deneme süresi içeren belirli süreli iş sözleşmesinin deneme süresi içinde işverence kötüniyetli olarak feshedilmesi halinde; belirsiz süreli iş sözleşmesinde olduğu gibi özel bir yaptırım öngörülmediğinden, işçinin kötüniyet tazminatı talep etme imkânı olmaz.<sup>96</sup> Bunun nedeni, kural olarak belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın süresinden önce feshedilmesinin, işverenin fesih iradesine bakılmaksızın kötüniyetli fesih değil haksız fesih oluşturmasıdır.<sup>97</sup> Bir diğer ifadeyle, bu tür bir durumda işverenin fesih hakkı henüz doğmamış olacağından, (doğmuş bir) fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilemez. Ancak deneme süresi içinde belirli süreli iş sözleşmesinin kötüniyetli olarak feshedilmesi, bu genel kuralın istisnasını oluşturur. Nitekim deneme süresiyle sınırlı olmak üzere işverenin belirli süreli iş sözleşmesi yönünden haklı nedene bağlı olmaksızın doğmuş bir fesih hakkından söz etmek mümkündür.

Açıklanan nedenlerle belirli süreli iş sözleşmelerinin de deneme süresiyle sınırlı olmak kaydıyla kötüniyetli olarak feshedilmeleri mümkündür. Bu hallerde işçinin, kötüniyet

---

<sup>95</sup> Kötüniyet tazminatı ile ihbar tazminatına birlikte hükmedilmesi hakkında ayrıca bkz. Kaplan, *İşverenin Fesih Hakkı*, 103-104; Süzek, *İş Hukuku*, 550; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 982-983.

<sup>96</sup> Belirli süreli iş sözleşmesinin feshinde kötüniyet tazminatına hükmedilemeyeceği yönünde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2001/5272 K. 2001/4939, 28.3.2001, (www.lexpera.com.tr).

<sup>97</sup> Süzek, *İş Hukuku*, 544; Tolu, *Haksız Fesih*, 219-220.

tazminatı gibi özel bir yaptırım öngörülmemiş olması nedeniyle, genel hükümlere göre işverenden bakiye süre ücretini ve koşulları mevcutsa maddi/manevi tazminat talep etmesi mümkündür.<sup>98</sup> Doktrinde ise *Alpagut*, belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından fesih hakkının deneme süresi içinde kötüye kullanıldığı bu hallerin de haksız fesih niteliği taşıyacağını belirtmektedir.<sup>99</sup> Haksız fesih ile kötüniyetli feshin birbirini dışlayan iki ayrı kavram olduğu göz önünde bulundurulduğunda,<sup>100</sup> doğmuş bir fesih hakkını deneme süresi içinde kötüye kullanan işveren yönünden haksız fesihten söz etmek kanımızca mümkün değildir. Böyle bir durumda feshi kötüniyetli fesih olarak kabul etmek ancak yaptırım öngörülmemiş olması nedeniyle haksız feshine ilişkin yaptırımların somut olaya kıyasen uygulanmasını benimsemek daha doğru bir çözüm yolu olabilecektir.

Son olarak belirtelim ki, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin, işverenin deneme süresi içindeki kötüniyetli feshi nedeniyle kötüniyet tazminatını aşan tutarda bir zarara uğraması halinde genel hükümlere başvurması; şartların varlığı halinde işverenden maddi ve/veya maddi tazminat talep etmesi mümkündür.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> Fesih hakkının kötüye kullanılmasına yönelik özel bir yaptırım öngörülmemesi halinde, Türk Medeni Kanununda düzenlenen yaptırımlara başvurulabileceği yönünde ayrıca bkz. Süzek, *Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, 73.

<sup>99</sup> Alpagut, "Değerlendirme," 38.

<sup>100</sup> Konuya ilişkin ayrıca bkz. Tolu, *Haksız Fesih*, 58-60.

<sup>101</sup> Süzek, *Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, 157, 163, 170-174; Süzek, *İş Hukuku*, 550; Onat, *Kötüniyetli Fesih*, 287.

### 3. Dar Anlamda Eşit Davranma Borcuna ve Ayrımcılık Yasasına Uygunluk

İşveren feshinin dar anlamda eşit davranma borcuna ve ayrımcılık yasasına uygunluğunu tespit edebilmek için öncelikle iş hukukunda eşitlik ilkesi ile kast edilenin ne olduğuna ve eşitlik ilkesinin bileşenlerine kısaca değinmek gerekir.<sup>102</sup>

Temelini Anayasanın 10. maddesinde ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu Kanununda (TİHEK) 3/1. maddesinde bulan *dar anlamda eşit davranma borcu*, iş hukukunda aynı veya benzer durumdaki işçilere eşit muamele edilmesini; farklı muamele edilmesini haklı kılan objektif sebeplerin varlığı halinde ise işçilere farklı muamele edilmesini amaçlar.<sup>103</sup> Buna göre dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılıktan söz edebilmek için en az iki işçinin farklı işleme tutulması ve ikisinin karşılaştırılması (işçiler arasında kıyaslama yapılması) gerekir.<sup>104</sup>

Türk iş hukukunda eşit işlem borcunun kapsamı konusunda farklı görüşlerden söz etmek mümkündür. Çalışmamız

---

<sup>102</sup> Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Deniz Ugan Çatalkaya, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasası," *Çalışma ve Toplum*, 69, 2 (2021), 862ff., Kübra Doğan Yenisey, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası," *Çalışma ve Toplum*, 4, 11 (2006), 64ff.

<sup>103</sup> Detaylı bilgi için bkz. Gaye Burcu Yıldız, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008) 60ff.; A. Can Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 6ff. Ayrıca bkz. Süzek, *İş Hukuku*, 452ff.; Ugan Çatalkaya, "Eşitlik İlkesi," 862-863; Hande Bahar Aykaç, "Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu İle Sınırlanması," *İç. İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar*, Ed: Tankut Centel, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 55ff.; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 724-725; Tolu, *Haksız Fesih*, 142.

<sup>104</sup> Süzek, *İş Hukuku*, 456-457; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 724; Ugan Çatalkaya, "Eşitlik İlkesi," 880; Aykaç, "Eşit Davranma Borcu," 58-59.

işverenin fesih hakkıyla sınırlı olduğundan, eşit işlem borcunun kapsamını da işverenin iş sözleşmesini sona erdirmesi yönünden ele almak gerekir.

Türk iş hukuku öğretisinde işverenin iş sözleşmesini sona erdirirken eşitlik ilkesine uymakla yükümlü olup olmadığı hususu tartışmalıdır.<sup>105</sup> Bir görüş işverenin eşitlik ilkesine uymakla yükümlü olduğunu belirtirken;<sup>106</sup> bir diğer görüş eşit davranma borcunun iş sözleşmesinin sona ermesinde mutlak nitelikte olmadığını ve (kötüniyetli veya objektif bir nedene dayanmaksızın yapılan fesihlerle) sınırlı olarak uygulanabileceğini savunmaktadır.<sup>107</sup> Diğer bir görüş ise işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun bulunmadığını belirtmektedir.<sup>108</sup>

Konuyu deneme süresi içinde yapılacak işveren fesihleri yönünden ele aldığımızda; hangi işçilerle deneme süresi kararlaştırıp kararlaştırmayacağı, kararlaştırılacak deneme süresinin uzunluğu ve deneme süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerden hangisinin iş sözleşmesinin feshedileceği konusunda işverenin mutlak bir eşit davranma borcu yoktur. İş sözleşmesine deneme kaydı eklenip eklenmemesi, eklenen deneme kaydının süresi ve deneme kaydı içinde veya sonunda

<sup>105</sup> Konuya ilişkin çeşitli görüşler için bkz. Aykaç, "Eşit Davranma Borcu," 78ff.; Tuncay, *Eşit Davranma İlkesi*, 207ff.

<sup>106</sup> Süzek, *İş Hukuku*, 467; Yıldız, *Eşit İşlem Borcu*, 257ff., Tuncay, *Eşit Davranma İlkesi*, 213-217. Yargıtay da işverenin iş sözleşmesinin sona ermesinde eşit davranma borcu olduğunu kabul etmektedir. Yarg. 9. HD, E. 2004/8413, K. 2004/24957, 04.11.2004 aktaran ve inceleyen M. Fatih Uşan, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)" *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 8, (2005), 1624ff.

<sup>107</sup> Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, 456-457; Doğan Yenisey, "Eşitlik İlkesi," 69; Tolu, *Haksız Fesih*, 148. İş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun mutlak bir anlam taşımadığı yönünde bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 727.

<sup>108</sup> Uşan, "Eşit Davranma Borcu," 1630-1632.

fesih hakkının kullanılıp kullanılmayacağı hususu; hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun olduğu müddetçe eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz ve geçerli kabul edilir. Örneğin objektif nedenlerin varlığı halinde (işçinin nitelikleri, yapılacak işin türü ve niteliği vb.) işçiler için farklı deneme sürelerinin kararlaştırılması ya da işçilerin kimisi için deneme kaydı kararlaştırılıp kimisi için kararlaştırılmaması mümkün olup bu durum işverenin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmez. Ancak işçiler arasında iş sözleşmesine deneme kaydı eklenmesi, deneme kaydının süresi ya da iş sözleşmesinin deneme süresi içinde feshi yönünden yapılan farklı işlemin kötüniyetli ya da objektif iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil etmesi halinde ise yukarıda değinildiği üzere deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkının ya da fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilir ve buna ilişkin yaptırımlar uygulama alanı bulur. Nitekim dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığa ilişkin özel bir tazminata İK' da ve TİHEK' de yer verilmemiştir.<sup>109</sup>

<sup>109</sup> Dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılıkta ayrımcılık tazminatının uygulanmayacağı yönünde bkz. Süzek, *İş Hukuku*, 476; Ugan Çatalkaya, "Eşitlik İlkesi," 888-889. İK m.5'in ve ayrımcılık yasağına aykırılık için öngörülen tazminatın eşit davranma borcunu kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği ve işçinin bu hallerde de ayrımcılık tazminatı talep edebileceği yönünde bkz. Yıldız, *Eşit İşlem Borcu*, 329-330. Aynı görüşte bkz. Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 747. Yargıtay'ın da yerleşik içtihadı dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılıkta ayrımcılık tazminatının uygulanmayacağı yönündedir. Ancak son kararlarında Yargıtay'ın bu içtihadında değişikliğe gidebileceğine yönelik önemli hususlara yer verilmiştir. Bu yöndeki bir kararın incelemesi için bkz.ERCÜMENT ÖZKARACA VE CANAN ÜNAL ADINIR, "Dar Anlamda Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta Ayrımcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı (Karar İncelemesi)," *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 46, (2021), 128ff.

Açıklanan nedenlerle deneme süreli iş sözleşmeleri bakımından esas önem arz eden husus, işverenin deneme süresi içindeki fesihlerde ayrımcılık yasağına uygun hareket edip etmediğidir. Anayasanın 10. maddesinin yanı sıra 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde ve TİHEK m. 3-7 arasında özel olarak düzenlenen *ayrımcılık yasağı*, iş ilişkisinde işçiye bazı özel durumlar (dil, ırk, renk, cinsiyet, cinsel yönelim, hamilelik, doğum, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep, etnik köken, uyruk, vatandaşlık, medeni hal, ailevi nedenler, sağlık durumu, engellilik, fiziki görünüm, yaş vb.) nedeniyle ayırım yapılmasını yasaklar.<sup>110</sup> Eşit işlem borcunun aksine, ayrımcılık yasağına aykırılıktan söz edebilmek için birden fazla işçinin karşılaştırılmasına gerek olmadığı gibi ayrımcılık yasağının kapsamı ve sınırları konusunda tereddüte de yer yoktur. İşveren işe alımda, iş ilişkisi devam ederken ve iş ilişkisinin sona ermesinde ayrımcılık yasağına uygun davranmakla yükümlüdür. Bu husus TİHEK m. 6/1’de de açıkça hüküm altına alınmıştır. Aksi takdirde işveren, iş ilişkisinde veya sona ermesinde ayrımcılık yasağına aykırı davranması halinde, İK m. 5/6 hükmü gereği işçiye dört aya kadar ücreti tutarında tazminat (ayrımcılık tazminatı) ödemekle yükümlüdür.

Ayrımcılık yasağına ilişkin bu genel esaslar, deneme süresi içinde yapılacak fesihler yönünden de geçerlidir. Her ne kadar işverenin iş sözleşmesinin deneme süresi içinde neden göstermeksizin feshetme imkânı bulursa da, kolaylaştırılmış fesih imkanı hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun olması gerektiği gibi ayrımcılık yasağına da uygun kullanılmalıdır. Deneme süresi içinde dahi işveren, fesih hakkını İK m. 5’te ve TİHEK m. 3-7 arasında sözü edilen ayrımcılık yasaklarına aykırılık teşkil edecek şekilde kullanmamalıdır. Yargıtay kararlarında da bu husus “(...) deneme süreli iş sözleşmesi,

---

<sup>110</sup> Detaylı bilgi için bkz. Yıldız, *Eşit İşlem Borcu*, 69ff.

*işverenin 4857 sayılı Kanununun 5. maddesinde öngörüldüğü üzere, fesihle eşit davranma borcuna aykırı davranması imkanını tanımaz.” şeklinde açıkça belirtilmiştir.<sup>111</sup> Aynı görüş doktrinde de paylaşılmaktadır.<sup>112</sup>*

Buna göre deneme süresi içinde yapılan fesihle ayrımcılığa uğradığı iddiasında olan işçi, bu durumu ispatla yükümlüdür. Ancak işçinin bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması halinde, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlüdür (İK m. 5/7). İşverenin iş sözleşmesini ayrımcılığa dayalı olarak feshettiğinin tespiti halinde, işçi lehine ayrımcılık tazminatına hükmedilebilir. Ancak işverenin feshi, ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etse de geçerli kabul edilir.

İşçi lehine ayrımcılık tazminatına hükmedilmediği hallerde, TİHEK m. 17/5 hükmü uyarınca, ayrımcılığa dayalı feshe başvuran işveren hakkında idari para cezası yaptırımına hükmedilmesi de mümkündür. Son olarak deneme süresi içinde yapılan fesih, aynı zamanda işçinin kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyor ise, işçinin genel hükümlere göre işveren aleyhine

---

<sup>111</sup> Yarg. 9. HD, E. 2011/17043, K. 2013/16871, 03.06.2013; Yarg. 9. HD, E. 2010/3997 K. 2012/13803, 19.04.2012, (www.lexpera.com.tr); Yarg. 9. HD, E. 2009/16980, K. 2011/19788, 30.06.2011, (Kişisel arşiv).

<sup>112</sup> Haksız ayrımcılığa dayalı fesihlerde, işverenin deneme süresi nedeniyle bunun sonuçlarından kurtulmaması gerektiği; aksi takdirde deneme süresinin haksız ayrımcı tutumu caiz kılmasına sebep olunacağı yönünde bkz. Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 172. Deneme kaydının iş sözleşmesi taraflarının borç ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmadığı; deneme süresinin tek amacının tarafları ihbar öneli beklemeksizin iş sözleşmesini feshetmelerine olanak sağlamak olduğu; işverenin deneme süresi içinde de ayrımcılık yasağı ve eşit işlem borcu altında olduğu yönünde bkz. Yıldız, *Eşit İşlem Borcu*, 261-262; Yürekli, *Deneme Süreli*, 302.

maddi ve/veya manevi tazminat davası açması ve işveren deneme süresini yoksun bırakıldığı haklarını talep etmesi mümkündür.<sup>113</sup>

Görüldüğü üzere fesih hakkının deneme süresi içinde ayrımcılık yasağına aykırı kullanılması yönünden Türk hukukunda özel hükümlere yer verilmemiştir. Nitekim bu durumda da işveren feshi geçerli kabul edilmekte ancak işçi lehine koşulların varlığı halinde ayrımcılık tazminatına hükmedilmektedir.

Türk hukukunun aksine, çoğu ülke hukukunda deneme süresi içinde yapılan fesihlerde işçiler ayrımcılığa karşı özel olarak korunmakta; deneme süresi içindeki fesihler yönünden ayrımcılığa dayalı fesih veya sendikal fesih nedenli kararlar kabul edilerek işverenin fesih hakkı sınırlanmaktadır. Örneğin kimi ülkelerde dezavantajlı ve ayrımcılığa uğrama potansiyeli olan gruplar (ergin olmayanlar/küçükler,<sup>114</sup> engelliler,<sup>115</sup>

<sup>113</sup> Kar, "Deneme Süreli," 31; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 521; Bozkurt Gümrukçüoğlu, "Deneme Süreli," 76; Çil, *İş Kanunu Şerhi*, 715; Yürekli, *Deneme Süreli*, 300. Davacının deneme süreli işe girdiği yerde ev tuttuğu sabit olduğundan, davacı tarafından talep edilen maddi tazminatın miktarının saptanarak hüküm altına alınması gerektiği yönünde bkz. Yarg. 4. HD, E.2003/15094, K.2003/1507, 18.02.2003, (Akyiğit, 4857 sayılı *İş Kanunu Şerhi*, 594).

<sup>114</sup> Belarus, Estonya, Litvanya, Rusya ve Tacikistan'da ergin olmayanlarla deneme süreli iş sözleşmesi yapmak mümkün değildir. Kuddo, *Labor Regulations*, 16.

<sup>115</sup> Belarus ve Estonya'da engelli işçilerle deneme süreli iş sözleşmesi yapmak mümkün değildir. Kuddo, *Labor Regulations*, 16. Romanya'da ise engelli işçiler yönünden, diğer işçilere (90 gün) kıyasla daha kısa (30 ila 45 gün) deneme süresi düzenlenmiştir. Raluca Dimitriu, "Termination of the Employment Contract during the Probationary Period," *Proceedings of the 14th International Conference Accounting and Management Information Systems*, (2019), 117, <https://amis.ase.ro/2019/docs/AMIS2019Proceedings.pdf> (Erişim Tarihi Haziran 16, 2022).



hamileler,<sup>116</sup> küçük yaşta çocuğu olan kadınlar<sup>117</sup> vb.) yönünden deneme süresi kararlaştırılması engellenmekte veya bu kişiler yönünden daha kısa süreli deneme sürelerinin belirlenmesi düzenlenmekte ya da deneme süresi içinde iş sözleşmesinin feshedilebilmesi deneme süresinin başarısız/olumsuz geçmesi şartına bağlanmaktadır. Kimi ülkelerde ise ayrımcılık yasağına

---

<sup>116</sup> İspanya’da hamile işçilerin deneme süreli iş sözleşmesinin hamilelik süresi boyunca ve yasal analık izinlerin bitimine kadar işverence sona erdirilemeyeceği kabul edilmiş; feshe başvuracak işveren, fesih nedeninin hamilelik olmadığını ve işçinin yeterliliği ile ilgili olduğunu ispatla yükümlü kılınmıştır. Böylelikle ayrımcılık yasağından daha güçlü bir koruma mekanizması oluşturulmuştur. Detaylı açıklamalar için bkz. Ángel Luis de Val Tena, “La Extinción del Contrato de Trabajo Durante el Periodo de Prueba,” *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* 2, (2021), 78-82; Francisco Javier Gómez Abelleira, “Extinción del contrato de trabajadora embarazada en período de prueba,” *El Foro de Labos*, 9 Mayıs 2022, <https://www.elforodelabos.es/2022/05/extincion-del-contrato-de-trabajadora-embarazada-en-periodo-de-prueba/> (Erişim Tarihi Temmuz 20, 2022). Almanya’da da deneme süreli iş sözleşmesi yönünden hamile işçilerin durumu aynı şekilde düzenlenmiştir. Bkz. Yürekli, *Deneme Süreli*, 302-304. Benzer şekilde Malta’da da deneme süresi, analık izninin başladığı tarihe kadar dolmamışsa, analık izni süresince deneme süresi askıya alınır. Hamile bir işçinin deneme süresi içinde iş sözleşmesine son verilebilmesi için işverenin fesih için (hamilelik dışında bir) neden gösterme ve yazılı fesih bildiriminde bulunma zorunluluğu bulunmaktadır. Feshin yazılı olmaması veya fesih nedeninin hamilelikle ilgili olması halinde haksız fesih söz konusu olur. İşverenin hamilelik dışı bir fesih nedeni göstermesi ve işçinin uyuşmazlığı yargıya taşınması halinde de, işveren gösterdiği fesih nedeninin meşru ve yeterli olduğunu ispatla yükümlüdür. Bkz. Michael Paul Agius, “Termination of pregnant employees during probation period,” *Fenech & Fenech Advocates*, 26 Ağustos 2020, [https://fenechlaw.com/wp-content/uploads/2020/08/Termination\\_of\\_pregnant\\_employees\\_during\\_probation\\_period.pdf](https://fenechlaw.com/wp-content/uploads/2020/08/Termination_of_pregnant_employees_during_probation_period.pdf) (Erişim Tarihi Temmuz 20, 2022).

<sup>117</sup> Özbekistan’da üç yaşından küçük çocuğu olan kadınlarla deneme süreli iş sözleşmesi yapmak mümkün değildir. Kuddo, *Labor Regulations*, 16.

aykırılık oluşturan feshе haksız veya geçersiz fesih hükümleri uygulanmaktadır.<sup>118</sup>

#### 4. Sendikal Hak ve Özgürlüklere Uygunluk

Deneme süresi içinde yapılan fesihler yönünden fesih hakkına ilişkin bir diğer sınırlama sendikal hak ve özgürlüklere ilişkindir. Sendikal hak ve özgürlüklerle kast edilen; sendika kurma, sendikaya üye olma ya da olmama, dilediği sendikaya üye olma, sendikaya üye kaydetmeye ilişkin çalışmalara (sendikal örgütlenme faaliyetlerine) katılma, üyelikten ayrılma, kanuni grev de dahil olmak üzere sendikal faaliyetlere katılma özgürlüğüdür.<sup>119</sup> Deneme süresi içinde de işçinin sendikaya üye olmak başta olmak üzere sözü edilen tüm sendikal hak ve özgürlüklerden yararlanması mümkündür. İş sözleşmesinin deneme kaydı içeriyor olması, işçinin sendikal hak ve özgürlüklerini sınırlandırmaz.

Esas itibariyle sendikal hak ve özgürlüklerin korunması, fesih hakkına deneme süresi içinde başvurulup başvurulmasından bağımsız olarak, her halde fesih hakkını sınırlandırır. Diğer bir anlatımla, Türk hukuku bakımından

<sup>118</sup> Örneğin Fransız hukukunda ayrımcılık yasağına aykırı fesihler, deneme süresi içinde gerçekleşip gerçekleşmediğinden bağımsız olarak mutlak anlamda geçersiz (kesin hükümsüz) kabul edilmektedir. Süzek, *İş Hukuku*, 472; Ugan Çatalkaya, "Eşitlik İlkesi," 871. Birleşik Krallık'ta da Eşitlik Yasası (Equality Act 2010) uyarınca temel ayrımcılık (yaş, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet değişikliği, evlilik, kayıtlı birliktelik, hamilelik, analık, ırk, din, inanç ve engellilik) sebeplerinden biri kapsamına giren ayrımcı feshе maruz kalan işçi, deneme süresi içinde olduğuna bakılmaksızın feshin geçersizliğine ilişkin korumadan yararlanmaktadır. İlgili yasa için Erişim Tarihi Temmuz 20, 2022, bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>.

<sup>119</sup> Detaylı bilgi için bkz. Ş. Esra Baskan, *İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013) 6ff.

sendikal hak ve özgürlüklerin kullanılmasını engellemek amacıyla veya sendikal hak ve özgürlüklerin kullanılması nedeniyle başvurulmuş fesih iradesi hiçbir surette korunmaz.<sup>120</sup> Sendikal nedenle yapılan bu tür fesihler, uluslararası sözleşme hükümlerine ve anayasal düzenlemelere aykırılık teşkil eder.

İşverenin fesih hakkını sendikal gerekçelerle kötüye kullandığı bu hollere (sendikal nedenli fesihlere), kötüniyetli fesihlerden ayrı olarak 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda (STİSK) özel bir yaptırım (sendikal tazminat) düzenlenmiştir (STİSK m. 25). Sendikal tazminat yaptırımını kötüniyet tazminatının özel bir hali olarak değerlendirmek mümkün olup işçi lehine sendikal tazminata hükmedilen hallerde ayrıca kötüniyet tazminatına hükmedilmez.<sup>121</sup>

Öte yandan işverenin İK m. 5'te düzenlenen eşit işlem borcunun, sendikal özgürlükler yönünden özel bir görünüm arz ettiğinden söz etmek mümkündür.<sup>122</sup> 6356 sayılı Kanunda sendikal feshe ilişkin özel bir yaptırım öngörülmüş olması nedeniyle ve İK m. 5/6 hükmü gereğince, sendikal nedenli fesihlerde işçi lehine ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedilmez.

Değindiği üzere deneme süresi içinde işveren, fesih nedeni göstermeksizin iş sözleşmesini feshetme serbestisine sahiptir. Ancak bu serbestinin işçinin sendikal hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırmaması; işverenin bu yönde bir iradesinin kolaylaştırılmış fesih çatısı altında korunmaması gerekir. Sendikal feshe maruz kaldığı iddiasında olan işçi, deneme süresi

---

<sup>120</sup> Sendikal nedenle fesih sayılan durumlar hakkında bkz. Başkan, *Sendikal Nedenle Fesih*, 91ff..

<sup>121</sup> Süzek, *İş Hukuku*, 655-656; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 984, 987-988.

<sup>122</sup> Başkan, *Sendikal Nedenle Fesih*, 147-148.

içinde olmasına ve iş güvencesi kapsamı dışında bulunmasına bakılmaksızın işe iade davası açabilir ve işverenden sendikal tazminat talebinde bulunabilir.<sup>123</sup> Deneme süresi içinde sendikal feshe maruz kalan işçinin, isterse işe iade davası açmaksızın işverenden doğrudan sendikal tazminat talep etmesi de mümkündür.

İşverenin deneme süresi içinde yapılan fesihlerde fesih nedeni gösterme yükümü bulunmadığından, işçi sendikal feshe maruz kaldığını ispatla yükümlüdür.<sup>124</sup> Ancak sendikal fesihlerin ispatının bünyesinde güçlükler barındırması

<sup>123</sup> Aynı yönde bkz. Mutlay, "Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmeleri," 68-69. Deneme süresi içindeki sendikal fesihlerde işçinin işe iadesine karar verileceği yönünde bkz. İstanbul BAM, 29. HD, E. 2019/1955 K. 2020/1691, 10.12.2020, (www.lexpera.com.tr). Deneme süresi içindeki işçinin sendika işyeri temsilcisi veya sendika yöneticisi olarak atanması durumunda, işçinin temsilcilere/yöneticilere getirilen iş güvencesinden yararlanamayacağı, aksi takdirde deneme süresi getirmenin bir anlamının kalmayacağı; ancak feshe sendikal nedenle başvurulmuşsa, işverenin bunun sonuçlarına katlanması gerektiği yönünde bkz. Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 172; Akyiğit, *4857 sayılı İş Kanunu Şerhi*, 592.

<sup>124</sup> İşverenin fesih nedeni gösterip göstermemesinden bağımsız olarak, deneme süresi içindeki fesih iradesinin sendikal nedenli olduğunun işçi tarafından iddia edilebileceği yönünde bkz. Mutlay, "Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmeleri," 68-69. "Dosyadaki fesih bildirimine göre davacının iş sözleşmesinin deneme süresi içinde mesleki yetersizliği gerekçesi ile feshedildiği anlaşılmaktadır. Tüm dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler ile tanık beyanları hep birlikte değerlendirildiğinde iş sözleşmesinin sendikal sebeple feshedildiğinin ispat yükünün davacı işçiye ait olduğu ve yukarıda belirtilen ölçütler çerçevesinde davacı tarafından bu iddianın ispatlanamadığı(ndan)" sendikal tazminat talebinin reddi yönünde bkz. Yarg. 22. HD, E. 2015/11036 K. 2015/34714, 16.12.2015, (www.lexpera.com.tr). Sendikal nedenle fesih iddiasıyla açılan feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade davasında ispat yükünün işçi üzerinde olduğu ancak iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayan bir işçinin açmış olduğu sendikal tazminat isteklerini içeren davada, aksinin ispatının işverene ait olduğu yönünde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2014/21139 K. 2014/26663, 15.09.2014, (www.lexpera.com.tr).

nedeniyle, Yargıtay tarafından işletilen sendikal nedenle fesih karinesi,<sup>125</sup> deneme süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden de uygulama alanı bulur. Öte yandan işverenin feshe başvururken kendi iradesiyle fesih nedeni göstermesi halinde, işveren gösterdiği nedenle bağlı kalır.

Geçmiş yıllarda Yargıtay, deneme süresi içindeki fesihler yönünden öngörülen “tazminatsız” ibaresini geniş anlamda/mutlak bir biçimde yorumlamış ve işçinin sendikal bir feshe maruz kalsa dahi sendikal tazminat talep edemeyeceği yönünde kararlar vermiştir.<sup>126</sup> Ancak sonraki yıllarda bu içtihadını isabetli olarak değiştirmiş ve deneme süresi içinde olsa da, sendikal nedenle işçinin iş sözleşmesinin feshinin korunmayacağına ve işçinin sendikal tazminat talep etme hakkı olduğuna hükmetmiştir.<sup>127</sup> Yargının bu yaklaşımı, doktrinde de

<sup>125</sup> Sendikal nedenle fesih karinesi hakkında bkz. Süzek, *İş Hukuku*, 658-659.

<sup>126</sup> Yargıtay’ın önceki kararları için bkz. Yarg. 9. HD, E. 2006/15239, K. 2006/18198, 20.06.2006; Yarg. 9. HD, E. 2004/21240, K. 2005/2941, 17.01.2005, (Kar, “Deneme Süreli,” 31); Yarg. 9. HD, E.2005/21092, K. 2005/31473, 28.09.2005, (Çil, *İş Kanunu Şerhi*, 718).

<sup>127</sup> Yarg. 9. HD, E. 2011/17043, K. 2013/16871, 03.06.2013; “Deneme süresinde çalışan bir işçiye yasalarca toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkı, grev hakkı, sendikaya üye olma hakkı verilirken onu koruyucu normlardan yararlandırmamanın mümkün olmadığı” yönünde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2008/30130 K. 2008/27285, 16.10.2008; Yarg. 9. HD, E. 2008/30127 K. 2008/27282, 16.10.2008, (www.lexpera.com.tr); Yarg. 9. HD, E. 2008/34805, K. 2010/26647, 01.10.2010, (Çil, *İlke Kararları*, 341-344); Yarg. 9. HD, E. 2011/29945, K. 2013/25574, 09.10.2013, (karararama.yargitay.gov.tr/); “İş sözleşmesinde deneme süreli kayıt olduğu kabul edilse bile, iş sözleşmesinin deneme süresi içinde haklı veya geçerli neden olmadan tazminatsız ve bildirimsiz feshetme yetkisinin, sendikal hakları ortadan kaldırmaması gerektiği” yönünde bkz. Yarg. 9. HD, E. 2009/15921, K. 2009/13019, 11.05.2009; Yarg. 9. HD, E. 2008/30126, K. 2008/27281, 16.10.2008, (Kar, “Deneme Süreli,” 31); Yarg. 9. HD, E. 2011/29945, K. 2013/25574, 09.10.2013, (karararama.yargitay.gov.tr/). “6356 sayılı Kanun’da sendikal özgürlükler ile sendikal tazminat, sırf deneme süresini tamamlamış işçilere tanınmış değildir. İş hukukunda sendikal ayrımcılık yasağının

aynen benimsenmekte ve deneme süresi içindeki fesihler yönünden düzenlenen kolaylaştırılmış fesih hakkının, sendikal hakları ortadan kaldırmaması; aksi takdirde işçi lehine sendikal tazminata hükmedilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.<sup>128</sup>

## SONUÇ VE GENEL DEĞERLENDİRME

Deneme süreli iş sözleşmesi, tarafların irade serbestisi uyarınca iş sözleşmesine deneme kaydı eklemesi halinde ortaya çıkan sözleşmedir. İş sözleşmesine deneme kaydı eklenmesi, tarafların sözleşmeyle bağlanmadan önce bir süreliğine birbirlerini deneme ve tanıma ihtiyacıyla doğmuştur. Deneme kaydı içeren iş sözleşmesinde taraflar, deneme süresiyle sınırlı olmak üzere sözleşmeyi bozma yetkisini saklı tutmakta; deneme süresinin sona ermesiyle birlikte iş sözleşmesi, deneme kaydı içermiyormuş gibi hüküm ve sonuç doğurmaktadır.

ILO'nun 158 sayılı sözleşmesi uyarınca taraf devletlere, deneme kaydı içeren iş sözleşmeleriyle çalışanları Sözleşme'nin

---

*ve sendika özgürlüğünün ancak deneme süresinden sonra başlayıp kullanılabilmesine ve korunacağına dair bir kabul de bulunmamaktadır. (...) Sendikal özgürlüklerin güvencesi, deneme süresinden evvel daha işe alınma aşamasında başlamakta; (deneme süresi dahil) iş ilişkisinin yürürlüğü süresince de geçerlidir. İşçilerin işe alınmaları, iş ilişkisinin devamı ve fesih (iş ilişkisinin sona ermesi) yönleriyle de sendika özgürlüğü, ayırım yasağı ve sendikal tazminat gibi yaptırımlar her aşamayı kapsayacak şekilde maddede düzenlenmiş durumdadır. Dolayısıyla sırf davacı işçinin sözleşmesinin deneme süresi içinde feshedildiğinden bahisle sendikal fesih iddiasının incelenemeyeceği ve sendikal tazminat talep hakkının bulunmadığı savunması dosya kapsamına ve yasal mevzuata uygun görülmemiştir. Deneme süresi içerisindeki sendikal ayrımcılık halinde de, sendika özgürlüğünün güvencesi hükümleri kapsamında işçinin sendikal tazminat talep hakkının bulunduğu” yönünde bkz. İzmir BAM, 9. HD, E. 2018/1432 K. 2020/239, 02.03.2020, (www.lexpera.com.tr).*

<sup>128</sup> Başkan, *Sendikal Nedenle Fesih*, 161-163; Süzek, *İş Hukuku*, 257; Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku*, 172; Yürekli, *Deneme Süreli*, 297ff.; Mutlay, “Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmeleri,” 68; Kar, “Deneme Süreli,” 30; Laçiner, “Deneme Süreli,” 361; Onat, *Kötüniyetli Fesih*, 299-300; Çil, *İş Kanunu Şerhi*, 714-715.

uygulama kapsamından çıkarma ve deneme süresi içinde yapılan fesihleri kendi iç hukuk normlarıyla düzenleme serbestisi getirilmiştir. Türk hukukunda benimsenen uygulama, iş sözleşmesi taraflarının serbestçe kararlaştırmak suretiyle iş sözleşmesine deneme kaydı ekleyebileceklerine ilişkindir. Bu serbesti uyarınca çoğu ülkede olduğu gibi Türk hukukunda da deneme süresi içindeki fesihler yönünden kolaylaştırılmış fesih imkânı düzenlenmiştir. Bu özelliği nedeniyle deneme süresi, işçinin feshe karşı koruma mekanizmalarından yararlanamadığı sınırlı süreli bir dönemi ifade etmektedir.

Deneme süreli iş sözleşmeleri yönünden kabul edilen kolaylaştırılmış fesih imkânı, fesih hakkının ihbar öneli vermeksizin ve fesih sebebi göstermeksizin kullanılabilmesini sağlar. Ancak kolaylaştırılmış fesih imkânı, fesih hakkının hiçbir sınırlamaya tabi olduğu anlamına gelmez. Deneme süresi içinde feshe başvuran taraflar genel hukuk kurallarına, iş hukukunun temel ilkelerine ve varsa taraflarca kararlaştırılmış hususlara uymakla yükümlüdür.

Bu çalışmada Türk hukukundaki deneme süreli iş sözleşmesi uygulaması, deneme süresi içindeki işveren fesihleri yönünden incelenmiştir. Bu doğrultuda deneme süresi içinde yapılan fesihlerde işverenin fesih hakkının sınırları; deneme kaydının geçerliliği, süresi, bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle getirilen sınırlara uygunluk, dürüstlük kuralına, hakkın kötüye kullanılması yasağına ve eşitlik ilkesine uygunluk yönünden inceleme konusu yapılmıştır.

Türk hukuku uyarınca kanuni koşullara ya da hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık nedeniyle deneme kaydının geçersiz olduğu hallerde, iş sözleşmesi deneme kaydı içermiyormuş gibi genel fesih kuralları devreye girmekte ve kolaylaştırılmış fesih imkânı ortadan kalkmaktadır. İşverence deneme süresi içinde olduğu varsayılarak yapılan fesihler, belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından süreli fesih ya da derhal fesih; belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından ise haklı

nedenle derhal fesih koşullarını taşımalıdır. Buna göre Türk hukukunda deneme kaydının geçersiz olduğu hallerde ortaya çıkan hukuki sonuçlar, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın aynıdır. Tarafların deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkını kötüye kullanmaları halinde buna ilişkin özel bir yaptırım ya da deneme süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasını engellemeye yönelik herhangi bir düzenleme Türk hukukunda bulunmamaktadır.

Kanımızca deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkının kötüye kullanılmasını engelleyici mekanizmalar Türk hukuku yönünden de gündeme alınmalı; bu tür uygulamalar yönünden kötünietli feshe benzer bir yaptırım kıyasen uygulanabilmelidir. Deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkının kötüye kullanıldığı hallerde deneme kaydının yalnızca geçersiz sayılması, caydırıcı olmaktan uzaktır. Bu tür kötünietli uygulamaları azaltmak adına işçi lehine ihbar tazminatının yanı sıra kötüniet tazminatına da hükmedilmesi daha caydırıcı olabilecektir. Ayrıca, aynı iş pozisyonu için belli bir sayıdan fazla deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkını sınırlama ya da deneme kayıtlarının süresinde vasıflı iş-vasıfsız iş ayırımına gitme gibi uygulamalara Türk hukukunda da başvurulabilir.

Deneme kaydının geçerli olduğu ancak taraflar arasında deneme kaydının süresine ilişkin ihtilafın bulunduğu durumlarda; deneme kaydının süresinin dolduğu sonucuna varılması halinde; iş sözleşmesi deneme kaydı içermiyormuş gibi ya da fesih hakkı deneme süresi dolduktan sonra kullanılıyormuş gibi genel fesih kuralları devreye girmekte ve kolaylaştırılmış fesih imkânı ortadan kalkmaktadır. Bu hallerde de işverence deneme süresi içinde olduğu varsayılarak yapılan fesihler, belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından süreli fesih ya da derhal fesih; belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından ise haklı nedenle derhal fesih koşullarını taşımalıdır.

Deneme süresi içindeki fesihler yönünden işverenin fesih hakkının bir diğer sınırı, tarafların bireysel veya toplu iş



sözleşmeleriyle kararlaştırmış olduğu hususlardır. Deneme süreli iş sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerin mutlak emredici nitelik taşıması nedeniyle, deneme süresi içindeki kolaylaştırılmış fesih hakkının taraflarca sözleşme serbestisi uyarınca sınırlanması mümkündür. Bu hallerde deneme süresi içinde feshin, tarafların kararlaştırdığı koşullara uygun olması gerekir. Aksi takdirde, tarafların kararlaştırmış olduğu sınırlama uyarınca usulsüz veya haksız feshin hukuki sonuçları ortaya çıkabilir.

Deneme süresi içindeki fesihler yönünden bir diğer sınırlama, fesih hakkının dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun kullanılmalıdır. Her hak gibi deneme süreli iş sözleşmesini bildirimlessiz feshetme hakkının da dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanılması gerekir. Aksi takdirde kötüye kullanılan fesih hakkının hukuk düzenince korunması mümkün olmaz. Deneme süresi içindeki fesihlerde fesih nedeni gösterme zorunluluğunun bulunmaması, fesih hakkının kötüye kullanıp kullanılmadığının hiçbir surette değerlendirilmesinin yapılmayacağı anlamına gelmez.

Deneme süresi içinde yapılan feshin kötünıyetli olduğunun tespiti halinde, fesih geçerli kabul edilir ancak belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi lehine kötünıyet tazminatına hükmedilir. Öte yandan kanunkoyucunun kötünıyet tazminatını yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmesinin kötünıyetli olarak feshedilmesi haline ilişkin düzenlemesi nedeniyle, deneme kaydı içeren belirli süreli iş sözleşmesinin deneme süresi içinde işverence kötünıyetli olarak feshedilmesi halinde; belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi lehine kötünıyet tazminatı hükmedilemez. Kanımızca belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin deneme süresi içinde kötünıyetli feshe maruz kalması halinde, bu feshe mevzuatta yaptırım öngörülmemiş olması nedeniyle, haksız feshe ilişkin yaptırımları kıyasen uygulamak mümkün olmalıdır. Belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ayrıca genel hükümlere göre işverenden bakiye süre ücretini ve

koşulları mevcutsa maddi/manevi tazminat talep etmesi mümkündür.

Deneme süresi içinde yapılan fesihler yönünden bir diğer sınırlama kaynağı eşitlik ilkesidir. Türk iş hukukunda eşitlik ilkesinin kapsamını dar anlamda eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı oluşturmaktadır. Deneme süresi içinde yapılan fesihler yönünden; işverenin hangi işçilerle deneme süresi kararlaştırıp kararlaştırmayacağı, kararlaştırılacak deneme süresinin uzunluğu ve deneme süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerden hangisinin iş sözleşmesinin feshedileceği konusunda mutlak bir eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Buna göre iş sözleşmesine deneme kaydı eklenip eklenmemesi, eklenen deneme kaydının süresi ve deneme kaydı içinde veya sonunda fesih hakkının kullanılıp kullanılmayacağı hususu; hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun olduğu müddetçe eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz ve geçerli kabul edilir. Ancak işçiler arasında iş sözleşmesine deneme kaydı eklenmesi, deneme kaydının süresi ya da iş sözleşmesinin deneme süresi içinde feshi yönünden yapılan farklı işlemin kötüniyetli ya da objektif iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil etmesi halinde deneme süreli iş sözleşmesi yapma hakkının ya da fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilir ve buna ilişkin yaptırımlar uygulama alanı bulur.

Deneme süreli iş sözleşmeleri bakımından önem taşıyan husus, işverenin deneme süresi içindeki fesihlerde ayrımcılık yasağına uygun hareket edip etmediğidir. İşveren işe alımda, iş ilişkisi devam ederken ve iş ilişkisinin sona ermesinde ayrımcılık yasağına uygun davranmakla yükümlüdür. Aksi takdirde, iş ilişkisinde veya sona ermesinde ayrımcılık yasağına aykırı davranması halinde, işçiye dört aya kadar ücreti tutarında ayrımcılık tazminatı ödemekle yükümlüdür. Ayrımcılık yasağına ilişkin bu genel esaslar, deneme süresi içinde yapılacak fesihler yönünden de geçerlidir. Her ne kadar işverenin iş sözleşmesinin deneme süresi içinde neden göstermeksizin

feshetme imkânı bulunsa da bu kolaylaştırılmış fesih imkânı ayrımcılık yasağına uygun kullanılmalıdır.

İşverenin iş sözleşmesini ayrımcılığa dayalı olarak feshettiğinin tespiti halinde, fesih ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etse de geçerli kabul edilir. Fesih hakkının deneme süresi içinde ayrımcılık yasağına aykırı kullanılması yönünden Türk hukukunda özel hükümlere yer verilmemiştir. Ayrımcılık nedeniyle fesihlerde işveren feshi geçerli kabul edilmekte ve fakat işçi lehine koşulların varlığı halinde ayrımcılık tazminatına hükmedilmektedir. Ancak çoğu ülke hukukunda deneme süreli içinde yapılan fesihlerde işçiler ayrımcılığa karşı özel olarak korunmakta; deneme süresi içindeki fesihler yönünden ayrımcılığa dayalı fesih veya sendikal fesih nedeniyle karineler kabul edilerek işverenin fesih hakkı sınırlanmaktadır. Kanımızca Türk hukukunda da benzer düzenlemelere yer verilmesi, özellikle deneme süresi içindeki ayrımcı fesihlerin engellenmesi bakımından önemli bir rol üstlenebilecektir. Örneğin işverenin deneme süresi içindeki fesih hakkını ayrımcılığa uğrama ihtimali daha yüksek çalışan grupları yönünden özel olarak düzenlemek önemli bir adım olabilecektir.

Deneme süresi içinde yapılan fesihler yönünden fesih hakkına ilişkin bir diğer sınırlama sendikal hak ve özgürlüklere ilişkindir. İş sözleşmesinin deneme kaydı içeriyor olması ve işverenin fesih için neden göstermeme serbestisine sahip olması, işverene işçinin sendikal hak ve özgürlüklerini sınırlandırma imkânı vermez. Sendikal feshe maruz kaldığı iddiasında olan işçi, deneme süresi içinde olmasına ve iş güvencesi kapsamı dışında bulunmasına bakılmaksızın işe iade davası açabilir ve işverenden sendikal tazminat talebinde bulunabilir. Deneme süresi içinde sendikal feshe maruz kalan işçinin, isterse işe iade davası açmaksızın işverenden doğrudan sendikal tazminat talep etmesi de mümkündür.

Görüldüğü üzere Türk Hukukunda deneme süresi içinde işverence yapılan kötüniyetli, ayrımcı ya da sendikal fesihler

yönünden özel sınırlamalar olmaması nedeniyle genel hükümler uygulama alanı bulmakta ve (sendikal fesih dışında) işveren feshine geçerlilik tanınmaktadır. İşverenin deneme süresi içinde fesih nedeni gösterme zorunluluğu bulunmaması nedeniyle ise, bu hallerde işçinin ispat yükü diğer işçilere göre daha dezavantajlıdır. Kanımızca özellikle ayrımcı ve kötüniyetli fesihler yönünden Türk hukukunda da işçinin ispat kolaylığına yönelik değişikliklere gidilmesi faydalı olabilecektir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını belirtmiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author received no financial support for this study.

**Conflict of Interest:** There is no conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated that ethics committee approval is not required.

---

## KAYNAKÇA

- Agius, Michael Paul. "Termination of pregnant employees during probation period." *Fenech & Fenech Advocates*, 26 Ağustos 2020. [https://fenechlaw.com/wp-content/uploads/2020/08/Termination\\_of\\_pregnant\\_employees\\_during\\_probation\\_period.pdf](https://fenechlaw.com/wp-content/uploads/2020/08/Termination_of_pregnant_employees_during_probation_period.pdf) (Temmuz 20, 2022).
- Akyiğit, Ercan. *4857 sayılı İş Kanunu Şerhi Birinci Cilt*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.
- Akyiğit, Ercan. *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Alpagut, Gülsevil. "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi." *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014*. Ankara: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 2016.
- Arıcı, Kadir. *Türk İş Hukuku-I Ferdi İş İlişkileri Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2022.
- Aykaç, Hande Bahar. "Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu İle Sınırlanması." İç. *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II*. Editör Tankut Centel, 47-134. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Aykaç, Hande Bahar. *İşverenin Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlandırılması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Baloğlu, Cem. "Deneme Süreli İş Sözleşmesi Hakkında Bilinmesi Gerekenler." *Mali Çözüm Dergisi* 125 (2014): 221-228.
- Baskan, Ş. Esra. *İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. "Deneme Süreli İş Sözleşmeleri." *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, 2 (2012): 47-84.
- Civan, Orhan Ersun. *Genel İş Koşulları*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015.

- Çelik, Nuri, Caniklioğlu, Nursen, Canbolat, Talat ve Özkaraca, Ercüment. *İş Hukuku Dersleri*. 34. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Çenberci, Mustafa. *İş Kanunu Şerhi*. 6. Baskı. Ankara: Olgaç Matbaası, 1986.
- Çil, Şahin. *İş Kanunu Şerhi 1. Cilt*. 2. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Çil, Şahin. *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2013-2014 Yılları)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Demir, Fevzi. *İş Hukuku ve Uygulaması*. 10. Baskı. İzmir: Albi Yayıncılık, 2017.
- Dimitriu, Raluca. "Termination of the Employment Contract during the Probationary Period." *Proceedings of the 14th International Conference Accounting and Management Information Systems*, (2019): 112-123. <https://amis.ase.ro/2019/docs/AMIS2019Proceedings.pdf> (Haziran 16, 2022).
- Doğan Yenisey, Kübra. "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı." *Çalışma ve Toplum* 4, no. 11 (2006): 63-82.
- Ekmekçi, Ömer ve Esra Yiğit. *Bireysel İş Hukuku Dersleri*. 3. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Ekonomi, Münir. *İş Hukuku Cilt 1 Ferdi İş Hukuku*. 3. Baskı. İstanbul: Teknik Üniversite Matbaası, 1984.
- Erbaş, Gökhan. "Alman Hukukunda Deneme Süreli İş Sözleşmesi." *İş Dünyası ve Hukuk: Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan*, (2011): 141-151.
- Fondeur, Yannick. "ILO rejects two-year 'consolidation period' after recruitment." *Eurofound*, 23 Mart 2008. <https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2008/ilo-rejects-two-year-consolidation-period-after-recruitment> (Temmuz 20, 2020).
- Gómez Abelleira, Francisco Javier. "Extinción del contrato de trabajadora embarazada en período de prueba." *El Foro de*

- Labos*, 09 Mayıs 2022. Temmuz 20, 2022.  
<https://www.elforodelabos.es/2022/05/extincion-del-contrato-de-trabajadora-embarazada-en-periodo-de-prueba/>.
- Günay, Cevdet İlhan. *İş Kanunu Şerhi Cilt 1*. 4. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Güven, Ercan ve Aydın, Ufuk. *Bireysel İş Hukuku*. 6. Baskı. Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2020.
- International Labour Organization (ILO). *Note on Convention No. 158 and Recommendation No. 166 concerning termination of employment*, 2009. Temmuz 21, 2022.  
[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms\\_171404.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_171404.pdf).
- International Labour Organization (ILO). *Employment protection legislation: Summary indicators in the area of terminating regular contracts*. Cenevre: Publications of the International Labour Office, 2015. Temmuz 21, 2022.  
[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/--protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_357390.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/--protrav/---travail/documents/publication/wcms_357390.pdf).
- Kaplan, Emin Tuncay. *İşverenin Fesih Hakkı Sınırları, Hüküm ve Sonuçları*. Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1987.
- Kaplan, Hasan Ali. "Deneme Süreli İş Sözleşmeleri." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no. 1 (2013): 235-246.
- Kar, Bektaş. "Deneme Süreli İş Sözleşmesi." *Osman Güven Çankaya'ya Armağan*, Ankara: Kamu-İş Yayınları, 2010: 15-32.
- Kılıçoğlu, Mustafa. *İş Hukukunda Esneklik*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2021.
- Koç, Muzaffer. "Deneme Süresi ve Hukuki Sonuçları." *Terazi Hukuk Dergisi*, 43 (2010): 99-111.
- Kuddo, Arvo. *Labor Regulations throughout the World: An Overview*. Washington: Word Bank Group, 2018. Haziran 23,

2022.  
<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/30106/127606-REVISED-EPL-final-FULL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Laçiner, Vedat. "Deneme Süreli İş İlişkisinde Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar." *Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi* 12, no. 23 (2012): 313-378.
- Lokmanoğlu, Salim Yunus. "Deneme Süreli İş İlişkisi." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7, s. 24 (2016): 621-638.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. *İş Hukuku*. 7. Baskı. Ankara: Lykeion Yayınları, 2022.
- Mutlay, Faruk Barış. "4857 sayılı İş Kanunu Bakımından Deneme Kaydı İçeren İş Sözleşmelerine İlişkin Sorunlar ve Sözleşmenin Tazminatsız Sona Erdirilmesinin Anlamı." *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 16, no. 61 (2019): 39-80.
- Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*. 5. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.
- Onat, Zeki. *İşverenin İş Akdini Kötüniyetli Feshi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Özdemir, Olgü. *İş Sözleşmesinin Feshinde Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Özkaraca, Ercüment ve Canan Ünal Adınır. "Dar Anlamda Eşit Davranma Borcuna Aykırılıkta Ayrımcılık Tazminatına Hak Kazanılıp Kazanılmayacağı (Karar İncelemesi)." *Sicil İş Hukuku Dergisi* 46, (2021): 127-136.
- Soyer, Polat. "Deneme Süreli ve Deneme Amaçlı İş Sözleşmeleri." *Çalışma ve Toplum* 1 (2008): 27-38.
- Süzek, Sarper. *İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*. Ankara: Kazancı Yayınları, 1976.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. 19. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.



- Şimşek, Ayşe Fırac. "Türk Hukukunda Deneme Süreli İş İlişkileri." *TİSK Akademi* 1 (2009): 7-34.
- Tolu, Hazal. *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017.
- Tuncay, A. Can. *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Tunçomağ, Kenan. *İş Hukuku Cilt 1*. İstanbul: Sermet Matbaası, 1979.
- Tunçomağ, Kenan ve Tankut Centel. *İş Hukukunun Esasları*. 9. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- Ugan Çatalkaya, Deniz. "İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrım Yasağı." *Çalışma ve Toplum* 69, no. 2 (2021): 859-898.
- Uşan, M. Fatih. "İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır? (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)." *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi* 8, (2005): 1624-1632.
- de Val Tena, Ángel Luis. "La Extinción del Contrato de Trabajo Durante el Periodo de Prueba." *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* 2, (2021): 56-98. <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/12444/12844> (Temmuz 19, 2022).
- Yayvak Namlı, İrem. *İş Hukuku'nda Cezai Şart*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Yıldız, Gaye Burcu. *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Yürekli, Sabahattin. *Türk İş Hukukunda Deneme Süreli İş Sözleşmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

## Çevrimiçi Kaynaklar

<[https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_en.pdf)>

<<https://eplex.ilo.org/probationary-trial-period/>>

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1152&from=EN>>

<[https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C158](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158)>

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>

<<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>>

<<https://www.lexpera.com.tr>>

<<https://mglaw.ge/2020/07/01/termination-of-employment-during-probationary-period/>>

# DİPLOMATİK DOKUNULMAZLIĞI OLAN ŞAHISLAR İLE ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER KAPSAMINDA GÖREV YAPAN YABANCI ASKER KİŞİLER HAKKINDA ARAMA

*Search for Persons With Diplomatic Immunity and  
Foreign Military Persons Working Under  
International Conventions*

**Burhan ATALIK\***

## Öz


Devletler, diğer devletlerle ilişkilerini barış içinde sürdürülebilmek gayesiyle diplomatik ilişkilere önem vermiş, yabancı devlet topraklarında görev yapacak diplomatik temsilciler atamıştır. Askerî açıdan ise güç paylaşımı ve uluslararası güvenliklerini sağlamak, askerî yardımlaşma ve

\* Hukuk Subayı, Milli Savunma Bakanlığı; Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, burhan.atalik@student.asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-8103-9665>.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 26.07.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 21.11.2022.

**Atıf/Citation:** Atalık, Burhan. "Diplomatik Dokunulmazlığı Olan Şahıslar ile Uluslararası Sözleşmeler Kapsamında Görev Yapan Yabancı Asker Kişiler Hakkında Arama." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 1221-1274.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

işbirliğini pekiştirmek amacıyla akdedilen uluslararası sözleşmeler kapsamında diğer devlet topraklarında askerler görevlendirmiştir. Her iki durumda da devletler; görevlendirdikleri personelinin dokunulmaz ve ayrıcalıklı olmalarını uluslararası ilişkilerin devamlılığı açısından zorunlu olarak düşünmüşler, dokunulmazlıkların sınırlarını belirlemek için bir dizi düzenleme yapmışlardır. Bu çalışmada, uluslararası açıdan diplomatik temsilcilerin dokunulmazlığını düzenleyen 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi ve 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi; yabancı asker kişilerin görevlendirilmesinde statülerini düzenleyen Kuzey Atlantik Anlaşmasına Taraf Devletler Arasında Kuvvetlerin Statüsüne Dair Sözleşme ile Birleşmiş Milletler Barışı Koruma Kuvvetlerinin Hukuksal Statüsü irdelenmiş, Türk hukukunda düzenlenen arama tedbirinin diplomatik temsilciler ve yabancı asker kişiler açısından nasıl uygulandığı araştırılmıştır. Ayrıca Türk hukuku açısından Türkiye’de görev yapan diplomatik temsilciler ile yabancı asker kişiler hakkında arama tedbirinin nasıl uygulandığı hususunda değerlendirmeler yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Diplomatik Dokunulmazlıklar, Diplomatik Temsilciler, Yabancı Asker Kişiler, Arama.

### **Abstract**

States have given importance to diplomatic relations in order to maintain their relations with other states in peace, and have appointed diplomatic representatives to serve in the territories of foreign states. In terms of military, it has assigned soldiers in the territory of other states within the scope of international agreements concluded in order to share power, ensure their international security, and strengthen military assistance and cooperation. In both cases, states considered the inviolability and privilege of their assigned personnel as a necessity for the continuity of international relations, and made

a series of regulations to determine the limits of immunities. In this study, the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations and the 1963 Vienna Convention on Consular Relations, which regulates the immunity of diplomatic representatives internationally; The NATO Status of Forces Convention, which regulates the status of foreign military personnel in the assignment, and the Legal Status of the United Nations Peacekeeping Forces were examined, It has been researched how the search measure regulated in Turkish Law is applied in terms of diplomatic representatives and foreign military personnel.

**Key Words:** Diplomatic Immunities, Diplomatic Representatives, Foreign Military Persons, Search.

## GİRİŞ

Devletler, diğcr devletlerle karşılıklı ilişkilerini barış içinde sürdürülebilme gayesiyle diplomatik ilişkilere önem vermiş, bu sebeple devletler arası diplomatik temsilciler atamıştır. Askerî açıdan güç paylaşımı ve uluslararası olarak güvenliklerini sağlamak amacıyla akdedilen uluslararası sözclemeler kapsamında diğcr devlet topraklarında askerler görevlendirmiştir. Devletler diğcr ülkelerde görevlendirdikleri personelinin özel statüde olmasını, uluslararası ilişkilerin devamlılığı açısından zorunlu olduğu fikrindedirler. Bu sebeple diplomatik temsilciler ve yabancı asker kişiler görevlerini gereğı gibi ifa edebilmesi, diplomasinin güvenlik ve işbirliğı içinde yürütülmesi için uluslararası hukuk tarafından belirlenen belli başlı dokunulmazlıklara sahiptirler. Önceleri diplomatik temsilcilere ve yabancı asker kişilere tanımlanan dokunulmazlık ve ayrıcalıklar uluslararası örf ve teamüllere göre yürütülmüş, iki büyük dünya savaşının gerçekleşmesi ile ülkelerin uluslararası ilişkilerini geliştirmek amacıyla diplomatik temsilcilere tanınan dokunulmazlık ve ayrıcalıklara ilişkin kuralları belirlemek için daha bağlayıcı düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. 1961 yılında Diplomatik İlişkiler Hakkındaki

Viyana Sözleşmesi (bundan sonra 1961 Viyana Sözleşmesi) ve 1963 yılında Konsolosluk ilişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (bundan sonra 1963 Viyana Sözleşmesi) kodifiye edilmiştir. Yabancı asker kişilerin statülerini belirlemek maksadıyla öncelikle 1945 yılında Birleşmiş Milletler (BM) Barışı Koruma Kuvvetlerinin Hukuksal Statüsü belirlenmiş, akabinde 1951 yılında Kuzey Atlantik Anlaşmasına Taraf Devletler Arasında Kuvvetlerin Statüsüne Dair Sözleşme (bundan sonra NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesi) ile yabancı ülkelerde yabancı asker kişi statüsünde çalışan şahısların dokunulmazlığı ve ayrıcalıkları ifade edilmiştir. Her dört düzenleme de evrensel nitelikte olup birçok maddesinin uluslararası örf, adet ve teamül olması nedeniyle büyük öneme sahiptir.

Devletlerin diğer ülkelerde görevlendirdikleri personeli için evrensel düzeyde anlaşmalara ihtiyaç duyması, personelinin öncelikle esnek ve serbest olarak görevlerini yapmasını sağlamak amacı gütmektedir. Ayrıca diğer devletlerin ülke sınırlarında görev yapan diplomatik temsilcilerin ve yabancı asker kişilerin karışabilecekleri suçlara ilişkin nasıl bir işlem tesis edeceği ve ceza usul işlemlerinin nasıl işletileceğinin belirlenmesi uluslararası ilişkilerin artmasıyla daha fazla ihtiyaç haline dönüşmüştür. Bu çalışmada öncelikle diplomatik temsilcilerin yararlandığı diplomatik dokunulmazlıkların ve ayrıcalıkların tarihsel olarak geçirmiş olduğu değişim incelenmiş, diplomatik temsilcilerin kimlerden oluştuğu irdelenerek diplomatik dokunulmazlıklar ve ayrıcalıkların içeriğinden söz edilmiştir. Daha sonra yabancı asker kişilerin statüleri hakkında bilgi verilmiş, uluslararası düzeyde kabul görmüş sözleşmeler açıklanmış, özellikle arama tedbirinin diplomatik temsilciler ve yabancı asker kişiler hakkında hangi şartlarda nasıl uygulanacağı ifade edilmiştir. Ayrıca Türkiye’de uygulanan mevzuat açısından diplomatik temsilcilerin dokunulmazlıklarının ve uluslararası akdedilen sözleşmeler kapsamında görev yapan yabancı asker kişilerin statülerinin

arama tedbirleri açısından nasıl olduğu hakkında değerlendirmeler yapılmıştır.

## **I. DİPLOMATİK DOKUNULMAZLIK VE AYRICALIKLAR**

### **A. Diplomatik Dokunulmazlık ve Ayrıcalıkların Tarihi Gelişimi**

Diplomatik faaliyetlerin geçmişi uygarlıkların doğuı kadar eskidir.<sup>1</sup> Diplomasi kurumunun gelişmesi ve daha fazla işlevsel hale gelmesi ile diplomatik dokunulmazlık kavramına yönelik tartışmalar da artarak devam etmiştir.<sup>2</sup> Birçok insan topluluğu var oldukları dönemlerde yabancılara karşı dışmanca hisler beslese dahi uygarlıkların giderek gelişmesiyle beraber, belirli konularda haber taşımak amacıyla birbirlerine temsilci göndermiş ve gönderilen bu temsilcilerin zarar görmemeleri sağlanmaya çalışılmıştır. Tarihte Hititler ve II. Ramses arasında diplomatik dokunulmazlıkları konu alan bir sözclemenin var olduğu<sup>3</sup> Mezopotamya, Mısır, Çin, Hint, Roma gibi büyük uygarlıklar tarafından elçilerin dokunulmazlıklarını belirleyen kuralların hayata geçirildiği bilinmektedir.<sup>4</sup> İlk ağlarda Yunan şehir devletlerinde ve Roma İmparatorluğunda yabancı diplomatlara diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalık

---

<sup>1</sup> Hüner Tuncer, "Tarihte ve Günümüzde Ad Hoc Diplomasi," *Marmara Hukuk Bülteni*, 1 (1984), 50.

<sup>2</sup> Annemarieke Vermeer Künzli, "Restricting Discretion: Juicidal Review of Diplomatic Protection," *Nordic Journal International Law*, (2006), 279.

<sup>3</sup> James T. Southwick, "Abuse of Diplomatic Privilege and Immunity: Compensatory and Restrictive Reforms," *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 15, (1988), 86.

<sup>4</sup> Mesut Hakkı aşın, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013), 531.

kapsamında bazı haklar tanınmıştır.<sup>5</sup> Roma'da, Cumhuriyet döneminde diplomatik ilişkileri yürüten rahipler ve özel görevlerle Roma'ya gönderilen elçiler dokunulmaz sayılmış ve elçilere her türlü müdahaleden kaçınılmıştır.<sup>6</sup> Ortaçağ Dönemi'nde diplomasi, papalık etkisiyle özellikle Avrupa kıtasında geriye giderek modern diplomasi kavramına olumlu katkı sağladığı söylenemese de uygulamaya ilişkin sınırlı sayıda kuralın günümüze ulaştığı bilinmektedir.<sup>7</sup> Orta Çağda diplomatik temsilcilerin dokunulmazlığını yok sayan dönem Rönesans Dönemi ile beraber sonlanmış ve diplomatik temsilcilerin dokunulmazlığına verilen değer hızlı bir ivmeyle önem kazanır hale gelmiştir.<sup>8</sup> Başka bir deyişle; Rönesans döneminin tüm dünyada diplomasi uygulamasının modern diplomasiye doğru ilerlemesinde temel kurumların ortaya çıkması bakımından etkili olduğu söylenebilir.<sup>9</sup>

Aynı tarihlerde dünyanın en güçlü devletlerinden olan ve birçok ülke ile diplomatik ilişkilerini yoğun bir şekilde yürüten Osmanlı Devleti açısından ise diplomatik dokunulmazlık uygulamaları gelişerek devam etmiştir. Osmanlı Devletinin ülke sınırları içinde görev yapan yabancı elçi, konsolos ve tüccarlar, görevlerini kanun güvencesinde yerine getirdikleri, bu süreçte kendilerine dokunulmazlık ve ayrıcalıklar tanındığı görülmektedir. Fakat 1793 yılına kadar Osmanlı Devletinde sürekli diplomasi uygulaması yapılmamıştır.<sup>10</sup> Daha sonra

---

<sup>5</sup> Tuncer, *Tarihte ve Günümüzde Ad hoc Diplomasi*, 55.

<sup>6</sup> Brian Campbell, "Diplomacy in the Roman World (c. 500 BC-AD 235), (Çev. Recep Özman)," *Tarihi Okul*, (2013): 217.

<sup>7</sup> Temel İskit, *Diplomasi Tarihi, Teorisi, Kurumları ve Uygulaması*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015), 85.

<sup>8</sup> İskit, *Diplomasi Tarihi, Teorisi, Kurumları ve Uygulaması*, 56.

<sup>9</sup> Hüner Tuncer, *Küresel Diplomasi*, (Ankara: Ümit Yayıncılık, 2006), 17 -18.

<sup>10</sup> Kamuran Reçber, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*, (Bursa: Dora Yayınevi, 2014), 388.



ekonomik, sosyal ve teknolojik gelişmelerle beraber Osmanlı Devleti'nde de sürekli diplomasi uygulaması başlamıştır. Bu kapsamda diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklar ile ilgili karşılıklı sözleşmeler 1885 yılına kadar padişah adına sadrazam ve reisülküttap tarafından imzalanırken daha sonra bu görev hariciye nazırı tarafından yürütülmüştür.<sup>11</sup>

Devletlerin karşılıklı ilişkileri ve anlaşmaları ile uygulanan uluslararası hukuk, 19'uncu yüzyıla kadar evrensel uygulama alanı bulacak düzeye gelmemiştir. Yakın tarihte diplomatik dokunulmazlık kurallarını düzenlemeye yönelik ilk uluslararası girişim, Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1895 tarihli sözleşme taslağıdır. 20'nci yüzyıla gelindiğinde ise, 14 Latin Amerika ülkesince bölgesel düzeyde uygulanan 1928 tarihli Havana Diplomatik Memurlar Sözleşmesi modern diplomasinin ilk adımları olarak görülebilir.<sup>12</sup> Sözleşmenin içeriğinde diplomatik temsilcilere sadece resmi görevlerini yerine getirme süresince dokunulmazlık ve ayrıcalıklar tanındığı görülmektedir.<sup>13</sup> Benzer tarihlerde Türkiye'de de diplomatik personelin kimler olduğu ve hangi kapsamda dokunulmazlık ve ayrıcalıklara sahip oldukları, 1 Kasım 1931 tarihinde Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenmiştir.<sup>14</sup>

Modern diplomasi anlamında günümüzde uygulanan birçok diplomatik faaliyete dayanak oluşturan sözleşmelerden ilki 1957'de BM Uluslararası Hukuk Komisyonunun diplomatik

---

<sup>11</sup> Reçber, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*, 141.

<sup>12</sup> Aslan Gündüz, *Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Milletlerarası Hukuk*, (İstanbul: Üçdal Yayıncılık, 1984), 20.

<sup>13</sup> The Havana Convention on Diplomatic Officers 1928 and the Havana Convention on Consular Agents 1928, Erişim tarihi Nisan 19, 2022, [www.grberidge.diplomacy.edu/havana-convention](http://www.grberidge.diplomacy.edu/havana-convention).

<sup>14</sup> Durmuş Tercan, M. Ruhan Erden ve Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 122.

ilişkileri evrensel düzeyde düzenlemek üzere hazırladığı 1961 Viyana Sözleşmesi<sup>15</sup>, ikincisi ise 1963 Viyana Sözleşmesi'dir.<sup>16</sup> Bu sözleşmeler, diplomatik temsilcilerin dokunulmazlıklarına ilişkin modern hukuku oluşturmaktadır. 1961 Viyana Sözleşmesi tarihsel olarak diplomatik temsilcilere tanınan dokunulmazlıklara standart getirmek, devletler arasında diplomatik ilişkileri geliştirmek üzere uluslararası örf ve âdet hukukunda var olan diplomatik dokunulmazlıkları kodifiye etmek amacıyla oluşturulmuştur.<sup>17</sup> 1961 Viyana Sözleşmesi, elçilerin diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalık durumunu detaylı şekilde düzenlemiştir. Bahse konu Sözleşme, Türkiye tarafından 04 Eylül 1984 tarihinde onaylanmış, 05 Nisan 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>18</sup>

1963 Viyana Sözleşmesi konsoloslar ve makamlarının resmi işlevleriyle ilgili dokunulmazlık konularını düzenlemiştir.<sup>19</sup> Konsolosluklar görevlerini yerine getirirken esnek ve bağımsız olabilmeleri için bir takım dokunulmazlık ve ayrıcalığa sahip olmaları gerektiği düşünülmüş, bu sebeple 1963 Viyana Sözleşmesi, 19 Mart 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz

---

<sup>15</sup> The Vienna Convention on Diplomatic Relations, signed on 18 April 1961, and came into force on 24 April 1964, Erişim tarihi Nisan 19, 2022, [www.legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_1\\_1961.pdf](http://www.legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf).

<sup>16</sup> The Vienna Convention on Consular Relations, signed on 24 April 1963, and came into force on 19 March 1967, Erişim tarihi Nisan 19, 2022, [www.legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_1\\_1963.pdf](http://www.legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1963.pdf).

<sup>17</sup> Eileen Denza, *Diplomatic Law, Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford: Oxford University Press, 2008), 1.

<sup>18</sup> Bkz. RG. 24.12.1984, S. 18165.

<sup>19</sup> Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, (Ankara: Turhan Kitapevi,2013), 395.

konusu Sözcşme, Türkiye tarafından 29 Mayıs 1975 tarihinde onaylanmış, 27 Aralık 1975'te uygulanmaya başlanmıştır.<sup>20</sup>

## **B. Diplomatik Dokunulmazlık ve Ayrıcalıklara İlişkin Teoriler**

Diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalık kavramı 16'ncı yüzyılın başlarından itibaren açıklanmaya çalışılmış, literatürde başlıca üç yaklaşımla ifade edilmiştir. Bu yaklaşımlar; ülke dışılık, kişisel temsil ve işlevsel zorunluluk şeklindedir.<sup>21</sup>

### **1. Ülke Dışılık Teorisi**

15'nci yüzyılda devletler arası diplomasi faaliyetlerin artmasıyla sadece elçilere uygulanan dokunulmazlık kapsamı yetersiz kalmış, elçiler dışında da başka devletlerde görevlendirilen temsilcilerle ilgili de dokunulmazlıkların belirlenmesi gerekli görülmüştür.<sup>22</sup> Bu sebeple kendi ülkesi dışında resmi olarak görevlendirilen kişiler için ülke dışılık teorisi ortaya atılmıştır. Ülke dışılık teorisinde yabancı bir devletin ülkesinde görev yapan diplomatik temsilcilerin görevlendirildikleri ülkede bulunmuyormuş gibi değerlendirilerek buldukları devletin kanunlarına tabi olmadıkları farz edilmektedir. Yani diplomatik temsilciyi kabul eden devletin yetkisi dışında olmasının yanında diplomatik temsilciyi kabul eden devlet ülkesinin dışında olduğu kabul edilmektedir.<sup>23</sup> Bu durum, diplomatik temsilcilerin kabul eden devletin cezai yargılamasından bağışık olması anlamına

---

<sup>20</sup> Bkz. RG. 27.9.1975, S. 15369.

<sup>21</sup> Ömer İlhan Akipek, "Ülke Dışılık," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, 1-4 (1967), 27-36.

<sup>22</sup> Michael Hardy, *Modern Diplomatic Law*, (Manchester: Manchester University Press, 1968), 1-31.

<sup>23</sup> Akipek, *Ülke Dışılık*, 28.

gelmektedir.<sup>24</sup> Ülke dışılık teorisi dokunulmazlık ve ayrıcalıkları çok geniş ifade ettiğinden eleştirilmiştir.<sup>25</sup> Ayrıca bu teori bir diplomatik temsilcinin sıradan bir yabancıya göre neden bazı dokunulmazlıklara ve ayrıcalıklara sahip olduğunu açıklamak konusunda yetersiz kalmıştır.<sup>26</sup>

## 2. Kişisel Temsil Teorisi

Diplomatik dokunulmazlıklar açısından ifade edilen ikinci teori kişisel temsil teorisidir. Kişisel temsil teorisi başka bir devlette görevlendirilen diplomatik temsilcinin kendisini görevlendiren hükümdarın şahsını temsil ettiği ve hükümdarının dokunulmazlığına sahip olduğu fikrinden türetilmiştir.<sup>27</sup> Bu teoriye göre, egemen bir devletin diplomatik temsilciye karşı yapılan hareket hükümdarın kendisine yapılmış gibi kabul görmektedir.<sup>28</sup>

Modern devlet olgusunun oluşmasıyla beraber kişisel temsil teorisi, diplomatik temsilcilere tanınan diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıkların açıklanmasında yetersiz kalmıştır. Kişisel temsil teorisinin ortaya çıktığı dönemde ülkeleri yöneten hükümdarların modern zamanlarda yok olması ve egemen devletlerin ülkelerini yönetmesiyle beraber diplomatik temsilcilerin hükümdarlarını temsil etmelerinden

---

<sup>24</sup> Veronica L. Maginnis, "Limiting Diplomatic Immunity: Lessons Learned from the 1946 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations," *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 28/3, (2003), 994.

<sup>25</sup> Veronica L. Maginnis, *Limiting Diplomatic Immunity: Lessons Learned from the 1946 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, 995.

<sup>26</sup> Hamza Eroğlu, *Devletler Umumi Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 1984), 297.

<sup>27</sup> Hardy, *Modern Diplomatic Law*, 10.

<sup>28</sup> Lawrence Preus, "Capacity For Legation And The Theoretical Basis Of Diplomatic Immunities," *10 NYULQ Rev.* 170, (1932): 178.

söz etmek imkânsız hale gelmiştir. Egemen devletlerin görevlendirdikleri diplomatik temsilcilerle aynı derecede dokunulmazlığa sahip olmaları da mümkün değildir.<sup>29</sup> Ayrıca, kişisel temsil teorisi diplomatik temsilcinin tam olarak kimi temsil ettiğini ve diplomatik temsilcinin kişisel hareketlerinin sonuçlarından nasıl sorumlu tutulacaklarını açıklamada yetersiz kalmaktadır.

### 3. İşlevsel Zorunluluk Teorisi

İşlevsel zorunluluk teorisi, temsil teorisinin alternatifi olarak ifade edilmiştir.<sup>30</sup> Bu teori diplomatik temsilcilere tanınan dokunulmazlıkların, temsilcilerin görevlerini ifa ederken dokunulmazlığa ihtiyaç duyacakları düşüncesine istinaden ortaya atılmıştır.<sup>31</sup> Teoriye göre, diplomatik dokunulmazlıklar, diplomatik temsilcilerin görevlendirildikleri yabancı devlette görevlerini esnek ve etkili bir şekilde yürütebilmesini kolaylaştırmaktadır. Diplomatik temsilcilere dokunulmazlık tanınmadığı, kabul eden devletin cezai açıdan yargı yetkilerinin bağlayıcı olduğu hallerde, diplomatik temsilcilerin görevlerini kendisinden beklediği gibi yerine getiremeyeceği düşünülmektedir.<sup>32</sup> Diplomatik temsilcilerden beklenen kendi devletlerine güven içinde rapor verebilmesi, buldukları ülkende cezalandırmayacaklarını bilerek ilişkilerini yürütmesidir. Devletlerin dokunulmaz olmadıkları için diplomatik temsilcilerin antlaşmaları müzakere edememesi, sosyal ve kültürel faaliyetlerde bulunamaması gibi durumları kabul etmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda devletler

---

<sup>29</sup> Maginnis, *Limiting Diplomatic Immunity: Lessons Learned from the 1946 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, 995.

<sup>30</sup> J. Craig Barker, *The Protection of Diplomatic Personnel*, (USA: Ashgate Publishing, 2006), 48.

<sup>31</sup> Hardy, *Modern Diplomatic Law*, 11.

<sup>32</sup> Seha L. Meray, "Diplomasi Temsilcilerinin Hukuki Statüsü," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 13, 1 (1958), 80.

arası diplomatik ilişkilerin yürütülmesi de mümkün değildir. İşlevsel zorunluluk teorisi bu manada günümüz diplomasi ihtiyaçlarına daha iyi cevap vermekte, değişen dünya düzeni ile diplomatik ilişkilerde ihtiyaç haline gelecek durumlar için düzenlenebilir niteliktedir.

## C. Diplomasi Organları

### 1. Devlet Başkanı

Devletlerin diplomatik açıdan temsil yetkisi en yüksek organı olan devlet başkanıdır.<sup>33</sup> Devlet başkanları bu yetkilerini kendi devletin ulusal düzenlemeleri ile hatta ulusal düzeyde en yetkin olan Anayasalarından alırlar. Bu sebeple bir devlet başkanı kendi devletin uluslararası ilişkilerini yürütmede herhangi bir yetki belgesine ihtiyaç duymazlar.<sup>34</sup> Devlet başkanının genel yetkili olduğu uluslararası örf, adet ve teamül olduğu gibi hem de çok taraflı antlaşmalarla belirlenmiştir.<sup>35</sup>

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sında; Cumhurbaşkanının uluslararası ilişkileri yürütmesi ile ilgili görevler belirlenmiştir. Üstlenilen bu görevler ve yetkiler, Cumhurbaşkanının devlet başkanı sıfatıyla uluslararası ilişkilerde Türkiye Cumhuriyetinin temsilcisi olduğu şeklinde düzenlenmiştir.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Reçber, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*, 391.

<sup>34</sup> Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, 9. Bası*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 92.

<sup>35</sup> Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 70.

<sup>36</sup> "Cumhurbaşkanı Devletin başıdır ve bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder." (Anayasa m. 104/2.)

## 2. Hükümet Başkanı

Hükümet başkanı, parlamenter sistemi benimsemiş devletlerde bakanlar kurulunun başıdır.<sup>37</sup> Hükümet başkanı ülkelerin ulusal düzenlemelerinde belirlendiği üzere başbakan, bakanlar kurulu başkanı, şansölye gibi değişik isimlerle anılabilmektedir. Devlet başkanlarından farklı olarak hükümet başkanları, her ne kadar devlet başkanlarının görevlerini yerine getirse de uluslararası ortamda devletin kişiliğini temsil etmedikleri kabul edilmek ile beraber sahip oldukları statü bakımından devlet başkanlarına yakın olduğu söylenebilir.<sup>38</sup> Uluslararası ilişkiler açısından devletler tarafından devlet başkanlarının sahip olduğu dokunulmazlıklar ve ayrıcalıkların, hükümet başkanlarına da tanındığı kabul edilmektedir.<sup>39</sup>

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sında 21 Ocak 2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, parlamenter sistemden cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiş, başbakanlık kurumu kaldırılmıştır. Değişiklikten önce ise mülga olan Anayasa'sının 112'nci maddesinin 1'nci fıkrasına göre Başbakanın, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak bakanlıklar arasında işbirliğini sağlayacağı ve hükümetin genel politikasının uygulanmasını denetleyeceği belirtilmiş, Başbakanın uluslararası ilişkilerin yürütülmesinde yetkili olduğu ifade edilmiştir.<sup>40</sup> Türkiye'de de görüldüğü üzere başbakanlık

<sup>37</sup> Reçber, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*, 397.

<sup>38</sup> Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 376.

<sup>39</sup> Sevin Toluner, *Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi, Genişletilmiş 2. Baskı*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979), 358.

<sup>40</sup> "Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak, Bakanlıklar arasında işbirliğini sağlar ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir. Bakanlar Kurulu, bu siyasetin yürütülmesinden birlikte sorumludur. Her bakan, Başbakana karşı sorumlu olup ayrıca kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de sorumludur. Başbakan, bakanların görevlerinin Anayasa ve

kurumu kaldırılmadan önce hükümet başkanının uluslararası ortamda temsil yetkine sahip olduğu anayasal olarak güvence altına alınmıştır.

### 3. Dışişleri Bakanı

Dışişleri Bakanları, devletin diplomatik işlerini yürüten ve uluslararası görüşmeler ile uluslararası toplantılarda temsilci olan görevlilerdir. Devletlerin diplomatik temsilcileri görevlerini Dışişleri Bakanı yetkisinde yürütmektedir.<sup>41</sup> Dışişleri Bakanlarının en önemli yetkilerinden biri temsil ettikleri devletlerini bağlayıcı işlemler yapma yetkisine sahip olmalarıdır.<sup>42</sup> Uluslararası düzeyde dışişleri bakanlarının aynı devlet başkanları ve hükümet başkanları gibi görevleri sırasında yabancı devletlerde diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklarından yararlanacağı belirtilmektedir.<sup>43</sup>

Dışişleri Bakanı açısından Türk iç hukuku incelendiğinde, 1982 Anayasa'sının 106'ncı maddesinin 5'inci fıkrasında bakanların eylem ve işlemlerinde Cumhurbaşkanı'na karşı sorumlu olduğu ibaresine rastlanmaktadır.<sup>44</sup> Dışişleri Bakanlarının uluslararası eylem ve işlemlerini yürütmede takip ettikleri mevzuat, 05 Mayıs 1969 tarihli ve 1173 sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu

---

*kanunlara uygun olarak yerine getirilmesini gözetmek ve düzeltici önlemleri almakla yükümlüdür."* (Anayasa mülga m. 112)

<sup>41</sup> Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 377.

<sup>42</sup> Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 378.

<sup>43</sup> Reçber, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*, 398.

<sup>44</sup> "Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, Cumhurbaşkanı'na karşı sorumludur. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir." (Anayasa m. 106/5)



Hakkında Kanun<sup>45</sup> ile  
07 Temmuz 2010 tarih ve 6004 sayılı Dışışleri Bakanlığı  
Personeline İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkındaki Kanun'dur.<sup>46</sup>  
Dışışleri Bakanlığının dolayısıyla Dışışleri Bakanın görev ve  
yetkileri bu Kanun'da belirtilmiştir.

#### 4. Diğer Bakanlık Mensupları ve Üst Düzey Devlet Çalışanları

Devletler; yeni uzmanlık alanlarında faaliyetlerini yürütebilmek için farklı bakanlıklar kurmuş, bu bakanlıklar da uzmanlık alanlarını ilgilendiren konularda uluslararası ortamda görev almaya başlamıştır.<sup>47</sup> Böylece uluslararası ilişkilerde, Dışışleri Bakanlığı haricinde diğer bakanlıklar da görev yapar hale gelmiştir. Bakanlar; kendi uzmanlık alanları içindeki konularda devletlerini temsil etmekte, resmi görevli olarak diğer devletleri ziyaret etmekte, hatta ve hatta antlaşma ve sözclemeler imzalamaktadırlar.<sup>48</sup> Bu sebeple Dışışleri Bakanlarına uluslararası düzeyde tanınan dokunulmazlık ve ayrıcalıklar diğer bakanlara da sağlanıp sağlanmayacağı tartışma konusu olmuştur. Bu konuya ilişkin tarihte Uluslararası Adalet Divanı tarafından "Arrest Warrant" kararı olarak bilinen karar önem arz etmektedir. Kararda Devlet Başkanı, Hükümet Başkanı, Dışışleri Bakanı gibi üst düzey devlet görevlilerinin de uluslararası ortamda diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıktan yararlanacağı ifade edilmiştir.<sup>49</sup> Böylelikle Divan diplomatik

<sup>45</sup> Bkz. RG. 17.05.1969, S. 13201.

<sup>46</sup> Bkz. RG. 13.7.2010, S. 27640.

<sup>47</sup> Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 80-81.

<sup>48</sup> Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 377.

<sup>49</sup> International Court of Justice, "Arrest Warrant of 11 April 2000," Erişim tarihi Nisan 15, 2022, [www.dipublico.org/1825/application-for-arrest](http://www.dipublico.org/1825/application-for-arrest)

dokunulmazlık ve ayrıcalıktan yararlanacak kişileri dar anlamda sadece Dışişleri Bakanı olmadığı belirtilmiş, diğer bakanlar ve devletlerin üst düzey görevlilerinin de diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıktan yararlanabileceğine karar vermiştir.<sup>50</sup>

## 5. Diğer Diplomatik Temsilciler

Devletler; Devlet Başkanı, Hükümet Başkanı, Dışişleri Bakanından ayrı diplomatik ilişkileri yürütebilmek ve kendilerini diğer devletlerde temsil edecek diplomatik temsilciler görevlendirmektedirler. Uluslararası ilişkilerde diğer devletlere gönderilen diplomatik temsilcilerin yerine getirecekleri görevlere diplomatik misyon denilmektedir.<sup>51</sup> 1961 Viyana Sözleşmesi; diplomatik kadro üyelerini diplomatik misyonun rütbeli olan personeli olarak ifade etmekte, misyon şefi ve diplomatik kadronun üyelerini ise diplomatik ajan olarak tanımlamaktadır. Diplomatik personel Büyükelçi, Müsteşar, Başkâtip, İkinci Kâtip, Üçüncü Kâtip ve Ataşeden oluşmaktadır. Bunlar, devletin temsilcisi sıfatıyla diplomatik ilişkilerin yürütülmesinde görevli sınıfı teşkil eder.<sup>52</sup>

İç hukukumuzda ise yurtdışında görev yapan diplomatik temsilcilere ilişkin mevzuat, 13 Aralık 1983 tarih ve 189 Sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Yurtdışı Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'dir.<sup>53</sup>

---

warrant-against-general-shaul-mofaz-first instanceunreported-bow-street-magistrates-court.

<sup>50</sup> Ivor Roberts, *Satow's Diplomatic Practice*, 6. Ed. (USA: Oxford University Press, 2011), 31.

<sup>51</sup> Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 9. Baskı, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015), 239.

<sup>52</sup> Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 84.

<sup>53</sup> Bkz. RG. 14.12.1983, S. 18251.

## 6. Konsolosluk Personeli

Konsolosluk temsilcileri, bir devletin yabancı bir devlette ticari çıkarlarını ve diğler devlette herhangi bir sebeple bulunan vatandaşlarını korumak, gerektiğinde yardımcı olmak için görevlendirilen memurlardır.<sup>54</sup> Konsolosluk, devletin bir organı olarak ifade edilebilir ve konsolosluklar buldukları devlette daimi olarak kurulurlar ve faaliyet gösterirler.<sup>55</sup> Diplomatik temsilcilerden farkı ise diplomatik temsilciler kendi devletlerini bürokratik olarak temsil ederken konsolosluk temsilcileri devletlerinin yabancı devletteki ticari ve idari çıkarlarını koruma, duyulan yönetsel ve yargısal konularda vatandaşlarına destek olma gibi görevleri yerine getirirler. Örneğın, buldukları devlette kendi vatandaşlarının nikâh işlemleri, askerlik tescil işlemleri veya dövizli askerlik işlemleri gibi işlemler konsolosluk tarafından yürütölmektedir. Bu çerçevede konsolosluk temsilcileri yalnızca yetkili kıldıkları alanda görev yapan resmi görevlilerdir.<sup>56</sup>

İç hukukumuzda 24 Eylül 1985 tarihli ve 85/9898 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilen Diplomatik Temsilciliklerde Diplomatik Statüsü ve Konsolosluklarda Konsolosluk Memurları Statüsünü Haiz Personel İle İlgili Protokol Esasları Hakkında Yönetmelik bulunmaktadır.<sup>57</sup>

Ülkemizde görev yapan diplomatik temsilcilere tanınan her türlü dokunulmazlık ve ayrıcalıklarla ilgili düzenlemelerin nasıl yürütöleceğine dair kapsamlı düzenleme ise Adalet Bakanlığının 2008 tarihli 72/1 sayılı Genelge'sidir.<sup>58</sup> Bu Genelge, özellikle uygulamada karşılaşılan sorunların üstesinden gelmeyi

<sup>54</sup> Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 390.

<sup>55</sup> Reçber, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*, 481.

<sup>56</sup> A. Gündüz Ökçün, "Konsolosluk İlişkilerinin Kurulması ve Yürütölməsi," *Prof. Dr. Fikret Arık'a Armağan*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1973), 332.

<sup>57</sup> Bkz. RG. 12.2.1986, S. 19017.

<sup>58</sup> Bkz. 01.03.2008 tarihli Adalet Bakanlığının 72/1 numaralı Genelgesi.

amaçladığından diplomatik temsilcilerin suç işlemesi durumunda Türkiye'deki yetkili makamlarının izlemesi gereken prosedürü belirtmesi açısından da önemlidir.

## **II. ULUSLARARASI ANLAŞMALARLA GÖREVLENDİRİLEN YABANCI ASKER KİŞİLER HAKKINDA DÜZENLEMELER**

### **A. Uluslararası Anlaşmalarla Görevlendirilen Yabancı Asker Kişiler**

Devletler; askerî güç taleplerine ve uluslararası ortamda korunma ihtiyaçlarına karşılık verme, yardımlaşma ve işbirliği sağlama amacıyla imzalanan uluslararası sözleşmeler kapsamında diğer devlet topraklarında asker bulundurmaktadır.<sup>59</sup> Bu sözleşmeler NATO, BM gibi çok taraflı sözleşmeler olabileceği gibi Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) gibi bölgesel nitelikte de olabilir. Görevlendirilen yabancı devlet askerleri, taraflarca imzalanan sözleşmenin öngördüğü sınırlar çerçevesinde görev yapmaktadırlar. Yabancı asker kişilerin görevlerini icra ederken nasıl bir dokunulmazlık ve ayrıcalığa sahip olacağı sözleşmelerle düzenlenmiştir. Bu kapsamda dünyanın genelinde uygulama alanı bulan ve kabul gören NATO ve BM örgütlerinin bu konuda belirtmiş olduğu kıstaslara ve Türkiye'nin iç mevzuatında yabancı devlet askerlerinin kimleri kapsadığına değinmekte fayda vardır. Bu kapsamda, en geniş manada kıstaslar NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesinde belirtilmiş, yabancı asker kişilerin kimler olduğuna ait üç kıstas ifade edilmiştir.<sup>60</sup> Bunlar:

1. Devletlerden birinin silahlı kuvvetlerine mensup olmak,

---

<sup>59</sup> Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2014),142.

<sup>60</sup> Bkz. RG. 20.03.1954, S. 8963. Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler Arasında, Kuvvetlerinin Statüsüne Dair Sözleşme I/1-a.

2. NATO'ya taraf olan bir devletin ülkesinde bulunmak,
3. Askerî hizmet ve görevin yerine getirilmesi amacıyla yabancı devlette bulunmak şeklindedir.

Anlaşılacağı üzere yabancı asker kişi statüsünde bulunmak için yukarıda belirtilen üç kıstasın da aynı anda karşılanması gerekmektedir.

BM Antlaşmasında ise barışı koruma harekâtı mensuplarının faaliyetlerinde başarıya ulaşabilmeleri ve savunma amacıyla silahlı kuvvet kullanımına başvurabileceği ifade edilmiştir.<sup>61</sup> BM Antlaşmasında, NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesinde yabancı asker kişilerin tanımladığı gibi ayrı başlık ile tanımlama yapılmamıştır. BM Ayrıcalık ve Muafiyetlerine Dair Sözleşmede<sup>62</sup>, BM kapsamında görev alan kişiler kategorize edilmiş, Sözleşmenin 6'ncı maddesinde uzman personelden bahsedilmiştir. Bu kategoriler arasında her ne kadar askerî personel bulunmasa da, literatürde askerî personelin uzman kategorisi içerisine dâhil olduğu kabul edilmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, uzman personel oldukça geniş dokunulmazlık hakkına sahiptirler.

İç mevzuatta ise Anayasa'nın 92'nci maddesinde yabancı asker kişilerin nasıl Türkiye'ye kabul edileceği ve Türk askerinin yabancı bir devlete nasıl gönderileceği düzenlenmiştir.<sup>63</sup>

Ayrıca 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 2'nci maddesinin 2'nci fıkrasında asker kavramı,

---

<sup>61</sup> Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 214.

<sup>62</sup> [https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar\\_](https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar_) (Erişim Tarihi: 27 Nisan 2022)

<sup>63</sup> "Milletlerarası hukukun meşrû saydığı hallerde savaş hali ilânına ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisindedir" (Anayasa m. 92)

askerlik mükellefiyeti altına giren er ve erbaşlar ile özel yasalarla Silahlı Kuvvetlere mensup olup resmî kıyafet taşıyan şahıslar olarak tanımlanmıştır.<sup>64</sup> Bu kapsamda, yabancı asker kişilerin de aynı şekilde üniforma denilen resmi kıyafet giyen personelden oluştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

## **B. Yabancı Asker Kişilerin Hukuki Statüsünü Düzenleyen Anlaşmalar**

Yabancı asker kişilerin tabi olacağı kanun hükümleri uluslararası sözleşmelerin gereklerine göre değişiklik göstermektedir.

Yabancı askerî kuvvetlerin hukuki statüsünü düzenlemeyle ilgili birçok çalışma yapılmış ve bu çalışmalar akabinde iki taraflı ve çok taraflı antlaşmalar imzalanmıştır. Yabancı asker kişilerin dünyada çoğunlukla NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesi (SOFA: Status of Forces Agreement) ve Birleşmiş Milletler Barışı Koruma Kuvvetleri (United Nations Peacekeeping Forces) kapsamında çeşitli devletlerde görev yapması sebebiyle çalışmada özellikle bu iki anlaşma üzerinde durulmuştur.<sup>65</sup>

### **1. NATO'ya Taraf Devletler Arasında Kuvvetlerinin Statüsüne Dair Sözleşme (NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesi)**

2'nci Dünya Savaşı'ndan sonra oluşan ortak güvenlik kaygısı devletlerin güvenliğe yönelik teşkilatlar kurmasına sebep olmuş, ülke sınırları içinde yabancı devlet askerlerine ihtiyaç artmıştır. 1949 yılında hayata geçirilen NATO'da,

---

<sup>64</sup> "Asker: Askerlik mükellefiyeti altına giren şahıslarla (Erbaş ve erler) özel kanunlarla Silahlı Kuvvetlere intisabeden ve resmi bir kıyafet taşıyan şahsa denir." (211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m.2/2)

<sup>65</sup> Uğur Özgöker ve Güney Ferhat Batı, *Uluslararası Siyasi, Askeri, Ekonomik ve Sosyo-Kültürel Örgütler*, (İstanbul: Der Yayınları, 2017), 14.

antlaşmaya taraf devletlerin silahlı kuvvetlerinin barış zamanında diğeri bir taraf devletin ülkesinde uzun süre görev yapabileceği belirtilmiştir. Böyle bir duruma ihtiyaç duyulması halinde tüm üye ülkelerin kuvvetlerinin statülerinin ve yetkilerine dair ilkelerin resmi bir belgede tanımlanması elzem hale gelmiştir.<sup>66</sup> Bu sebeple 19 Haziran 1951 tarihinde Londra'da NATO'ya Taraf Devletler Arasında Kuvvetlerinin Statüsüne Dair Sözleşme imzalanmıştır. NATO'ya Türkiye 18 Şubat 1952 tarihli ve 5886 sayılı Kanun'la katılmış, teşkilata üye devletler arasında imzalanan Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler Arasında Kuvvetlerinin Statüsüne Dair Sözleşmeyi 20 Mart 1954 tarihli ve 6375 sayılı Kanun'la onaylamıştır.<sup>67</sup> Daha öncede belirtildiği üzere kaynakların genelinde bu sözleşmeden NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesi olarak bahsedildiğinden bu çalışmada da aynı şekilde kullanılmıştır.

## 2. BM Barışı Koruma Kuvvetlerinin Hukuksal Statüsü

Uluslararası ortak güvenlik ve barış ihtiyaçları için imzalanan bir diğeri büyük anlaşma BM Antlaşmasıdır. BM Antlaşmasında BM üyesi devletler; iki büyük dünya savaşı benzeri savaşların yaşanmasının önüne geçilmesi, uluslararası hukukun gerekleri doğrultusunda uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması için ortak hareket edilmesi ve barış anlayışı içinde komşuluk ilişkilerinin sürdürülmesi konularında mutabakata varmıştır.<sup>68</sup> Uluslararası alanda, barışı destekleme operasyonlarında görevli personelin görevlerini etkin bir şekilde yürütebilmeleri için bazı imtiyazlara ve dokunulmazlıklara sahip olması gerektiği değerlendirilmiştir. Barışı koruma

---

<sup>66</sup> Mette Prasse Hartov, "NATO Status Of Forces Agreement: Background and a Suggestion for the Scope of Application," *Baltic Defence Review* 2, no.10 (2003): 48.

<sup>67</sup> Bkz. RG. 20.03.1954, S. 8663.

<sup>68</sup> M. Tefvik Odman. "Barışı Destekleme Operasyonları," *Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 1.1, (2004), 68-102.

kuvvetleri ve mensuplarının kabul eden devlette görevlerini ifa etmesiyle alakalı hususlara, BM Antlaşması'nın 105'nci maddesi ile 1946 tarihli Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme hükümleri uygulanmaktadır. BM'ye Türkiye 24 Ağustos 1945 tarihli ve 4801 sayılı Kanun'la katılmış, teşkilata üye devletler arasında imzalanan Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalık ve Muafiyetlerine Dair Sözleşme'yi 15 Mart 1950 tarihli ve 5598 sayılı Kanun'la onaylamıştır.<sup>69</sup>

### III. ARAMA

Arama; hukuki anlamda sanığın yakalanması veya suç belgelerinin ele geçirilmesi için bir kişinin üzerinde, konutunda, eşyasında ya da işyerinde yapılan araştırmayı ifade etmektedir.<sup>70</sup> Koruma tedbiri olarak bakıldığında arama; kamu güvenliğini ve düzenini sağlayabilmek için suç şüphesi durumunda şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi amacıyla üstlerinin, araçlarının, eşyalarının, ikametlerinin, belgelerinin araştırılması işlemidir.<sup>71</sup> Bu işlemin yapılması, ilgili kişinin hayatının gizliliğine bir takım sınırlamalar getirmektedir.<sup>72</sup>

#### A. Aramanın Çeşitleri

Arama, çeşitli kıstaslar gözetilerek literatürde farklı şekillerde kategorize edilmiştir. Çalışmanın odak noktası olan amaca göre ayırım ile arama; "önleme araması" ve "adli arama" şeklinde ikiye ayrılmıştır. Bunun yanında arama konusu veya arama yapılan yere göre "üstte arama", "konutta arama", "işyeri veya kişiye ait diğer yerlerde arama" ve "eşyada arama"

---

<sup>69</sup> Bkz. RG. 21.03.1950, S. 7462.

<sup>70</sup> [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr) (Erişim Tarihi: 22 Nisan 2022)

<sup>71</sup> Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta Basımevi, 2010), 1033.

<sup>72</sup> Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020), 297.



şeklinde kategorize edilmiştir. Başka bir ayırım şekli ise aramaya maruz kalan kişiye göre yapılmış, şüpheli veya sanık üzerinde arama ve diğer kişiler üzerinde arama olarak ifade edilmiştir.

## 1. Önleme Araması

Önleme araması; özellikle milli güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması, insanların genel sağlık ve genel ahlakına aykırı hareketlerin engellenmesi ile hak ve hürriyetlerinin korunması amacıyla suç işlenmesinin önlenmesi için yapılan arama şeklidir.<sup>73</sup> Bu ihtiyaçlara cevap verebilmek için önleme araması; hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle belli yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemi şeklinde icra edilmektedir.<sup>74</sup> Önleme aramalarında esas amaç; devletin topluma suç ve suçluyla mücadele ettiğini göstererek güven ve huzur ortamının sağlanması, kamu emniyetini ve güvenliğini tehlikeye uğratan kişi veya eşyaları bulunarak kolluğun himayesi altına alınmasıdır. Önleme aramasının başka bir ifadesi ise suç işlenmesini veya tehlikenin meydana gelmesini önlemek gayesiyle şahısların özel evraklarının, araçlarının, eşyalarının veya üstlerinin aranmasına imkân tanıyan idari kolluk faaliyeti şeklindedir.<sup>75</sup> Önleme araması nihayetinde idari bir tedbirdir ve idari bir tedbir olduğu için, konuya ilişkin düzenlemelere Ceza Muhakeme Kanununda (CMK) değil, Polis Vazife Salahiyet Kanunu (PVSK) ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde

---

<sup>73</sup> Bkz. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.18.

<sup>74</sup> Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006), 307.

<sup>75</sup> Eşref Barış Börekçi, "Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları," *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(17), (2020), 96.

yer verilmiştir.<sup>76</sup> Ayrıca askeri mahallerde önleme araması ise 211 sayılı İç Hizmet Kanununda düzenlenmiştir.<sup>77</sup>

## 2. Adli Arama

Adli arama ile ilgili literatürde birçok tanım mevcuttur. En genel tabirle, adli aramayı ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla delillerin elde edilmesi için bir kimsenin meskeninde, etrafı çevrili sair mahallerinde, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemi olarak tanımlamak mümkündür.<sup>78</sup>

<sup>76</sup> “a) Millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkım veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, b) Suç işlenmesinin önlenmesi, c) Taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti, amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki âmirin yazılı emriyle ikinci fıkrada belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemi” (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.19)

<sup>77</sup> “Tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkimi kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde askerî birlik komutanının veya askerî kurum amirinin ya da hukuk hizmetleri başkanı veya birim amirinin yazılı emri üzerine, askerî mahallerde özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla kişilerin üstü, araçları, özel kâğıtları ve eşyası aranır, gerekli tedbirler alınır, suç delilleri koruma altına alınarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemler yapılır. Arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Arama kararında veya emrinde; aramanın sebebi, konusu ve kapsamı ile yapılacağı yer, zaman ve geçerli olacağı süre belirtilir. Aramanın sonucu, arama kararı veya emri veren merci ya da makama bir tutanakla bildirilir. Konutta ve yerleşim yerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları Milli Savunma Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir” (211 sayılı İç Hizmet Kanunu m. 56/A)

<sup>78</sup> Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, (İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2014), 535.

Adli arama, Anayasa'nın 20 ve 21'inci maddeleri ile CMK'nın 116 vd. maddelerinde yer almaktadır. CMK 116'nci maddede adli arama; suç delillerinin elde edilmesi ya da yakalanması konusunda makul şüphe bulunan şüpheli ya da sanığın evinin, üstünün, eşyasının, işyerinin ya da ona ait olan diğer yerlerin aranması olarak belirtilmiştir. 117'nci maddesinde ise kanun koyucu, şüpheli ya da sanığın yakalanabilmesi ya da suç delillerinin elde edilebilmesi için bu kişiler haricindeki diğer kişilerin de eşyasının, evinin, üstünün, işyerinin ya da o kişilere ait başka yerlerin aranmasına izin vermektedir.

Arama için gerekli olan makul şüphe kavramı; hayatın olağan akışında somut olaylar karşısında oluşan şüphedir.<sup>79</sup> Makul şüphe akla uygun olan şüphe olarak ifade edilmektedir. Şüphenin objektif bir anlamı ve fiilin o kişi tarafından işlendiğinin kabul edilebilir olması gereklidir.<sup>80</sup> Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Şüpheli ve sanık dışındaki suç işlediğinden şüphelenilmeyen bir kişi hakkında arama yapılabilmesi için sadece makul şüphe yeterli değildir, makul şüpheden daha yoğun bir şüphenin varlığı gerekmektedir.<sup>81</sup> Keza üçüncü kişileri kanun koyucu şüpheliye veya sanığa nazaran daha fazla korumuştur. Üçüncü kişilerin aramaya katılma yükümlülüğü sanık ve şüpheliye nazaran daha az olması doğaldır. Belirtilen kişilerin aranması için makul şüphenin somut olgulara dayanması gerekmektedir.<sup>82</sup> Öğretide, arama sonunda belirli bir şeyin

<sup>79</sup> Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1999), 63.

<sup>80</sup> Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2012), 244.

<sup>81</sup> Murat Önok, *Adli İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 272.

<sup>82</sup> "Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır." (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 6/4)

bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olguların mevcut olduğuna dikkat çekilmektedir.<sup>83</sup> Ayrıca gözle görülen, işitilerek varlığına ait delillere ulaşılabilen dışarıdan bakıldığında herkes tarafından fark edilen deliller arama kavramı içinde yer almamaktadır.<sup>84</sup>

Üst araması, beden muayenesine dönüşmeyecek tarzda olsa da kişinin beden dokunulmazlığını ihlal eden bir arama türüdür.<sup>85</sup> Üst araması, kişinin üzerinde taşıdığı giysilerde yapılırken kişinin kıyafetleri altında gözle tespiti edilen malzemelerin aranması da üst araması kapsamındadır.<sup>86</sup> Eşya araması, aramaya tabi kişinin zilyetliğinde bulunan her türlü taşınır malda yapılan aramadır. Konut, kişinin özel yaşam alanı olarak belirlediği dıştan bakıldığında rahatça anlaşılan, sürekli veya geçici olarak oturulan veya kalınan yerdir.<sup>87</sup> Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere kişinin kaldığı otel odası dahi konut olarak kabul edilmektedir.<sup>88</sup> Hatta ve hatta çadır, karavan, tekne gibi alanlar da kişinin o yeri konut olarak kullanması durumunda konut olarak kabul edilmektedir.<sup>89</sup> Belirtilen yerlerde yapılan aramaya konutta arama denilmektedir.

---

<sup>83</sup> Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, 317.

<sup>84</sup> Feridun Yenisey, *Arama Hukukuna Giriş*, (İstanbul: Ulus Basım, 2006), 7.

<sup>85</sup> Cihan Koç, *Kolluğun (Jandarma ve Polisin) Adli Görevleri*, (Ankara: Kartal Yayınevi, 2005), 336.

<sup>86</sup> Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008), 591.

<sup>87</sup> Recep Gülşen, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama," *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 3 (2005), 90.

<sup>88</sup> Kubilay Taşdemir ve Ramazan Özkepir, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, (Ankara: Turhan Kitapevi, 2010), 496.

<sup>89</sup> Yeşim Yılmaz, "Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2016), 265.

## **B. Diplomatik Dokunulmazlığı Olan Şahıslar Hakkında Arama**

Diplomatik dokunulmazlığa sahip olan kişilere, görevlendirildikleri ülkelerde uluslararası örf, adet, teamüller ve sözclemeler gereğince birtakım ayrıcalıklar tanındığını ifade etmiştik. Diplomatik personel içinde sayılan Devlet Başkanının, Hükümet Başkanının, Dışışleri Bakanının, diğler bakanlık personelinin ve üst düzey bürokratların yabancı devlet topraklarını her türlü ziyaretleri sırasında dokunulmaz ve ayrıcalıklı oldukları, haklarında arama tedbirleri uygulanamayacağı evrensel olarak kabul edilmektedir.<sup>90</sup> Bu sebeple sayılan bu personel hakkında yabancı devlet topraklarında arama tedbiri uygulanamayacağı ile ilgili bir tartışma söz konusu değildir. Diğler diplomatik temsilciler ile ilgili arama tedbiri incelendiğinde ise 1961 Viyana Sözclemesi ve 1963 Viyana Sözclemesinde benzer tanımların yapıldığı söylenebilir. 1961 Viyana Sözclemesi ve 1963 Viyana Sözclemesinde kişisel dokunulmazlıklar; üstünün, aracının, evinin, işyerinin ve bagajının aranmaması olarak; cezai dokunulmazlıklar; herhangi bir suçtan dolayı gözaltına alınmaması, tutuklanmaması veya bulunulan ülke hukukunun ihlallerinden dolayı soruşturulmaması olarak düzenlenmiştir. Sözcleme metinlerinde arama tedbirinin aynı şekilde belirtildiği görülse de aramanın şartları açısından diplomatik misyon görevinde olan diplomatik temsilciler ve konsolosluk çalışanları arasında birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Arama tedbirinin hangi şart ve zamanda hangi diplomatik temsilciye nasıl uygulanacağını daha iyi ifade etmek amacıyla diplomatik temsilcilerin dokunulmazlıklarına dair düzenlemeler sırayla incelenmiştir. Bu maksatla, öncelikle diplomatik misyon görevinde olan diplomatik temsilciler açısından konu ifade edilmiştir.

---

<sup>90</sup> Reçber, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*, 391-400.

Diplomatik misyon görevi kapsamında olan diplomatik temsilcilerin dokunulmazlığı ve ayrıcalığını düzenleyen 1961 Viyana Sözleşmesinin 22'nci maddesinde diplomatik dokunulmazlığa sahip kişilerin özel konutu, eşyası ve üzerinin aranamayacağı belirtilmiştir. Bu sebeple Türkiye gibi 1961 Viyana Sözleşmesine taraf olan ülkelerde görev yapan diplomatik temsilciler hakkında ulusal mevzuatta düzenlenen önleme araması tedbiri uygulanmamaktadır.<sup>91</sup> Başka bir deyişle idari bir tedbir olan önleme aramasının 1961 Viyana Sözleşmesine tabi büyükelçi, kâtip ve ataşe gibi diplomatik temsilcilerin üstü, özel kâğıt ve eşyaları ile araçlarında uygulanması mümkün değildir.<sup>92</sup> Nihayetinde kabul eden devlet; diplomatik temsilcilerine gereken saygıyı göstermek, kişiliğini, onurunu ve özgürlüğünü teminat altına almak zorundadır. Bu sebeple, kabul eden devletin diplomatik temsilcilere yönelik herhangi bir ihlali önlemek için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlü olan kolluk görevleri bu konuda eğitilmeli, belirtilen diplomatik temsilciler hakkında önleme araması tedbirini uygulama hatasına düşmesi engellenmelidir.

Diplomatik temsilciler hakkında oluşan suç şüphesi durumunda ise adli koruma tedbirlerine ilişkin tedbirlerin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin düzenlemeler de uluslararası sözleşmeler içeriğinde mevcuttur.<sup>93</sup> 1961 Viyana Sözleşmesinin 29'uncu maddesinde bir diplomatik temsilcilerin

---

<sup>91</sup> Gözlügül, *Diplomatik Dokunulmazlık ve Ayrıcalıkların Kötüye Kullanılması*, 109.

<sup>92</sup> Şemsettin Aksoy, *Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007), 113.

<sup>93</sup> "Uluslararası Adalet Divanı, diplomasi personelinin bir suç işlemesi halinde şartlar ne olursa olsun, kabul eden devletin yargılama ve cezalandırma yetkisi bulunmadığını vurgulamakta ve genel uluslararası hukuka göre diplomatların her türlü cezai yargı yetkisinden müstesna olduklarını açıkça ifade etmektedir". Bkz. International Court of Justice, Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v Tehran), Judgment of 24 May 1980, para 79, Erişim tarihi Nisan 22, 2022, <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>.

kişisel dokunulmazlığa sahip olduğu, kişiliğine saygı hakkı bulunduğu ve hiçbir şekilde tutuklanamayacağı veya gözaltına alınamayacağı belirtilmiştir. Her ne kadar madde metninde adli arama tedbiri açıkça ifade edilmese de gözaltı ve tutuklama tedbiri uygulanması mümkün olmayan diplomatik temsilci hakkında adli arama tedbirinin de evleviyette uygulanamayacağı açıktır. Diğer yandan önleme aramasında da ifade edildiği üzere 1961 Viyana Sözlüşmesinin 22'nci maddesinde diplomatik dokunulmazlığa sahip kişilerin aranmayacağı da özel olarak düzenlenmiştir.

Elçilik binaları ve bu binalara ait eklentiler de diplomatik dokunulmazlığa sahip olduklarından arama tedbiri bakımından muafiyetleri bulunmaktadır.<sup>94</sup> Bu sebeple kabul eden devletin diğer devletlerin elçilik binalarında arama yapması mümkün değildir.

Diplomatik çanta ise sahip olduğu dokunulmazlık bakımından mutlak bir nitelik taşımaktadır. Bu kapsamda diplomatik çantalar hiçbir şart ve durumda açılmamakta veya alıkonulamamaktadır.<sup>95</sup> Buna göre diplomatik çantalar, direkt olarak veya elektronik ve diğer teknik cihazlarla aramadan muafır. Konuya paralel olarak Uluslararası Hukuk Komisyonunca da diplomatik iletişim için korumanın artırılması yönünde fikir beyan edilmiştir. Bu sebeple diplomatik çantalar hakkında önleme ve adli arama tedbiri uygulanması söz konusu değildir.

Diplomatik temsilciler hakkında önleme ve adli aramaya ilişkin ilk istisna diplomatik temsilcinin özel eşyası sayılabilecek kişisel bagajların istisnai durumlarda ve belirtilen yöntemlerle

---

<sup>94</sup> Bkz. RG. 12.09.1984, S. 18513, 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözlüşmesi m. 22.

<sup>95</sup> Bkz. RG. 12.09.1984, S. 18513, 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözlüşmesi m. 27/3.

aranmasıdır. 1961 Viyana Sözleşmesine göre, ithalatta ve ihracatta kabul eden devlet mevzuatınca yasak olan eşyaların olduğuna ilişkin ciddi şüphe olması durumunda, diplomatik temsilcinin şahsi bagajı aranabilmektedir. Bu hallerde arama, ancak diplomatik temsilcinin veya yetkili temsilcinin huzurunda yapılabilir.<sup>96</sup> Tabi ki diplomasi personeli kişisel dokunulmazlığa sahip olduğundan kabul eden devletin diplomatik temsilcisine gereken saygıyı göstererek özgürlüğünü teminat altına almakla yükümlü olduğu değerlendirildiğinde bu istisnai durumun kesinlikle suiistimal edilmemesi önemlidir.

Diplomatik temsilcilerin muhtemel bir suça iştirak etmiş olmaları ihtimalinde ne yapılacağı konusu ise zaman zaman devletler arasında sorun sahası olarak karşımıza çıkmaktadır. Nihayetinde diplomatik dokunulmazlık statüsü; diplomatik temsilciye, kabul eden devletin kanun ve düzenlemelerini ihlal etme veya herhangi bir suç işleme yetkisi vermez.<sup>97</sup> Bu bağlamda; 1961 Viyana Sözleşmesinin 32'nci maddesi, gönderen devlete diplomatik dokunulmazlığı kaldırma yetkisi vermiştir. Her ne kadar çok fazla uygulama alanı olmasa da gönderen devletin diplomatik temsilcinin dokunulmazlığını kaldırabileceği düzenlenmiştir. Genel olarak uygulamada, gönderen devletler diplomatik temsilcilerini kabul eden devlette idari, cezai veya hukuki yargıya tabi tutulmaması için özen göstermektedir. Diğer yandan da diplomatik temsilcilerin görev yaptıkları yabancı devlet topraklarında suç işlemeleri veya suç işledikleri iddiasına maruz kalmaları muhtemeldir. Diplomatik temsilcinin alkollü şekilde trafiğe çıkması sonucu bir kişinin yaralanmasına sebebiyet vermesi konuya örnek olarak

---

<sup>96</sup> Bkz. RG. 12.09.1984, S. 18513, 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi m. 36/2.

<sup>97</sup> Gözlügül, *Diplomatik Dokunulmazlık ve Ayrıcalıkların Kötüye Kullanılması*, 115.



verilebilir. Bu durumlarda diplomatik temsilcinin dokunulmazlığı ve ayrıcalığı olması sebebiyle gönderen devlet, kişinin diplomatik dokunulmazlığını kaldırmadığı sürece kabul eden devletin suç soruşturmasında ve kovuşturmasında bulunması mümkün değildir.<sup>98</sup> Suçu soruşturma ve kovuşturma yetkisi bulunmayan kabul eden devletin haliyle diplomatik temsilci hakkında adli arama tedbiri uygulaması da mümkün olmamaktadır.

Bu gibi diplomatik temsilcinin suç işlemesi halinde, eğer gönderen devlet diplomatik temsilcinin dokunulmazlığını kaldırma niyetinde değilse devletler genellikle gönderen devlet tarafından diplomatik temsilcinin geri çekilmesini istemekte, bunun mümkün olmaması halinde söz konusu diplomatik temsilciyi “istenmeyen kişi (persona non grata)” ilan etmekte ve ülkeyi terk etmesini sağlamaktadır. Kabul eden devletin bir diplomatik temsilciyi istenmeyen kişi ilan etmesi durumunda gönderen devlet, söz konusu personeli geri çağırması veya diplomatik misyonu sona erdirmelidir.<sup>99</sup> Aksi takdirde diplomatik temsilcinin diplomatik dokunulmazlığı kalkacak ve kabul eden devletin yargı yetkisine dâhil olacaktır.

Diplomatik temsilcilerin her koşulda tam dokunulmaz olmaları literatürde bazı eleştirilere neden olmaktadır. Bu eleştirinin savunucularınca, suçüstü halinde diplomatik temsilciler hakkında koruma tedbirlerinin uygulanabileceği ifade edilmiştir.<sup>100</sup> Fakat görüşün aksini savunan yazarlarca, suçun failinin diplomatik temsilci olduğunun anlaşılması durumunda kişinin ivedilikle salıverilmesi gerektiği

---

<sup>98</sup> A. John Radsan, “The Unresolved Equation of Espionage and International Law,” *Michigan Journal of International Law* 28, 3 (Spring 2007), 621.

<sup>99</sup> Bkz. RG. 12.09.1984, S. 18513, 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi m. 9.

<sup>100</sup> Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 94-95.

belirtilmiştir.<sup>101</sup> Bu durumda da aslında diplomatik temsilcinin aranmasında kamu görevlisinin hataya düşmesi mevcuttur. Aslında bilerek ve isteyerek yetkili merciin uyguladığı bir arama tedbirinden söz edilemez. Bu sebeple suçüstü halinde eğer kişinin diplomatik temsilci olduğu yetkililerce biliniyorsa kişi hakkında adli arama tedbiri uygulanması mümkün değildir.

Başka bir görüş de kabul eden devletin kamu güvenliği için acil önlem alması gerektiğinde veya meşru müdafaa gibi durumlarda elçilik binalarına girilebileceği fikridir.<sup>102</sup> Fikir, bazı yazarlar tarafından desteklense de 1961 Viyana Sözleşmesinin lafzından böyle bir istisnaya yer verilmediği açıktır. Aslında 1961 Viyana Sözleşmesi müzakereleri sırasında çok acil durumlarda bu kurala istisna getirilip getirilemeyeceği tartışılmıştır. Ancak bu öneri, kabul eden devletin kendisine tanınan yetkisini kötüye kullanmak suretiyle bu tedbirin kötü niyetli kullanımına yol açabileceği gerekçesiyle çoğunluk tarafından reddedilmiştir.<sup>103</sup> Sonuç olarak; büyükelçi, ataşe ve katip gibi diplomatik misyon görevini yürüten diplomatik temsilciler hakkında önleme ve adli arama tedbirinin uygulanmasının mümkün olmadığı söylenebilir.

Bir diğer diplomatik temsilci niteliğinde olan konsolosluk personeli açısından arama tedbirinin uygulanıp uygulanmayacağı ise aynı şekilde uluslararası örf, adet ve teamüllere ve uluslararası sözleşmelere göre yürütülmektedir. Öncelikle önleme aramasından bahsetmek gerekirse 1963 Viyana Sözleşmesinin 41'inci maddesi gereğince konsolosluk personeli için de önleme aramasının uygulanamayacağını söylenebilir.

---

<sup>101</sup> René Värk, "Personal Inviolability and Diplomatic Immunity in Respect of Serious Crimes," *Juridica International VIII*, (2003), 111.

<sup>102</sup> Reçber, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*, 432.

<sup>103</sup> Chanaka Wickremasinghe. "Immunities Enjoyed by Official of Stated and International Organizations," ed. Malcolm Evans, *International Law 3. Edition*, (Oxford: Oxford University Press, 2010), 380-410.

Konsolosluk personeli hakkında adli arama tedbiri hakkında ise düzenleme yine 1963 Viyana Sözclemesi 41'inci maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemede sadece ağır suç halinde ve resmi görevleri dışında yetkili adli makamın onayı ile arama tedbiri uygulanabileceği ifade edilmiştir. Bunun dışında konsolosluk personelinin ağır suç kapsamına girmeyen suçlarda ve resmi görevleri sırasında tam dokunulmaz olduğu belirtilmiştir.<sup>104</sup> Aynı şekilde konsolosluk personeli için de ağır suç hali dışında problem teşkil eden bir suç işlenmesi veya resmi görevleri sırasında suç işlenmesi durumunda kabul eden devletin ne yapabileceği sorusu akla gelmektedir. Bu gibi durumlarda konsolosluk personeli de kabul eden devlet tarafından istenmeyen kişi ilan edilebileceği 1963 Viyana Sözclemesinde düzenlenmiştir.<sup>105</sup> Anlaşılacağı üzere büyükelçi, ataşe gibi diplomatik temsilcilerden farklı olarak resmi görevleri dışında veya ağır suç halinde konsolosluk personeli hakkında adli arama tedbiri uygulanmasında yasal bir engel bulunmamaktadır. Fakat kabul eden devlet, yetkisi dâhilinde konsolosluk personeli hakkında adli arama tedbiri uygulayacak ise aramanın yapıış şeklinin uluslararası örf ve teamüllere uygun olması, karşılıklı ilişkilere zarar vermemesi açısından önemlidir. Fakat "ağır suç" olarak ifade edilen tabirin hangi suç tiplerini kapsadığı sorusu akla gelebilir. 1963 Viyana Sözclemesi 41'nci madde metninde ifade edilen ağır suç tiplerinin, ağır ceza mahkemesinin görev alınana giren suçlar olduğu söylenebilir. Türk hukukunda ağır ceza mahkemelerinin görev alanı, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanununun 11 ve 12'nci maddelerinde düzenlenmiştir.

<sup>104</sup> Reçber, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*, 489.

<sup>105</sup> Bkz. RG. 29.05.1975, S. 15249, 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözclemesi m. 23.

Son olarak konsolosluk binaları ve bu binalara eklenti binalar da elçilik binalarında olduğu gibi arama tedbirlerinden muaf olduğunu belirtmekte fayda vardır.<sup>106</sup> Bu yerlerde kabul eden devlet yetkilileri tarafından adli arama yapılması mümkün değildir.

Türkiye Cumhuriyeti de ifade edildiği üzere 1961 Viyana Sözleşmesi ve 1963 Viyana Sözleşmesine taraf bir ülkedir ve sözleşmenin gereklerini eksiksiz yürütmek ile mükelleftir. Bu sebeple kanun uygulayıcıları tarafından kanunun hassasiyetle uygulanması ve devletler arası ilişkilerin sağlıklı yürütülebilmesi için iç hukukumuzda Adalet Bakanlığı tarafından 2008 yılında Ülkemizde Görevli Diplomatik Misyon Mensuplarının Bağışıklık ve Ayrıcalıkları Genelgesi düzenlenmiştir. Bu Genelge, ülkede bulunan diplomatik temsilcinin suç işlemesi durumunda Türk makamlarının izlemesi gereken usulü belirlemiştir. Genelge'nin 15'inci maddesinde, diplomatik temsilci tarafından suç işlenmesi durumunda ilgili suçu soruşturan Cumhuriyet Savcısı tarafından suça ait bilgilerin Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne bildirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Müteakibinde Adalet Bakanlığınca; diplomatik temsilci olduğunu söyleyen şüphelinin diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanıp yararlanmadığı Dışişleri Bakanlığı ile koordine edilerek ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına iletilmesi gerektiği hususu düzenlenmiştir. Dışişleri Bakanlığının yaptığı değerlendirmede şüpheli, diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanmıyor ise soruşturmaya devam edilmesi, şüphelinin diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan yararlanıyor olması halinde ise soruşturma evrakının Adalet Bakanlığına gönderilmesi ve ilgili soruşturmanın sona

---

<sup>106</sup> Bkz. RG. 29.05.1975, S. 15249, 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi m. 31/2.

erdirilmesi belirtilmiştir. Genelge'nin 16'ncı maddesine göre, suç işleyen kişinin diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklardan yararlanan diplomatik temsilci olduğu anlaşıldıktan sonra hakkındaki soruşturma evrakı diplomatik kanaldan gönderen devlet yetkili makamlarına iletilmektedir. Böylelikle diplomatik temsilcilerin vatandaşlık bağı ile bağı olduğu ülkeler yetkili kılınmaktadır.

Dünya geneline bakıldığında diplomatik temsilci statüsünde bulunan personelden dokunulmazlık ve ayrıcalıklarının kötü niyetli kullananların örneklerine rastlamak mümkündür. Trafik güvenliğinin taksirle tehlikeye sokulması veya çevrenin kasten kirletilmesi gibi suçlarda diplomatik ilişkilerin etkinliğini sağlamak için bu suistimler kabul eden devletler tarafından tolere edilebilir. Bazı suçlar ise uyuşturucu veya uyarı madde imal ve ticareti, cinsel saldırı veya kasten adam öldürme gibi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını, müebbet cezasını veya süreli hapis cezasını gerektiren suçlardır.<sup>107</sup> Bu tarz suçun işlenmesi durumunda kabul eden devlet, çoğunlukla diplomatik temsilcinin sınır dışı edilmesini sağlamaktadır. Tarihte vuku bulan örneklerden bazıları şu şekildedir:

1987 tarihinde Amerikan makamları, Birleşmiş Milletler kapsamında görev yapan Zimbabwe ticari ataşesi Floyd Karamba'yı çocukları istismar ettiği ve ailesini bu tacizi izlemeye zorladığı gerekçesiyle sınır dışı etmiştir. Fakat ataşenin diplomatik dokunulmazlığı bulunduğundan, sınır dışı etmeden önce ABD bahse konu suça ilişkin herhangi bir soruşturma ve kovuşturma yapamamıştır<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Kenneth K. Mwenda, *Public International Law and the Regulation of Diplomatic Immunity in the Fight against Corruption*, (Cape Town: Pretoria University Law Press, 2011), 39-40.

<sup>108</sup> Mitchell Ross. "Rethinking Diplomatic Immunity: A Review of Remedial Approaches to Address the Abuses of Diplomatic Privileges and Immunities," *Am. UJ Intl'l L. & Pol'y* 4,(1989), 173.

ABD'nin İslamabad elçiliğinde görevli personel Raymond Davis, Ocak 2011'de Lahore'da iki Pakistanlı adama silahla ateş etmesi sebebiyle yerel makamlarca gözaltına altına alınmıştır. Fakat ülke kanunlarına göre işlenen suçun niteliği ne kadar ciddi olursa olsun kabul eden devletin yapabileceği şey, bunu gönderen devletten söz konusu personeli çekmesini istemek, gönderen devlet tarafından personel çekilmez ise söz konusu personeli istenmeyen kişi ilan etmektir. Bu sebeple; elçilikte görevli personel hakkında başka bir koruma tedbiri uygulanmadan sınır dışı edilmesi sağlanmıştır.<sup>109</sup>

Rusya'da yetkiler, Mayıs 2013'te diplomatik temsilci olarak ülkesinde görev yapan bir CIA ajanını casusluk faaliyetinde bulunduğu gerekçesiyle gözaltına almış, fakat temsilcinin dokunulmazlık ve ayrıcalıklara sahip olması nedeniyle hakkında arama da dâhil başka bir koruma tedbiri uygulayamamıştır. Söz konusu diplomatik temsilci istenmeyen kişi ilan edilerek temsilcinin ülkeyi terk etmesi istenmiştir.<sup>110</sup>

Örneklerden de anlaşılacağı üzere diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıkların diplomatik temsilciler hakkında muhakeme engeli oluşturduğu söylenebilir. Muhakeme engeli, belli sıfatlara sahip kişiler açısından söz konusu dokunulmazlıkların muhakeme şartlarının sağlanmamasına neden olduğu anlamına gelmektedir. Muhakeme şartlarının varlığı veya yokluğu, soruşturmanın başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar muhakemenin her aşamasında yetkilerce re'sen araştırılır.<sup>111</sup> Aslında diplomatik

---

<sup>109</sup> Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 96.

<sup>110</sup> Gregory L. White, Paul Sonne and Siobhan Gorman, "Russia Expels American on Spy Allegations," *Wall Street Journal*, 14 May 2013, Erişim tarihi Nisan 22, 2022, [www.wsj.com/articles](http://www.wsj.com/articles).

<sup>111</sup> Veli Özer Özbek, M. Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız ve Koray Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), 6.

temsilcilerin örneklerde belirtilen tarzda fiilleri suç teşkil eder ve TCK'ya göre cezalandırılabilir, fakat diplomatik temsilci sıfatları soruşturma ve kovuşturma yapılmasına engel oluşturur. Diplomatik sıfatların kalkmadığı sürece de muhakeme engelinin kalkması mümkün değildir.<sup>112</sup> Bu sebeple de diplomatik temsilcilerin üstünün, aracının, elçilik binasının veya çantasının aranmasına diplomatik temsilcinin yararlandığı yargı dokunulmazlığı engel teşkil etmektedir.<sup>113</sup>

### C. Yabancı Asker Kişiler Hakkında Arama

Diplomatik temsilcilerde olduğu gibi uluslararası sözleşmelerle yabancı devletlerde görevlendirilen asker kişilere de görevlendirildikleri ülkelerde, ülkelerin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler gereğince birtakım ayrıcalıklar tanındığını ifade etmiştik. Bu itibarla yabancı asker kişilerin görevlendirildikleri devletlerde haklarında arama tedbiri uygulanıp uygulanmayacağı hususu da uluslararası sözleşmeler dayanağında belirlenmiştir.

BM, NATO ve çerçeve sözleşmeler kapsamında yabancı devlet topraklarında görev yapan asker kişilerin yararlandıkları dokunulmazlık ve ayrıcalıklar farklılıklar göstermektedir. BM kapsamında görev yapan asker kişiler, yabancı devlet topraklarında çoğunlukla çatışmaların durdurulması, uluslararası güvenliğin ve barışın tesisi, çözüm ve uzlaşmanın kolaylaştırılması gibi amaçlarla görev almaktadır.<sup>114</sup> Yani BM kapsamında görev yapan askerler genellikle çatışma bölgelerinde görev yapmaktadırlar ve görev süreleri boyunca BM Antlaşmasınının 105'inci maddesinde belirtildiği üzere geniş

<sup>112</sup> Nurullah Kunter ve Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Arıkan Yayınları, 2005), 23.

<sup>113</sup> Reçber, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*, 420-435.

<sup>114</sup> Sadi Çaycı, "Barış Gücü Harekâtının Hukuksal Esasları," *Silahlı Kuvvetler Dergisi*, Y.112, 335 (1993), 104-105.

ayrıcalık ve dokunulmazlıklara sahiptirler. BM kuvvetlerinin görev yaptıkları yer, zaman ve olaylar dikkate alındığında yabancı ülke topraklarında kendileri hakkında arama tedbiri uygulanması çok da mümkün değildir. Bu sebeple BM kapsamında görev yapan yabancı askerler görevlerini tam bir bağımsızlık içinde ifa edebilmeleri için her türlü adli ve idari tedbirden istisna tutulmaktadır.<sup>115</sup>

Barış şartlarında belli sebepler ile yabancı devlet topraklarında bulunan askerler hakkında uygulanacak hukuki prosedür ise ayrıntılı olarak NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesinde düzenlenmiştir. Bu sözleşme devletler arası imzalanan çerçeve sözleşmelere de dayanak olmuş, sözleşme hükümlerinin birçoğu sözleşmelere doğrudan dâhil edilmiştir. NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesinin 2'nci maddesinde yabancı asker kişilerin kabul eden devletin yasalarına riayet edeceği ifade edilmiştir. Örnekle açıklamak gerekirse; NATO kapsamında Türkiye topraklarında görev yapan yabancı askerler hakkında önleme araması tedbiri uygulanmasında yasal bir sınırlama bulunmamaktadır. Fakat önleme aramasının tek istisnasının yabancı devlet askerinin resmi vazifesinin ifası dolayısıyla veya resmi vazifinin ifası sırasında önleme aramasından muaf olduğu kanaatindeyim. Çünkü her ne kadar idari bir tedbir olan önleme aramasıyla doğrudan ilişkili olmasa da NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesi 7/3-a maddesinde resmi vazifesinin ifası dolayısıyla veya resmi vazifinin ifası sırasında yabancı askerlerin suç işlemesi halinde dahi yargı bağımsızlığına sahip olduğuna ve bu durumlarda adli arama tedbiri uygulanmasının mümkün olmadığına ilişkin düzenleme mevcuttur.<sup>116</sup> Bu şartlarda yabancı askerler kişilerin adli arama

---

<sup>115</sup> Mustafa Doğan, "Birleşmiş Milletler Barış Gücü Harekâtları ve Harekâtlarda Görev Alan Personelin Cezai Sorumluluğu," *Fasikül Hukuk Dergisi* 8, 77 (2016), 7-19.

<sup>116</sup> Bkz. RG. 20.03.1954, S. 8963, Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler Arasında, Kuvvetlerinin Statüsüne Dair Sözleşme 7/3-a.



da dâhil her türlü koruma tedbirinden muaf olduğu değerlendirildiğinde evleviyetle önleme aramasından da muaf olduğu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu sebeple resmi görevi sırasında olduğunu ispat eden bir yabancı asker kişinin önleme aramasına maruz bırakılmaması gerektiği kanaatindeyim.

BM ve NATO kapsamı dışında da yabancı asker kişilerin hak ve ödevlerini belirleyen uygulayıcı ve tamamlayıcı düzenlemeler uluslararası hukukun temel ilkelerinden olan müteakabiliyet ilkesi kapsamında çerçeve anlaşmalar ile belirlenmektedir.<sup>117</sup> Bu sözleşmelerin içeriğinde yabancı asker kişilerin hakkında idari ve adli işlemlerin nasıl yürütüleceği de ifade edilmektedir. Bu sözleşmelerden birkaçı şu şekildedir;

Türkiye ve ABD arasında 29 Mart 1980 tarihinde Askerî Sağlık Hizmetleri Personelinin Karşılıklı Eğitim Programı Yürütülmesine İlişkin Sözleşme imzalanmış, anlaşma metninin 10'ncu maddesinde mutabakat kapsamında görev yapacak asker kişilerin görevli oldukları yabancı devlet toprakları yasalarına tabi olacağı ifade edilmiştir.

Türkiye ile Bosna Hersek tarafından 22 Ocak 1996 tarihinde imzalanan yabancı asker kişilerin görevlerine yönelik Savunma ve İşbirliğine Dair Çerçeve Sözleşmenin 10'uncu maddesinde yabancı ülkede görev yapacak asker kişilerin kabul eden devletin yasalarına tabi olacağı düzenlenmiştir.

Türkiye ve Fransa arasında 01 Mart 2000 yılında imzalanan bir diğer Savunma ve İşbirliğine Dair Çerçeve Sözleşmesinde yine aynı şekilde yabancı asker kişilerin görevlendirdikleri devletin mevzuatına tabi oldukları belirtilmiştir.

Türkiye ve ABD arasında devletlerin karşılıklı olarak görevlendirecekleri kara irtibat subayları ile ilgili 11 Mayıs 2011 tarihinde imzalanan anlaşmasının ek madde 1'inde yabancı

---

<sup>117</sup> Süleyman Dost "Milletlerarası Hukukta Müteakabiliyet İlkesi," *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, 2 (2015), 3.

asker kişiler hakkında kabul eden devletlerin mevzuatının uygulanacağı taahhüt edilmiştir.

Nihayetinde hem NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesi, hem de çerçeve anlaşmalarından anlaşılacağı üzere yabancı asker kişiler hakkında resmi görevleri sırasında oldukları süre haricinde önleme araması<sup>118</sup> ve askerî mahallerde önleme araması<sup>119</sup> yapılabilmesi için yasal bir engel bulunmamaktadır. Fakat uygulamada devletler arası işbirliğinin devamı, ortak çıkarlar, ekonomik etkinlerin gelişimi, güven ve anlayış ortamının pekişmesi ve karşılıklı iyi niyet göstergesi açısından yabancı asker kişiler hakkında önleme araması tedbirine başvurulması uygulamada rastlanan bir durum değildir. Kanaatimce de adli boyutta olmayan kolluk kuvvetlerinin tedbir amaçlı yaptıkları önleme aramasının uluslararası örf ve teamüller gereğince de yabancı asker kişiler hakkında uygulanmaması isabetli olmaktadır. Karşılıklılık ilkesi bağlamında yabancı ülke topraklarında görev yapan kendi

---

<sup>118</sup> Bkz. Adli ve Önlemleri Araması Yönetmeliği m. 19.

<sup>119</sup> "Tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkimi kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde askerî birlik komutanının veya askerî kurum amirinin ya da hukuk hizmetleri başkanı veya birim amirinin yazılı emri üzerine, askerî mahallerde özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla kişilerin üstü, araçları, özel kâğıtları ve eşyası aranır, gerekli tedbirler alınır, suç delilleri koruma altına alınarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemler yapılır. Arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Arama kararında veya emrinde; aramanın sebebi, konusu ve kapsamı ile yapılacağı yer, zaman ve geçerli olacağı süre belirtilir. Aramanın sonucu, arama kararı veya emri veren merci ya da makama bir tutanakla bildirilir. Konutta ve yerleşim yerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Milli Savunma Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir." (211 Sayılı İç Hizmet Kanunu m. 56/A)

askerlerimizin huzur ve güveni için ülkedeki yabancı asker kişilere dikkatli ve özenli davranılması gerekmektedir.

Yabancı asker kişiler hakkında adli arama tedbirinin uygulanması ise NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesinde üç farklı şekilde düzenlenmiştir.

İlk olarak gönderen devletin askerî makamları kendi devletinin güvenliğine karşı veya suçun gönderen devletin kanunlarına göre ceza gerektirip kabul eden devletin kanunlarına göre ceza gerektirmeyen hallerde yargı yetkisi gönderen devlette olduğu düzenlemedir.<sup>120</sup> Bu durumda kabul eden devlet zaten kendi yasalarınca suç teşkil etmeyen bir durum söz konusu olduğundan adli arama tedbirine başvurmayacaktır.

İkinci olarak ise kabul eden devletin güvenliğine ilişkin suçlarda yetki kabul eden devlette olduğuna ilişkin düzenlemedir.<sup>121</sup> Bu düzenlemeye göre kabul eden devlet adli aramada dâhil her türlü koruma tedbirini uygulamaya muktedirdir. Devletin güvenliğine ilişkin suçlardan vatana hıyanet, sabotaj, casusluk devlet sırlarının ihlali anlaşılmalıdır.<sup>122</sup> Her iki durumda da devletler kesin yargı yetkisine sahiptir ve feragat edemezler.<sup>123</sup> Yani bu amir hüküm gereğince güçlü bir devletin nüfuzunu kullanarak kabul eden devletin güvenliğine karşı suç işleyen bir askerini, kabul eden devletin yargı yetkisinden kurtaramayacağını söylemek mümkündür.

Üçüncü olarak ise NATO'ya üye devletler tarafından birbirlerine gönderilen silahlı kuvvetlere mensup kişilerin

---

<sup>120</sup> Bkz. RG. 20.03.1954, S. 8963, Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler Arasında, Kuvvetlerinin Statüsüne Dair Sözleşme m. 7/2-a.

<sup>121</sup> Bkz. RG. 20.03.1954, S. 8963, Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler Arasında, Kuvvetlerinin Statüsüne Dair Sözleşme m. 7/2-b.

<sup>122</sup> Bkz. RG. 20.03.1954, S. 8963, Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler Arasında, Kuvvetlerinin Statüsüne Dair Sözleşme m.7/2-c.

<sup>123</sup> Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 254.

hukuki statüsü ile bu kişilerin suç işlemleri halinde yargı yetkisinin gönderen veya kabul eden devletten hangisine ait olacağına ilişkin düzenlemedir. Sözleşmede kabul eden devletin mülkîlik ilkesi bağlamındaki yargı yetkisine bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalardan ilki gönderen devlet mensubu tarafından işlenen fiilin, sadece gönderen devletin malına veya emniyetine, sadece kendi kuvveti veya sivil unsuru veya bir yakınının şahsına veya malına karşı işlenen suçlarda, gönderen devletin kendi mensupları üzerinde öncelikli yargı yetkisine sahip olmasıdır.<sup>124</sup> Bu hallerde işlenen suçlar hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi asker kişileri gönderen devletin makamlarına ait bulunmaktadır.<sup>125</sup> Haliyle adli arama yetkisi de gönderen devlet tasarrufundadır. Bir diğer istisna ise yabancı devlet askerinin resmi vazifesinin ifası dolayısıyla veya resmi vazifenin ifası sırasında veya ihmali fiil ve hareketler ile işlenen suçlarda öncelikli yargı yetkisi gönderen devlete ait olduğuna dair düzenlemedir.<sup>126</sup> Yani yabancı asker kişi görev yaptığı yabancı devlet topraklarında resmi görev sırasında veya görevinden kaynaklanan sebeplerle bir suç işlerse, hakkında kabul eden devletin arama tedbiri uygulaması mümkün değildir.

İstisnai haller açısından ilgili düzenlemenin uygulanmasında iki durum sorun teşkil etmektedir. Bunlardan ilki resmi vazifenin sınırının ne olduğu, ikincisi ise suç işleyen kişinin resmi görevli olup olmadığına hangi makamın karar vereceğidir.

---

<sup>124</sup> Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 255.

<sup>125</sup> Bkz. 01.01.2006 tarihli Adalet Bakanlığı'nın NATO-SOFA Uygulaması Genelgesi.

<sup>126</sup> Bkz. RG. 20.03.1954, S. 8963, Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler Arasında, Kuvvetlerinin Statüsüne Dair Sözleşme m. 7/3-a.

Türkiye’de konuya ilişkin ilk düzenleme 28 Temmuz 1956 tarihinde yapılmış, yetki bütünüyle ABD askerî birliklerinin en üst rütbeli komutanına bırakılmıştır.<sup>127</sup> Fakat bu düzenleme Türkiye’nin yargı yetkisini daraltmıştır. Daha sonra sözleşme hükümlerinin sakıncalarını ortadan kaldırmak amacıyla 24 Eylül 1968 tarihinde ABD ile yeni bir sözleşme yapılmış ve o tarihten geçerli olmak üzere uygulama değişmiştir. Bu sözleşme 22 Nisan 1969 tarihinde Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmıştır.<sup>128</sup> Halen yürürlükte olan bu Sözleşme gereğince Türkiye’de uygulama Adalet Bakanlığının 2006 tarihli Genelge’sinde belirttiği üzere şu şekilde yürütülmektedir:

Suçun işlendiği yerin Cumhuriyet savcısı, şüphelinin NATO kapsamında yabancı asker kişi statüsünde olduğunun kendisine bildirmesi üzerine, suçun resmi vazifenin ifasından kaynaklanıp kaynaklanmadığı durumu, Adalet Bakanlığı aracılığıyla Türkiye Cumhuriyeti Genelkurmay Başkanlığı vasıtaıyla çözüme kavuşturulacaktır. Türkiye Cumhuriyeti Genelkurmay Başkanlığı bu durumu gönderen devlet ilgili makamlarına bildirerek soruşturulmasını sağlayacaktır. Soruşturmayı müteakip gönderen devletin ilgili makamları isnat edilen suçun resmi görevin ifası sırasında yapılıp yapılmadığını beyan eden belgeyi Türkiye Cumhuriyeti Genelkurmay Başkanlığına gönderecektir. Belge içeriğinde yabancı asker kişinin resmi görevli olmadığı belirtiliyor ise, soruşturmaya devam edilecektir. Belgede şüphelinin isnat olunan suçun resmi görevin yerine getirilmesi veya ifası sırasında işlediği belirtiliyor ise,

---

<sup>127</sup> M.Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 256.

<sup>128</sup> Olgun Değirmenci ve Erdal Hazar “Mülkîlik İlkesinin İstisnası Olarak NATO Kuvvetler Statüsüne Tabi Personel Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Söz Konusu Yargı Yetkisine Etkisi,” *Ankara Barosu Dergisi*, (2013), 58.

soruşturma evrakı fezlekeye bağlanarak Adalet Bakanlığına gönderilmektedir.<sup>129</sup>

Askeri suçlar açısından ise duruma ayrı bir istisna getirilmiştir. Yabancı asker kişi, Türkiye yargı yetkisi içinde askeri bir suç işlemesi halinde Cumhuriyet Savcının soruşturma yapılabilmesi, Milli Savunma Bakanın soruşturma izni ile mümkün olmaktadır. 2021 yılında Askeri Ceza Kanununda yapılan düzenleme ile uluslararası sözleşmeler gereğince yabancı askerlerin askeri suç işlemeleri sebebiyle soruşturulması soruşturma iznine bağlanmıştır.<sup>130</sup>

Yukarıda belirtilen şartlar dışında herhangi bir suç işlenmesi durumu oluşursa öncelikli yargı yetkisi kabul eden devlet makamlarındadır. Anlaşılacağı üzere kabul eden devletin yargı yetkisi kural olarak kabul edilmiş bir yetkidir ve gönderen devletin öncelikli yargı yetkisinin bulunmadığı tüm durumlarda kabul eden devletin öncelikli yargı yetkisi vardır.<sup>131</sup> Bu durumlarda kabul eden devlet her türlü adli arama tedbiri uygulayabilmektedir. Kesin yargılama yetkisinden farklı olarak devletlerin öncelikli yargı yetkisinden feragat etme hakkı mevcuttur. Karşılıklı sözleşmeler ile bu durumun sınırları belirlenebilmektedir. Bu sayede devletler, NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesi veya çerçeve sözleşmeler kapsamında kendi topraklarında görev yapacak yabancı asker kişiler hakkında gönderen devletin kesin yargı yetkisinde olan durumlar haricinde önleme ve adli arama tedbiri için kendilerini yetkili kılabilir.

---

<sup>129</sup> Bkz. 01.01.2006 tarihli Adalet Bakanlığı'nın NATO-SOFA Uygulaması Genelgesi m.13.

<sup>130</sup> "Uluslararası anlaşmalar gereğince yabancı asker kişilerin askerî suçları hakkında soruşturma izni Millî Savunma Bakanı tarafından verilir."(1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu Ek m.15)

<sup>131</sup> Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 256.

Dünya genelinde yabancı asker kişiler hakkında konuya ilişkin bazı örnekler şu şekildedir:

2001 yılında ABD ve Güney Kore Cumhuriyeti arasında imzalanan anlaşmada, Güney Kore Cumhuriyeti'nin münhasır yetkisinden feragat edeceği ya da münhasır yetkisini kullanmasını mümkün mertebe talep etmeyeceği düzenlenmiştir. Anlaşmada taraflar arasında maddi hasarlı trafik kazalarının ceza hukuku kapsamı dışında tutulacağı düzenlenmiş ve yaralamalı kazalarda ise hastane ve tedavi masraflarının hızlı bir şekilde karşılanmasını sağlayacak bir ön ödeme sistemi öngörülmüştür.<sup>132</sup>

13 Haziran 2002 tarihinde Güney Kore'de yaşanan olayda, ABD'ye ait askeri araç iki Güney Kore vatandaşına çarparak ölümlerine sebep olmuştur. Sözleşme gereği ülkedeki 37 bine yakın ABD askerinin ceza yargılamasından muaf tutulması nedeniyle Güney Kore makamları olayı soruşturamamıştır.<sup>133</sup>

ABD ile Danimarka arasındaki 27 Nisan 1951 tarihli anlaşma uyarınca, Danimarka'da ve özellikle de Grönland Adasında işlenen suçlarda ABD tamamen yetkili kılınmıştır. Eğer ABD isterse, sanığın Danimarka makamlarına teslim ederek yargı yetkisinden feragat edebileceği düzenlenmiştir.<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> Muhammet Celal Kul, "Kuvvetler Statü Anlaşmaları (Askeri Kuvvetlerin Yabancı Ülkelerdeki Durumuna Dair Anlaşmalar):Amerika Birleşik Devletleri'nin Irak, Japonya ve Güney Kore ile İkili Tecrübesi," *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, 2 (2018), 157-159.

<sup>133</sup> Sevtap Angun, "Yabancı Ülkede Görev Yapan Askerlerin İşledikleri Suçlardan Dolayı Yargılanmaları," On Dokuz Mayıs Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, 47.

<sup>134</sup> Orhan Çelen, *Kuvvetler Statüsü Sözleşmesine Göre Ceza Yargısı ve Tazminat İşlemleri (7 ve 8 nci maddeleri)*, (Ankara: Genelkurmay Adli Müşavirliği Yayını,1991), 33-50.

## SONUÇ

Uluslararası örf ve teamüller gereğince devletler arası görev yapan personelin huzur ve güven ortamında görev yapabilmesi için bu personele bir takım dokunulmazlık ve ayrıcalıklar tanınması hali eski zamanlardan itibaren devletlerce kabul edilmektedir. Yabancı devlet topraklarında görev yapan ve bir şekilde kendi devletini temsil eden kamu personelinin görev yaptığı devletin yetkili makamları ile işbirliği içinde ve ortak menfaatleri doğrultusunda faaliyetlerini yürütebilmesi için dokunulmazlıklara ve ayrıcalıklara sahip olmaları gereklidir. 2'nci Dünya Savaşından sonra devletler arası siyasi, ekonomik, askerî işbirliği ve ortak çalışma gereksiniminin artmasıyla beraber evrensel anlamda sözleşmelere ihtiyaç duyulmuş ve başta Viyana Sözleşmeleri olmak üzere evrensel ve bölgesel birçok sözleşme imzalanmıştır. Bu sayede, yabancı devlet topraklarında görev yapan diplomatik temsilcilerin dokunulmazlıkları ve ayrıcalıklarının sınırı belirlenmiş, konu evrensel düzeyde uygulama birliğine kavuşturulmuştur. Büyükelçi, müsteşar ve ataşe gibi görevleri yürüten diplomatik temsilcilere daha geniş dokunulmazlıklar ve ayrıcalıklar tanımlanmış, konsolosluklarda görev yapan personelin ise belli sınırlar çerçevesinde dokunulmazlıklar ve ayrıcalıklardan yararlanacağı Viyana Sözleşmelerinde belirtilmiştir. Bu kapsamda, Türk hukukunda düzenlenen önleme ve adli arama tedbirinin diplomatik temsilcilere hangi şartlarda uygulanabileceği evrensel sözleşmeler dayanağında bir takım iç mevzuat ile belirlenmiştir. Diplomatik temsilciler önleme aramasından muaf tutulmakta, adli aramadan ise çok sınırlı olacak şekilde sorumlu tutulmaktadır. Ulusal ve uluslararası mevzuatın bu şekilde düzenlenmiş olması, devletler arası oluşabilecek muhtemel krizlerin önüne geçmek adına yerindedir. Ayrıca arama tedbirlerini konu alan uygulamalar, tarihten gelen örf, adet ve teamüller ile de uyum göstermektedir. Aynı şekilde, yabancı asker kişi statüsünde yabancı devlet



topraklarında görev alan askerler özellikle NATO ve BM Antlaşması kapsamında bir takım dokunulmazlıklar ve ayrıcalıklara sahiptirler. Yabancı asker kişilerin görevlerine yönelik çoğunlukla devletler arası çerçeve sözleşmelerin yapılması da askerî hizmetlerin sağlıklı şekilde yürütülmesi adına yararlı olmaktadır. NATO ve BM Anlaşmalarında ve incelenen çerçeve anlaşmalarında yabancı asker kişilerin görev yaptıkları devletin iç mevzuatına tabi oldukları belirtilmekle beraber, özellikle adli açıdan belli başlı istisnalar düzenlenmiştir. Bu kapsamda, yabancı asker kişi statüsünde görev yapan personel hakkında önleme araması yapılmasında küçük istisnalar dışında yasal bir engel olmadığı söylenebilir. Fakat uygulamada devletler arası işbirliğinin sağlıklı devamına yönelik uluslararası örf ve teamüller ışığında yabancı asker kişileri hakkında idari tedbir olan önleme araması yapmak yerinde değildir. Keza diplomatik temsilcilerde olduğu üzere yabancı asker kişileri hakkında da önleme araması yapılması devlet arası krizlere sebebiyet verebilir. Adli arama açısından ise; kabul eden devletin kesin yargı yetkisinin olduğu durumlarda, gönderen devletin yargı yetkisi dışında kalan adli durumlarda, soruşturma ve kovuşturma yetkisinin kabul eden devlette olduğu durumlarda adli arama yapılmasında herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.

Yabancı devlet topraklarında görev yapan diplomatik temsilcilere ve yabancı asker kişilere tanımlanan dokunulmazlıklar ve ayrıcalıklar bu personelin kabul eden devletin mevzuatına aykırı eylemlerde bulunacağı anlamına gelmediği açıktır. Böyle durumlarda “istenmeyen kişi” ilanı gibi bir takım yaptırımlar yapılabileceği de sözleşmelerde düzenlenmiştir. Arama da dâhil olmak üzere yabancı devletin görevlendirdiği diplomatik temsilciler ve yabancı asker kişileri hakkında yapılacak her türlü adli ve idari işlemin özen ve hassasiyet içinde yürütülmesi devletler arası ilişkilerin devamı için gereklidir. Bu sebeple ceza muhakemesinin süjelerince, muhakeme şartlarının mevcudiyeti titizlikle araştırılmalı,

yetkilerce söz konusu personel ile ilgili yürütülecek prosedür hakkında yeterli bilgi edinilmeli, özellikle kolluk kuvvetlerinin diplomatik temsilciler ve yabancı asker kişilerin yararlandığı dokunulmazlık ve ayrıcalıklar hakkında yeterli eğitime sahip olmaları sağlanmalıdır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author did not indicate whether he received financial support for this study.

**Conflict of Interest:** There is no conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated whether ethics committee approval is required.

---

## KAYNAKÇA

- Akipek, Ömer İlhan. "Ülke Dışılık." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, 1-4 (1967): 27-36.
- Aksoy, Şemsettin. *Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007.
- Angun, Sevtap. "Yabancı Ülkede Görev Yapan Askerlerin İşledikleri Suçlardan Dolayı Yargılanmaları." Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Samsun: On Dokuz Mayıs Üniversitesi, 2019.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Barker, J. Craig. *The Protection of Diplomatic Personnel*. USA: Ashgate Publishing, 2006.
- Börekçi, Eşref Barış. "Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları." *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 3(17), 2020: 96.
- Campbell, Brian. "Diplomacy in the Roman World (c. 500 BC-AD 235)." Çev. Recep Özman. *Tarihi Okul*, (2013), 217.
- Caşın, Mesut Hakkı. *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.
- Çaycı, Sadi. "Barış Gücü Harekâtının Hukuksal Esasları." *Silahlı Kuvvetler Dergisi*. 335 (1993): 104-105.
- Çelen, Orhan. *Kuvvetler Statüsü Sözleşmesine Göre Ceza Yargısı ve Tazminat İşlemleri (7 ve 8 nci maddeleri)*. Ankara: Genelkurmay Adli Müşavirliği Yayını, 1991.
- Değirmenci, Olgun ve Erdal Hazar. "Mülkilik İlkesinin İstisnası Olarak NATO Kuvvetler Statüsüne Tabi Personel Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Söz Konusu Yargı Yetkisine Etkisi." *Ankara Barosu Dergisi*. (2013): 58.

- Denza, Eileen. *Diplomatic Law, Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*. Third Edition. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Doğan, Mustafa. "Birleşmiş Milletler Barışgücü Harekâtları ve Harekâtlarda Görev Alan Personelin Cezai Sorumluluğu." *Fasikül Hukuk Dergisi* 8, 77 (2016): 7-19.
- Dost, Süleyman. "Milletlerarası Hukukta Mütekabiliyet İlkesi." *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, 2 (2015): 3.
- Eroğlu, Hamza. *Devletler Umumi Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 1984.
- Gülşen, Recep. "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama." *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 3 (2005): 90.
- Gündüz, Aslan. *Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Milletlerarası Hukuk*. İstanbul: Üçdal Yayıncılık, 1984.
- Hardy, Michael. *Modern Diplomatic Law*. Manchester: Manchester University Press, 1968.
- Hartov, Mette Prasse. "NATO Status of Forces Agreement: Background and a Suggestion for the Scope of Application." *Baltic Defence Review* 2, no.10 (2003): 48.
- İskit, Temel. *Diplomasi Tarihi, Teorisi, Kurumları ve Uygulaması*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Koç, Cihan. *Kolluğun (Jandarma ve Polisin) Adli Görevleri*. Ankara: Kartal Yayınevi, 2005.
- Kul, Muhammet Celal. "Kuvvetler Statü Anlaşmaları (Askerî Kuvvetlerin Yabancı Ülkelerdeki Durumuna Dair Anlaşmalar):Amerika Birleşik Devletleri'nin Irak, Japonya ve Güney Kore ile İkili Tecrübesi." *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 5(2), (2018): 157-159.
- Kunter, Nurullah ve Feridun Yenisey. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Arıkan Yayınları, 2005.

- Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Basımevi, 2010.
- Künzli, Annemarieke Vermeer. "Restricting Discretion: Juicidal Review of Diplomatic Protection." *Nordic Journal International Law*. (2006): 279.
- Maginnis, Veronica L. "Limiting Diplomatic Immunity: Lessons Learned from the 1946 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations." *Brooklyn Journal of International Law* 28, 3 (2003): 994-995.
- Meray, Seha L. "Diplomasi Temsilcilerinin Hukuki Statüsü." *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 13, 1 (1958): 80.
- Mitchell Ross. "Rethinking Diplomatic Immunity: A Review of Remedial Approaches to Address the Abuses of Diplomatic Privileges and Immunities." *Am. UJ Intl'l L. & Pol'y* 4,(1989): 173.
- Mwenda, Kenneth K. *Public International Law and the Regulation of Diplomatic Immunity in the Fight against Corruption*. Cape Town: Pretoria University Law Press, 2011.
- Odman, M. Tefvik "Barışı Destekleme Operasyonları." *Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 1.1, (2004):68-102.
- Ökçün, A. Gündüz. *Konsolosluk İlişkilerinin Kurulması ve Yürütülmesi, Prof. Dr. Fikret Arık'a Armağan*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1973.
- Önok, Murat. *Adli İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Özbek, Veli Özer. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1999.
- Özbek, Veli Özer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.

- Özbek, Veli Özer, M. Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız ve Koray Doğan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Özgöker, Uğur ve Güney Ferhat Batı. *Uluslararası Siyasi, Askerî, Ekonomik ve Sosyo-Kültürel Örgütler*. İstanbul: Der Yayınları, 2017.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap*. 9. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2013.
- Preus, Lawrence. "Capacity For Legation And The Theoretical Basis Of Diplomatic Immunities." *10 NYULQ Rev.* 170, (1932): 178.
- Radsan, A. John. "The Unresolved Equation of Espionage and International Law." *Michigan Journal of International Law* 28, 3 (2007): 671.
- Reçber, Kamuran. *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*. Bursa: Dora Yayınevi, 2014.
- Roberts, Ivor. *Satow's Diplomatic Practice*. 6. Ed. USA: Oxford University Press, 2011.
- Southwick, James T. "Abuse of Diplomatic Privilege and Immunity: Compensatory and Restrictive Reforms." *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 15, (1988): 86.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2005.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020.
- Sur, Melda. *Uluslararası Hukukun Esasları*. 9. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015.

- Taşdemir, Kubilay ve Ramazan Özkepir. *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2010.
- Tercan, Durmuş, M. Ruhan Erden ve Murat Önok. *Uluslararası Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Toluner, Sevin. *Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi, Genişletilmiş 2. Baskı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- Toroslu, Nevzat ve Metin Feyzioğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2012.
- Tuncer, Hüner. *Küresel Diplomasi*. Ankara: Ümit Yayıncılık, 2006.
- Tuncer, Hüner. "Tarihte ve Günümüzde Ad Hoc Diplomasi." *Marmara Hukuk Bülteni*,(1984): 50.
- Värk, René. "Personal Inviolability and Diplomatic Immunity in Respect of Serious Crimes." *Juridica International VIII*, (2003): 111.
- Wickremasinghe, Chanaka. "Immunity of State Official and International Organizations." Malcolm Evans (Ed.), *International Law 3. Edition*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2014: 380-410.
- Yenisey, Feridun. *Arama Hukukuna Giriş*. İstanbul: Ulus Basım, 2006.
- Yılmaz, Yeşim. "Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. (2016): 265.

## İnternet Kaynakları

<https://grberidge.diplomacy.edu>

[www.legal.un.org](http://www.legal.un.org)

[www.dipublico.org](http://www.dipublico.org)

[www.tbmm.gov.tr/tutanaklar](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar)

[www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)

[www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)

[www.wsj.com](http://www.wsj.com)



# YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA BOŞANMA DAVASI AÇILDIKTAN SONRA EŞLERİN SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

*The Evaluation of the Loyalty Obligation of  
Spouses After Filing for Divorce in the Light of the  
Decisions of the Supreme Court*

Özlem SARI FİDAN\*

## Öz


Eşlerin evlilik birliğinden doğan en temel yükümlülüklerinden biri olan sadakat yükümlülüğü, en geniş anlamıyla, eşlerin hem birbirleri ile hem de üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde, evlilik birliğini tehlikeye atabilecek her türlü davranıştan kaçınmalarını ifade etmektedir. Sadakat yükümlülüğü esas olarak cinsel sadakati ifade etmekle birlikte, yalnızca cinsel sadakatten ibaret olmayıp, duygusal ve ekonomik sadakati de kapsamaktadır. Tüm yönleriyle birlikte

\* Araştırma Görevlisi Doktor, Kütahya Dumlupınar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi (Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı), ozlem.sari@dpu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9101-6096.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 12.09.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 07.11.2022.

**Atıf/Citation:** Sari Fidan, Özlem. "Yargıtay Kararları Işığında Boşanma Davası Açıldıktan Sonra Eşlerin Sadakat Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 1275-1311.

**"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."** 

değerlendirildiğinde, sadakat yükümlülüğü, evlilik ve boşanma davası sürecinde kapsam olarak farklılık göstermektedir. Ayrıca Yargıtay'ın boşanma sürecindeki eşlerin özellikle cinsel sadakat yükümlülüğüne ilişkin son yıllarda vermiş olduğu birbirinden farklı kararlar, bu aşamada sadakat yükümlülüğünün bulunup bulunmayacağına ve söz konusu yükümlülüğe aykırılığın mevcut davada dikkate alınıp alınmayacağına ilişkin farklı düşüncelerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu çalışma ile Yargıtay kararları da dikkate alınarak, eşlerin boşanma aşamasındaki sadakat yükümlülükleri tüm yönleriyle değerlendirilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Sadakat Yükümlülüğü, Boşanma Davası, Cinsel Sadakat, Duygusal Sadakat, Ekonomik Sadakat.

### **Abstract**

In its broadest sense, the obligation of loyalty, one of the most fundamental obligations of the spouses arising from the marriage union, means that the spouses refrain from any behavior that may endanger the marriage union, both with each other and with third parties. While the obligation of loyalty mainly expresses sexual loyalty, it does not only consist of sexual loyalty but also includes emotional and economic loyalty. When all aspects are evaluated together, the obligation of loyalty differs in scope in the process of marriage and divorce proceedings. In addition, the different decisions of the Court of Cassation regarding the sexual loyalty obligation of the spouses in the divorce process in recent years have led to the emergence of different opinions on whether there will be an obligation of loyalty at this stage and whether the violation of the said obligation will be taken into account in the present case. In this study, the loyalty obligations of the spouses at the divorce stage were evaluated in all aspects, taking into account the decisions of the Supreme Court.

**Keywords:** Loyalty Obligation, Divorce, Sexual Loyalty, Emotional Loyalty, Economic Loyalty.

## GİRİŞ

Evlilik birliğinin kurulması ile birlikte eşler, birtakım hak ve yükümlülükler sağı olurlar. Bu hak ve yükümlülükler, Türk Medeni Kanunu'nun "*Evliliğin Genel Hükümleri*" bölümünde, "*Haklar ve Yükümlülükler*" başlığı altında m. 185-187'de düzenlenmiştir. Eşlerin birbirlerine karşı yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülüklerden biri de TMK m. 185/III'te düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme gereğince eşler, birbirine sadık kalmak zorundadır. Sadakat yükümlülüğü olarak ifade edilen bu yükümlülüğün ifası bakımından eşler arasında herhangi bir fark yoktur; dolayısıyla hem karı hem de koca birbirlerine sadakat gösterme konusunda eşit derecede sorumludur. Nitekim bu, Anayasa'da yer alan, eşlerin eşitliği ilkesinin de bir sonucudur.

Evlilik birliğinin kurulmasıyla ve hatta daha öncesinde nişanlanma ile başlayan sadakat yükümlülüğü, esas işlevini evlilik birliğinin devamının sağlanması noktasında göstermektedir. Bu anlamda eşlere, evlilik birliğini korumaya yönelik, çeşitli vazifeler düşmektedir. Sadakat yükümlülüğü evlilik sona erinceye kadar devam etmekle birlikte, evliliğin çeşitli evrelerinde kapsam olarak farklılıklar gösterebilmektedir. Şöyle ki boşanma davası açıldıktan sonra eşlerin ayrı yaşama haklarının doğması, bu yükümlülüğün uygulamasında birtakım farklılıkların oluşmasına sebep olmaktadır. Bu çalışma ile öncelikle sadakat yükümlülüğünden ne anlaşılması gerektiği ve bu yükümlülüğün kapsamı ifade edilmiş; daha sonra ise bu kapsamda yer alan yükümlülüklerin boşanma davası sürecinde ne şekilde uygulanacağı ele alınmıştır. Son olarak ise boşanma davası devam ederken gerçekleşen sadakat yükümlülüğü ihlallerinin mevcut davaya etkileri, konuya ilişkin Yargıtay

kararları da göz önünde bulundurularak, detaylı bir şekilde değerlendirilmiştir.

## I. SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAVRAMI VE SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI

### A. Sadakat Yükümlülüğü Kavramı

Türk Medeni Kanunu m. 185/III'te eşlerin, birbirine sadık kalmak zorunda oldukları ifade edilmekle birlikte, ahlaki bir kavram olan sadakatten ne anlaşılması gerektiği, Kanun'da açık bir şekilde ifade edilmemiştir.<sup>1</sup> Türk Dil Kurumu, Arapça kökenli olan bir kelime olan sadakati, "içten bağlılık", "sağlam, güçlü dostluk" olarak ifade etmektedir.<sup>2</sup> Öğretide ise sadakat, bir kişinin diğer kişilerle ilişki kurarken aramış olduğu güvenilirlik, süreklilik, münhasırlık gibi ifadeleri içeren bir kavram olarak nitelendirilmektedir.<sup>3</sup> Eşler arasındaki sadakat yükümlülüğünü tanımlayan bir görüş ise bu yükümlülüğü, eşlerin birbirilerine karşı tam ve sınırsız bağımlılığı olarak açıklamaktadır.<sup>4</sup> En geniş

<sup>1</sup> Verena Bräm, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. II/1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1998), Art. 159, Rn. 95; Heinz Hausheer ve diğerleri, BK - Berner Kommentar Band/Nr. II/1/2, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, (Bern: Stämpfli Verlag AG, 1999), Art. 159, Rn. 22.

<sup>2</sup> Bkz. <https://sozluk.gov.tr/>.

<sup>3</sup> Bräm, ZK - Zürcher Kommentar, Art. 159, Rn. 95. Sadakatsizliği psikiyatrik bir mesele olarak ele alan bir tanımlamaya göre ise sadakatsizlik, bağlı olma taahhüdünde bulunulan ilişkinin dışında, çiftin ilişkisine zarar verecek ve ilişkideki yakınlığı olumsuz etkileyecek her türlü duygu, düşünce ve davranıştır. Bkz. Verda Tüzer, "İnternet, Siberseks ve Sadakatsizlik," *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar* 3, no: 1 (2011), 100-116.

<sup>4</sup> Cyril Hegnauer ve Peter Breitschmid, *Grundriss des Eherechts*, (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2000), Rn. 15.14; Alexandra Zeiter ve Michael

anlamıyla ise sadakat yükümlülüğü, karı ve kocanın hem birbirleri arasındaki ilişkide hem de üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde, evlilik birliklerini tehlikeye atmaktan kaçınmalarıdır.<sup>5</sup>

Sadakat yükümlülüğü, aynı zamanda TMK m. 2'de ifade edilen dürüstlük kuralının, evlilik birliği içerisindeki somut bir görünümüdür.<sup>6</sup> Nitekim öğretide de baskın bir şekilde kabul edildiği üzere, evlilik de bir sözleşmedir (medeni hukuk sözleşmesi) ve tarafların bu sözleşmeden doğan haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun davranmaları gerekir.<sup>7</sup> Bu ise sadakat yükümlülüğüne uygun davranmaları ile mümkündür. Bu anlamda eşler, birbirleri ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde, mümkün olduğunca evlilik birliğinin korunmasını dikkate alma ve bu birliğe zarar vermeyecek şekilde davranma yükümlülüğü altına girerler.<sup>8</sup>

---

Schlumpf, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG*, (Zürich - Basel – Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2016), Art. 159, Rn. 8; Mustafa Dural ve diğerleri, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 157.

<sup>5</sup> Bräm, *ZK - Zürcher Kommentar*, Art. 159, Rn. 95; Zeiter ve Schlumpf, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG*, Art. 159, Rn. 8.

<sup>6</sup> Zeiter ve Schlumpf, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG*, Art. 159, Rn. 8; Hegnauer ve Breitschmid, *Grundriss des Eherechts*, Rn. 15.14; Hausheer ve diğerleri, *BK - Berner Kommentar*, Art. 159, Rn. 22.

<sup>7</sup> Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku Cilt 2*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016), 61; Dural ve diğerleri, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 47; Ayrıca bkz. Yar. İBK, E. 1965/3, K. 1965/3, 14.6.1965, (RG. 15.7.1965, S. 12049); Yar. İBK, E. 1985/4, K. 1985/9, 13.12.1985, (RG. 9.1.1986, S. 18983).

<sup>8</sup> Hausheer ve diğerleri, *BK - Berner Kommentar*, Art. 159, Rn. 22; Bräm, *ZK - Zürcher Kommentar*, Art. 159, Rn. 101, Bilgehan Çetiner, "Aldatılan Eş

## B. Sadakat Yükümlülüğünün Kapsamı

Eşlerin sadakat yükümlülüğü konusunda ilk akla gelen cinsel sadakat olmakla birlikte, öğretide ve yargı kararlarında haklı olarak bu yükümlülüğün kapsamının daha geniş olduğu kabul edilmektedir. Öyle ki eşlerin sadakat yükümlülüğü kapsamında cinsel sadakatin yanında duygusal ve ekonomik sadakatin de yer aldığı baskın görüş olarak kabul edilmektedir.<sup>9</sup>

---

Manevi Tazminat Talep Edebilir Mi?," *Prof. Dr. İlhan Ullusan'a Armağan, Cilt I, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı 15*, no: 2 (2016), 515.

- <sup>9</sup> Hausheer ve diğerleri, *BK - Berner Kommentar*, Art. 159, Rn. 8; Bräm, *ZK - Zürcher Kommentar*, Art. 159, Rn. 101ff.; Hegnauer ve Breitschmid, *Grundriss des Eherechts*, Rn. 15.14; Ursula Schmid, *OFK - Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, (Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2021), Art. 159, Rn. 4; Nilgün Başalp, "Aile İçi Şiddet ve Özel Hukuk Yaptırımları," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 20, no: 3 (2014), 226; H. Reyhan Demircioğlu, "Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiye Yöneltilen Manevî Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık unsuru," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no:3 (2016), 688; Bahattin Aras, "Sadakat Yükümlülüğünün İhlal Edilmesi Halinde Eşin ve Üçüncü Kişinin Manevi Tazminat Sorumluluğu," *Terazi Hukuk Dergisi* 11, no: 116 (2016), 15; Emel Badur ve Gamze Turan Başara, "Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no: 1 (2016), 107; L. Müjde Kurt, "Aldatılan Eşin İlişki Kurduğu Üçüncü Kişiden Manevi Tazminat Talep Edip Edemeyeceği Meselesi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 67, no: 4 (2018), 858; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku Cilt 2*, 113; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 209; Dural ve diğerleri, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 157; "(...) Kaldı ki TMK m. 185 f. III hükmünde yer alan sadakat yükümü sadece cinsel sadakati içermemektedir ki! TMK m. 185 f. III hükmünde yer alan sadakat yükümü aynı zamanda duygusal sadakati ve ekonomik sadakati de içermektedir". Bkz. Yar. 2. HD, E. 2008/6140, K. 2008/7130, 15.05.2008. Aynı yönde bkz. Yar. 2. HD, E. 2008/6824, K. 2008/9059, 23.06.2008; Yar. 2. HD, E. 2011/18934, K. 2012/14944, 04.06.2012. "(...)Sadakat yükümlülüğünün tanımı yasada yapılmamakla birlikte, TMK.185/3 maddesinde, eşlerin birbirlerine sadık kalmak zorunda oldukları düzenlenmiştir. Bu yükümlülük öncelikle eşler

Nitekim Kanun'da da eşlerin yalnızca birbirlerine sadık kalmasından bahsedilmiş (TMK m. 185/III); fakat hangi yönden sadık kalınması gerektiği açıklanmamıştır. Ancak sadakat yükümlülüğünün kapsamında yer alan sadakat türleri, aynı zamanda birbirleri ile de bağlantılıdır. Şöyle ki bir davranış ile aynı zamanda, birden fazla sadakat türü ihlal edilebilir. Örneğin ailesinin geçimini zor sağlayan kocanın, evin geçimine ayrılan bütçeyi sevgilisine vermesi, hem ekonomik ve duygusal hem de cinsel sadakatsizlik hâlini oluşturur.<sup>10</sup>

## 1. Cinsel Sadakat

Sadakat yükümlülüğünden öncelikle eşlerin cinsel sadakati anlaşılmaktadır.<sup>11</sup> Cinsel sadakat, eşlerin üçüncü kişiler ile cinsel ilişkide bulunmamalarını veya buna mahal verecek eylemlerden uzak durmalarını ifade etmektedir.<sup>12</sup> Cinsel sadakat yükümlülüğü aynı zamanda modern hukuk düzenlerince tek eşlilik sisteminin benimsenmesinin de bir sonucudur; zira eşler arasında cinsel ilişkinin münhasırlığını kabul etmek tek eşlilik prensibinin bir unsurudur.<sup>13</sup> Bu anlamda eşlerin, birbirleri dışındaki kişilerle iradi olarak yaşadıkları cinsel ilişkiler sadakat

---

*arasındaki cinsel sadakati kapsamakla birlikte sadece bundan ibaret değildir. Eşlerin birbirlerine dürüst davranmaları, birbirlerinden gizli işler yapmamaları, sır saklama, yalan söylememe, gerçekleri gizlememe gibi yükümlülükleri de kapsamaktadır". Yar. HGK, E. 2017/4-1334, K. 2017/545, 22.03.2017, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).*

<sup>10</sup> Bilal Atılkan, "Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü," Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Çankaya Üniversitesi, 2019), 29.

<sup>11</sup> Akıntürk ve Ateş, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku Cilt 2*, 113; Badur ve Turan Başara, "Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi," 106.

<sup>12</sup> Atılkan, *Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü*, 29.

<sup>13</sup> Herbert Roth, *Münchener Kommentar zum BGB*, (München: Verlag C.H. Beck, 2022), § 1353 BGB, Rn. 40.

yükümlülüğünün ihlal edilmesi sonucunu doğurur.<sup>14</sup> Cinsel ilişki yaşanan kişinin aynı ya da farklı cinsten bir kişi olması arasında da yükümlülüğün ihlali açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Hatta eşlerin cinsel sadakati, bir başkasıyla cinsel ilişki ile de sınırlı değildir; bu düzeye ulaşmamış birliktelikler ve ilişkiler de sadakat yükümlülüğünün ihlaline sebep olabilir.

Cinsel sadakat yükümlülüğünün ihlali, şartlarının bulunması hâlinde TMK m. 161 uyarınca zina sebebiyle boşanmaya sebebiyet verebileceği gibi; bunun şartlarının sağlanamaması halinde TMK m. 166 uyarınca evlilik birliğinin sarsılmasına dayalı olarak boşanmaya da sebebiyet verebilir.<sup>15</sup> Şöyle ki zina sebebiyle boşanma davasının açılabilmesi için öğretide çoğunlukla karşı cinsle bir cinsel ilişkinin yaşanması gerektiği, aynı cinsle yaşanan ilişkilerin ise zina olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmektedir.<sup>16</sup> Bunun sonucunda ise aynı cinsle yaşanan birlikteliklerde TMK m. 163 uyarınca haysiyetsiz hayat sürme sebebine ya da m. 166 uyarınca genel

---

<sup>14</sup> Kişinin rızası olmaksızın yaşadığı yakınlaşmalar cinsel sadakatsizlik olarak nitelendirilemez.

<sup>15</sup> Sadakat yükümlülüğünün ihlali halinde boşanma davasının yanı sıra ihlal eden eş aleyhine kişilik hakkının ihlaline dayalı bir tazminat davası açılması da söz konusu olabilir. “(...)Eşlerden birinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda, diğer eş dilerse TMK.174/2 maddesi hükmü gereğince şartları varsa boşanma sonucunda manevi tazminat talep edebileceği gibi, BK. 49 (TBK.58) maddesine dayanılarak, müstakil bir dava açmak suretiyle de kişilik haklarının saldırıya uğradığı iddiasıyla diğer eşe karşı manevi tazminat talep edebilir. Bu hususlarda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır”. Yar. HGK, E. 2017/4-1334, K. 2017/545, 22.03.2017, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

<sup>16</sup> Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 645; Dural ve diğerleri, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 104; Abdülkerim Yıldırım, *Türk Aile Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2014), 74; Badur ve Turan Başara, “Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi,” 106; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku Cilt 2*, 246.



boşanma sebebi olan evlilik birliğinin sarsılması sebebine dayalı olarak boşanma davası açılacağı ileri sürülmektedir. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise zina, eşlerden birinin cinsel sadakat yükümlülüğünü ihlal edip, cinsel arzu ve ihtiyaçlarını bir başkasıyla paylaşmasıdır. Dolayısıyla zina kavramını geniş yorumlamak ve aynı cinsten kişiler arasındaki birliktelikleri de zina olarak değerlendirmek gerekir.<sup>17</sup> Cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan bir beraberliğin bulunması hâlinde ise yine sadakat yükümlülüğünün ihlali söz konusu olur; ancak boşanma davası zina sebebiyle değil, evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle açılabilir.<sup>18</sup> Bu yönüyle cinsel sadakatsizlik, zinayı da içerisine alan daha geniş bir kavramdır.

---

<sup>17</sup> Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 102; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 116. Zina kavramını yalnızca karşı cinsle yaşanan cinsel ilişki olarak nitelendirmenin ortaya çıkarabileceği hukuki sorunlar hakkında detaylı bilgi için bkz. İsmail Dede, "Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır," *Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, no: 3 (2017), 643ff.

<sup>18</sup> Bräm, *ZK - Zürcher Kommentar*, Art. 159, Rn. 100; Hausheer ve diğerleri, *BK - Berner Kommentar*, Art. 159, Rn. 23. Örneğin bir eşin başka biriyle sık sık geç saatlere kadar devam eden akşam yemeklerine çıkması ve bu sebeple eve geç ve belirsiz zamanlarda gelmesi, uygun olmayan kıyafetlerle ve uygun olmayan konumlarda karşı cinsiyetten birisi ile görüntü kayıtlarını aldırması, flört niteliğindeki ilişkiler, cinsel içerikli yazışmalar vs. de sadakat yükümlülüğünün ihlali sayılır. Bkz. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 208. Farklı örnekler için bkz. Aras, "Sadakat Yükümlülüğünün İhlal Edilmesi Halinde Eşin ve Üçüncü Kişinin Manevi Tazminat Sorumluluğu," 20. İnternet yoluyla gerçekleşen sadakatsizlik örnekleri için bkz. Tüzer, "İnternet, Siberseks ve Sadakatsizlik," 103ff. Ayrıca bkz. Yar. 2. HD, E. 2004/13709, K. 2004/14684, T. 8.12.2004; Yar. 2. HD, E. 2007/17220, K. 2008/13614, 20.10.2008; Yar. 4. H.D., E. 2014/13062, K. 2014/7611, 12.05.2014.

## 2. Duygusal Sadakat

Evlilik birliği aynı zamanda manevi bir birliktelik niteliğinde olduğu için eşlerin birbirlerinin duygusal menfaatlerini de korumalarını gerektirir. Bu durum ise sadakat yükümlülüğünün, duygusal sadakat olarak ifade edilen yönü ile açıklanmaktadır. Duygusal sadakat yükümlülüğü, evlilik birliğinin devamı için gerekli olan duygusal yakınlığın, sevginin, saygının ve hoşgörünün diğer eşe gösterilmesi ve aradaki duygusal bağı olumsuz etkileyecek davranışlardan kaçınılmasıdır. Ayrıca sadakat yükümlülüğünün bu yönünden, eşlerin birbirlerinin, diğer kişilerle (aile, kardeşler, akrabalar, arkadaşlar, tanıdıklar) olan makul ölçüdeki ilişkilerine saygı göstermeleri ve gerektiğinde bu kişilerle ortak ilişkilerde bulunmaları çıkarılabilir.<sup>19</sup>

Duygusal sadakatsizliğin bir türü olarak nitelendirilebilecek olan duygusal şiddette, eşlerden birinin diğerine fiziksel temas olmaksızın psikolojik açıdan baskı kurmak suretiyle gerçekleşen davranışları söz konusu olmaktadır.<sup>20</sup> Sadakatsizliğin bu yönü pek çok şekilde ortaya çıkabilir. Örneğin eşlerin birbirlerine karşı göstermiş olduğu sürekli ilgisizlik, ihmalkârlık, sevgisizlik, kincilik, sitemkârlık, aşağılama, başkalarına karşı küçük düşürme, haklı bir sebebe dayanmayan aşırı kıskançlıklar, bencillik, kendini üstün görme, güvenin kötüye kullanılması gibi

---

<sup>19</sup> Fakat eşlerin ebeveynler ve kardeşler de dâhil olmak üzere üçüncü kişilerle olan ilişkilerinin, evlilik birliğini olumsuz etkileyerek aradaki huzuru kaçıracak seviyede olmaması gerekir. Bkz. BGE 85 II 68, BGE 87 II 3; Bräm, *ZK - Zürcher Kommentar*, Art. 159, Rn. 100-101; Hausheer ve diğerleri, *BK - Berner Kommentar*, Art. 159, Rn. 23-24; Zeiter ve Schlumpf, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG*, Art. 159, Rn. 8; Öztan, *Aile Hukuku*, 199.

<sup>20</sup> Başalp, "Aile İçi Şiddet ve Özel Hukuk Yaptırımları," 213.

davranışlar ile fiziksel ve psikolojik yönden kaba hareketler,<sup>21</sup> sadakat yükümlülüğünün duygusal olarak ihlal edilmesi anlamına gelir.<sup>22</sup>

Eşlerin bir konudaki aşırıya kaçan tutumlarının da diğer eş açısından duygusal sadakatsizlik olarak nitelendirilmesi söz konusu olabilir. Örneğin eşlerin birbirlerine karşı dinî hoşgörüsüzlüğü, aşırı tutuculuğu, belirli bir ideolojiyi fanatiklik derecesinde benimsemesi gibi davranışları ile eşini ve çocuklarını ihmal edecek ölçüde işkolik olması da bu yükümlülüğe aykırılık kapsamında değerlendirilebilir.<sup>23</sup>

Eşlerin sır saklama yükümlülükleri de sadakat yükümlülüğü ile bağlantılıdır. Buna göre eşler hem birlikte yaşadıkları ve paylaştıkları mahrem alanlarına ilişkin bilgileri hem de birbirlerinden öğrendikleri, örneğin bir diğerinin ailesiyle olan ilişkilerine, mesleki faaliyetlerine, sosyal alanına, sağlığına ilişkin bilgileri üçüncü kişilere karşı saklamakla

---

<sup>21</sup> Eşlerden birinin diğerine yönelik, evlilik birliğini oluşturan bağı sarsacak ya da koparacak nitelikteki fiziksel davranışları (fiziksel şiddet), fiziksel sadakatsizlik olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Atılgan, *Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü*, 45ff. Fakat eşlerden birinin bu tür davranışları, özünde eşlerin evlilik birliğinin devamı için gerekli olan saygının ve hoşgörünün ihlali anlamına geldiği için kanaatimizce duygusal sadakatsizlik içerisinde de ifade edilebilir. Böyle bir durumda fiziksel şiddet eyleminde bulunan eşe karşı diğer eş, hem boşanma davası, nafaka talebi, tazminat, TMK m. 195 uyarınca hâkimin müdahalesi, TMK m. 197 uyarınca birlikte yaşamaya ara verilmesi gibi hukuki yollara başvurabilir; hem de eş hakkında cezai yaptırımların da uygulanması için gerekli başvuruları yapabilir.

<sup>22</sup> Schmid, *OFK - Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Art. 159*, Rn. 4; Bräm, *ZK - Zürcher Kommentar*, Art. 159, Rn. 101. Kadına yönelik duygusal şiddet olarak nitelendirilebilecek diğer örnekler için bkz. Başalp, "Aile İçi Şiddet ve Özel Hukuk Yaptırımları," 213-214.

<sup>23</sup> Bräm, *ZK - Zürcher Kommentar*, Art. 159, Rn. 101.

yükümlüdürler.<sup>24</sup> Eşler arasındaki sır saklama yükümlülüğünün teminat altına alınması amacıyla, hukuk ve ceza yargılamalarında eşlere birbirleri aleyhine tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 248/I-b, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 45/I-b). Kendisine böyle bir hak tanınan eşin, dürüstlük kuralı gereğince tanıklıktan kaçınması beklenebiliyorken, söz konusu hakkını kullanmayarak diğer eş aleyhine tanıklıkta bulunması sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilebilir.<sup>25</sup>

Eşlerin birbirlerinin sırlarını açıklamaları gibi, diğer eş için önemli olan bir bilgiyi vermekten kaçınmaları ya da eşin bu bilgiyi öğrenmesini engellemeleri ile geçerli bir sebep yokken diğer eş hakkında gizli bir bilgiye ulaşmak için araştırma yapılması da sadakat yükümlülüğünü ihlal eder.<sup>26</sup> Aynı şekilde eşlerin üçüncü kişilere, birbirleri hakkında gerçek olmayan şeyler anlatmaları da bu yükümlülüğün ihlali anlamına gelir.

Eşlerin duygusal sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışları, onur kırıcı davranış ya da ortak yaşamın çekilmez hâle gelmesi sebepleriyle boşanmaya sebebiyet verebilir. Ayrıca

---

<sup>24</sup> Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 209; Badur ve Turan Başara, "Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi," 108. "(...)dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda, evlilik birliğine dair görevlerini yerine getirmeyen davalı-davacı ile aile sırlarını ve cinsel sorunlarını başkalarına ifşa eden davacı-davalının eşit kusurlu olduklarının anlaşılmasına göre davalı-davacının aşağıdaki bendin dışında kalan temyiz itirazları yersizdir". Bkz. Yar. 2. HD, E. 2008/7283, K. 2008/7989, 04.06.2008, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

<sup>25</sup> Hausheer ve diğerleri, *BK - Berner Kommentar*, Art. 159, Rn. 25; Bräm, *ZK - Zürcher Kommentar*, Art. 159, Rn. 102; Schmid, *OFK - Orell Füssli Kommentar*, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Art. 159, Rn. 4; Badur ve Turan Başara, "Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi," 108.

<sup>26</sup> Hausheer ve diğerleri, *BK - Berner Kommentar*, Art. 159, Rn. 25; Bräm, *ZK - Zürcher Kommentar*, Art. 159, Rn. 102.

yükümlülüğü ihlal edici davranışın türüne göre, eş aleyhine hukuk ve ceza davası açılması ve eşten tazminat talep edilmesi de söz konusu olabilmektedir.

### 3. Ekonomik Sadakat

Sadakat yükümlülüğü eşlerin yalnızca manevi menfaatlerinin değil; aynı zamanda ekonomik menfaatlerinin de korunmasına hizmet eder. Dolayısıyla evlilik sürecinde eşlerin birbirine ekonomik açıdan da sadık olmaları gerekmektedir. Eşlerin ekonomik sadakatinden, evlilik birliğinin devamı için gerekli olan birtakım katılma yükümlülükleri, bildirim yükümlülükleri ile evlilik birliğinin mali açıdan korunması için kaçınılması gereken davranışlar anlaşılmaktadır. TMK'da eşlerin evlilik birliğinden doğan ekonomik yükümlülüklerine ilişkin düzenleme, TMK m. 186/III'te "*Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar*" şeklinde yapılmıştır.

Eşlerden her birinin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılmaları, eşlerin sahip olduğu çocukların yetiştirilmesi ve temel ihtiyaçlarının karşılanması ve bakımında da gerekli yardımı sağlamalarını gerektirir. Ayrıca eşler ekonomik sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak evlilik birliğinin geçimini tehlikeye atacak gereksiz harcamalardan ise kaçınmalıdırlar. Fakat bu hususta eşlerin ekonomik özgürlüğünün de dikkate alınması ve ekonomik özgürlük ile sadakat yükümlülüğü arasında bir denge kurulması gerekir. Aksi takdirde kişilerin evlilik sürecine girmesi ile birlikte yapacağı tüm şahsi harcamalarının evliliği tehdit ettiği düşüncesi ortaya çıkabilir. Buna göre eşlerden biri keyfi harcamaları sebebiyle evlilik birliğinin geçimine üzerine düştüğü ölçüde katılmıyor ve birliğin geçimini tehlikeye

düşürüyorsa, o zaman eşin bu hareketleri ekonomik sadakatsizlik olarak nitelendirilebilir.<sup>27</sup>

Hukukumuzda İsviçre hukukunda olduğu gibi sadakat yükümlülüğü kapsamında, eşlerin birbirlerine malvarlıkları ve ekonomik durumları konusunda bilgi verme yükümlülüğüne yer verilmemiştir.<sup>28</sup> Ancak İsviçre öğretisinde de sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak eşlerin, ekonomik durumlarındaki önemli değişiklikleri, ZGB'nin 170. maddesinden bağımsız olarak ve kendisinden bilgi verilmesini istenmesine gerek bulunmaksızın, birbirlerine bildirmekle yükümlü oldukları kabul edilmektedir.<sup>29</sup> Hukukumuz açısından da yukarıda da ifade edildiği üzere sadakat yükümlülüğünün ekonomik sadakati de kapsadığı kabul edildiği için aynı sonucun

---

<sup>27</sup> Atıkan, *Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü*, 43. Örneğin eşlerden birinin kazandığı bütün parayı içki ve kumarda tüketerek eşini ve çocuklarını yoksul bırakması böyledir. Bkz. Akıntürk ve Ateş, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku Cilt 2*, 113. "(...)Mahkemeye; " taraflar arasında evlilik birliğini temelinden sarsacak ve boşanmayı gerektirecek bir geçimsizliğin mevcut ve sabit olmadığı" gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Oysa davalının, kazancını alkol, kumar ve eğlence yerlerinde harcadığı, yalnız ve bakıma muhtaç olan kayınbabasının kendilerinin yanında kalmasına razı olmadığı, yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Davalının gerçekleşen bu tutum ve davranışı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 185/3. maddesinde yer alan "eşine yardımcı olma" ve 186/3. maddesinde yer alan "birliğin giderlerine katılma" yükümlülüğüne aykırıdır". Yar. 2. HD, E. 2014/14482, K. 2014/25535, 11.12.2014, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>28</sup> Eşlerin ekonomik durumlarına ilişkin bildirim yükümlülüğünü ele alan ZGB'nin 170. maddesine göre "Eşlerden her biri, diğerinden geliri, malvarlığı ve borçları konusunda bilgi talep edebilir. Mahkeme, talep üzerine, diğer eş veya üçüncü kişiyi, gerekli bilgileri ve zorunlu olan belgeleri vermekle yükümlü tutabilir. Avukatların, noterlerin, doktorların, din görevlileri ve yardımcılarının sır saklamaları saklıdır". Detaylı bilgi için bkz. Hegnauer ve Breitschmid, *Grundriss des Eherechts*, Rn. 19. 3.

<sup>29</sup> Hausheer ve diğerleri, *BK - Berner Kommentar*, Art. 159, Rn. 25; Bräm, *ZK - Zürcher Kommentar*, Art. 159, Rn. 104.

benimsenmesi uygundur. Bu doğrultuda eşlerin örneğin, ekonomik durumlarını önemli derecede etkileyebilecek maaş artış ve azalmaları, hediyeleri, işten çıkarılma, erken emeklilik gibi durumları, önemli borçlanmaları, sahip olunan kıymetli eşyaların satılması gibi hadiseleri birbirlerine bildirmeleri gerekir.<sup>30</sup>

Eşlerin ekonomik konulara ilişkin de sır saklama yükümlülükleri söz konusu olabilir. Örneğin üçüncü kişilerle olan ekonomik ilişkilerde evlilik birliğinin mali durumuna ilişkin sırların açığa çıkarılmaması gerebilir. Evlilik birliğinin ekonomik güvenliğinin eşlerin hareketleri sebebiyle tehlikeye atılması sadakat yükümlülüğüne aykırıdır. Aynı durum, eşlerden birinin evlilik birliği için önemli olan bir işleme haklı bir gerekçe bulunmaksızın onay vermekten kaçınması ya da üçüncü kişilerle evlilik ortaklığının menfaatlerini ihlal eden hukuki işlemler yapması halinde de geçerlidir.<sup>31</sup>

Ekonomik sadakatsizliğin bir diğer görünümü de ekonomik şiddettir. Örneğin eşin çalışmasına engel olma ya da işten ayrılmasına sebep olma, çalışmayan eşe gündelik ihtiyaçlarını karşılaması ve ev harcamaları için para vermeme, eşin bağımsız alışveriş yapmasına izin vermeme, aile bütçesi ile ilgili bağımsız karar almasına izin vermeme ile eşin gelirini elinden alma, ekonomik birer şiddettir ve aynı zamanda ekonomik sadakatsizlik anlamına da gelir.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Bräm, ZK - Zürcher Kommentar, Art. 159, Rn. 104.

<sup>31</sup> Bräm, ZK - Zürcher Kommentar, Art. 159, Rn. 104.

<sup>32</sup> Başalp, "Aile İçi Şiddet ve Özel Hukuk Yaptırımları," 218. Ekonomik şiddet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Esra Peker ve Zülküf Narlıkaya. *Kadına Yönelik Şiddetin Bir Başka Yüzü Ekonomik Şiddet*, (Çanakkale: Paradigma Akademi, 2021), 12, 26; Ekin Korkmaz, "Evlilik Birliği İçindeki Ekonomik Şiddetle Mücadelede Kullanılabilecek Medenî Hukuk Araçları Üzerine Bir İnceleme," *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6, no: 1 (2021), 333ff.; Elif Tütüncü, "Ekonomik Şiddet ve Kadının Ekonomik

## II. SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ZAMAN AÇISINDAN SINIRLARI

### A. Genel Olarak

Sadakat yükümlülüğünün TMK'nın "Evliliğin Genel Hükümleri" bölümünde düzenlenmiş olması, bu yükümlülüğün evlilik sürecini ilgilendiren bir yükümlülük olduğunu düşündürmektedir. Gerçekten de tarafların bu yükümlülüğü, evlilik birliğinin kurulmasıyla,<sup>33</sup> hatta daha öncesinde nişanlanma ile ortaya çıkmakta ve evlilik birliği sona erinceye

---

Şiddete Karşı Korunması," *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no: 1-3 (2020), 3289ff.; Hülya Gülbahar, "Kadına Yönelik Ekonomik Şiddet," *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı*, 3, (2006), 462-475. Türk hukukunda "ekonomik şiddet" kavramının, 2008 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir karar sonrasında yaygınlaştığı görülmüştür. Söz konusu kararda "(...)davacının çalışırken maaşını emekli olduktan sonra da emekli aylığını elinden aldığını, eline çok az bir para vererek onunla geçinmesini istediğini,... uzun yıllar eşinin aşırı hesaplı ve cimrilik ölçüsündeki tutumluluğuna dayanmak zorunda kalan kadının, ekonomik ve sosyal alanda özgür ve rahat yaşamak ve ekonomik şiddetten kurtulmak için açtığı davanın kabulüne karar verilmesi gerektiği.."ne hükmedilmiştir. Yar. HGK, E. 2008/2-695, K. 2008/710, 26.11.2008, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

<sup>33</sup> "(...)Tarafların sadakat yükümlülüğü evlilik birliğinin kurulmasıyla başlar (TMK m. 185). Davalı kadının evlilik öncesi cinsel ilişki yaşamış olması (başka bir erkekten hamile kalması ve evlilik birliği içinde doğum yapması) boşanma davasında davalı kadın için kusur oluşturmaz, ancak koşulları var ise evliliğin nispi butlan ile iptali davasına konu olabilir (TMK m. 149). Evlilik birliği kurulmadan önceki nedenlere dayanılarak boşanma davası açılmaz. Evlilik birliği kurulduktan sonra kadından kaynaklanan başkaca bir kusurlu davranış da ispatlanamamıştır. Bu durumda davacı erkeğin boşanma davasının reddi gerekirken, kanun hükümlerinin yorumunda yanlışlığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir". Yar. 2. HD, E. 2020/6157, K. 2021/371, 20.01.2021. Ayrıca bkz. Yar. 2. HD, E. 2015/16257, K. 2016/7382, 12.04.2016, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).



kadar devam etmektedir.<sup>34</sup> Kural böyle olmakla birlikte, yükümlülüğün kapsamında yer alan sadakat türlerine göre bir değerlendirme yapmak daha doğrudur. Nitekim sadakat türüne göre, nişanlılıkta başlayan ve evlilik sona erdikten sonra dahi devam eden sadakat yükümlülükleri olduğu gibi, ayrılık ve boşanma sürecinde kapsamı değişen sadakat yükümlülükleri de vardır. Örneğin sadakat yükümlülüğünün bir türü olarak nitelendirdiğimiz sır saklama yükümlülüğü evlilik sona erdikten sonra dahi devam edebilmektedir. Eşlerin duygusal ve ekonomik sadakat yükümlülüklerinin kapsamı ise nişanlılık, evlilik, ayrılık ve boşanma davası sürecinde farklılık göstermektedir. Fakat çalışma konumuz esas itibarıyla boşanma davası açıldıktan sonra eşlerin sadakat yükümlülüklerine ilişkin olduğu için, eşlerin diğer dönemlerdeki sadakat yükümlülükleri konusunda ayrıntıya girilmemiştir.

## **B. Boşanma Davası Açıldıktan Sonraki Dönemde Eşlerin Sadakat Yükümlülüğü**

Sadakat yükümlülüğü eşlerin en temel yükümlülüklerinden biri olup, eşler evlilik devam ettiği sürece birbirine sadık kalmak zorundadır. Boşanma davasının açılmasıyla birlikte, eşlerin ayrı yaşama hakkı doğar<sup>35</sup>. Fakat evlilik henüz sona ermediği ve eşler

---

<sup>34</sup> Nişanlanma sözleşmesinden böyle bir yükümlülüğün doğacağı kanunda belirtilmemiştir; fakat bunu dürüstlük kuralından çıkarmak mümkündür. Akıntürk ve Ateş, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku Cilt 2*, 41. Sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlar, nişanın bozulması için haklı sebep oluşturur ve bu sebeple nişanın bozulması hâlinde, nişanı bozan tarafın, yükümlülüğe aykırı hareket eden kusurlu diğer nişanlıdan tazminat isteme imkânı doğar. Bkz. Dural ve diğerleri, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 26; Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 31; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 21; Yıldırım, *Türk Aile Hukuku*, 16.

<sup>35</sup> TMK m. 169'a göre, "boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen

hâlâ evli sayıldığı için, sadakat yükümlülükleri de devam eder. Hatta yerel mahkemenin (boşanma davalarında bu aile mahkemesi olmaktadır) ve üst mahkemenin boşanmaya karar vermiş olması da evliliğin sona ermiş sayılabilmesi için yeterli değildir. Boşanma kararı kesinleştikten sonra ancak evlilik birliği sona ermiş olur ve sadakat yükümlülüğü sona erer.<sup>36</sup>

Boşanma davaları tarafların usul işlemlerine göre tek aşamalı ya da daha fazla aşamalı olabilmektedir. Şöyle ki yerel mahkemede açılmış olan bir boşanma davası hakkında nihai karar verildiğinde, tarafların kararın tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde üst derece mahkemesine (bölge adliye mahkemesi) başvurabilme hakları bulunmaktadır (HMK m. 345). Bu sürede eşlerin üst derece mahkemesine başvuramaları ya da üst derece mahkemesine başvurmayacaklarını kararı veren mahkemeye dilekçe ile bildirmeleri hâlinde boşanma kararı kesinleşir. Bu aşamadan sonra evlilik sona erdiği için eşlerin sadakat yükümlülüğü de sona erer. Fakat eşlerden birinin ya da her ikisinin üst derece mahkemesine başvuruda bulunması hâlinde, yerel mahkemenin vermiş olduğu kararın hukuka uygunluğu bölge adliye mahkemesi tarafından incelenir. Tarafların bölge adliye mahkemesi kararını, kararın kendilerine

---

*alır*". Hükümden boşanma ve ayrılık davasının açılması ile eşlerin ayrı yaşama hakkının doğduğu anlaşılmaktadır. İşin doğası gereği de boşanma aşamasına gelen eşlerin aynı evde yaşamaya devam etmeleri beklenilemezdi. Bkz. aynı yönde Dural ve diğerleri, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 131; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku Cilt 2*, 283.

<sup>36</sup> Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 117; Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 105. Hukukumuzda boşanma davalarında geçerli olan yargılama ilkeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. İbrahim Ercan, "Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri," *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı*, 4, no: 2 (2014), 251ff.; Hasan Petek, "Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları," *İzmir Barosu Dergisi*, 65, no: 3 (2000), 11ff.

tebliğ edildiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde temyiz etme hakları vardır (HMK m. 361). Tarafların bu süreçte temyiz başvurusunda bulunmamaları hâlinde karar kesinleşir; temyize başvurulması hâlinde ise bölge adliye mahkemesinin kararı Yargıtay'ın ilgili dairesi tarafından incelenir.<sup>37</sup> Bu aşamalarda eşler hâlen evli oldukları için sadakat yükümlülükleri de devam eder.<sup>38</sup>

Her ne kadar boşanma davasının açılması, genel olarak eşlerin sadakat yükümlülüğünü sona erdirmese de, boşanma davasının açılması ile birlikte sadakat türlerinin kapsamlarında birtakım değişiklikler söz konusu olmaktadır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi adına boşanma davası açıldıktan sonraki dönemde eşlerin sadakat yükümlülüklerinin, sadakat türlerine göre ayrı ayrı ele alınmasında fayda görülmüştür.

## 1. Boşanma Davası Açıldıktan Sonraki Dönemde Eşlerin Cinsel Sadakat Yükümlülüğü

Boşanma davası devam ederken eşlerin birbiri ile bir cinsel yakınlık kurma görevleri kalmamaktadır. Fakat üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde boşanma davası açılmadan önceki süreçte

---

<sup>37</sup> Temyiz incelemesi sonrası kararın kesinleşme süreci hakkında detaylı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez ve diğerleri, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019), 492ff.; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 631ff.

<sup>38</sup> “(...) 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 185/3.maddesi uyarınca “Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.” Kanunda belirtilen bu sadakat yükümlülüğü, evliliğin yasal olarak son bulmasına kadar devam edecektir. Başka bir deyişle, mahkemelerce boşanma kararı verilmiş olmasına rağmen bu karar henüz kesinleşmediği sürece evlilik birliği devam ettiği için bu aşamada eşlerin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlarının dikkate alınmasının gerektiği kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmiştir. Bkz. Yar. HGK, E. 2013/2-604, K. 2014/38, 22.01.2014, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

olduğu gibi hassasiyet göstermeleri ve sadakat yükümlülüğüne aykırı olarak nitelendirilebilecek hareketlerden kaçınmaları gerekmektedir.

Esasında çekişmeli boşanma davalarının kısa sürede sonuçlanamaması sebebiyle boşanmanın hemen gerçekleşmemesi ve bu sebeple de eşler arasındaki sadakat yükümlülüğünün uzun süre devam etmesi eleştirilmektedir. Gerçekten de özellikle cinsel sadakat yükümlülüğü bakımından değerlendirildiğinde, eşlerin dava sonucu kesinleşinceye kadar üçüncü kişilerle herhangi bir gönül ilişkisi kurması sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir. Bu ise eşiyile zaten boşanma sürecinde olan kişilerin çok uzun bir süre duygusal ve cinsel ihtiyaçlarını karşılayamamasına sebep olmaktadır.<sup>39</sup> Eleştiriler haksız olmamakla birlikte bu bir hukuk politikası meselesidir ve Kanun'un geneline bakıldığında da

---

<sup>39</sup> Serozan'a göre Anayasanın 17. maddesinde bireylere kişiliği serbestçe oluşturup geliştirme ve bununla bağlantılı olarak özgürce kişisel ilişki kurma hakkı tanınmıştır. Buna göre bekâr ya da evli olması fark etmeksizin her bireyin, özel olarak bir suç (örneğin cinsel taciz gibi) oluşturmadıkça, dilediği kişiyle, dilediği ilişkiyi bu arada cinsel ilişkiyi kurma konusunda Anayasa tarafından korunan eksiksiz bir özgürlüğü vardır. Sadakat yükümlülüğü sebebiyle, kişilerin Anayasa'nın 17. maddesinden doğan üçüncü kişilerle cinsel ilişki de dâhil olmak üzere kişisel ilişki kurma özgürlüğü sınırlandırılmaz. Bu hakkın sınırlandırılabilmesi ancak Anayasa m. 13 gereğince yasayla ve ölçülülük ilkesi gereğince olabilir. Tüm bu sebeplerle sadakat yükümlülüğünü ihlal eden eşe karşı, haksız fiile dayalı "*önleyici kaçınma, durdurma, tazminat*" gibi yaptırımların işletilmesi, onun dilediği kişiyle özgürce ilişki kurma konusundaki anayasal temel hakkına açıkça aykırı düşer. Bkz. Rona Serozan, "Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer Olabilir mi?," *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no: 1-2 (2016), 454. Benzer yönde bkz. Bilge Öztan ve Hatice Tolunay Ozanemre Yayla, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.3.2017 Tarih, 2017/4-1334 Esas ve 2017/545 Karar Sayılı Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım," *Ankara Barosu Dergisi*, 75, no: 3 (2017), 211.

kanun koyucunun aile kurumuna büyük önem verdiği ve ailenin korunmasını, kişilerin bireysel ihtiyaçlarının karşılanmasından daha önde tuttuğu görülmektedir. Ayrıca TMK’da ve HMK’da “*şahsi hallere ilişkin mahkeme kararlarının kesinleşmediği sürece hüküm ifade etmeyeceğine ilişkin*” düzenlemeler de bunu gerektirmektedir.<sup>40</sup>

Boşanma davası açıldıktan sonra eşlerden birinin cinsel sadakat yükümlülüğünü ihlal edici davranışlarının, mevcut davada ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin Yargıtay’ın ilgili dairesinin birbirinden farklı kararları olmuştur. Birbiri ile tutarlılık içerisinde olmayan söz konusu kararlar, hem sadakat yükümlülüğünün boşanma davasının açılması ile birlikte ortadan kalkacağı şeklinde yanlış yorumlanmalara sebebiyet vermiş hem de dava açıldıktan sonra gerçekleşen sadakat yükümlülüğü ihlallerinin mevcut davada dikkate alınıp alınamayacağına ilişkin belirsizliklere yol açmıştır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin çeşitli tarihlerde verilen kararlarında, “*eşler arasında sadakat yükümlülüğünün evlilik birliği sona erinceye kadar devam edeceği; dolayısıyla yükümlülüğe aykırı hareketin, dava açıldıktan sonra gerçekleşmesi hâlinde dahi (karşı tarafın onayına ya da ıslaha gerek olmaksızın) boşanmadaki kusurun belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği*” kabul edilmiştir.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Bkz. aynı yönde Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 117.

<sup>41</sup> “(...)Evlilik birliğinde eşler birbirine sadık kalmak zorundadır (TMK. md. 185/3). Eşlerin sadakat yükümlülüğü olarak ifade edilen bu yükümlülük ahde vefanın bir sonucu olup birliğin temelini teşkil eder. Bu yükümlülük boşanma yönünde oluşan hüküm kesinleşinceye kadar devam eder. Davalı, temyiz dilekçesinin eki olarak verdiği 19.06.2012 tarihli dilekçesinde, davacının bir başka kadınla ilişkisi olduğunu ve nişan yaptığını ileri sürmüş, bu iddiasına ilişkin güçlü kanıtlar sunmuştur. İleri sürülen bu iddia kanıtlandığı takdirde davanın sonucuna ve kusur durumuna etkili olacaktır. Öyleyse, dava sırasında ortaya çıkan ve davanın sonucuna tesir edecek olan bu iddiaya ilişkin taraflarca gösterilecek deliller toplanıp, diğer delillerle birlikte değerlendirilerek hasil olacak sonucuna göre

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 11.05.2015 tarihli kararında detaylı bir değerlendirme yapılmaksızın, dava tarihinden sonra gerçekleşen sadakat yükümlülüğü ihlalinin mevcut dosyada

*hüküm kurulmak üzere kararın bozulması gerekmiştir". Bkz. Yar. 2. HD, E. 2012/17463, K. 2012/25314, 19.10.2012, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası). Aynı yönde bkz. Yar. 2.HD, E. 2012/22823, K. 2013/8636, 28.03.2013 (Söz konusu karar da aynı yönde olmakla birlikte, karşı oy yazısında dava açıldıktan sonra gerçekleşen sadakat yükümlülüğüne aykırılığın karşı tarafın açık muvafakati ya da ıslah dahi olmaksızın mevcut davada dikkate alınması eleştirilmiştir.); Yar. 2. HD, E. 2008/6824, K. 2008/9059, 23.06.2008, Yar. 2. HD, E. 2008/18052, K. 2010/572, 14.01.2010, Yar. 2. HD, E. 2010/13511, K. 2011/19364, 22.11.2011, Yar. 2. HD, E. 2012/7026, K. 2013/8290, 26.03.2013, Yar. 2. HD, E. 2013/13718, K. 2013/27418, 25.11.2013 Yar. HGK'nın 22.12.2010 ve 26.11.2008 tarihli kararlarına göre ise "(...)Kural olarak, sadece dava dilekçesinde bildirilmiş olan vakıalar davanın sınırları belirler ve mahkemece ancak bu vakıalar hakkında inceleme ve değerlendirme yapılabilir. Dava tarihinden sonra meydana gelen maddi ve olgunun değerlendirilmesi ve hükme esas alınması olanaklı değildir. Ne var ki Hukuk Genel Kurulu'nun 26.11.2008 gün 2008/3-7698 E., 2008/711 K. Sayılı kararında da aynen benimsendiği gibi boşanma davası açıldıktan sonra gerçekleşen bir kısım olaylar somut olayın özelliğine göre dava sonucunu etkileyebilir. 4721 Sayılı TMK'nın 185. maddesi eşlerin yasal olarak birbirlerine karşı hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen sadakat yükümlülüğününün de evlilik birliği süresince devam etmesi gerekir. Somut uyumsuzlukta, henüz boşanma kararı verilmeden kocanın başka bir kadınla ilişkiye girdiği anlaşılmıştır.4721 Sayılı Kanun'un 185. maddesi hükmü uyarınca boşanma kararı verilip kesinleşinceye kadar evlilik birliği süreceğinden, bu durumun doğal sonucu olarak taraflar arasında sadakat yükümü de evlilik birliğinin sona ermesine kadar devam edecektir. Bu düzenleme dikkate alındığında, kocanın evlilik birliği sona ermeden, diğer bir anlatımla sadakat yükümü devam ederken başka bir kadın ile evlilik dışı ilişkiye girdiği hususunun hüküm kurulurken dikkate alınması gerekir. Özellikle, tarafların kusur durumuna etkili olan bu husus göz ardı edilmemelidir. Hal böyle olunca; davalı-davacı koca evlilik birliği devam ederken yapmış olduğu sadakatsizlik nedeniyle daha fazla kusurlu olup, bu nedenle kişilik hakkı saldırıya uğrayan ve eşit kusurlu olmayan eş lehine manevi tazminata hükmedilmesi gerekir". Bkz. Yar. HGK, E. 2010/636, K. 2010/680, 22.12.2010. Ayrıca bkz. Yar. HGK, E. 2008/2-698, K. 2008/711, 26.11.2008, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).*

dikkate alınmayacağına hükmedilmiştir.<sup>42</sup> Bu durum ise uygulamada, Yargıtay'ın içtihat değişikliğine giderek boşanma davası süresince sadakat yükümlülüğünün devam etmediğine yönelik hüküm kurduğu şeklinde yanlış yorumlamaların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bunun üzerine Yar. 2. HD, 15.09.2015 ve 01.06.2016 tarihli kararlarında, boşanma davasının açılmasının sadakat yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını, tahkikat sürecinde ortaya çıkan ihlallerin ileri sürülememesinin usulî bir mesele olduğunu detaylı şekilde ifade etmiştir.<sup>43</sup> Dairenin söz konusu kararlarındaki, boşanma davası açıldıktan sonra meydana gelen sadakat yükümlülüğüne aykırı hareketlerin davada esas alınıp alınmayacağına ilişkin görüşü özetle şu şekildedir: *“Boşanma davasının açılması ile birlikte eşlerin sadakat yükümlülüğü ortadan kalkmamakla birlikte, usul hukuku kuralları gereğince, ön inceleme aşaması tamamlanıncaya kadar usulüne uygun şekilde ileri sürülmeyen vakıaların ve bu vakılara ilişkin delillerin tahkikat aşamasında ileri sürülebilmesi ve hakim tarafından tarafların kusurunun belirlenmesinde dikkate alınabilmesi, ancak karşı tarafın açık muvafakati ile mümkündür. Zira TMK m. 184'te “boşanmada yargılama usulü” ayrıca düzenlenmiş ve anılan maddenin ilk fıkrasında “Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tabidir.” hükmüne yer verilerek, maddede sayılan istisnalar dışında, boşanma davalarının “genel yargılama usulüne” tabi olduğu belirtilmiştir.*

---

<sup>42</sup> Bkz. Yar. 2. HD, E. 2014/20330, K. 2015/9692, 11.05.2015, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>43</sup> Bkz. Yar. 2. HD, E. 2015/1895, K. 2015/15882, T. 15.09.2015; Yar. 2. HD, E. 2016/3256, K. 2016/10777, 01.06.2016, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası). Söz konusu kararlarda dava açıldıktan sonra gerçekleşen sadakat yükümlülüğü ihlallerinin mevcut davada dikkate alınmayacağı belirtilmekle birlikte ıslah meselesine hiç değinilmemiştir. Dolayısıyla söz konusu vakıaların ıslah ile mevcut davada dikkate alınıp alınmayacağı konusu belirsiz kalmıştır; fakat ıslahtan hiç bahsedilmemesinden, mahkemenin bu vakıalar açısından ıslahı kabul etmediğinin çıkarılması da mümkündür.

*Boşanmada genel yargılama usulünün uygulanmasına ayırık olan kurallar ve uygulanması özel usuller, TMK m. 184'te sınırlı olarak belirtilmiş olmasına karşın; bu sınırlamalar ve istisnalar içinde, tarafların usulüne uygun şekilde dayanmadığı vakıaların ve özellikle tahkikat aşamasında meydana gelen boşanma sebebi oluşturan cinsel sadakatsizlik dâhil her türlü vakıanın, değerlendirmede esas alınacağına dair özel bir düzenlemeye, bir başka deyişle istisnaya yer verilmemiştir. Bu sebeple eşlerin sadakat yükümlülüğünün evlilik süresince geçerli olmasına ilişkin "maddi hukuk kuralı", taraflara ön inceleme aşaması tamamlanuncaya kadar usulüne uygun şekilde dayanılmayan vakıalara dayanma ve bu vakıalara ilişkin delil sunma hakkını vermez. O halde, sadece ön inceleme aşaması tamamlanana kadar usulüne uygun şekilde (HMK. md.141) bildirilmiş olan vakıalar boşanma davalarının sınırını çizer ve mahkemece ancak, bu vakıalar hakkında inceleme ve değerlendirme yapılabilir. Aksinin kabulü, davacının dayandığı olguların, dolayısıyla elde etmek istediği nihai talebin dışına çıkılması sonucunu doğuracağı gibi; temyiz ve karar düzeltme süreçleri de dâhil, yargılamanın hangi aşamasına kadar gerçekleşecek hukuki ve fiili olguların nazara alınması gerektiği sorununu ortaya çıkaracaktır. Bu sebeple her dava açıldığı tarihteki şartlara tabidir. Dava açıldıktan sonra oluşan sadakat yükümlülüğüne aykırılık gibi vakıalar, görülmekte olan boşanma davasında hükme esas alınmaz, ancak yeni bir dava konusu yapılır ve bu vakıalar ispat edilirse birleştirilerek görülecek yeni boşanma davasında bu sebeple boşanma kararı verilebilir".*

Yargıtay'ın boşanma davasının evlilik birliğinin sarsılması ya da hayata kast, pek kötü muamele veya onur kırıcı davranış gibi bir sebeple açıldıktan sonra, sadakat yükümlülüğüne aykırılığın gerçekleşmesi hâlinde, boşanma davasının ıslah edilerek zina hukuki sebebine dayandırılıp dayandırılmayacağı hususunda da birbirinden farklı kararları olmuştur. Bazı



kararlarda ıslahın mümkün olduğu kabul edilmiş, <sup>44</sup> bazı kararlarda ise dava açıldıktan sonra gerçekleşen sadakatsizlik vakıalarının ıslahla dahi davaya dâhil edilerek dava sonucunu etkilemeyeceğine hükmedilmiştir. <sup>45</sup>

Kanaatimizce boşanma davası açıldıktan sonra gerçekleşen sadakat yükümlülüğüne aykırılığın mevcut davada dikkate alınıp alınmayacağına ilişkin sorunun, *“iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı”* kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Hukukumuzda iddianın ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının kapsamı ne Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda ne de Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda açıkça düzenlenmiştir. Öğretide bu yasağın kapsamına dava sebebi ve talep sonucunun

---

<sup>44</sup> Bkz. Yar. 2. HD, E. 2021/4568, K. 2021/8420, 10.11.2021; Yar. 2. HD, E. 2018/2301, K. 2018/11235, 17.10.2018; Yar. 2. HD, E. 2016/10193, K. 2017/14570, 14.12.2017; Yar. 2. HD, E. 2016/5659, K. 2017/11092, 16.10.2017, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

<sup>45</sup> Bkz. Yar. 2. HD, E. 2018/4441, K. 2019/6576, 22.05.2019, Yar. 2. HD., E. 2019/8315, K. 2020/1068, 13.02.2020, Yar. 2. HD., E. 2020/6051, K. 2021/1004, 03.02.2021. Kararların karşı oy yazısında ise şu ifadelere yer verilmiştir. *“(…)Değerli çoğunluk ile aramızdaki uyumsuzluk, dava açılmasından sonra gerçekleşen vakıaların, ıslah yoluyla davaya dâhil edilip edilemeyeceğine ilişkindir. Konunun iki başlık altında ele alınmasında yarar vardır. i. Genel Olarak; HMK’daki ıslahla ile ilgili düzenlemelere (HMK m. 176-182) göre, dava açıldıktan sonra doğan/gerçekleşen vakıaların ıslahla davaya dâhil edilmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Taraflardan her biri, yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen ıslah edebilir [ HMK m. 176- (1) ].Ayrıca, 04.02.1948 tarih ve 10/3 E.K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’ na (Y.İ.B.K) göre; ıslahın Yargıtay’ca hüküm bozulduktan sonra yapılamayacağını yanında, davadan sonra ortaya çıkan vakıaların ıslahla davaya dâhil edilebileceği de anlaşılmaktadır”.* *“Öğreti ve yukarıya bir bölümü alınan Y.H.G.K. kararına göre, dava açıldıktan sonra ortaya çıkan yeni vakıaların belli koşullar altında ıslaha dahi gerek olmadan davaya dâhil edilebileceği savunulurken, bu gibi durumlarda ıslah yolunu dahi kapamak, usûl ekonomisine (HMK m. 30) aykırı olduğu gibi, hak arama hürriyetine (T.C.A. m.36) de yasal olmayan bir müdahale niteliğini oluşturmaktadır”*, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

dâhil olduğu kabul edilmektedir.<sup>46</sup> Bu doğrultuda davacının, davasının temeli olan ve dava sebebi olarak nitelendirilen bütün vakiaları dava dilekçesinde; davalının da savunmasına temel teşkil eden tüm vakiaları cevap dilekçesinde sıra numarasıyla bildirmesi gerekir.<sup>47</sup> Yasağın düzenlendiği “İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi” başlıklı HMK m. 141<sup>48</sup> gereğince taraflar, “cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez. İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır”.

Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı

---

<sup>46</sup> Pekcanitez ve diğerleri, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 267; Arslan ve diğerleri, *Medenî Usul Hukuku*, 354; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 425, 430; Murat Atalı ve diğerleri, *Medenî Usul Hukuku*, 5. Bası, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 404ff.

<sup>47</sup> Pekcanitez ve diğerleri, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 234.

<sup>48</sup> Hüküm, 22.07.2020 tarihinde 7251 sayılı 7251 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un (Değişiklik Kanunu) 15. maddesiyle değiştirilmiştir. Değişiklik Kanunu öncesinde HMK’nın 141. maddesi uyarınca, taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir veya değiştirebilirlerdi. Ayrıca taraflardan herhangi biri mazeretsiz olarak ön inceleme duruşmasına katılmaz ise mevcut tarafın, duruşmada bulunmayan tarafın rızası olmaksızın iddialarını veya savunmalarını değiştirebilmesi ve genişletebilmesi mümkündür. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra ise iddia veya savunmanın genişletilemeyeceği ya da değiştirilemeyeceği düzenlenmişti. Değişiklik Kanunu ile yapılan düzenleme ile artık ön inceleme aşamasına taraflardan birinin mazeretsiz katılmaması hâlinde, karşı tarafın iddia ve savunmalarını değiştirip, genişletme imkânı ortadan kaldırılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Atalı ve diğerleri, *Medenî Usul Hukuku*, 409ff.

başlamaktadır. Dolayısıyla dilekçeler verildikten sonra daha önce ileri sürülmemiş olan vakıaların ileri sürülmesi davayı genişletme olup, ancak karşı tarafın açık rızası ya da ıslah yoluyla mümkündür.<sup>49</sup> Öğretide yargılamanın devam ettiği süreçte yeni ortaya çıkan bir vakıanın ileri sürülmesi konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe<sup>50</sup> göre dava açıldıktan sonra gerçekleşen bir sadakat yükümlülüğü ihlali, açılmış olan davada ne bir boşanma sebebi olarak dikkate alınır ne de kusurun değerlendirilmesi açısından hüküm ifade eder. Bu hâlde yapılması gereken yeni sebebe dayalı olarak yeni bir dava açılmasıdır.

Diğer bir görüşe<sup>51</sup> göre ise dava açıldıktan sonra gerçekleşen yeni vakıalar, dava sebebi olarak gösterilen vakıa ile benzerlik gösterse dahi karşı tarafın açık rızası ya da ıslah olmaksızın ileri sürülemez. Bizim de kabul ettiğimiz diğer bir görüşe<sup>52</sup> göre ise dava açılmasından sonra gerçekleşen ve dava sebebi olarak gösterilen vakıalarla ilgili olan (ayrı bir dava sebebi olacak nitelikte ve kapsamda olmayan) olayların ileri sürülmesi davayı değiştirme sayılmamalıdır.

İlgili tarafın bu yeni ortaya çıkan vakıayı, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının bulunmadığı süreçte sunma olanağı bulunmamaktadır. Bu sebeple dava açıldıktan sonra ortaya çıkan vakıa, dava açılırken dava sebebi olarak ileri sürülen vakıalara benzer nitelikte ise

---

<sup>49</sup> Cenk Akil, "Boşanma Davalarında Vakıaların İleri Sürülmesi Zamanı Meselesinin Yargıtay Kararlarındaki Görünümü," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no: 1 (2010), 2-3; Orhan Eroğlu, *Islah*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 157.

<sup>50</sup> Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 145.

<sup>51</sup> Akil, "Boşanma Davalarında Vakıaların İleri Sürülmesi Zamanı Meselesinin Yargıtay Kararlarındaki Görünümü," 19.

<sup>52</sup> Bkz. Arslan ve diğerleri, *Medenî Usul Hukuku*, 357; Eroğlu, *Islah*, 159; Petek, "Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları," 27.

davayı değiştirme yasağına tâbi olmaksızın ileri sürülebilir. Örneğin boşanma davası, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış ya da evlilik birliğinin sarsılması gibi bir sebeple açıldıktan sonra dayanılan vakıalara benzer veya söz konusu vakıaların tekrarı niteliğinde yeni vakıalar gerçekteşirse, bunların ileri sürülmesi davayı genişletme olarak nitelendirilemez. Fakat başlangıçta farklı bir sebeple boşanma davası açıldıktan sonra cinsel sadakatsizliğin gerçekteşmesi ve bu yükümlülüğe aykırılığın ileri sürülerek davanın zina sebebine dayandırılmak istenmesi iddianın değiştirilmesi niteliğinde olur.<sup>53</sup> Dolayısıyla bu hâlde dava açıldıktan sonra gerçekteşen sadakat yükümlülüğu ihlalinin mevcut davada dikkate alınabilmesi, ancak karşı tarafın açık rızası ya da ıslahla mümkün sayılmalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki ıslahla ile ilgili düzenlemelere (HMK m. 176-182) bakıldığında da dava açıldıktan sonra doğan/gerçekteşen vakıaların ıslahla davaya dâhil edilmesine yasal bir engel bulunmamaktadır.<sup>54</sup> Ayrıca söz konusu durumda ıslah yolunun kapatılarak iliğinin ikinci bir dava açmak zorunda bırakılması, hem usul ekonomisine (HMK

---

<sup>53</sup> Petek'e göre başlangıçta zinaya dayalı bir boşanma davası açılıp ileri sürülen vakıalar ispatlanamamışken, eşin başka biriyle yeniden zinada bulunması mevcut davanın kabul edilip boşanmaya hükmedilmesini sağlayamaz. Çünkü başka biriyle yapılan zina yeni bir olaydır ve bu vakıanın ileri sürülmesi iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tabidir. Bkz. Petek, "Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları," 28.

<sup>54</sup> Yazarlar, eserlerinde dava açıldıktan sonra gerçekteşen vakıaların ıslah yoluyla ileri sürülmesi hususunu açıkça ele almamışlardır; fakat ıslahla yapılamayacak işlemler arasında dava açıldıktan sonra gerçekteşen vakıalara yer vermedikleri için dolaylı olarak bu işlemlerin ıslahla yapılabileceğini kabul ettikleri çıkarılmaktadır. Bkz. Pekcanitez ve diğerleri, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 308-309.

m. 30) aykırıdır hem de hak arama hürriyetine (AY m.36) yasal olmayan bir müdahale niteliğindedir.<sup>55</sup>

## **2. Boşanma Davası Açıldıktan Sonraki Dönemde Eşlerin Duygusal ve Ekonomik Sadakat Yükümlülükleri**

Her ne kadar boşanma davasının açılması, eşlerin duygusal ve ekonomik sadakat yükümlülüklerini sona erdirmese de davanın açılması ile birlikte eşlerin bu yükümlülüklerinde birtakım değişiklikler söz konusu olabilmektedir. Zira boşanma davasının açılması ile birlikte eşlerin ayrı yaşama hakları doğduğu için bu yükümlülüklerin de kapsamı daralmakta ve değişmektedir.

Eşlerin duygusal sadakat yükümlülüğünün kapsamında yukarıda da ifade edildiği üzere evlilik birliğinin devamı için gerekli olan duygusal yakınlığın, sevginin, saygının ve hoşgörünün diğer eşe gösterilmesi ve aradaki duygusal bağı olumsuz etkileyecek davranışlardan kaçınılması yer almaktadır. Boşanma davasının açılması ile birlikte, doğaldır ki eşlerin birbirine duygusal yakınlık, sevgi gösterme gibi yükümlülükleri ortadan kalkar. Fakat yükümlülüğün kapsamında yer alan diğer eşe saygı gösterilmesi, fiziksel olarak herhangi bir müdahaleden kaçınılması gibi yükümlülükler bu süreçte de devam eder. Öyle ki eşlerin bu süreçte de birbirleri hakkında iftira, tehdit, hakaret gibi sözlü davranışların yanı sıra fiziksel ve psikolojik yönden kaba hareketlerden de kaçınmaları gerekir. Ayrıca eşlerin bu dönemde de mahremiyetlerine ilişkin sır saklama yükümlülükleri devam eder.

Boşanma davasının açılması eşlerin ekonomik sadakat yükümlülüklerinin de kapsamının daralmasına ve değişmesine neden olur. Şöyle ki boşanma öncesinde eşlerin, birliğin

---

<sup>55</sup> Bkz. Yar. 2. HD, E. 2020/6051, K. 2021/1004, 03.02.2021 kararının karşı görüşü, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası).

giderlerine emek ve malvarlıkları ile katılmak, evlilik birliğinin geçimini tehlikeye atacak gereksiz harcamalardan kaçınmak, diğer eşe malvarlığı ve ekonomik durumu hakkında bilgi vermek, üçüncü kişilerle olan ekonomik ilişkilerde sır saklamak gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. Boşanma davası açıldıktan sonra eşler fiilen ayrı yaşadıkları için, birliğin giderlerine emek ve malvarlığı ölçüsünde ortak katılımın sağlanması güçleşmektedir. Ayrıca bu süreçte eşlerden birinin ekonomik durumu yerinde iken diğeri ekonomik güçlük içerisinde olabilmektedir. Kanun koyucu boşanma aşamasında diğer eşin ve çocukların geçiminin sağlanabilmesi için ekonomik bir önlem olarak tedbir nafakasını öngörmüştür.<sup>56</sup> Eşlerin ekonomik konularda birbirlerine bilgi verme yükümlülükleri bu süreçte sınırlıdır.<sup>57</sup> Fakat eşlerin bu süreçte malvarlıklarını elden çıkarmaya yönelik kötüniyetli hareketleri de ekonomik sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Boşanma davası açıldığında, boşanma kararının kesinleşmesine kadar, fiilen ortak hayatın devam etmesi beklenemese de, evlilik birliği devam edeceğinden, eşlerin birbirine bakım yükümlülüğü de devam eder. Evlilik birliği devam ettiği sürece eşlerin mali güçleri oranında bakım yükümlülüğünün devam edeceğinin kabulü, her iki tarafın mali güçleri tespit edilerek tedbir nafakasına karar verilmesini gerektirir. Bkz. Cüneyt Pekmez, "Tedbir Nafakasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi," *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, no: 1 (2021), 144.

<sup>57</sup> Boşanma aşamasında, davada talep edilmişse ve bu bilgiye başka bir şekilde ulaşılamıyorsa, eşlerden her biri diğeri gelirleri ve malvarlığı hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür. Bkz. Bräm, *ZK - Zürcher Kommentar*, Art. 159, Rn. 105.

<sup>58</sup> Eşlerin bu süreçte mal kaçırma olarak da ifade edilen yükümlülüğe aykırı hareketlerinin önlenbilmesi için tedbir olarak aile konutuna şerh konulması (TMK m. 194/III), aile mahkemesi aracılığıyla diğer mallar hakkında, mal paylaşımı yapıncaya kadar ihtiyati tedbir kararı alınması (TMK m. 169, HMK m. 391) gibi imkânlar vardır.

## SONUÇ

Eşlerin evlilik birliğinden doğan en temel yükümlülüklerinden biri olan sadakat yükümlülüğünden esas olarak cinsel sadakat anlaşılmalı birlikte, bu yükümlülüğün duygusal ve ekonomik yönlerinin de olduğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda eşlerin, genel olarak evlilik birliğinin huzur içinde devamı için ellerinden geleni yapmaları ve bu birliği tehlikeye düşürebilecek hareketlerden kaçınmaları gerekmektedir.

Eşlerin sadakat yükümlülüğü, evlilik mevcut olduğu sürece devam eder. Bu sebeple boşanma davasının açılması ile birlikte evlilik henüz sona ermediği ve eşler hâlâ evli sayıldığı için sadakat yükümlülükleri de devam eder. Eşlerin sadakat yükümlülüğünün ortadan kalkması için boşanma kararının kesinleşmesi gerekir. Her ne kadar boşanma davasının açılması eşlerin sadakat yükümlülüklerini ortadan kaldırmasa da, boşanma davasının açılması ile birlikte eşlerin ayrı yaşama hakları doğduğundan, doğal olarak sadakat yükümlülüğü türlerinin kapsamlarında da değişimler söz konusu olmaktadır.

Boşanma davası açıldıktan sonra eşlerin birbiri ile bir cinsel yakınlık kurma görevleri kalmamaktadır. Fakat üçüncü kişilerle olan ilişkilerine bu süreçte de hassasiyet göstermeleri ve sadakat yükümlülüğüne aykırı olarak nitelendirilebilecek hareketlerden kaçınmaları gerekmektedir. Eşlerin cinsel yakınlık kurma görevlerinin yanı sıra birbirine duygusal yakınlık, sevgi gösterme gibi yükümlülükleri de bu dönemde ortadan kalkar. Fakat duygusal sadakat yükümlülüğünün kapsamında yer alan diğer eşe saygı gösterilmesi, fiziksel olarak herhangi bir müdahaleden kaçınılması gibi yükümlülükler bu süreçte de devam eder. Yükümlülüğün ihlali hâlinde, hukuki ve cezai yaptırımlar söz konusu olabilir. Boşanma davasının açılması, eşlerin ekonomik sadakat yükümlülüğünün de kapsamında bazı değişikliklerin oluşmasına sebep olmaktadır. Kanunda eşlerin

bu dönemde birliğin geçimine katkılarının sağlanabilmesi konusunda önlem olarak tedbir nafakası (TMK m. 169) öngörülmüşken; diğer eşin ekonomik açıdan zararına olarak yapılabilecek işlemlerin önlenmesi için de aile konutuna şerh (TMK m. 194/III), ihtiyati tedbir (TMK m. 169, HMK m. 391) gibi imkânlardan yararlanılabilir.

Boşanma davası açıldıktan sonra eşlerin cinsel sadakat yükümlülüğü konusunda Yargıtay'ın çeşitli tarihlerde verilmiş birbirinden farklı kararları olmuştur. Söz konusu kararlar boşanma davası açıldıktan sonra sadakat yükümlülüğünün devam edip etmeyeceği ve dava açıldıktan sonra gerçekleşen sadakat yükümlülüğü ihlallerinin mevcut davada değerlendirmeye alınıp alınamayacağı konusunda belirsizliklere yol açmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, yukarıda da ifade edildiği üzere, boşanma davasının açılması sadakat yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Her ne kadar boşanma davalarının uzun sürmesi sebebiyle eşlerin çok uzun bir süre duygusal ve cinsel ihtiyaçlarını karşılayamaması söz konusu olsa da kanun koyucunun tercihi ailenin korunması yönündedir. Ayrıca şahsi hâllere ilişkin mahkeme kararlarının kesinleşmedikçe hüküm ifade etmemesi bu sonucu doğurur. Boşanma davası açıldıktan sonra gerçekleşen sadakat yükümlülüğü ihlalinin mevcut davada ileri sürülerek, boşanma davasının zina hukuki sebebine çevrilmesinin ve bu ihlalin eşlerin boşanmadaki kusur oranlarının belirlenmesinde dikkate alınmasının mümkün olup olmadığı hususunda da Yargıtay istikrar sağlayamamıştır.

Kanaatimizce bu konunun iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Buna göre dava açılmasından sonra gerçekleşen ve dava sebebi olarak gösterilen vakıalarla ilgili olan olayların ileri sürülmesi, söz konusu olaylar ayrı bir dava sebebi olacak nitelikte ve kapsamda değilse davayı değiştirme sayılmaz. Dolayısıyla boşanma davası farklı bir sebeple



açıldıktan sonra gerçekleşen bir sadakatsizlik vakıasının mevcut davada ileri sürülmesi, iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı kapsamında değerlendirilir ve bu da ancak karşı tarafın açık rızası ya da ıslah ile mümkündür.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author did not indicate whether he received financial support for this study.

**Conflict of Interest:** There is no conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated whether ethics committee approval is required.

---

## KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku Cilt 2*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.
- Akil, Cenk. "Boşanma Davalarında Vakıaların İleri Sürülmesi Zamanı Meselesinin Yargıtay Kararlarındaki Görünümü." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 1 (2010): 1-23.
- Aras, Bahattin. "Sadakat Yükümlülüğünün İhlal Edilmesi Halinde Eşin ve Üçüncü Kişinin Manevi Tazminat Sorumluluğu." *Terazi Hukuk Dergisi* 11, no. 116 (2016): 14-23.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medenî Usul Hukuku*. 6. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medenî Usul Hukuku*. 5. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Atılkan, Bilal. "Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Çankaya Üniversitesi, 2019.
- Badur, Emel ve Gamze Turan Başara. "Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no: 1 (2016): 101-136.
- Başalp, Nilgün. "Aile İçi Şiddet ve Özel Hukuk Yaptırımları." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 20, no: 3 (2014): 207-246.
- Bräm, Verena. *ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. II/1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB)*. 3. Auflage. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1998.
- Çetiner, Bilgehan. "Aldatılan Eş Manevi Tazminat Talep Edebilir Mi?." *Prof. Dr. İlhan Uluslan'a Armağan Cilt I. İstanbul Kültür*

- Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı 15, no: 2 (2016): 523-528.*
- Dede, İsmail. "Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır." *Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 23, no: 3 (2017): 643-663.*
- Demircioğlu, H. Reyhan. "Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiye Yöneltilen Manevî Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65, no:3 (2016): 687-721.*
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. 11. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.
- Ercan, İbrahim. "Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri." *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, MİHBİR Özel Sayısı 4, no: 2 (2014): 249-269.*
- Erdem, Mehmet ve Aslı Makaracı Başak. *Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Eroğlu, Orhan. *Islah*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Gülbahar, Hülya. "Kadına Yönelik Ekonomik Şiddet." *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 3, (2006): 462-475.*
- Hausheer, Heinz, Ruth Reusser ve Thomas Geiser. *BK - Berner Kommentar Band/Nr. II/1/2, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 1999.
- Hegnauer, Cyril ve Peter Breitschmid. *Grundriss des Eherechts*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2000.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Korkmaz, Ekin. "Evlilik Birliği İçindeki Ekonomik Şiddetle Mücadelede Kullanılabilecek Medenî Hukuk Araçları

- Üzerine Bir İnceleme." Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6, no: 1 (2021): 331-359.
- Kurt, L. Müjde. "Aldatılan Eşin İlişki Kurduğu Üçüncü Kişiden Manevi Tazminat Talep Edip Edemeyeceği Meselesi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 67, no: 4 (2018): 857-890.
- Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Öztan, Bilge ve Hatice Tolunay Ozanemre Yayla. "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.3.2017 Tarih, 2017/4-1334 Esas ve 2017/545 Karar Sayılı Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım." *Ankara Barosu Dergisi* 75, no: 3 (2017): 197-225.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes. *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*. 7. Bası. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019.
- Peker, Ayşe Esra ve Zülküf Narlıkaya. *Kadına Yönelik Şiddetin Bir Başka Yüzü Ekonomik Şiddet*. Çanakkale: Paradigma Akademi, 2021.
- Pekmez, Cüneyt. "Tedbir Nafakasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi." *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no: 1 (2021): 141-160.
- Petek, Hasan. "Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları." *İzmir Barosu Dergisi* 65, no: 3 (2000): 11-54.
- Roth, Herbert. *Münchener Kommentar zum BGB*. München: Verlag C.H. Beck, 2022.
- Schmid, Ursula. *OFK - Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2021.
- Serozan, Rona. "Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer Olabilir mi?."

- İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no: 1-2 (2016): 451-458.
- Tütüncü, Elif. "Ekonomik Şiddet ve Kadının Ekonomik Şiddete Karşı Korunması." *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no: 1-3 (2020): 3287-3313.
- Tüzer, Verda. "İnternet, Siberseks ve Sadakatsizlik." *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar* 3, no: 1 (2011): 100-116.
- Yıldırım, Abdulkerim. *Türk Aile Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2014.
- Zeiter, Alexandra ve Michael Schlumpf. *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG*. Zürich-Basel-Genf: Schulthess Juristische Medien AG, 2016.

# BÖLGE İDARE MAHKEMELERİNİN DOSYAYI İLK DERECE MAHKEMESİNE İADESİ VE BUNUN YARGILAMA İLKELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

## *REGIONAL ADMINISTRATIVE COURTS' EVALUATION OF RETURNING THE FILE TO THE FIRST DEGREE COURT IN TERMS OF JURISDICTION PRINCIPLES*

Enis KUŞCU\*

Aişe Sena DOĞAN\*\*

### Öz

Bölge İdare Mahkemeleri İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 5. fıkrası uyarınca ilk derece

\* İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, enis.kuscu@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0877-5148.

\*\* İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, sena.dogan@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9087-3475.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 02.11.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 06.12.2022.

**Atıf/Citation:** Kuşcu, Enis ve Aişe Sena Doğan. "Bölge İdare Mahkemelerinin Dosyayı İlk Derece Mahkemesine İadesi ve Bunun Yargılama İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 1312-1356.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



mahkemesinin ilk inceleme üzerine verdiği kararlarda hukuka aykırılık olduğunu tespit ederse veya ilk derece mahkemesince esasa ilişkin bir karar verilmiş olsa dahi görevsiz veya yetkisiz mahkeme ile reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından karar verilmesi durumunda dosyayı ilk derece mahkemesine iade eder. Ancak uygulamada kanunda yer almayan nedenlere dayanılarak da iade kararları verilmektedir. Çalışmada ilk olarak, istinaf mercii tarafından verilen karar çeşitlerine yer verilmiştir. Ardından, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 5. fıkrasında yer almayan nedenlere dayanılarak Bölge İdare Mahkemelerince verilen kararlar ve bu kararların gerekçelerine değinilmiştir. Son olarak, kanuna uygun olmayan şekilde gelişen bu uygulamanın idari yargılama hukukunda uygulanan re'sen araştırma ilkesi, dereceli yargılanma hakkı, usul ekonomisi ve kanuni mahkeme ilkeleri bakımından incelenmesi amaçlanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İstinaf, Gönderme Kararları, Re'sen Araştırma İlkesi, Dereceli Yargılanma Hakkı, Kanuni Mahkeme İlkesi.

## **Abstract**

If the District Administrative Courts determines that the decisions made by the first instance court upon the first examination are unlawful pursuant to the 5th paragraph of Article 45 of the Administrative Procedure Law, or even if a decision on the merits has been given by the first instance court, it has been rejected by the judge without jurisdiction or jurisdiction, or has been banned. If a decision is made, it returns the file to the court of first instance. However, in practice, extradition decisions are also made based on reasons not included in the law. In the study, firstly, the types of decisions made by the appellate authority are included. Then, the decisions given by the Regional Administrative Courts based on the reasons not included in the 5th paragraph of the 45th article

of the Administrative Procedure Law and the reasons for these decisions are mentioned. Finally, it is aimed to examine this practice, which develops in an unlawful manner, in terms of the principle of ex officio investigation, the right to a staged trial, procedural economy and legal court principles applied in administrative jurisdiction law.

**Keywords:** Appeal, Referral Decisions, Ex officio Investigation Principle, Right to a Graduated Trial, Legal Court Principle.

## GİRİŞ

2016 yılında göreve başlayan Bölge İdare Mahkemeleri, ilk derece mahkemelerinin verdiği kararları maddi ve hukuki yönlerden denetlemektedir. İdari yargılamanın ikinci basamağını oluşturan bu mahkemeler, yaptıkları denetim sonunda çeşitli kararlar vermektedir. Bölge İdare Mahkemesinin dosyayı ilgili mahkeme gönderme kararı verebileceği durumlar, İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) 45/5'te yer almaktadır. Kanunda belirtilen bu haller; ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunun haklı bulunması, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme ile reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olmasıdır. Sayılan durumlardan birinin varlığı halinde istinaf başvurusunun kabulüne ve ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verilerek dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Bu madde kapsamında dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi kararı verilmesi gereken sebepler sınırlı sayıdadır. Ancak uygulamada Bölge İdare Mahkemesince kanunda sayılanlardan başka sebepler nedeniyle de ilk derece mahkemesine gönderme kararları verilmektedir.

Çalışmada öncelikle genel olarak istinaf kanun yolu ve Bölge İdare Mahkemelerinin verebileceği karar türlerine değinilecektir. Ardından Bölge İdare Mahkemelerinin kanuna dayanarak verdiği iade kararları ve kanuni dayanağı olmadan



verdiği iade kararları açıklanacaktır. Kanuna dayanmayan iade kararları bakımından Bölge İdare Mahkemelerinin iade gerekçeleri incelenecektir. Son olarak ise Bölge İdare Mahkemelerinin iade kararları; yargılama ilkelerinden re'sen araştırma ilkesi, dereceli yargılanma hakkı, usul ekonomisi ve tabii hâkim ilkeleri bakımından değerlendirilecektir.

## **I. GENEL OLARAK İSTİNAF KANUN YOLU VE BÖLGE İDARE MAHKEMESİNİN VEREBİLECEĞİ KARAR TÜRLERİ**

### **A. Genel Olarak İstinaf**

2014 yılında kabul edilen 6545 sayılı Kanun ile 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ve İYUK'ta kayda değer değişiklikler yapılmış ve 2016 yılında Bölge İdare Mahkemeleri göreve başlamıştır.<sup>1</sup> İdari yargılama usulünde yer alan “*itiraz*” kanun yolu yerini “*istinaf*” kanun yoluna bırakmıştır.<sup>2</sup>

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, istinafın kelime anlamının “yeniden başlama” olduğunu ifade ederek, hukuki anlamda istinafı “*mahkemenin verdiği kararı kabul etmeyerek bir üst mahkemeye götürme*” şeklinde tanımlamaktadır.<sup>3</sup> İstinaf kanun

---

<sup>1</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2022), 798; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 800; Metin Günday, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 483.

<sup>2</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 798; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 800; R. Cengiz Derdiman, İdari Yargının Genel Esasları (Bursa: Alfa Aktüel Yayınları, 2014), 416; Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt II (İdari Yargılama Hukuku)* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 1032.

<sup>3</sup> Danıştay İDDK, E.2016/4343, K.2016/3305, 07.12.2016, Danıştay Dergisi, no. 144 (2017): 86.

yolu, idare ve vergi mahkemelerince karara bağlanmış bir davanın bir üst derece mahkemesi olan Bölge İdare Mahkemeleri önünde maddi ve hukuki yönlerden denetlenerek ikinci bir yargılamanın yapılmasını sağlayan bir başvuru yoludur.<sup>4</sup>

İstinaf, geniş ve dar anlamda istinaf olmak üzere iki şekilde tanımlanabilir. Geniş anlamda istinaf, ilk derece mahkemesi tarafından yapılan yargılama faaliyetinin söz konusu yargılamadan bağımsız bir şekilde tekrarlanmasını ifade eder. Dar anlamda istinaf kavramıyla ise ilk derece mahkemesince yapılan her işlemin değil yalnızca eksik yahut hatalı yapılan işlemlerin tekrar edilmesi kastedilmektedir.<sup>5</sup>

İstinaf kanun yolu, üç dereceli bir yargılama sisteminin gerekliliğidir. Bölge İdare Mahkemeleri tarafından verilen kararların bazıları nihai olmayıp temyiz kanun yolunun değerlendirmesine de tabidir.<sup>6</sup> Bir başka ifade ile bölge idare mahkemesi tarafından verilen bazı kararlar için temyiz kanun yolu açık olup bu kararlar için taraflar Danıştay'a başvurabilir. Kural olarak istinaf ret kararları kesindir; sınırlı sayıdaki kararlar için temyiz yolu açıktır.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Reşit Gürbüz, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 314; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2022), 535.

<sup>5</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 798; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 536.

<sup>6</sup> Mustafa Avcı, "İdari Yargıda İstinaf," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 96 (2011): 180, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-96-1139>; Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 419; Ali Ulusoy, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 232.

<sup>7</sup> Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 714.

İstinaf kanun yolunun getirilmesindeki amaç, yargılamanın hızlanması ve verilen kararların niteliğinin artırılmasıdır.<sup>8</sup> Fakat bu kanun yolunun hayata geçirilmesinin yargılama süresine ne derece etkisinin olduğu başka bir inceleme konusunu teşkil etmektedir. Her halde şunu belirtmek gerekir ki istinaf kanun yolunun oluşturulması Danıştay'ın iş yükünü azaltmıştır.<sup>9</sup>

İstinaf kanun yolu, “*temyizın şekil ve usullerine tabidir*”.<sup>10</sup> Bu noktada önemli bir hususa değinmek gerekir: Bölge İdare Mahkemeleri, istinaf incelemesinde -temyiz mahkemelerinin aksine- vakıa mahkemesi yetkilerine sahiptir. Bunun anlamı Bölge İdare Mahkemelerinin ilk derece mahkemesi gibi uyuşmazlığa konu olan olayın çözümü için maddi yönden her türlü araştırma ve inceleme yetkisine sahip olmasıdır. Bu yönüyle istinaf kanun yolu incelemesi, temyiz kanun yolundaki incelemeden ayrılmaktadır.<sup>11</sup>

## B. İstinaf İncelemesinde Verilen Karar Çeşitleri

Bölge İdare Mahkemelerinin istinaf kanun yolundaki yetkilerine İYUK'un 45. maddesinde yer verilmektedir. İstinaf mercilerindeki daireler tarafından yapılan incelemeler neticesinde usul yönünden verilen kararlar şunlardır: “*İstinaf*

---

<sup>8</sup> Bu görüşü destekler nitelikte kaynak için bkz. Yıldırım, Ramazan ve Serkan Çınarlı, *Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri* (Ankara: Astana Yayınları, 2018), 278.

<sup>9</sup> Belirtilen konularda detaylı bir inceleme için bkz. Kadir Can Özel, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Tartışmaları Üzerine Bir Değerlendirme,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 44 (Ekim 2020): 45-81, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1555539>.

<sup>10</sup> 2577 sayılı “İdari Yargılama Usulü Kanunu”, madde 45/2.

<sup>11</sup> Yunus Eraslan, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme,” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (Şubat 2020): 86, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1286613>.

*isteminin incelenmeksizin reddi, istinaf edilmemiş sayılması, istinaf isteminin süre yönünden reddi, karar verilmesine yer olmadığı ve gönderme kararı*".<sup>12</sup> İstinaf kanun yolunda verilebilecek esas yönünden kararlar ise şu şekilde belirtilebilir: "*İstinaf başvurusunun reddi ve istinaf başvurusunun kabulüyle işin esası hakkında verilen kararlar*".<sup>13</sup>

## 1. İstinaf İsteminin İncelenmeksizin Reddi

İYUK madde (mad.) 45/1 metninde ifade edildiği üzere "...konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup..." bu kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulamaz. İstinaf mercii, dava konusu miktarın bu sınırın altında kaldığı neticesine varması halinde, istinaf isteminin incelenmeksizin reddine karar verir.<sup>14</sup> Bahsi geçen parasal sınır, enflasyon artışının söz konusu olduğu her yıl bu artışına göre güncellenmektedir.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017), 330-340; Eraslan, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme," 81.

<sup>13</sup> Eraslan, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme," 84.

<sup>14</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 799; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 814; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku Cilt II (İdari Yargılama Hukuku)*, 1033; Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, 488; Gürbüz, *İdari Yargılama Hukuku*, 315; Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 424; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 544; Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 714; Ramazan Yıldırım, *Türkiye'de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri*, (Ankara: Danıştay Yayınları, Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu, Mayıs 2015), 44, <https://docplayer.biz.tr/16111304-Danistay-ve-idari-yargi-gunu-147-yil.html>.

<sup>15</sup> Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 420; Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 714; İYUK

İstinaf incelemesinde parasal sınır öngörülmüş olması çeşitli tartışmalara sebep olmaktadır. DİRDİMAN'a göre ilgili hükümde görülen beş bin Türk lirası değerindeki parasal sınır hak arama hürriyetini hukuka aykırı bir biçimde sınırlandırmaktadır; zira Anayasa'da yazılı olarak hak arama hürriyetlerini sınırlandıran sebepler arasında iş yükünün atmasını engellemek yahut benzeri bir husus yer almamaktadır.<sup>16</sup> Anayasa Mahkemesi ise parasal sınırların ölçülülük ilkesine ve demokratik toplum düzeni gereklerine uygun olması şartıyla Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediği görüşünü kararlarında<sup>17</sup> kabul etmiştir.<sup>18</sup> Hak arama hürriyeti başlıklı Anayasa'nın 36. maddesinde "...meşru vasıta ve yollardan faydalanmak..." ve "Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz." ifadeleri yer almaktadır. Bu ifadelerden

---

mad. 45/1'de belirtilen parasal sınırın her sene enflasyon karşısında değer kaybetmemesi amacıyla yapılan değiştirilme neticesinde, önceden açılan ve konusu para olan idari davalarda parasal sınırın belirlenmesi için davanın açıldığı tarihe mi yoksa temyiz kanun yoluna başvurulduğu tarihin mi esas alınacağı konusundaki detaylı inceleme için bkz. Yasin Söyler ve Muhammet Yılmaz, "Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, no. 3 (2021): 2131-2168, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1802937>.

<sup>16</sup> Derdiman, İdari Yargının Genel Esasları, 418. Kanun yollarına başvuruda parasal sınırı eleştiren görüşler için bkz. Ali Akyıldız, *İstinafa İlkesel Bakmak*, (Ankara: Danıştay Yayınları, Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu, Mayıs 2015), 24, <https://docplayer.biz.tr/16111304-Danistay-ve-idari-yargi-gunu-147-yil.html>; Zeynep Nihal Aydınoglu, "İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri" *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 34 (2018): 401-402, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980845>.

<sup>17</sup> AYM, Abdurrahman Şanda Başvurusu, B. No. 2014/3907, 7.12.2016, &27; AYM, Emine Halaç ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2017/38981, 15.9.2020, & 32. AYM, E. 1985/23, K. 1986/2, 20.1.1986.

<sup>18</sup> Söyler ve Yılmaz, "Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi," 2134.

mahkemenin görev alanı ile istinaf kanun yolundaki parasal sınırın da kast edilmek istendiği anlaşılır kanaatindeyiz.

## 2. İstinaf Edilmemiş Sayılması

İYUK mad. 45/2 hükmünün ilk cümlesinde “*İstinaf, temyiz in şekil ve usullerine tabidir*” denilmektedir. İstinaf dilekçelerinin İYUK mad. 3’te ve m.20/C-1’de<sup>19</sup> belirtilen esaslar doğrultusunda düzenlenmesi gereklidir. İstinaf dilekçesi, İYUK mad. 4’te ve m. 20/C-1 metninin son cümlesinde belirtilen kurumlara tevdi edilebilir.<sup>20</sup> Belirtilen şekilde düzenlenmemesi halinde eksikliklerin 15 gün içerisinde tamamlanması durumu, kararı veren mahkemece ilgiliye tebliğ olunur. Söz konusu 15 günlük sürede eksiklikler tamamlanmaz ise ilgili dava dairesince istinaf isteminde bulunulmamış sayılmasına karar verilir.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan referandum sonucunda Anayasa değişikliği halk tarafından teklifi kabul edilmiştir. Askeri Yargı Mercileri söz konusu Anayasa değişikliği akabinde kapatılmıştır. İYUK mad. 20/C hükmü, Anayasa değişikliği sonrasında kapanan askeri yargı yerlerinin gördüğü uyuşmazlıkların idari anlamda usulünün nasıl olacağı konusunu düzenlemek amacıyla 30.06.2021 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 7329 s. Askerî Ceza Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu’nun 16. Maddesi ile kabul edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Celal Işıklar, “İdari Yargılama Usûlü Kanunu’na 24.06.2021 Tarih Ve 7329 Sayılı Kanunla Eklenen 20/C Maddesi Hükümlerinin Değerlendirilmesi,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. 1 (2022): 347-398, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2222160>.

<sup>20</sup> Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku Cilt II (İdari Yargılama Hukuku)*, 1033.

<sup>21</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 801; Eraslan, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme,” 83; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku Cilt II (İdari Yargılama Hukuku)*, 1033; Gürbüz, *İdari Yargılama Hukuku*, 317.

### 3. İstinaf İsteminin Süre Yönünden Reddi

İYUK mad. 45/1 hükmünün ilk cümlesinde “...kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir.” denilmektedir. 30 günlük bu süre hak düşürücü niteliktedir. Bu sürenin aşılması halinde başvuru tarafından yapılan başvuru, usul yönünden eksiklik taşıdığı gerekçesiyle istinaf mahkemeleri tarafından reddedilecektir.<sup>22</sup>

### 4. Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararı

Bölge İdare Mahkemesi; ilk derece mahkemesince esas yönünden karara bağlanan dosya hakkında davanın konusuz kalması, davadan feragat, davanın kabulü ve özel kanun veya kararname hükmünde belirtilen durumlarda derece mahkemesinin kararını kaldırarak “karar verilmesine yer olmadığı” kararı vermelidir.<sup>23</sup> Örneğin, Bölge İdare Mahkemesinin bir kararında “*Davalı Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından verilen... dava konusu 16.03.2018 onay tarihli imar planı değişikliklerinin Bakanlık tarafından kendiliğinden iptal edildiği ve iptal edilen imar planı değişiklikleri yerine davaya konu aynı taşınmazlara yönelik 17.01.2019 tarihli işlemle 1/5000 ölçekli nazım imar planı ve 1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişikliklerinin onaylandığının belirtildiği görüldüğünden bakılan davanın*

<sup>22</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 801-802; Hüseyin Bilgin, Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığı (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 70-71; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 812; Gürbüz, *İdari Yargılama Hukuku*, 317; Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 420; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 544.

<sup>23</sup> Detaylı bilgi için bkz. Boz, Selman Sacit ve Yunus Eraslan, “İdari Yargılama Usulünde ‘Karar Verilmesine Yer Olmadığı’ Kararları,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 2 (2020): 389-423, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1090679>; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 826; Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, 489.

*konusunun kalmadığı anlaşılmıştır. Bu itibarla, konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, İdare Mahkemesince verilen dava konusu işlemin iptali yolundaki istinaf başvurusuna konu kararda hukuki isabet görülmemiştir.”<sup>24</sup> şeklinde karar verilmiştir.*

## 5. İstinaf İsteminin Reddi

Bölge İdare Mahkemeleri, ilk derece mahkemelerinin verdiği kararları hukuka uygun bulması halinde bu başvurunun reddine karar verir.<sup>25</sup> Bölge İdare Mahkemeleri, başvuru ile gelen kararda maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise bu yanlışlıklar düzeltilerek aynı şekilde ret kararı verir.<sup>26</sup> İlk derece mahkemesinin kararı üzerine yapılan istinaf başvurusu istinafa tabi bir karar değil ise istinaf talebinin reddine karar verilir.<sup>27</sup> Dava konusu, İYUK mad. 46’da belirtilen hallerden biri değilse verilen karar kesindir.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> İstanbul BİM 4. İDD, E. 2022/799, K. 2022/881, 24.06.2022, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=is-istanbulbim-4d-2022-799.htm&kw=karar+verilmesine+yer+olmad%C4%B1%C4%9F%C4%B1na+karar+verilmi%C5%9Ftir&cr=istinaf#fm>, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>25</sup> Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları*, 330-331; Derdiman, *İdari Yargının Genel Esasları*, 417; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku Cilt II (İdari Yargılama Hukuku)*, 1034; Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, 493; Yıldırım ve Çınarlı, *Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri*, 286.

<sup>26</sup> Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku Cilt II (İdari Yargılama Hukuku)*, 1034; Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, 494.

<sup>27</sup> Gürbüz, *İdari Yargılama Hukuku*, 317.

<sup>28</sup> Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları*, 332.



## 6. İstinaf Başvurusunun Kabulü ile Gerekli İncelemeler Sonunda Esas Hakkında Karar Verilmesi

İYUK mad. 45/4 hükmünde yer aldığı üzere Bölge İdare Mahkemeleri, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmazsa istinaf başvurusunun kabulüyle ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararının kaldırılması yönünde karar verir. Kararın kaldırılmasının ardından bölge idare mahkemesi işin esası ile ilgili yeni bir karar verir.<sup>29</sup> Bölge İdare Mahkemeleri, kararın kaldırılmasının ardından gerekli incelemeleri yaparak ya davaya konu olan idari işlemin iptaline ya da davanın esastan reddine karar verir. Söz konusu madde metni incelendiğinde “kararın kaldırılması” ifadesinin yerinde olduğu yönündeki görüşe katılmaktayız.<sup>30</sup> Bu ifadenin kullanılmaması durumunda uygulayıcılar, ilk derece mahkemesi kararı ve bölge idare mahkemesi kararı şeklinde iki kararın ortaya çıkması durumu ile karşılaşabileceklerdi.<sup>31</sup>

Davacı, kendisi hakkında verilen kamu ihalelerinden 2 yıl süresince yasaklılık kararının bakan tarafından değil de müsteşar tarafından verilmesi nedeniyle dava açmış ve ilk derece mahkemesi yetki yönünden sakatlık dolayısıyla işlemi iptal etmiştir. Ankara Bölge İdare Mahkemesi ise bu idari merci tarafından yapılan işlemin bakan tarafından yapılması gerekliliğinin kanunda yer almaması gerekçesiyle hukuka

---

<sup>29</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 756; Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları*, 332; Derdiman, *İdari Yargının Genel Esasları*, 417; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku Cilt II (İdari Yargılama Hukuku)*, 1034; Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, 493; Gürbüz, *İdari Yargılama Hukuku*, 318; Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 424; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 547; Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 715-716; Yıldırım ve Çınarlı, *Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri*, 286.

<sup>30</sup> Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları*, 332.

<sup>31</sup> Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları*, 332.

uygun bulmuş “Açıklanan nedenlerle, davalı tarafından yapılan *istinaf başvurusunun kabulü* ile Ankara 14. İdare Mahkemesi’nce verilen 23/12/2016 tarih ve E:2013/1640, K:2016/5939 sayılı kararın *kaldırılmasına*; 2577 sayılı Yasanın değişik 45. maddesinin 4. fıkrası uyarınca esastan incelenen davada, *davanın reddine*, ... , 2577 sayılı Yasanın değişik 46. maddesi uyarınca kesin olarak 26/04/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”<sup>32</sup> kararını vermiştir.

## 7. İvedi Yargılama Usulünde Görevsizlik Neticesinde Gönderme Kararı

İYUK mad. 45/8 metnine göre kanunda belirtilen ivedi yargılama usulüne tabi olan davalarda istinaf kanun yoluna başvurulamaz.<sup>33</sup> İstinaf mahkemelerinin önüne bu konularda bir başvurunun gelmesi halinde istinaf mercii, görevsizlik kararı verecek ve dosyanın Danıştay’a gönderilmesine karar verecektir.<sup>34</sup>

## II. BÖLGE İDARE MAHKEMELERİNİN İADE KARARLARI

Bölge İdare Mahkemelerinin dosyayı ilk derece mahkemesine iade kararları kanuna dayalı nedenlerle olabileceği gibi kanuna dayanmayan bazı nedenlerle de

<sup>32</sup> Ankara BİM 8. İDD, E. 2017/150, K. 2017/239, 26.04.2017, (Lexpera). (Karardaki yazı şeklindeki vurgular tarafımızca yapılmıştır.)

<sup>33</sup> Derdiman, *İdari Yargının Genel Esasları*, 418; Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, 488; Yıldırım, “Türkiye’de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri,” 44-45; Yıldırım ve Çınarlı, *Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri*, 281.

<sup>34</sup> Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları*, 330; Eraslan, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme,” 83; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku Cilt II (İdari Yargılama Hukuku)*,1033; Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 714.

olabilmektedir. Bu başlık altında belirtilen iki durum ayrı ayrı ele alınacaktır.

## A. Kanuna Göre İade Kararı Verilebilecek Durumlar

İYUK mad. 45/5'e göre Bölge İdare Mahkemeleri, "...ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek..." dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Şu halde madde hükmü incelendiğinde üç hâl dışında dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilemez:<sup>35</sup>

- a. İlk derece mahkemesince ilk inceleme üzerine verilen kararın hukuka aykırı bulunması,
- b. Davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme tarafından bakılmış olması,
- c. Davaya reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması.

### 1. İlk Derece Mahkemesince İlk İnceleme Üzerine Verilen Kararlar

İYUK mad. 14'te yer alan "Dilekçeler üzerinde ilk inceleme" başlıklı hükümde davaya ilişkin dilekçelerde ilk olarak nelerin incelendiği yer almaktadır. Doktrinde bunu davaya ait ön

---

<sup>35</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 804; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 818-823; Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları*, 336-340; Ender Ethem Atay, *İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 452; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku Cilt II (İdari Yargılama Hukuku)*, 1035; Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, 495-496; Gürbüz, *İdari Yargılama Hukuku*, 319; Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 424; Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 547; Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 715; Ulusoy, *İdari Yargılama Hukuku*, 232.

koşulların incelendiği safha olarak nitelendiren yazarlar mevcuttur.<sup>36</sup> İlgili Kanun'un 15. maddesinde ise bu inceleme üzerine verilecek kararlardan bahsedilmektedir.

İYUK mad. 45/5 hükmünde yer alan "...ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu..." metnindeki 'ilk inceleme üzerine verilen kararların' neler olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır.<sup>37</sup> İYUK mad. 15/4'e göre ilk inceleme üzerine Danıştay veya mahkemelerce verilen; 15. maddenin 1/a bendinde belirtilen idari yargının görevli olduğu konularda davanın görev ve yetki yönünden reddine ilişkin kararlarla, 1/c bendinde yazılı gerçek hasma tebliğ ve 1/d bendindeki dilekçe red kararları dışında, ilgisine göre istinaf ya da temyiz yoluna başvurulabilir. Bu hükümden hareketle ilk inceleme üzerine verilen her karar istinaf kanun yoluna açık değildir. İYUK mad. 45/5 hükmünde bahsi geçen ilk inceleme üzerine verilen kararlar, ilk inceleme konularında hukuka aykırılık bulunan istinaf kanun yoluna tabi olanlardır.<sup>38</sup>

Uygulamada ilk inceleme üzerine verilen kararlarda Bölge İdare Mahkemeleri tarafından hukuka aykırılığın tespiti halinde, farklı bir ilk inceleme sebebine dayanılarak gerekçeli istinaf başvurusunun reddine karar verildiği görülmektedir.<sup>39</sup> Bahsedilen uygulamadaki usulün kanun maddesinde

---

<sup>36</sup> Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir inceleme)*, 239.

<sup>37</sup> Çınarlı ve Azak, "Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Göndermesi Meselesi," 575-580; Eraslan, *İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme*, 88-90.

<sup>38</sup> Çınarlı ve Azak, "Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Göndermesi Meselesi," 577; Eraslan, *İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme*, 89.

<sup>39</sup> Gaziantep BİM 5. İDD. E. 2019/1327, K. 2019/1166, 19.04.2019 aktaran Eraslan, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme," 90.

benimsenerek hukuken güvence altına alınması gerektiğini düşünen yazarlar mevcuttur.<sup>40</sup> İlk inceleme aşamasında verilen kararlarla ilgili olarak gerekçeli istinaf başvuru yöntemi usul ekonomisine hizmet etse de mevcut kanuni düzlemde bu uygulama hukuka aykırılık teşkil etmektedir, düşüncesindeyiz.

## **2. Davaya Görevsiz veya Yetkisiz Mahkeme Tarafından Bakılmış Olması**

İYUK mad. 14/3-a'da yer alan ilk inceleme konularından ilkinin "görev ve yetki" hususu oluşturmaktadır. Görev, davanın hangi yargı düzeninde ve yargı düzeninde bulunan mahkeme türlerinden hangisinde görüleceği ile ilgilidir.<sup>41</sup> Yetki ise yer bakımından hangi mahkemenin yetkili olduğunu ifade etmektedir.<sup>42</sup> Belirtilen tanımlardan hareketle görev yönünden incelemede hem hangi yargı kolunun görevli olduğunu hem de idari yargı mahkemeleri içerisinde hangi mahkemenin görevine girdiği belirlenmelidir. Adli yargının görev alanına giren bir konuda idare mahkemelerince bakılmış olması ile idari yargı kolu içerisinde yer alan mahkemelerden görevsiz olanın davaya bakması durumu ayrı ayrı değerlendirilecektir.

Adli yargının görevine giren bir davanın idari yargı merci önünde açılması hali tartışmalı bir konudur. Öğretide kimi yazarlarca söz konusu hususun İYUK mad. 45/5 hükmünde yer alan görevsizlik halinin kapsamına dâhil edilip

---

<sup>40</sup> Eraslan, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme," 90.

<sup>41</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 145; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 117.

<sup>42</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 145; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 117. "Karahanoğulları, yetkinin üç farklı anlamı olduğunu ve bunların karşılığı olarak yasada iki terim kullanıldığını belirtmiştir." detaylı bilgi için bkz. Karahanoğulları, *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 246.

edilemeyeceğinde muğlaklık olduğu ifade edilmektedir.<sup>43</sup> Uygulamada istinaf başvurusu, Bölge İdare Mahkemesince kabul edilerek ilk derece yargı yerinin kararı kaldırılıp bu doğrultuda karar verilmek üzere derece mahkemesine gönderilmektedir.<sup>44</sup> Uygulamadaki yaklaşımın benimsenmesi halinde dosya, yargı yerleri arasında gidip gelecek ve bu sebeple usul ekonomisi ilkesi zedelenecektir.<sup>45</sup> Kanaatimizce kanunun lafzından görevsizlik hususunun adli ve idari yargı arasındaki görev uyumsuzluğunu da kapsadığı noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira idari yargılama hukukunda görev; ilk önce yargı kolları arasında, daha sonra idari yargı mercileri arasında inceleme konusu oluşturmaktadır. Ancak bu adli ve idari yargı düzenleri arasındaki görev uyumsuzluğunun bölge idare mahkemelerince geri gönderilmesi, yukarıda da ifade edildiği gibi usul ekonomisine aykırı olduğundan bu durumun kanunda ayrıca düzenlenerek Bölge İdare Mahkemesine karar verme yetkisi tanınmalıdır.

İYUK mad. 15/1-a hükmünde “...idari yargının görevli olduğu konularda ise görevli veya yetkili olmayan mahkemeye açılan davanın görev veya yetki yönünden reddedilerek dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesine...” ifadeleri yer almaktadır. İdari yargı düzeni içerisinde yer alan mahkemelerden görevsiz olanın davayı yürüttüğünün tespiti durumunda Bölge İdare Mahkemeleri, İYUK mad. 45/5 gereği dosyayı ilgili mahkemeye göndermelidir. Bu noktada “*ilgili mahkeme*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır. Uygulamada dosya,

---

<sup>43</sup> Çınarlı ve Azak, “Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Göndermesi Meselesi,” 580.

<sup>44</sup> Ankara BİM 10. İDD. E.2020/2157, K.2020/2634, 02.12.2020 aktaran Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, 496.

<sup>45</sup> Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, 496; Çınarlı ve Azak, “Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Göndermesi Meselesi,” 580.

istinafa konu kararı veren mahkemeye gönderilmektedir.<sup>46</sup> Doktrinde yer alan ve uygulama ile benzer bir görüşe göre de dosya kararı veren mahkemeye gönderilmelidir.<sup>47</sup> Bizim de katıldığımız ve usul ekonomisine uygun olan bir diğer görüşe göre ise ilgili mahkeme ifadesinden dosyaya bakmakla görevli olan mahkeme anlaşılmalı ve dosya kararı veren mahkemeye değil, doğrudan görevli mahkemeye tevdi edilmelidir.<sup>48</sup>

İYUK mad. 32/2'de belirtildiği üzere idari yargılama hukukunda -hukuk yargılamasının aksine- yetki kamu düzenindedir. Bu nedenle yargılama aşamasının her safhasında yetki konusu, re'sen incelenebilir. İYUK mad. 15/4'teki "...*bu maddenin 1/a bendinde belirtilen idari yargının görevli olduğu konularda davanın görev ve yetki yönünden reddine ilişkin kararlarla, ...kararları dışında, ilgisine göre istinaf ya da temyiz yoluna başvurulabilir.*" hükmünden hareketle yetki hususunda verilmiş olan dosyanın reddine ve ilgili mahkemeye gönderme kararlarının istinaf ve temyiz kanun yollarına kapalı olduğu anlaşılmaktadır. Bir önceki paragrafta belirttiğimiz ilgili mahkemeye gönderilme durumu yetki konusunda da geçerlidir. Usul ekonomisi ilkesinden hareketle ilgili mahkeme ifadesinden kararı veren ilk derece mahkemesinin değil yetkili olan mahkemenin anlaşılması gerektiği düşüncesindeyiz.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> İstanbul BİM 8. İDD, E. 2020/2049, K. 2020/1715, 15.12.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>47</sup> Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 820-821.

<sup>48</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 804; Çınarlı ve Azak, "Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Göndermesi Meselesi," 582; Yıldırım, "Türkiye'de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri," 42.

<sup>49</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 804; Çınarlı ve Azak, "Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Göndermesi Meselesi," 583.

### 3. Davaya Reddedilmiş veya Yasaklanmış Hâkim Tarafından Bakılmış Olması

İYUK mad. 31 hükmünün yollaması ile hâkimin yasaklılık ve reddi hallerinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) uygulanmaktadır. 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 450. maddesine göre 1086 s. HUMK hükümleri ilga edilmiştir. Yine 6100 s. HMK'nın 447. maddesinde "*Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır.*" hükmü bulunmaktadır. Bu hükme istinaden 1086 s. HUMK'a yapılan yollamalar, 6100 s. HMK'ya yapılmış sayılacağından İYUK mad. 31 hükmü 6100 s. HMK'ya atıfta bulunmaktadır. HMK'nın 34 ve 36. maddelerinde hâkimin reddi ve yasaklılık sebepleri düzenlenmiştir.

İYUK mad. 45/5 hükmüne göre Bölge İdare Mahkemeleri, davanın reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir.<sup>50</sup>

#### B. Bölge İdare Mahkemelerinin Kanunda Yer Almayan İade Kararları

Uygulamada Bölge İdare Mahkemeleri, kanunda sınırlı sayıda yer alan gönderme hallerini genişletmektedir. Bu kapsamda Kanun'da öngörülmeven gönderme nedenlerinden biri olarak eksik inceleme nedeniyle iade kararları dikkat çekmektedir.

---

<sup>50</sup> Detaylı bilgi için bkz. Serkan Çınarlı, *İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri* (Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020), 114 vd.



## 1. Eksik İnceleme Nedeniyle İade

Uygulamada istinaf incelemesi sırasında ilk derece mahkemesince verilen kararlar, eksik inceleme yapıldığı gerekçesiyle kaldırılmakta ve dosya ilk derece mahkemesine iade edilmektedir. Aslında burada şeklen ilk derece mahkemesince esastan verilmiş bir karar bulunmakla birlikte bu karar verilirken gerekli araştırma ve incelemelerin tam olarak yapılmaması söz konusudur. Bu konuyla ilgili olarak doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Kanun'un lafzından hareket eden birinci görüşe göre eksik inceleme nedeniyle iade, İYUK mad. 45/5'e aykırıdır<sup>51</sup>. Zira kanunda iade halleri sınırlı olarak sayılmıştır. Bu nedenle Bölge İdare Mahkemesinin dosyayı iade etmek yerine esastan incelemesi gerekmektedir.<sup>52</sup> Benzer yöndeki bir diğer görüşe göre Bölge İdare Mahkemesinin mad. 45/5'te sayılmayan durumların tümünde ilk derece mahkemesi kararının usul veya esastan verilmesi fark etmeksizin esastan inceleme yapması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>53</sup>.

Doktrinde savunulan aksi yöndeki görüşe göre ise dosyada karar vermek için gerekli olan bilgi ve belgelerin ilk derece mahkemesince elde edilememiş olması ve bu şekilde esas hakkında karar verilmiş olması durumunda, istinaf incelemesi sonucunda yeniden karar verilmek üzere dosya ilk derece mahkemesine gönderilebilir<sup>54</sup>. Zira bu durumda ilk derece mahkemesinin kanaati usule uygun olarak, tam bir şekilde

---

<sup>51</sup> Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 825; Eraslan, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme," 128.

<sup>52</sup> Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 825.

<sup>53</sup> Eraslan, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme," 98.

<sup>54</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 805.

oluşmamıştır.<sup>55</sup> Yine doktrinde Bölge İdare Mahkemesinin işin esası hakkında yeniden karar verebilmesinin, “*maddi vakialar hakkında dosyadaki bilgilerin eksiksiz ve uyumsuzluğun da salt hukuki konulara ilişkin olması*” şartına bağlı olduğu vurgulanmıştır.<sup>56</sup> Bu kapsamda her ne kadar dosyadaki eksik bilgi ve belgeler istenerek Bölge İdare Mahkemesi karar verebilirse de bu eksikliklerin “*esas hakkında verilecek kararı etkileyebilecek*” nitelikte olması durumunda dosya ilk derece mahkemesine gönderilebilecektir. Örneğin keşif, bilirkişi incelemesi yaptırılmaması veya uzman görüşü alınmamasında durum böyledir.<sup>57</sup>

## 2. Kanun’da Yer Almayan Diğer İade Nedenleri

Uygulamada ilk derece mahkemesinin esasa ilişkin bir inceleme yapmış olmasına rağmen Bölge İdare Mahkemesinin gönderme kararı verdiği durumlardan bazıları şunlardır: İlk derece mahkemesince dosyanın tekemmül ettirilmeden esastan karar verilmesi<sup>58</sup>, tarafların duruşma istemesine rağmen mahkemece duruşma yapılmadan esastan karar verilmesi<sup>59</sup>,

<sup>55</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 805.

<sup>56</sup> Günay, *İdari Yargılama Hukuku*, 493 (813 nolu dipnot).

<sup>57</sup> Günay, *İdari Yargılama Hukuku*, 494-495.

<sup>58</sup> İstanbul BİM 2. VDD, E. 2019/3423, K. 2020/817, 16.6.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Gaziantep BİM 2. İDD, E. 2021/424, K. 2022/510, 1.3.2022, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>59</sup> Ankara BİM 1. İDD, E. 2021/5712, K. 2022/257. Bölge İdare Mahkemesi, İYUK’un 16. maddesinin 4. fıkrası uyarınca miktar artırım dilekçesi veya buna cevap dilekçesi ile duruşma talep edilebileceğini, mezkûr dilekçelerin İYUK’un 17. maddesinin 3. fıkrasında geçen “dava dilekçesi ile cevap ve savunmalar” kapsamındaki dilekçelerden kabul edileceğine ve süresi içinde verilmiş olmak kaydıyla bu dilekçelerdeki duruşma istemlerinin Mahkemelerce dinlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. İzmir Bölge İdare Mahkemesi 6. İdare Dava Dairesi, E. 2018/1615, K. 2019/82, T. 24.1.2019, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Eraslan’a göre istinaf

karar sonucu ile görüşme tutanağının çelişmesi<sup>60</sup>, dava konusunun yanlış belirlenmesi<sup>61</sup>, bilirkişi ve keşif incelemesi yapılması gerekirken yapılmaması sebebiyle göndermedir<sup>62</sup>.

İlgili mevzuat gereği ilk derece mahkemesi kararının kesin nitelikte olması gerekirken, ilk derece mahkemesinin hatalı değerlendirme yapmak sureti ile taraflara istinaf kanun yolunun açık olduğunun bildirilmesi durumuyla karşılaşılabilir. Bu şekilde istinaf merci önüne gelen bir uyuşmazlıkta Bölge İdare Mahkemesi, dosyayı ilk derece mahkemesine gönderme gerekçesi olarak; her ne kadar 45/5'teki gönderme sebepleri sınırlı olarak belirlenmiş olsa da somut uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesinin kesin nitelikte karar vermesi gerekirken derece mahkemesinin yerine geçerek karar verme yetkisi bulunmadığından dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.<sup>63</sup>

---

aşamasında Bölge İdare Mahkemelerinin duruşma yapma yetkisi bulunduğu, tarafların talebine rağmen ilk derece mahkemesince duruşma yapılmaması, istinaf aşamasında giderilebilecek bir eksiklik ve bu sebeple dosya iade edilmemelidir. Bkz. Eraslan, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme," 10.

<sup>60</sup> Ankara BİM 10. İDD, E. 2021/4176, K. 2022/131; karar gerekçesi ve hüküm fıkrasının çelişmesi ile görüşme tutanağı ve kararın hüküm fıkrasının çelişmesi nedeni ile dosyanın ait olduğu mahkemeye gönderilmesine ilişkin karar bkz. Adana BİM 2. İDD, E. 2022/287, K. 2022/341.

<sup>61</sup> Ankara BİM 12. İDD, E. 2021/1749, K. 2022/166.

<sup>62</sup> Günday'a göre bu durum usul kurallarına aykırılık halidir. Bkz. Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, 492.

<sup>63</sup> İlgili BİM kararında; "Her ne kadar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 'istinaf' başlıklı (Değişik 6545 S.K./19. md.) 45. maddesinin 5.fıkrası uyarınca; bölge idare mahkemeleri; ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurularını haklı bulduğu ya da davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurularını kabul ettiği durumlarda kararı kaldırarak dosyayı mahkemesine geri gönderme yetkisine sahip olup, bunun dışında, işin esası

Doktrinde bazı yazarlarca her ne kadar istinaf merci tarafından ilk derece mahkemesine geri gönderme hallerinin kanunda sınırlı olarak belirlendiği ifade edilse de bu haller geniş yorumlanarak ilk derece mahkemesinin esastan incelemeye geçmeden karar verdiği her durumda gönderme kararı verilebileceği ifade edilmektedir.<sup>64</sup> Zira ilk inceleme konusu olmasa da ilk derece mahkemesinin esasa geçmesini engelleyen başka bazı karar türleri de bulunmaktadır.<sup>65</sup> Örneğin, ilk derece mahkemesince davanın derdestlik sebebiyle reddedilmesi

---

*hakkında karar verilen dosyalarda, varsa maddi yanlışlıkları düzeltmek veyahut hukuka uygun bulmadığı ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak ilk derece mahkemesi yerine geçmek suretiyle yeni bir karar vermek zorunda iseler de; gerçek uyuşmazlığın esası hakkında mahkemece bir yargılama yapılmaması ve uyuşmazlığın niteliğine uygun yapılmayan yargulamada ilk derece mahkemesince işin esası hakkında verilecek olan yeni kararın kesin nitelikte olması durumlarında, tarafların 'adil yargılanma hakkının' korunması ve kamu düzenine ilişkin olan görev ve yetki kurallarının ihlal edilmemesi bakımından dosyanın görevli ve yetkili mahkemesine iade edilmesi gerekir.*

*Bu bağlamda; yabancı uyruklu davacının uluslararası koruma başvurusunun, davalı idarece hızlandırılmış olarak ele alınmak suretiyle karara bağlanmış olması nedeniyle ilk derece mahkemesince, işleme uygun olarak yapılacak yargılama sonucunda olan verilecek kararın kesin nitelikte olacağı dikkate alındığında, somut uyuşmalıkta Dairemizce ilk derece mahkemesinin yerine geçilmek suretiyle bir karar verilmesi olanaksızdır." Bursa BİM 3. İDD, E. 2021/1193, K. 2022/203, 16.02.2022.*

<sup>64</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 805. Aynı yönde bkz. "İlk derece mahkemelerinin, İlk inceleme sonunda verilecek kararlardan olmamakla birlikte nihai nitelikte olan; örneğin İYUK md.6/4 uyarınca davanın açılmamış sayılmasına, İYUK md.26/2 uyarınca davanın yalnız öleni ilgilendirdiği gerekçesiyle dilekçenin iptaline dair kararlarına karşı yapılan istinaf başvurusunun haklı bulunması halinde ne yönde karar verileceğine dair İYUK md.45/5 de açık bir düzenlemenin bulunmamasına karşın, bu madde kıyasen uygulanmak suretiyle istinafa konu bu kararların da kaldırılmasına ve dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Zira; bu gibi durumlarda da ilk derece mahkemesinin davanın esasına ilişkin bir kararı mevcut değildir." Günday, *İdari Yargılama Hukuku*, 496.

<sup>65</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 805.

durumunda, istinaf incelemesinde derdestlik itirazının yerinde olmadığı anlaşılırsa işin esası görüşülmediği için dosya, ilk derece mahkemesine geri gönderilir. AKYILMAZ, SEZGİNER ve KAYA'ya göre bunun altında yatan sebep, istinafın iki dereceli yargılama sağlayarak getirdiği hukuki korumadır. Böyle bir durumda ilk derece mahkemesine dosya geri gönderilmezse istinaf ile amaçlanan hukuki koruma sağlanamayacaktır.<sup>66</sup> ÇINARLI ve AZAK ise farklı gerekçelerle aynı sonuca ulaşmışlardır. Buna göre derdestlik ilk inceleme konuları arasında yer almamakla birlikte davaya görevsiz veya yetkisiz mahkemenin bakması sonucunu doğurduğundan derdestlik halinde dosyanın geri gönderilmesi İYUK mad. 45 kapsamında hukuka uygundur.<sup>67</sup>

Uygulamada Bölge İdare Mahkemelerinin, ilk derece mahkemesinin esastan incelemeye geçmeden karar verdiği durumlardan biri de kesin hükümdür. Örneğin; ilk derece mahkemesinin kesin hüküm nedeniyle davanın reddine ilişkin verdiği kararlar bakımından istinaf merci, kararın hukuka uygun olmadığı kanaatinde ise İYUK madde 45/5 uyarınca dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar vermektedir.<sup>68</sup>

### C. Bölge İdare Mahkemesinin İade Gerekçeleri

Bölge İdare Mahkemeleri kanunda belirtilmeyen durumlarda çeşitli gerekçelere dayanarak dosyanın ilk derece mahkemesine iadesine karar vermektedir. Uyuşmazlık konusu bir olayda İdare Mahkemesi, dava konusu olan idari işlemin iptaline karar vermiştir. Kararın istinaf edilmesi üzerine Bölge İdare Mahkemesi; "*istinaf konusu karardaki ihtilaf, dosyadaki mevcut bilgi ve belgeye göre çözülebilecek nitelikte değilse, dosyayı ilk derece*

---

<sup>66</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 805.

<sup>67</sup> Çınarlı ve Azak, "Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Göndermesi Meselesi," 581.

<sup>68</sup> İstanbul BİM 9. İDD, E. 2017/2842, K. 2017/2721, 24.10.2017, (Lexpera).

*mahkemesine göndermeden re'sen araştırma ilkesi uyarınca gerekli inceleme ve araştırmaları bizzat yaparak işin esası hakkında yeniden karar vereceği*" yönünde tespitlerde bulunmuştur. Nitekim kararda bu hususun temyiz ve istinaf incelemesi arasındaki temel farklardan biri olduğu vurgulanmıştır. Bununla birlikte Bölge İdare Mahkemesi kanunda yazılı olmayan bazı hallerde istinafa tabi kararın kaldırılarak dosyanın mahkemesine gönderilebileceğini ifade etmektedir.<sup>69</sup> Buna göre;

- *"İlk derece mahkemesince uyuşmazlığın esası hakkında asgari doğru tespit ve olgular ile teknik bilgiyle oluşan deliller hiç tartışılmadan karar oluşturulmuş ise bu uyuşmazlık hakkında genel usul kuralları bağlamında verilmiş bir ilk derece mahkemesi kararının bulunduğu hukuken kabul edilemeyeceği"*<sup>70</sup>,
- *"istinaf mahkemesine ilk derece mahkemesi sıfatı da verilmediği,"*
- *"tabii hakim ilkesine de aykırılık oluşturacağı"*
- *"hususları bir bütün olarak dikkate alındığında, genel usul anlamında hukuken verilmiş bir karar bulunmadığı durumlarda, istinaf mahkemesinin özel usul kurallarına yönelik durumda olduğu gibi" istinaf merci dosyayı ilk derece mahkemesine gönderebilir.*<sup>71</sup>

<sup>69</sup> Ankara BİM 5. İDD, E. 2019/244, K. 2019/1038, 5.11.2019, (Lexpera).

<sup>70</sup> *"Buna karşın, istinaf konusu edilen kararda; ilk derece mahkemesince davanın konusu hatalı kurgulanmış veya maddi olayın çözümünde dayanan olguların dava konusu işlem yönünden hatalı olarak dayanak alınmış veyahut da uyuşmazlığın çözümü teknik bilgiyi gerektirdiği halde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmadan veya eksik yaptırılmak suretiyle gerekli teknik bilgiye dayalı veriler değerlendirilmeden ya da dava konusu edilen işlemlerden birisi veya birkaçı hakkında inceleme ve değerlendirme yapılmadan karar oluşturulma yönüne gidilmiş olması ile davacılarından bir kısmı yönünden esasa ilişkin oluşmuş karar bulunmaması gibi nedenlerle"*

<sup>71</sup> Söz konusu kararın temyiz incelemesinde Danıştay, idari işlemin iptaline karar veren İdare Mahkemesi kararının İYUK mad. 45/5'te belirtilen karar türlerinden olmadığına kanaat getirmiştir. Dan. 6. D, E. 2020/5633, K. 2020/10572, 9.11.2020.

Kararda her ne kadar genel usul kuralları bağlamında verilmiş bir ilk derece mahkemesi kararının bulunmadığı ifade edilmekteyse de idari işlemin iptaline karar verilmek suretiyle esas hakkında verilmiş bir karar mevcuttur. Bu kabule bağlı olarak istinaf mahkemesinin işin esası hakkında karar vermesi durumunda ilk derece mahkemesi sıfatı ile hareket etmiş olmayacağı ve tabii hâkim ilkesinin ihlal edilmeyeceği sonucuna varılmaktadır. Nitekim benzer yöndeki bir başka uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi, idari işlemin iptaline ve tazminata karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar vermiştir. Bölge İdare Mahkemesi yazılı sınav kâğıdının incelenmemesi ve bilirkişi incelemesi yapılmaması gerekçesiyle; ilk derece mahkemesince uyuşmazlığın esası hakkında yargılama yapılmadığı, bu nedenle istinaf merciinin karar vermesi durumunda ilk derece mahkemesince verilen bir karar bulunmadığından ikinci derecede yargılanma hakkının fiilen tesis edilemeyeceği yönünde hüküm kurmuştur.<sup>72</sup> Bu kararı değerlendiren ÇAĞLAYAN, kanundaki gönderme hallerinin sınırlı olduğu, ilk derece mahkemesince iptal kararının varlığına rağmen istinaf merciinin bunu esasa ilişkin bir karar olarak değerlendirmemesi, dolayısıyla hem şekil hem öz bakımından iki dereceli yargılamanın tesis edilmiş olduğu gerekçeleriyle Bölge İdare Mahkemesinin kararını eleştirmektedir.<sup>73</sup>

Bölge İdare Mahkemesinin iade kararları verirken vurguladığı diğer bir gerekçe, İYUK mad. 45/5'te yasal boşluk bulunmasıdır. İdari yargıda tarafların istemi üzerine duruşma yapılmasının zorunlu olduğu hallerde, buna riayet edilmemesi

---

<sup>72</sup> Ankara BİM 3. İDD, E. 2018/777, K. 2019/571, 7.3.2019, aktaran Ramazan Çağlayan, "İdari Yargıda İstinaf Uygulamasındaki Bazı Sorunlar Üzerine Düşünceler," *Terazi Hukuk Dergisi* 14, no. 160 (Aralık 2019):2298.

<sup>73</sup> Çağlayan, "İdari Yargıda İstinaf Uygulamasındaki Bazı Sorunlar Üzerine Düşünceler," 2298.

adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğünün ihlali niteliğindedir. İlk derece mahkemesinin duruşma yapılmaksızın karar vermesi halinin istinaf incelemesine konu olması durumunda İYUK'ta istinaf merciinin ne tür karar vereceği yönünde bir düzenleme bulunmaması, Kanun'da "gerçek olmayan nitelikte açık olmayan" yasal boşluk olarak ifade edilmektedir. Bu bakımdan İYUK mad. 45/5'in "yeterli ve tatmin edici" bir düzenlemeyi içermediği vurgulanmaktadır.<sup>74</sup>

Bölge İdare Mahkemesinin kararlarında, ilk derece mahkemesine dosyanın iadesi konusunda yer verdiği diğer bir gerekçe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına dayanmaktadır.<sup>75</sup> Buna göre Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca uluslararası sözleşme hükmünün İYUK'un 45. maddesine göre öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir. Bölge İdare Mahkemesine göre her ne kadar AİHS'de dereceli yargılanma hakkı düzenlenmemiş olsa da taraf devlet, kendi mevzuatında kanun yollarına başvurma hakkını düzenlediğinde bu aşamanın da adil yargılanma hakkına uygun olması gerekmektedir.<sup>76</sup> Ancak doktrinde Mahkeme'nin bu görüşü eleştirilerek İYUK mad. 45'in uygulanmamasının hukuk tekniğine uygun olmadığı belirtilmektedir. Buna göre dereceli yargılanma hakkı, sınırlanabilir bir haktır.<sup>77</sup>

Yukarıdaki kararlardan hareketle; Bölge İdare Mahkemesinin İYUK mad. 45/5'e aykırı olarak dosyayı geri gönderme gerekçeleri genel olarak istinaf merciince hem ilk

---

<sup>74</sup> İzmir BİM 6. İDD, E. 2018/1615, K. 2019/82, 24.1.2019, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>75</sup> İstanbul BİM 2. VDD, E. 2019/3423, K. 2020/817, 16.6.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>76</sup> İstanbul BİM 2. VDD, E. 2019/3423, K. 2020/817, 16.6.2020, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>77</sup> Çınarlı ve Azak, "Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Göndermesi Meselesi," 600.



derece hem kanun yolu yetkilerinin kullanılamayacağı, kanuni mahkeme ilkesine aykırılık, İYUK mad. 45/5'te yasal boşluk bulunması, dereceli yargılama hakkının ihlali ve AİHS'nin 6. maddesine dayanmaktadır.

### **III. BÖLGE İDARE MAHKEMELERİNİN GÖNDERME KARARLARININ YARGILAMA İLKELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Bölge İdare Mahkemelerinin kanunda öngörülmediği halde ilk derece mahkemesine gönderme kararı vermesi; idari yargılama usulüne hâkim olan re'sen araştırma ilkesi, dereceli yargılama ilkesi, usul ekonomisi ilkesi ve kanuni mahkeme ilkesi bakımından ayrı ayrı değerlendirilecektir.

#### **A. Re'sen Araştırma İlkesi**

Re'sen araştırma ilkesi, uyumsuzluğun çözümü için gerekli olan bilgi ve belgelerin toplanması hususunda davanın taraflarının yanında mahkemenin de yetkili olmasıdır.<sup>78</sup> İdari yargılama hukukunda İYUK'un 20. maddesinin 1. fıkrası uyarınca re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Re'sen araştırma yetkisinin kapsamındaki hususlardan biri, *"maddi olayın varlığının araştırılması ve delillerin elde edilmesi"*dir.<sup>79</sup> Bölge idare mahkemeleri hukuki ve maddi denetim yapma yetkileri kapsamında, *"maddi meselenin tespitinde hata bulursa... davayı yeni baştan ele alacak, delilleri değerlendirecek ve böylece maddi olayın tanımlamasını da bizzat yapacaktır"*.<sup>80</sup> Bölge İdare Mahkemeleri, ilk

---

<sup>78</sup> Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 235.

<sup>79</sup> Zuhâl Bereket, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1996), 197.

<sup>80</sup> Gökhan Taneri, *İstinaf Mahkemeleri* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2014), 17'den aktaran Çınarlı, *İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri*, 181.

derece mahkemesinin kullandığı tüm yetkileri kullanabilir. Uyuşmazlığa konu olan maddi vakıaların gerçek olup olmadığını araştırır, delilleri ve somut olaya doğru hukuk kurallarının uygulanıp uygulanmadığını değerlendirir.<sup>81</sup> Bu kapsamda “yeniden maddi delil değerlendirmesi” yapma yetkisi bulunan Bölge İdare Mahkemesi, İYUK mad. 45/4 uyarınca işin esası hakkında yeniden karar vereceği hallerde bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verebileceği gibi keşif de yapabilir.<sup>82</sup> Bölge İdare Mahkemelerinin bu yetkilere sahip olmasına rağmen; işin esasına girerek karar verebileceği durumlarda gönderme kararı vermeleri, istinaf incelemesini temyiz incelemesine yakınlaştırmaktadır. Nitekim temyiz ve istinaf mercilerinin inceleme yetkilerinin kapsamının farklılığı mevzuatta açıkça düzenlenmiştir.

## B. Dereceli Yargılanma Hakkı

Hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, “kişinin aleyhine verilen bir hükmün başka bir yargı mercii tarafından gözden geçirilmesini ve denetlenmesini isteyebilmesini” güvence altına almaktadır.<sup>83</sup> Anayasa Mahkemesi, 27.12.2018 tarihli ve E. 2018/71, K. 2018/118 künyeli kararında, “hükmün denetlenmesini

---

Bölge İdare Mahkemelerinin hukuki ve maddi vakıaları inceleme yetkisine sahip olması karşısında ilk derece mahkemesi hâkimleri rehavete kapılmamalıdır. Aynı yöndeki görüş için bkz. Cenk Akil, 22.07.2020 Kabul Tarihli ve 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile İstinafa İlişkin Olarak Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1, no. 45 (Ocak 2021): 425, 20 numaralı dipnot, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/59541/857735>.

<sup>81</sup> Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 803.

<sup>82</sup> Çınarlı, *İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri*, 182-184.

<sup>83</sup> AYM, E. 2018/71, K. 2018/118, 27.12.2018, § 12, RG. 15/2/2019, S. 30687; AYM, E. 2020/21, K. 2020/53, 1/10/2020, § 19, RG. 17.11.2020, S. 31307.

*talep etme hakkı*” kavramını ilk kez kullanmıştır.<sup>84</sup> Hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, Anayasa’nın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyeti kapsamında korunmaktadır.<sup>85</sup> Bu hakkın anayasal dayanaklarından biri de Yargıtay ve Danıştay’ın düzenlendiği Anayasa’nın 154 ve 155. maddeleridir.<sup>86</sup>

Hükmün denetlenmesini talep etme hakkının söz konusu olabilmesi için öncelikle bir kişi aleyhine verilmiş bulunan bir hüküm mevcut olmalıdır. Hüküm, mahkemenin esasa ilişkin olarak uyuşmazlığı sona erdiren kararlarını ifade ettiğinden dolayı hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, davanın esasına ilişkin inceleme noktasında karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir deyişle ilk derece mahkemesinin usule ilişkin verdiği kararlardan dolayı hükmün denetlenmesini talep etme hakkı söz konusu olmaz.<sup>87</sup> Bu hak, hükmün konusu fark etmeksizin tüm yargılamalar için geçerli olmakla birlikte suç isnadının yer aldığı yargılamalar bakımından medeni hak ve yükümlülere ilişkin olan yargılamalara göre daha geniş olarak yorumlanacaktır.<sup>88</sup>

<sup>84</sup> Ebru Gündüz ve Hakan Gündüz, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 49 (2022): 6, <https://taad.taa.gov.tr/dergiler/taad/taad-49>; AYM, E. 2018/71, K. 2018/118, 27/12/2018, RG. 15/2/2019, S. 30687.

<sup>85</sup> AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27.12.2018, § 9, RG. 15.2.2020, S. 30687; AYM, E. 2020/21, K. 2020/53, 1.10.2020, § 10, RG. 17.11.2020, S. 31307.

<sup>86</sup> AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27.12.2018, § 9, RG. 15.2.2020, S. 30687; AYM, E. 2020/21, K. 2020/53, 1.10.2020, § 14, RG. 17/11/2020, S. 31307.

<sup>87</sup> Hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ve kanun yoluna başvurma hakkı, bu noktada birbirinden ayrılmaktadır. Kanun yoluna başvurma hakkı, ilk derece mahkemesinin hem esas hem usule yönelik nihai kararlarının denetlenmesini ifade etmesi bakımından hükmün denetlenmesini talep etme hakkını kapsar. Bkz. Gündüz ve Gündüz, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı,” 15.

<sup>88</sup> AYM, E.2020/21, K. 2020/53, 1/10/2020, § 14, 23, RG. 17.11.2020, S. 31307.

Hükmün denetlenmesi hakkının şartlarından bir diğeri, verilen hükmün kişinin aleyhine olmasıdır. Nitekim bu husus, Anayasa Mahkemesi'nce *"Bu hakkın sağladığı güvenceler ancak ilk kez aleyhe hüküm kurulduğu anda işlerlik kazanır."*<sup>89</sup> şeklinde tespit edilmiştir. Karardaki bu belirlemeden hareketle doktrinde Bölge İdare Mahkemelerinin ilk derece mahkemesinin esasa ilişkin bir kararının eksiksiz bir şekilde kurulamadığı durumlarda iade kararı vermesinin dereceli yargılanma hakkını tesis edeceği ifade edilmektedir.<sup>90</sup>

Anayasa Mahkemesi, bu hak kapsamında yapılan denetimin hukukilik denetimi ile sınırlı mı olacağı yoksa maddi denetimi de kapsayacağı mı hususunda yasa koyucunun takdir hakkının bulunduğunu, mahkeme hükmünün denetiminin maddi olguların değerlendirilmesini de kapsamı gerektiğine dair bir anayasal zorunluluk bulunmadığını, denetimi gerçekleştirecek organın hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığına yönelik bir denetim yapma yetkisi ile donatılması, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sağlanmasına ilişkin anayasal yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından yeterli olduğunu vurgulamıştır.<sup>91</sup> Bununla birlikte Bölge İdare Mahkemelerinin denetim yetkisi hem hukukilik hem maddi denetimi kapsadığına göre Bölge İdare Mahkemelerinin maddi denetim yapmaksızın dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi de hükmün denetlenmesini talep etme hakkının ihlali niteliğindedir. Zira Bölge İdare Mahkemesinin gönderme

---

<sup>89</sup> AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27.12.2018, § 23, RG. 15.2.2020, S. 30687.

<sup>90</sup> Çınarlı ve Azak, "Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Göndermesi Meselesi," 598.

<sup>91</sup> AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 16; AYM, E. 2020/21, K. 2020/53, 1.10.2020, § 21.

kararları kesin nitelikte olduğundan, ilk derece mahkemelerinin ısrar hakkı bulunmamaktadır<sup>92</sup>.

Bölge İdare Mahkemesi kararında<sup>93</sup> yer alan “*uyuşmazlık hakkında genel usul kuralları bağlamında verilmiş bir ilk derece mahkemesi kararının bulunmadığı*” ve “*istinaf mercine ilk derece mahkemesi sıfatı verilmediği*” iddiaları dereceli yargılama hakkının ihlal edildiğine işaret etmektedir. Bir başka Bölge İdare Mahkemesi kararında ilk derece mahkemesince duruşma yapılması gerekirken yapılmaması ile ilgili olarak “*istinaf mahkemesince ilk derece mahkemesinin yerine geçilerek eksiklikler tamamlanmak ve işin esası hakkında karar verilmek suretiyle sonuçlandırılması halinde, birden fazla dereceli yargılamanın taraflara sağladığı hukuki güvence ve faydanın ortadan kalkacağı, bu suretle, yargılamanın, kanun koyucunun iradesine de uygun olmayan şekilde, tek derecede gerçekleşmesi sonucunun doğabileceği, anılan madde hükmünde açıkça sayılmayan bu gibi bazı hukuka aykırılık hallerinde de, kaldırma kararları sonrasında, dosyaların ilk derece mahkemelerine gönderilmesine karar verilmesinin, adil yargılanma hakkının gereği olduğu*” ifade edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlarından biri olarak usul ekonomisi ilkesini kabul etmektedir. Ancak bu hak, Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırmasının şartlarına uygun olarak sınırlandırılabilir.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> Uygulamada genellikle Bölge İdare Mahkemelerinin kanuna dayanmayan sebeplerle verilen iade kararlarının hüküm fıkrasında, bu kararların İYUK madde 45/5 uyarınca verildiği ve kesin olduğu vurgulanmaktadır. Bu kararların kesin olmadığı yönündeki görüş için bkz. Eraslan, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme,” 124-125.

<sup>93</sup> Ankara BİM 5. İDD, E. 2019/244, K. 2019/1038, 5.11.2019, (Lexpera).

<sup>94</sup> Gündüz ve Gündüz, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı,” 25; AYM, E. 2018/71, K. 2018/118,

### C. Usul Ekonomisi İlkesi

Usul ekonomisi ilkesi, Anayasa'nın 141. maddesinde *"davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir."* şeklinde yer almaktadır. Usul ekonomisi ilkesi; basitlik, ucuzluk ve hızlilik unsurlarından oluşmaktadır.<sup>95</sup> Basitlik unsuru kapsamında hâkim, öncelikle kanunlarla öngörölmüş olan usul kurallarına uymak zorundadır; yoruma açık durumlarda ise usul ekonomisi ilkesi uygulanmalıdır. Diğer bir deyişle usul ekonomisi ilkesi kanunlara aykırı bir şekilde uygulanamaz.<sup>96</sup> Hızlilik unsurundan *"davanın uzamasına sebebiyet vermeme zorunluluğu"* anlaşılmalıdır.<sup>97</sup> Ucuzluk unsuru ise *"gereksiz masrafa yol açmama zorunluluğu"*dur.<sup>98</sup> Usul ekonomisi ilkesi, tüm yargılama hukuklarında geçerli bir ilkedir.

Usul ekonomisi ilkesi hem ilk derece aşamasında hem de kanun yolları aşamasında uygulama alanı bulur. Dolayısıyla Bölge İdare Mahkemeleri de usul ekonomisi ilkesine riayet etmek ile yükümlüdürler. Ancak bu noktada usul ekonomisi

---

27.12.2018 §17; AYM, E. 2020/21, K. 2020/53, 1.10.2020, § 22, 30, RG. 17.11.2020, S. 31307.

<sup>95</sup> Ejder Yılmaz, "Usul Ekonomisi," Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57, no. 1 (2008): 250, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42946/519788>; RÜZGARESEN ise usul ekonomisi ilkesini "yargılamanın, makul giderle ve makul süre içinde, kalite standartlarına uygun bir hizmetle ve düzenli bir biçimde yürütülmesi" olarak tanımlayarak, unsurlarını; makul süre, makul miktarda gider ve "yargılamanın kalite standartlarına uygun hizmetle ve düzenli olarak yapılması" olarak ortaya koymaktadır. Bkz. Cumhuriyet Rüzgaresen, "Usul Ekonomisi İlkesinin İhlaline Karşı Başvuru Yolları," Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Mihir Özel Sayısı 4, no. 2 (2014): 174-175, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213525>.

<sup>96</sup> Yılmaz, "Usul Ekonomisi," 252.

<sup>97</sup> Yılmaz, "Usul Ekonomisi," 257.

<sup>98</sup> Yılmaz, "Usul Ekonomisi," 265.

ilkesinin amaç değil, yargılamanın amacına ulaşması için bir araç niteliğinde olduğu unutulmamalıdır.<sup>99</sup> Buna ek olarak usul ekonomisi ilkesi, kanuna aykırı olarak yorumlanamaz. Örneğin Bölge İdare Mahkemesinin kanunda yazılı iade sebeplerinin varlığı halinde usul ekonomisini gerekçe göstererek esastan inceleme yapması ve karar vermesi mümkün değildir.

Usul ekonomisi bakımından tartışmalı olan hususlardan biri, Bölge İdare Mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlıkta adli yargının görevli olduğunu düşünmesi durumunda, kanuna göre dosyayı ilgili mahkemeye gönderme kararı vermesi meselesidir. Bölge İdare Mahkemelerinin adli yargıya dosyayı göndermesi söz konusu olamayacağından buradaki ilgili mahkeme uyuşmazlık konusu olayda kararı veren ilk derece idari yargı mahkemesidir<sup>100</sup>. Bölge İdare Mahkemesinin İYUK mad. 45/5 uyarınca verdiği karar kesin olduğundan görevsizlik kararı, idare mahkemesi tarafından verilmektedir. Bu usul ise usul ekonomisi ilkesi bakımından tartışmalıdır.<sup>101</sup>

Bölge İdare Mahkemelerinin İYUK mad. 45/5 dışındaki konularda iade kararı vermesi, usul ekonomisi ilkesine açıkça aykırıdır. İlk derece mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlıkta esastan karar vermiş olmasına rağmen bölge idare mahkemesinin ilk derece mahkemesince “*yapılmayan duruşma veya davanın ihbarı, eksik gerekçe veya eksik inceleme*” gibi usul yönünden kendisinin tamamlayabileceği eksiklikler nedeniyle iade kararı vermemesi gerekir. Zira bu eksiklikler, maddi

---

<sup>99</sup> Yılmaz, “Usul Ekonomisi,” 246.

<sup>100</sup> Gül Üstün, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme.” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 22, no. 2 (Ekim 2016): 20, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/275221>.

<sup>101</sup> Üstün, Gül, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme,” 29.

yönden inceleme yetkisine haiz olan bölge idare mahkemesince tamamlanabilecek eksikliklerdir. Bunların istinaf merciince yapılmaksızın dosyanın gönderilmesine karar verilmesi, yargılamanın gereksiz yere uzamasına neden olacaktır.<sup>102</sup>

Bölge İdare Mahkemesinin ilk derece mahkemesince esastan incelenen bir uyuşmazlıkta usule ilişkin bir sorun görürse ne yönde karar vermesi gerektiği ayrıca ele alınması gereken bir konudur.<sup>103</sup> İYUK mad. 45/4'e göre Bölge İdare Mahkemesi ilk derece mahkemesinin esastan verdiği kararı hukuka aykırı bulursa kararı kaldıracak ve işin esası hakkında karar verecektir. "İşin esası" ifadesi ile uyuşmazlığın esasına yönelik kararlar anlaşıldığından bu hususta kanunda boşluk bulunmaktadır.<sup>104</sup> ERASLAN'a göre Anayasa'da düzenlenen usul ekonomisi ilkesi gereğince Bölge İdare Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin esastan karar verdiği bir uyuşmazlıkta, kararı hukuka aykırı bulursa ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak uyuşmazlığı usulden inceleyebilir.<sup>105</sup> Ancak uygulamada aksi yönde kararlar mevcuttur. Örneğin; ilk derece mahkemesinin esastan inceleyerek karar verdiği bir uyuşmazlıkta Bölge İdare Mahkemesi, idari merci tecavüzü nedeniyle dosyayı ilk derece mahkemesine iade etmiştir.<sup>106</sup> Bu gibi durumlarda usul ekonomisinin sağlanması amacıyla İYUK mad. 45'e yeni bir fıkra

---

<sup>102</sup> Eraslan, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme," 128.

<sup>103</sup> Eraslan, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme," 87.

<sup>104</sup> Eraslan, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme," 87.

<sup>105</sup> Eraslan, "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme," 87; Aynı yönde bkz. Çınarlı ve Azak, "Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Göndermesi Meselesi," 579.

<sup>106</sup> Adana BİM 2. İDD, E. 2021/1564, K. 2022/330, 15.02.2022.



eklenmesi ve Bölge İdare Mahkemesine görevli idare merciine tevdi, davanın reddi veya dilekçenin iptali kararı verme yetkisi tanınması önerilmektedir.<sup>107</sup>

#### **D. Kanuni Mahkeme İlkesi**

Kanuni mahkeme ilkesi, kişilerin doğacak uyuşmazlıklar öncesinde yargılamanın yapılacağı görevli ve yetkili mahkeme ile bu mahkemelerdeki usullerin belli olmasını ifade etmektedir.<sup>108</sup> Kanunla belirlenen mahkemenin hâkimine tabii (doğal) hâkim denilirken bunu öngören prensip ise tabii hâkim ilkesidir.<sup>109</sup> Kanuni mahkeme ilkesi, tabii hâkim ilkesini de gerektirmektedir.<sup>110</sup>

AİHS'in 6. maddesinde yer alan "...yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından..." ifadesi kanuni

<sup>107</sup> Benzer yöndeki görüş için bkz. Çınarlı ve Azak, "Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Göndermesi Meselesi," 579; Günday, İdari Yargılama Hukuku, 496.

<sup>108</sup> Hakan Pekcanitez, "Medenî Yargıda Adil Yargılanma," *İzmir Barosu Dergisi*, no. 2 (Nisan 1997) 40, <http://kutuphane.izmirbarosu.org.tr/img/19972.pdf>; Sezin Aktepe Artık, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014), 174; Süha Tanrıver, "Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 53 (2004): 194, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-53-44>.

<sup>109</sup> Burak Taş, "Hukukun Genel Bir İlkesi Olarak Tabii Hâkim İlkesi," *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (2022 ): 1765, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/yuhfd/issue/66299/1038177>; Aktepe Artık, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, 178; Süha Tanrıver, "Tabii Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 104 (2013): 12, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1240>.

<sup>110</sup> Cem Alper Akdoğan, *Türk Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Adil Yargılanma Hakkı*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 73; Aktepe Artık, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, 178; Tanrıver, "Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı," 194.

mahkeme ilkesinin uluslararası hukuk alanında kabul edildiğini göstermektedir. Anayasamızın “*Kanuni hâkim güvencesi*” başlıklı 37. maddesinin 2. fıkrasında “*Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.*” denilerek kanuni mahkeme ilkesi güvence altına alınmıştır. Anayasamızın 142. maddesinde de “*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*” denilerek kanuni mahkeme ilkesine yer verilmiştir.

Bir önceki bölümde incelediğimiz kanunda yer almayan iade sebepleri ile istinaf mahkemelerinin dosyayı ilk derece mahkemelerine göndermesi durumu kanuni mahkeme ilkesi ile çelişmektedir. Kanunen dosya İYUK mad. 45/5 hükmünde belirtilen haller dışında ilk derece mahkemesine gönderilemez. Bölge İdare Mahkemeleri ise uygulamada, usul ekonomisi ve adil yargılanma ilkelerinin sağlanması amacıyla kanunda yer almayan gönderme sebepleriyle dosyayı ilk derece mahkemesine iade etmektedir.<sup>111</sup> İzlenen bu usulde, kanunda görevli olarak belirlenmiş istinaf mahkemeleri yerine görevsiz olan ilk derece mahkemelerinin davaya bakması söz konusu olmaktadır. Tüm bu belirlemeler ışığında; gönderme kararları neticesinde görevli olmayan ilk derece mahkemelerinin davayı yürütmesi, kanuni mahkeme ilkesine aykırılık teşkil etmektedir, kanaatindeyiz. Uygulama ile ortaya çıkan bu husus ile uyuşmazlıklar, verilen kararların adil yargılanma hakkının bir unsuru olan kanuni mahkeme ilkesine aykırı olması hasebiyle bireysel başvuru yoluna konu olabilir.

## SONUÇ

Bölge İdare Mahkemelerinin dosyayı ilk derece mahkemesine iade kararları, kanuna dayanan ve kanuna dayanmayan sebepler olarak ikiye ayrılmaktadır. Kanuna

---

<sup>111</sup> Bu makalenin “C. Bölge İdare Mahkemesinin İade Gerekçeleri” başlığı altında incelenmiştir.

dayanmayan iade nedenlerinden bazıları şunlardır: İlk derece mahkemesince eksik inceleme yapılması, dosyanın tekemmül ettirilmeden esastan karar verilmesi, tarafların duruşma istemesine rağmen mahkemece duruşma yapılmadan esastan karar verilmesi, karar sonucu ile görüşme tutanağının çelişmesi, dava konusunun yanlış belirlenmesi, bilirkişi ve keşif incelemesi yapılması gerekirken yapılmaması. Sayılan sebeplere dayanılarak verilen iade kararları hukuki olmayan birtakım neticelere yol açmaktadır.

Bölge İdare Mahkemeleri kanuna dayanmayan nedenlerle dosyanın ilk derece mahkemesine iade kararı verirken dereceli yargılamanın ihlal edilmesi, tabii hâkim ilkesine aykırılık, İYUK mad. 45/5'te yasal boşluk bulunması, AİHS 6. maddesinin İYUK mad. 45'e göre öncelikli olarak uygulanması gerektiği gibi gerekçelere dayanmaktadır. Ancak ortaya çıkan uygulamanın, idare hukukunda kabul edilen yargılama ilkelerince değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

İlk derece mahkemesinin eksik inceleme sonucunda hüküm kurması halinde Bölge İdare Mahkemesi, dereceli yargılama hakkının tesis edilmesi amacıyla dosyanın iadesine karar vermektedir. Bununla birlikte maddi vakıaları inceleme yetkisine haiz olan Bölge İdare Mahkemesi, bu durumda re'sen araştırma ilkesine aykırı hareket etmiş olmaktadır. Hatta bu durumun istinaf incelemesini temyiz incelemesine yakınlaştırdığı söylenebilir.

Aleyhine hüküm tesis edilen tarafın bir üst mahkemeye başvurması hakkı Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınmıştır. Bölge İdare Mahkemelerinin iade kararı vermeksizin dosyayı esastan inceleyerek karar vermesi, ilk derece mahkemelerinin yerine geçmesi sonucunu doğurmaktadır. Belirtilen durum, derece mahkemesini denetleyecek olan Bölge İdare Mahkemelerini doğrudan esastan hüküm kurar duruma getirmektedir. Bu uygulamanın benimsenmesi, dereceli yargılama hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Bölge İdare Mahkemesinin kanunda yazılı iade sebeplerinin varlığı halinde usul ekonomisini gerekçe göstererek esastan inceleme yapması ve karar vermesi mümkün değildir. Kanunda yer alan “ilgili mahkeme” ifadesi muğlaktır. İlgili mahkemeden kararı veren derece mahkemesinin mi görevli olan mahkemenin mi anlaşılacağı aşikâr değildir. Bölge İdare Mahkemesi, dosyayı karar veren ilk derece mahkemesine iade ederse, Bölge İdare Mahkemesi kararı kesin nitelikte olduğundan ilk derece mahkemesi tekrar dosyanın görevli mahkemeye tevdiine karar verecektir. Bu halde zaman ile kaynak israfı doğacak ve usul ekonomisi ilkesi zedelenecektir.

Kişiler uyuşmazlıklarının kanunda güvence altına alınan mahkemelerde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Belirtilen durum, kanuni mahkeme ilkesi olarak adlandırılmaktadır. Bölge İdare Mahkemesi, İYUK mad. 45/5’te tahdidi olarak sayılan sebepler dışında bir iade nedenine dayanarak hüküm kurduğunda, kişilerin uyuşmazlığı kanunen belirlenenin dışında bir mahkemede görülecektir. Bu halde kanuni mahkeme ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

Belirtilen tüm bu sebepler nedeniyle, kanunda yer almayan iade sebeplerine dayanılarak verilen gönderme kararları yargılama ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple kanunda yer almayan iade sebeplerine dayanılarak gönderme kararı verilebilmesi için kanunla düzenlenme yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekçe gerektirmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author did not indicate whether he received financial support for this study.

**Conflict of Interest:** There is no conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated whether ethics committee approval is required.

---

---

**KAYNAKÇA**

- Akdoğan, Cem Alper. *Türk Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Akil, Cenk, "22.07.2020 Kabul Tarihli ve 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile İstinafa İlişkin Olarak Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1, no. 45 (Ocak 2021): 417-435. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/59541/857735>.
- Aktepe Artık, Sezin. *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014.
- Akyıldız, Ali. *İstinafa İlkesel Bakmak*. Ankara: Danıştay Yayınları, Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu, Mayıs 2015. 11-32. <https://docplayer.biz.tr/16111304-Danistay-ve-idari-yargi-gunu-147-yil.html>.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2022.
- Avcı, Mustafa, "İdari Yargıda İstinaf." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 96 (2011): 179-204. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-96-1139>.
- Aydınoglu, Zeynep Nihal, "İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 34 (Nisan 2018): 387-423. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980845>.
- Bereket, Zuhale. *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Bilgin, Hüseyin. *Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığı*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.
- Boz, Selman Sacit ve Eraslan Yunus: "İdari Yargılama Usulünde 'Karar Verilmesine Yer Olmadığı' Kararları.", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 2

- (2020): 389-423.  
<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1090679>.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Çağlayan, Ramazan. "İdari Yargıda İstinaf Uygulamasındaki Bazı Sorunlar Üzerine Düşünceler." *Terazi Hukuk Dergisi* 14, no. 160 (Aralık 2019): 2286-2301.  
<https://www.jurix.com.tr/article/20089>.
- Çınarlı, Serkan ve Kerim Azak. "Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Göndermesi Meselesi." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, no. 2 (2022): 571-603.  
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2258415>.
- Çınarlı, Serkan. *İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Derdiman, R. Cengiz. *İdari Yargının Genel Esasları*. Bursa: Alfa Aktüel Yayınları, 2014.
- Eraslan, Yunus. "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme." *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 1 (Şubat 2020): 77-132.  
<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1286613>.
- Eser, Albin. "Yasal Hâkim ve Münferit Olayda Tespiti (Der "gesetzliche Richter")." Çeviren Centel Nur. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 9, (1995): 49-71. <https://docplayer.biz.tr/42243413-Yasal-hakim-ve-munferit-olayda-tespiti.html>.
- Gönenç, Levent. *Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı. TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri*, 2011.  
[https://www.tepav.org.tr/upload/files/1299851562-0.Yarginin\\_Bagimsizligi\\_ve\\_Tarafsizligi.pdf](https://www.tepav.org.tr/upload/files/1299851562-0.Yarginin_Bagimsizligi_ve_Tarafsizligi.pdf).Gözübüyük,

- A. Şeref ve Turgut Tan. *İdare Hukuku Cilt II (İdari Yargılama Hukuku)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Günday, Metin. *İdari Yargılama Hukuku*. Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- Gündüz, Ebru ve Hakan Gündüz. "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 49. (2022): 1-28. <https://taad.taa.gov.tr/dergiler/taad/taad-49>.
- Gürbüz, Reşit. *İdari Yargılama Hukuku*. Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- Işıklar, Celal. "İdari Yargılama Usûlü Kanunu'na 24.06.2021 Tarih Ve 7329 Sayılı Kanunla Eklenen 20/C Maddesi Hükümlerinin Değerlendirilmesi." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. 1 (2022): 347-398. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2222160>.
- Kalabalık, Halil. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2022.
- Karahanoğulları, Onur. *İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir inceleme)*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Keskin, Züleyha. "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 96 (2011): 235-262. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-126-1603>.
- Pekcanitez, Hakan. "Medenî Yargıda Adil Yargılanma." *İzmir Barosu Dergisi*, no. 2 (Nisan 1997) 35-55. <http://kutuphane.izmirbarosu.org.tr/img/19972.pdf>.
- Rüzgaresen, Cumhur. "Usul Ekonomisi İlkesinin İhlaline Karşı Başvuru Yolları." *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Mihbir Özel Sayısı 4, no. 2 (2014): 173-213. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213525>.



- Söyler, Yasin ve Muhammet Yılmaz. "Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, no. 3 (2021), 2131-2168. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1802937>.
- Tanrıver, Süha. "Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 53 (2004): 191-215. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-53-44>.
- Tanrıver, Süha. "Tabî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 104 (2013): 11-35. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1240>.
- Taş, Burak. "Hukukun Genel Bir İlkesi Olarak Tabii Hâkim İlkesi." *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no. 2 (2022): 1763-1791. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/yuhfd/issue/66299/1038177>.
- Üstün, Gül. "İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 2 (Ekim 2016): 13-38. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/275221>.
- Özel, Kadir Can. "İdari Yargıda İstinaf Sistemi Tartışmaları Üzerine Bir Değerlendirme." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 44 (Ekim 2020): 45-81. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1555539>.
- Ulusoy, Ali. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Yıldırım, Ramazan. *Türkiye'de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri*. Ankara: Danıştay Yayınları, Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu, Mayıs 2015. 33-54. <https://docplayer.biz.tr/16111304-Danistay-ve-idari-yargi-gunu-147-yil.html>.
- Yıldırım, Ramazan ve Serkan Çınarlı. *Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri*. Astana Yayınları, Ankara, 2018.

Yılmaz, Ejder. "Usul Ekonomisi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, no. 1 (2008): 243-274, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42946/519788>.

# ALMAN FEDERAL ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 26.2.2020- 2 BvR 23347/16, 651/16, 1593/16, 2354/16, 2527/16 KARARINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME<sup>1</sup>

Gunnar DUTTGE\*

Meral EKİCİ\*\*

## Giriş<sup>2</sup>

Alman ceza hukukunda intihar etmek suç değildir. Suç olmayan bir eyleme iştirak edenler de ceza hukukundaki

<sup>1</sup> Karar incelemesinin aslı için bkz. Prof. Dr. iur. Gunnar Duttge, "Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 26.2.2020- 2 BvR 2347/16, 651/16, 1261/16, 1593/16, 2354/16, 2527/16," MedR (2020) 38, 570- 572. Eser yazarın izniyle Türkçeye çevrilmiş ve yayınlanmıştır.

\* Prof. Dr. iur. Gunnar DUTTGE, Zentrum für Medizinrecht/Institut für Kriminalwissenschaften, Georg- August- Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen, Deutschland.


\*\* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. İletişim: meral.ekici@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5857-5662.

<sup>2</sup> Orijinal metinde yer almayan giriş bölümü çeviren tarafından metne eklenmiştir.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 16.08.2022.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 26.09.2022.

**Atıf/Citation:** Duttge, Gunnar ve Meral Ekici. "Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 26.2.2020- 2 BvR 23347/16, 651/16, 1593/16, 2354/16, 2527/16 Kararına İlişkin Bir Değerlendirme." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2022): 1357-1370.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

bağlılık kuralı gereğince cezalandırılmaz. Ancak Alman kamuoyunda ve bilim çevrelerinde intihara yardım niteliğindeki bazı eylemlerin cezalandırılması gerektiği konusu, yoğun olarak tartışılmaktadır. Bu tartışmalar neticesinde 2015 yılında, intihara yardım niteliğindeki belli bazı eylemler Alman Ceza Kanunu'nun 217. paragrafı ile cezai yaptırıma bağlanmıştır. Alman Kanun Koyucu bu düzenlemeyle intihar yardımının diğer bir ifadeyle yardımcı ötenazinin sağlık sektöründe bir hizmet olarak sunulmasının önüne geçmek istemiştir. Zira bazı kurum veya kuruluşların veya kişilerin intihar etmek isteyen kimselere ölümcül ilaçları temin etmek, tedarik etmek veya temin edilmesine aracılık etmek gibi düzenli tekliflerde bulunduğu vakalarla geçmişe göre daha sık karşılaşılmaktadır. Kanun koyucu da organize bir şekilde yardımcı ötenazi yani intihar yardımı yapılmasının normalleşme tehlikesine karşı harekete geçmiş ve söz konusu cezai düzenlemeyi yapmıştır.<sup>3</sup>

Ne var ki Alman Federal Anayasa Mahkemesi, AİCK §217'yi 26 Şubat 2020 tarihinde iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen AİCK'nun "profesyonel intihar yardımı" başlıklı 217. paragrafı şu şekildeydi: "(1) Profesyonel olarak, bir başkasının intiharına yardım veya aracılık eden kimse, üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır. (2) İntihar etmek isteyen kişinin akrabası veya yakını olan ve profesyonel olarak hareket etmeyen şerikler cezalandırılmaz."

Söz konusu paragraf, intihar etmek isteyen birine profesyonel olarak yardım edilmesini yasaklamakta ve bu şekilde intihar yardımı yapan kişileri cezalandırmaktaydı. Aynı paragrafın 2. fıkrasında ise bir akraba veya yakınının intiharına yardım eden, ancak bunun için herhangi bir ücret almayan

---

<sup>3</sup> Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 22. Aufl., München 2021, §8, kn. 16.

kişiler açısından özel bir şahsi cezasızlık nedeni getirilmişti. Bu düzenlemeyle Almanya'da hekimlerin veya kimi kurum veya kuruluşların profesyonel olarak bir kimseye intihar yardımı sunmaları, kamuoyunda bilinen adıyla yardımcı ötanazi yasaklanmıştı. Alman Federal Anayasa Mahkemesi verdiği iptal kararında; kişinin kendi yaşamını sonlandırma yani intihar etme konusunda serbestçe karar verebilme hakkı olduğuna ve bunu yaparken başkalarından yardım talep edebileceğine işaret etmiştir. Mahkeme yaşamın sonunu belirleme ve bunun için başkalarından yardım alma hakkını, Alman Anayasasının 1. ve 2. maddeleri ile koruma altına alınan genel kişilik hakkının yansıması olan kendi geleceğini belirleme, bireysel otonomi hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme genel kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını son derece geniş yorumlamakta, kişinin kendi bedeni ve yaşamı üzerindeki tasarruf hakkını da bu kapsamda değerlendirmektedir. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı yani bireysel otonomi, aynı zamanda kişinin yaşamını nasıl sonlandıracağına karar verme özgürlüğünü de içerir. Kişinin yaşamını sonlandırma yani kendi ölümüne ilişkin karar verme hakkı, ağır veya tedavisi mümkün olmayan bir hastalığının bulunması gibi üçüncü kişilerce belirlenen ölçütlerle sınırlandırılmaz.<sup>4</sup> İnsanın özgür iradesiyle yaşamına son vermesi, insan onurunun son bir ifade edilişi olarak değerlendirilmektedir. Mahkeme kararını verirken devletin yaşam hakkını koruma ödeviyle ölmek isteyen kişinin özerkliğine saygı gösterme ödevi arasındaki çatışmaya dikkat çekmiş ve temel hakların sınırlanmasında ölçülülük ilkesini vurgulamıştır. Bireylere kendi ölümüne ilişkin serbestçe karar verebilme haklarını kullanabilecekleri yeterli alan bırakılmamasının, orantısız bir sınırlama olacağını belirtmiştir. Bireyin ölümü belirleme hakkını kullanabilmesi için, üçüncü

---

<sup>4</sup> Rengier, §8, kn. 17.

kişilerin bu hakkın kullanılmasına yapacakları katkının cezalandırılmayacağına da yasal olarak güvence altına alınması gerekir.<sup>5</sup> Sonuç olarak, Alman Federal Anayasa Mahkemesi AICK §217'yi Anayasanın garanti altına aldığı özgürlükleri ölçüsüz biçimde sınırlandırdığı gerekçesiyle Anayasaya aykırı bulmuştur. Araştırmacılara faydalı olması amacıyla karara ilişkin değerlendirmeden önce, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin AICK §217'yi iptal gerekçesinin resmi özeti de aşağıdaki şekilde Türkçeye çevrilmiştir.

### **Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararının Özeti<sup>6</sup>**

a) Alman Anayasası'nın 2. maddesinin 1. fıkrası ve 1. maddesinin 1. fıkrasıyla güvence altına alınan genel kişilik hakkı, bireyin özerkliğinin bir yansıması olarak kişinin kendi belirlediği şekilde ölme hakkını da kapsar.

b) Kendi belirlediği şekilde ölme hakkı, kendi yaşamına son verme, intihar etme özgürlüğünü de içerir. Devlet ve toplum, kişinin kendi yaşam kalitesi ve var oluşunun anlamını dikkate alarak verdiği, yaşamını sona erdirme kararına, bireyin kendi kaderini tayin hakkının çıkış noktası olarak, saygı göstermelidir.

c) Kişinin kendi yaşamına son verme özgürlüğü, bu amaçla üçüncü kişilerden yardım isteme ve eğer böyle bir yardım hizmeti sunuluyorsa bundan yararlanma özgürlüğünü de kapsar.

2. Devlet aldığı tedbirlerle doğrudan veya dolaylı olarak temel hak ve özgürlükleri sınırlandırabilir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklere ilişkin tedbirler Anayasa'ya uygun

---

<sup>5</sup> Rengier, §8, kn. 17.

<sup>6</sup> Orijinal metinde yer almayan karar özeti, çeviren tarafından metne eklenmiştir. Kararın aslı için bkz. Erişim tarihi Haziran 21, 2022, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226\\_2bvr234715.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr234715.html).

olmalıdır. AİCK §217/1 ile profesyonel intihar yardımının cezai yaptırıma bağlanarak yasaklanması, intihar etmek isteyen kişilerin, profesyonel olarak sunulan ve intihar ederken tercih edecekleri böyle bir yardımdan faydalanmalarını fiilen imkânsız hale getirmektedir.

3. a) Profesyonel intihar yardımı yasağı, katı ölçülülük kriterine göre değerlendirilmelidir.

b) İntihar yardımına ilişkin düzenlemeyle getirilen sınırlamanın orantılı olup olmadığı değerlendirilirken, farklı anayasal güvenceler arasında bir gerilim alanında hareket edildiği göz önünde bulundurulmalıdır. Yaşamını sona erdirmeye konusunda karar vermiş olan bir kimsenin, kendi geleceğini belirleme hakkının bir parçası olan nasıl öleceğini belirleme hakkına saygı gösterilmesini talep etme hakkı ile devletin intihar etmek isteyen kişinin özerkliğini ve üstün hukuki değer olarak yaşam hakkını koruma ödevi çatışır.

4. Anayasa bireyin özerkliğine ve yaşam hakkına büyük önem vermekte, bu haklara üstünlük tanımaktadır. Anayasanın bireyin özerkliğine ve yaşam hakkına tanıdığı üstün konum, esas itibarıyla bunların etkili bir şekilde korunmasında ceza hukuku araçlarının da meşruiyet zeminini oluşturur. Hukuk sistemi, bireyin özerkliği açısından tehlikeli olabilecek belli bazı intihar yardımı şekillerini cezai yaptırıma bağlasa bile, yasağa rağmen istisnai durumlarda gönüllü intihar yardımına erişime imkân sağlayacak açık kanallar bırakmak zorundadır.

5. AİCK §217/1'deki profesyonel intihar yardımı yasağı, yardımlı intihar seçeneklerini o kadar çok sınırlandırmaktadır ki, neredeyse bireylere anayasal olarak korunan özgürlüklerini kullanabilecekleri hiçbir alan kalmamaktadır.

6. Hiç kimse intihar yardımı yapmak zorunda bırakılamaz.

## Kararın Değerlendirmesi:

Bu karar, beklendiği gibi basında ve yorumcular arasında birbirinden tamamen farklı tepkilere yol açmıştır. Söz konusu karar kimileri için devletin “ölüm üzerindeki hakimiyetini elinden alacak” olan, uzun zamandır beklenen bir “zincirlerin kırılması” anlamına gelirken, başkaları açısından “insanlığın mağlubiyeti” ve Alman yargı uygulamasının en karanlık zamanlarından biridir. Alman Etik Komisyonu Başkanı Peter Dabrock, başkalarını da temsilen “aşırı yüceltilen bir özgür irade kavramından” şikâyet etmektedir. Söz konusu özgür irade anlayışı, yaşamın korunmasına ilişkin yükümlülükle arasında var olması gereken zorunlu “dengeyi” göz ardı etmekte ve bu nedenle de mevcut hukuk kültürünü sarmaktadır<sup>7</sup>. Alman Palyatif Tıp Derneği (DGP), Alman Federal Mahkemesinin bu kararının, arzu edilmeyen intihar organizasyonlarının faaliyetleri için, takdir alanı açacağını düşünmektedir. Dernek “ölmekte olan kimselere bakım evlerinde, hastanelerde ve aile ortamında sağlanması gereken genel şartların kamuoyunda geniş bir şekilde tartışılmasını” talep etmektedir<sup>8</sup>. Etik, palyatif tıp ve teoloji tarafından yapılan eleştiriler, kendi kaderini kendi belirleyen insan resmini çok naif bulan ve başkalarının iyiliği için -hele de yaşamsal bir zaruret anında- empatik bir yaklaşımla sunulan bakım hizmetini “kardeş bir topluluktaki bireysel yaşam formlarıyla”<sup>9</sup> özgürlük hakları arasında var olması zorunlu bir bağ olarak gören birini, kesinlikle düşünmeye sevk edecektir. Bununla birlikte artık üzerinde düşünülmesi gereken Alman Ceza Kanunu §217'nin hukuki değerlendirilmesi değildir. Şu andan itibaren acilen yapılması gereken yeni düzenleme üzerine kafa yorulmalıdır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında yer verdiği

---

<sup>7</sup> Dabrock, SZ, 27.1.2020.

<sup>8</sup> Pressemitteilung, 26.2.2020.

<sup>9</sup> Habermas, Erläuterungen zur Diskursethik, 1991, s.70.



gerekçelerin tümü eşit derecede tatmin edici olmasa da AİCK §217'nin iptali kaçınılmazdı.

1. "Profesyonel intihar yardımı" suç tipi başından beri dikkat çekici bazı tutarsızlıklar içermekteydi. Kanun koyucu bir yandan, bireyin kendi ölümü hakkında, ne zaman ve nasıl öleceği de dahil olmak üzere "özerk/otonom" karar vermesini garantileyen ve o zaman için "üzerinde iyi düşünülmüş bir cezai düzenleme yaklaşımı" ortaya koymuş ve yaşamın devamına ilişkin zorlamanın "anayasaya aykırı"<sup>10</sup> olduğunu saptamıştı; diğer yandan palyatif tıbbi bakım hizmetini yalnızca önemli ve teşvike değer bir öneri olarak görmemiş, aynı zamanda palyatif tıbbi bakım hizmetini, kurumsal olarak sunulan profesyonel intihar yardımı yerine ondan "kategorik olarak farklı"<sup>11</sup>, ama aslında "daha doğru" bir alternatif olarak, neredeyse hararetle, içtenlikle kamu vicdanına sunmuştur. "Özerkliği tehdit eden menfaat çatışmaları" ve "sınırlamalar"<sup>12</sup> tek bir açıdan ele alınırsa, AİCK §217'deki düzenlemeden daha üstün olan ne tür bir "özerklik/otonomi"dir sorusu ortaya çıkar. Bireyin vermesi muhtemel eylem kararlarından bazılarının, devlet tarafından cezai müeyyidelerle caydırma yoluyla önceden belirlenmiş olması, hürriyet terennümünden çok bilgiç tavrılı vesayetçi bir anlayışa işaret ediyor. Sınırları devletin ceza normlarıyla belirlenen bir iradi hareket anlayışı, özgürlükten çok, her şeyi daha iyi bilen bir tepeden bakmayı yansıtıyor. Zira alternatif iki yoldan birini seçmesi için kişi cezayla tehdit ediliyor. İntihar amacıyla ölümcül maddelere erişimin Narkotik Maddeler Kanunu ve hekimlere rezerve edilerek engellenmesi, yani münferit olayların kendi içindeki özellikleri dikkate alınmaksızın yapılacak her türlü yardımın yasaklandığı göz

---

<sup>10</sup> BT-Dr. 18/5373, 10.

<sup>11</sup> BT-Dr. 18/5373, 17.

<sup>12</sup> BT-Dr. 18/5373, 17.

önünde bulundurulduğunda, bu intiba güçlenmektedir. Bu yaklaşım, bugüne kadar hâkim hukuk politikası açısından, marjinal bir bakış açısı olmayıp, bütüne bilinçli olarak eklenmiş tamamlayıcı cüzdü. Aksi halde Alman Federal İdare Mahkemesinin 3.2.201713 tarihinde verdiği kararla hukuka aykırı olduğunu açıkladığı, intihar etmek isteyen kişilere narkotik ilaç teminini kategorik olarak yasaklayan “uygulama yönetmeliğindeki,” kuvvetler ayrılığı ilkesini hiçe sayan anayasa ihlali açıklanamaz. Alman Federal Anayasa Mahkemesi bunu çok isabetli bir şekilde gördü ve intihar etmek isteyen kişinin, bunun için başkalarından yardım alabileceği seçeneklerin – AİCK §217’deki yasağa uyulması halinde- sadece “teoride” var olduğunu (kn. 280) ve “kendi kaderini tayin hakkının” bu açıdan “içinin fiilen boşaltılmış” olduğunu (kn. 264) tespit etti. İntihar kararını uygulamakta ısrarlı olan kişiye, bu durumda fazla bir seçenek kalmamaktadır: Az veya çok amatör<sup>14</sup> birinden yardım almak veya “yalnız ve acı çekerek ölmek”<sup>15</sup> veya Zürih’e seyahat etmek. Anestezi altında bulunanlar ve huzurevi sakinlerinin intihar etmek istemeleri halinde profesyonel yardım almalarının yasaklanması Anatole France’a göndermeyle “yüce majestelerinin kanunu” şeklinde de ifade edilebilir. Kişinin “yaşamın son anlarına ilişkin olarak kendi kaderini tayin hakkının” “manipülasyon ve dış etkilere”<sup>16</sup> karşı güçlü bir şekilde garanti altına alınması zorunluluğunun, özellikle aile çevresinde vazgeçilebilir olduğu gibi genel bir kabul<sup>17</sup> isabetli olmadığı gibi, AİCK §217 ile intihara “yardımı” cezalandırırken, haksızlık içeriği daha fazla olan intihara azmettirmeyi (AİCK §26) cezalandırmamak<sup>18</sup> da

<sup>13</sup> BVerwG, MedR 2017, 823 m. Anm. R. Merkel.

<sup>14</sup> Berghäuser, ZStW 128 (2016), 741ff.

<sup>15</sup> Rosenau/Sorge, NK 2013, 108, 116.

<sup>16</sup> BT-Dr., 18/5373, 10ff.

<sup>17</sup> Daha önce de ifade edildiği üzere Duttge, NJW 2016, 120, 122ff.

<sup>18</sup> Aynı yönde Weigend, in: FS f. Kindhäuser, 2019, 841, 850.

mantıklı değildir. Bununla birlikte özellikle bir yandan kişinin kendi kaderini tayin hakkının kutsallığını savunurken, öte yandan “intihar kararını irade özgürlüğü açısından şüpheli hale getiren” bir ceza normunu hukuka uygun bulmak hiç inandırıcı değildir (kn. 279). Bir eylemi tamamen yasaklayarak “özerkliğin korunması” yaklaşımı, özerklik düşüncesini tam tersine çevirir. Kanun koyucunun ceza normunu, aynı zamanda ve öncelikli olarak intiharla mücadelede bir araç olarak gördüğü<sup>19</sup>, net olarak anlaşılmaktadır. Başkasının intiharına yardım edenlerle intihar riski altında bulunan kişilerin bir araya gelecekleri cazip bir prosedür oluşturmak yerine, AİCK §217'nin mantığının “kapıları kapatmak” olduğu ortadadır – ve dahası: doğal olarak Alman ceza hukukunun sınırları<sup>20</sup> içinde kalmak kaydıyla. Ama söz konusu mantık kamu yararını gözeten, sorumlu bir etik tavrın değil, bilakis genellikle St.- Florian ilkesi (veya uluslararası: NIMBY= not in my backyard/benim arka bahçemde değil) olarak bilinen rasyonel bir egoizmin göstergesidir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararının hiçbir surette eleştirilemeyecek yanı; tutarsız, aşırı vesayetçi ve bundan öte hekimler arasında belirgin tereddütler yaratan bu düzenlemeyi kanun koyucunun elinden alması ve parlamento çoğunluğunun ortaya koyduğu kötü eseri, anayasaya uygun olacak bir şekilde yorumlamaya da yanaşmamasıdır. Artık “intihar hakkının” “insanın kişiliğinin ve bireyselliğinin” (kn 209) bir parçası olarak en üst düzeyde tanınması da bir o kadar eleştirilmeyen hususlardan biridir. Elbette bunun zorunlu şartı; kararın, kişinin özgür iradesinin ürünü olmasıdır. Çünkü “intiharın”<sup>21</sup> ahlaka

---

<sup>19</sup> BT-Dr. 18/5373, 8: „etkin bir şekilde mücadele edilmesi gereken rahatsız edici gelişmeler.”

<sup>20</sup> Tartışma için bkz. Duttge, ZStW 129 (2017), 448, 457.

<sup>21</sup> BGHSt 6, 147, 153; 46, 179, 185 karşı yönde değerlendirme ile birlikte bkz. Duttge, NStZ, 2001, 546ff. ve Sternberg-Lieben, JZ 2002, 150ff.

veya hukuka aykırı olmadığı, son zamanlarda verilen yargı kararlarının gerekçeleriyle de ortaya konmuştur. Ve ayrıca, anayasa yargısında özellikle insan hakkı meselesi ele alındığından, dairenin karar alma sürecindeki yorumlarıyla, yaşamın korunmasına ilişkin son derece tek yanlı bir şekilde “çoşkulu retorikle,” “temel bir intihar hakkı” algısı<sup>22</sup> yarattığı suçlaması, isabetli değildir. Aksine mahkeme, “en üstün değer olarak yaşamın korunması” (kn. 223 vd., 275 vd.) hakkını ve devletin ceza hukuku vasıtalarıyla (kn. 339) da bu hakkı koruma ödevini açıkça vurgulamaktadır. Yalnızca “bağlantılı” bir kendi geleceğini belirleme hakkından (özerklik) söz edilmesi bile kafa karıştırıcıdır, çünkü bağlantılı özerklik kavramı öncelikle (kn. 235) olağanüstü çok yönlü bir kavramdır<sup>23</sup> ve hatta bireyselliği kısıtlar, ki bu kesinlikle<sup>24</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesinin niyeti olamaz. Avusturya Ceza Kanunu §78’de olduğu gibi pek çok yabancı ülke hukuk düzenlerinde intihara yardımı kendine özgü- sui generis bir suç olarak düzenlerken, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin intihara yardım eden kişiyi, temel haklara ilişkin koruma şemsiyesi altına alması konusu ise zayıf, hatta bir önerme olarak kalmıştır (kn. 213). Bu düzenleme genellikle; intihar eylemine üçüncü bir kişinin katılımı, yardım eden (hukuka aykırı bir şekilde)<sup>25</sup> yaşamın reddine ortak olarak, eylemi toplumsal boyuta taşımaktadır diye gerekçelendirilir. Ceza hukukunun asıl amacına ve hareket teorisini esas alan temellerine yakından bakmak bunun neden inandırıcı olmadığını açıklar: Tabi ki intihara yardım eden kişi

---

<sup>22</sup> Geyer, FAZ 5.3.2020.

<sup>23</sup> Özetle Steinfath:/Wiesemann u.a. (Hrsg.), *Autonomie und Vertrauen*, 2016, 11, 34ff.

<sup>24</sup> Bauer, *Normative Entgrenzung. Themen und Dilemmata der Medizin- und Bioethik in Deutschland*, 2017, 264, 266.

<sup>25</sup> Krş. BGH, MedR 2019, 722, 723 d. (Hayat Zarar Vermez „Leben ist kein Schaden“)

de kendi iradesiyle (sadece AİCK §217 bağlamında) intiharın nedenlerinden biri olur ve bu sebeple de intihar eden kişiyle hedefi ortaktır<sup>26</sup>; fakat onun amacı (azmettireneden farklı olarak!) “aslî failin” fiiline dolaylı olarak yardım etmektir. Bir fiil iki kişinin iştirakiyle fakat özerklik ilkesi neticesinde ortaya çıkmışsa ve kişinin kendi hukuki değerini ihlal eden eylemleri ceza hukukunu ilgilendirmiyorsa<sup>27</sup>, bunun zorunlu mantıki sonucu fiilin bütünü için geçerli olanın onun ayrılmaz parçası için de geçerli olmasıdır. Şerikler “yardım niteliğindeki eylemi,” intihar etmek isteyen kişinin “özerk kararına” bağlı olarak gerçekleştirdiklerinden, cezai müeyyideye ve böylelikle de kınanmaya konu olacak bir hukuka aykırılığın bulunmadığının tespit edildiği ifade edilmiş olsaydı<sup>28</sup>, bu Alman Federal Anayasa Mahkemesinin gerekçesini çok daha güçlü temellendirebilirdi. Buradan orantılılık ilkesi ölçütünün, konu ayırt etmeden genel geçer bir şekilde kullanılmasının, yapısal olarak ceza hukuku normlarına karşı duyarsızlık yaratma tehlikesi taşıdığı bir kez daha görülmektedir.

3. Aynı şey Alman Federal Anayasa Mahkemesinin, kanun koyucuya yapılması gereken (ve ilgili faaliyetlerin başlayacağına dair ilk beyanlar ışığında: acilen) yeni düzenlemeyle ilgili tavsiyelerinde de görülmektedir. Sorumluluğu toplumun bütününe ait olan, yıllarca gecikmiş kurumsal bir süreç, yalnızca yeni ceza hukuku normlarıyla güvence altına alınamaz. “İntihar yardımının özel bazı tehlikeli tezahürlerini” genel olarak yasaklama ve böyle bir yasağı “AİCK

---

<sup>26</sup> Bu anlamda Schockenhoff, *Ethik des Lebens*, 2009, 546.

<sup>27</sup> Bkz. Fateh-Moghadam, *Suizidbeihilfe: Grenzen der Kriminalisierung* (Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics), 2015, 20; Roxin, *StrafR AT*, 4. Aufl. 2006, § 13, Rdnr. 12.

<sup>28</sup> Her suçun özü olarak haksızlık konusunda bkz. Kühl, *FS f. Kühne*, 2013, 15 ff.

§217'nin ruhuna uygun olarak ceza hukukuna yerleştirme" konusu üzerinde ayrıca düşünülebilir (kn 339). Ancak tam da burada Anayasaya aykırılık kararı ikna ediciliğini yitirmektedir ve özgür iradenin kanıtlanabilir manipülasyona karşı korunması<sup>29</sup> gibi durumlar haricinde tamamen yanlış değerlendirilmektedir: Eğer (potansiyel) yardıma konu olan eylem, özgür iradenin ürünüyse, yardımın "tekrar etme niyetiyle," "organize şekilde," "açgözlülüğten" veya başka bir nedenle "tehlikeli" veya "ahlaka aykırı" görünen yollarla sağlanması da burada hiçbir şeyi değiştirmez<sup>30</sup>. Ceza hukuku yalnızca antisosyal fiilleri cezalandırmayı hedefleyen ve toplumun geleceğine yön verme konusunda elverişsiz (ayrıca çoğu zaman faydasız) bir araçtır. Bununla birlikte ceza hukuku, hukuki değerlerin önemi göz önünde bulundurulduğunda, usule ilişkin (temel) normları güvence altına almakta haklı olabilir. Burada en büyük zorluk her iki konuya da aynı derecede hizmet edecek bir prosedürü kurgulamak olacaktır: Bu prosedür bir yandan kendi iradeleriyle intihar etmek isteyen kişiler açısından yeterince cazip olmalı ve onlara gerçekçi bir seçenek sunmalı, diğer yandan da intiharı önleyici tedbirleri alıp kontrolü sağlamalıdır- ve günümüzde birçok yerde kürtaj danışmanlığında olduğu gibi içi boşaltılmış bir yasal yükümlülük haline gelmemelidir. Toplumun çoğunluğu tarafından arzu edilen hekimlerin sürece katılımı ise, hekimlik

---

<sup>29</sup> Bu bağlamda, Rostalski (Kölner Stadtanzeiger, 4. 3. 2020) cezai müeyyide getiren yeni düzenlemeye ihtiyaç olduğunu savunur; öncesinde yine bu yönde Freund/Timm, GA 2012, 491ff.; ayrıca üzerinde düşünmeye değer Murmann: Dessecker/Harrendorf/Höfler (Hrsg.), Angewandte Kriminologie – Justizbezogene Forschung, 2019, 273, 286: tercih edilmemeli, çünkü "intiharı teşvik eden her davranış, bir suç işlendiğine dair başlangıç şüphesi" oluşturacaktır, bu da son tahlilde „soruşturmanın ölçüsüzce genişletilmesi" sonucunu doğurur.

<sup>30</sup> Bkz. Duttge, medstra 2015, 257ff.

değerleriyle<sup>31</sup> bağdaşmayacağı için hiçbir koşulda zorlanmamalıdır. Bu tıp ahlakının özünü ilgilendiren bir sorunsaldır ve bu nedenle öncelikle hekimlerin kendi başlarına karar vermesi gerekir. Öte yandan bu süreç hekimlere duyulan büyük güven nedeniyle, hekimlik mesleği mensuplarının tamamının keyfi tercihlerine de bırakılmamalıdır<sup>32</sup>. Bilakis (yerel) organ nakli PID-Präimplantasyondiagnostik merkezleri ve etik kurulları modeline benzer şekilde (özel yasalarla standardize edilerek) yoğun kontrol altına alınıp, süreç organize edilmelidir. Ek olarak, özel intihar kurumlarının çalışmaları (örneğin, İsviçre'de tartışıldığı gibi ayrıntılı bir "denetim yasası" ile)<sup>33</sup> düzenlenebilir veya –alternatifi olduğu için– tamamen yasaklanabilir.

III. Şimdi bu görev, yakan top oyunundaki gibi kaçmadan, insanlık adına yapıcı bir şekilde ele alınmalıdır. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin bize verdiği görev açıktır: Parlamento çevrelerinde görülen ıslah edilemez inatçılık ve her şeyi ben bilirim tavrı<sup>34</sup> kamu yararına değildir!

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Çift kör hakem.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

---

<sup>31</sup> En son, DSÖ'nün 70. Genel Kurulunda, kategorik olarak reddedildi. Erişim tarihi Ekim 26, 2022, <https://www.wma.net/news-post/world-medicalassociation-reaffirms-opposition-to-euthanasia-and-physicianassisted-suicide/>.

<sup>32</sup> Bkz. yasa teklifi: Berghäuser/Boer/Borasio/Hohendorf/Roxen/Spittler, MedR 2020, 207, 211.

<sup>33</sup> Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Sterbehilfe und Palliativmedizin. Handlungsbedarf für den Bund?, 2006, 44ff. [https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/sterbehilfe/20060531\\_ber-sterbehilfe-d.pdf](https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/sterbehilfe/20060531_ber-sterbehilfe-d.pdf).

<sup>34</sup> Geyer imzalı haber: FAZ, 25. 3. 2020.

**Etik Kurul Onayı:** Yazar, etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmiştir.

**Peer Review:** Double peer-reviewed.

**Financial Support:** The author did not indicate whether he received financial support for this study.

**Conflict of Interest:** There is no conflict of interest.

**Ethics Committee Approval:** The author stated whether ethics committee approval is required.

---

---