



# Ankara Barosu

## DERGİSİ

Yıl: 83 | Sayı: 2025/2 | ISSN 1300-9885

### HAKEMLİ MAKALELER

Yeni Alman Vatandaşlık Kanunu ve Türk  
Vatandaşlarına Etkileri

Uğur TÖTÜNCÜBAŞI

Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Ve Yeni  
Yasal Düzenleme Işığında Fiili Ayrılık İlkesine  
Dayanan Boşanma Sebebinin Değerlendirilmesi  
İdari Yargılama Hukukunda İspat Bağlamında  
Maruf Ve Meşhur Vakalar

Firdevs YÜZBAŞI TOBAZ  
Büşra ŞAHİN AYDIN

Mahmut CEYLAN

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Düzenlenen  
İç Tahkim (HMK M. 407-444) Kapsamında  
Hakem Sözleşmesi

Ceren DEMİREL MİT

Çokyönlü Gerçeklikler: Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay  
Arasındaki İhtilaf Üzerine Bir Değerlendirme

Mehmet Nuri GÜZEL

Yargısal Aktivizm Kavramı ve Anayasa  
Mahkemesinin Yargısal Yorumu

Fatmanur Sena EVLİ

Tehlikeli Maddelerin İzinsiz Olarak Bulundurulması  
veya El Değiştirmesi Suçu (TCK m. 174)

Can YALÇIN

Hukuk Felsefesi Bağlamında Sivil İtaatsizliğin Bir Hak  
Olarak Analizi ve Ölçülülük İlkesi Çerçevesinde  
Hukuki Meşruluğunun İmkânları  
Beyin Ölümü Gerçekleşen Gebe Kadında Gebeliğin  
Sona Erdirilmesine İlişkin Bir Değerlendirme

Şefik Taylan AKMAN

Gizem GÖRMEZ

KVKK Hükümlerinin TTK'ya göre  
Birleşen Şirketler Üzerindeki Etkileri

Hakkı Cihan TÜRK

Eşitlik İlkesinin İhlali Örnekleri: Farklı  
Kanunlardaki Çalışma "Standartsızlıkları"

Naim GÖKTAŞ

Belirsiz Alacak Davasında Özellik Arz Eden Bazı  
Durumların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi

Ömer Faruk DEMİR

AİHS MD. 5/3 Bağlamında Derhal Hâkim  
Önüne Çıkarılma ve Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Gökçe SERİM

Kentsel Dönüşüm Başkanlığı Ve Belediyelerin  
İnşaat Sözleşmelerini Fesih Yetkisi

Muhammed Ali AYDIN

### MAKALELER

Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisine  
Genel Bir Bakış

Pınar SARSU



# Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 83 | Sayı: 2025/2 | ISSN 1300-9885

**ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI**

Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00 F 0312 309 22 37

[www.ankarabarusu.org.tr](http://www.ankarabarusu.org.tr)

[ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr](mailto:ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr)

**ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)**

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00

**ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ**

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 444 43 06 (5 Hat)

[www.gelincikprojesi.org.tr](http://www.gelincikprojesi.org.tr)

**ANKARA BAROSU GÖLBAŐI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ**

Gaziosmanpaőa Mah. Sahil Cad. No:46 Gölbaőı-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 485 03 93 F 0312 484 71 26



**Ankara Barosu Dergisi'nde  
yayımlanmakta olan makaleler hukuk  
veritabanlarında taranmaktadır.**

*Articles published in the Journal of Ankara  
Bar Association is being permanently  
indexed in law databases.*

**Yıl: 83** | **Year: 83**  
**Sayı: 2025/2** | **Issue: 2025/2**  
**ISSN: 1300-9885**

**İletişim Adresi | Contact**

Ankara Barosu Başkanlığı

Atatürk Bulvarı No: 40 Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE

**T** 0312 416 72 00 **F** 0312 416 72 80

**www.ankarabarosus.org.tr**

**abym@ankarabarosus.org.tr**

**Kapak Tasarımı ve Mizanpaj | Book cover design & Page layout**

Av. Kerem Ali ŞENER

**Basım Tarihi | Printing date**

2025

**Baskı Adedi | Print run**

250

**Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding**

ARCS MATBAACILIK (Sertifika No: 49247)

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü  
veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde  
yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced  
or published in any form or by any means without  
reference to the journal.

**ANKARA BAROSU DERGİSİ**

Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim)  
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın  
Ankara Barosu Başkanlığı, 2025  
Tüm Hakları Saklıdır.  
ISSN 1300-9885

**Dergide ileri sürülen görüşler**  
**yazarlarına aittir.**

**JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**

is a refereed journal, issued quarterly  
(January, April, July, October)  
Presidency of Ankara Bar Association, 2024  
All Rights Reserved.  
ISSN 1300-9885

**Articles published in this journal reflect**  
**the views of the authors.**

**Sahibi Ankara Barosu Adına** | Owner on Behalf of Ankara Bar Association  
Av. Mustafa KÖROĞLU

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü** | Managing Editor  
Av. Osman Umut KARACA

**Editörler** | Editors

Doç. Dr. Veyssel DİNLER Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGİN Doç. Dr. Salih POLATER

**Editör Yardımcıları** | Assistant Editors

Doç. Dr. Mehmet Erdem AYBAY Dr. Öğr. Üyesi Timuçin KÖPRÜLÜ  
Av. Dr. Zeynep BAHADIR DALKIRAN Arş. Gör. Dr. Hikmet BİLGİN  
Dr. Öğr. Üyesi Erkan DUYMAZ Arş. Gör. Dr. Ezgi Fulya AKKUŞ

**ANKARA BAROSU YAYINLARI MERKEZİ**

ANKARA BAR ASSOCIATION PUBLICATION CENTER

**Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi** | Coordinator Board Member  
Av. Osman Umut KARACA

**Merkez Başkanı** | Head of the Center  
Av. Burak AKİL

**Merkez Başkan Yardımcıları** | Vice Presidents  
Av. Niyazi Berkay KIRCI – Av. Zeki Emre KURT

**Merkez Genel Sekreteri** | Secretary  
Av. Tuba YAKA

**Merkez Saymanı** | Bookkeeper  
Av. Haydar Burak KARAKUŞ

**Merkez Divan Üyeleri** | Council Members  
Av. Batuhan YILMAZ – Av. Kerem Ali ŞENER

## Üyeler | Members

1. Av. Nesij AKKAYA
2. Av. Pınar AKGÜL DOĞUSOY
3. Av. Mücevher ÖZKAN
4. Av. Mehtap SAKİNCİ
5. Av. Ayla SONGÖR
6. Av. Başak BÜYÜKHATİPOĞLU
7. Av. Tuba KOÇDEMİR
8. Av. Burak AKİL
9. Av. Emre İŞLER
10. Av. Celal TOSUN
11. Av. Hatice Kübra EKİCİ
12. Av. Kaan SAYIN
13. Av. Erol Berk GÜRSOY
14. Av. Mert Burak KARACA
15. Av. Yiğit Can KAVUŞAN
16. Av. Mustafa KAYA
17. Av. Burak ÇOĞALAN
18. Av. Çiğdem KELGÖKMEN
19. Av. Serdar AKTUĞ
20. Av. Gözde KAYA
21. Av. Ümran BOZKUŞ ARAÇ
22. Av. Onur ŞAHİN
23. Av. Damla EKER
24. Av. Fatma MUBAREK
25. Av. Begüm Asena TÜRKER
26. Av. Pelin Bengü DAĞLI ASLAN
27. Av. Fatma Asena HÜNER
28. Av. Merve ÇAVUŞOĞLU
29. Av. Semin BELİBAĞLI
30. Av. Çağatay BACANAK
31. Av. Ahmet COŞKUN
32. Av. Elif ŞAHİN
33. Av. Sümeyra ATEŞ BOZ
34. Av. Berra AKTAN
35. Av. Görkem FIRTINA
36. Av. Fatma Tuğçe ALTINTAŞ
37. Av. Merve AKBULUT
38. Av. Halis IRAK
39. Av. İpek Seden BAYKARA
40. Av. Muhammed Nuri ÖZTÜRK
41. Av. Berkay ÖZDEMİR
42. Av. Batuhan ESKİCİNDİL
43. Av. Elif BAYRAM
44. Av. Hatice Betül YAZICI
45. Av. Meltem ŞAHİN
46. Av. Vildan ERASLANOĞLU
47. Av. Merve SÖZEN
48. Av. Hande ŞANKAL
49. Av. Hatice ŞAKALAR
50. Av. Harun SAKINAN
51. Av. İbrahim Mahmut BAŞER
52. Av. Emrah ŞİGAN
53. Av. Ali İhsan GÜÇLÜ
54. Av. Fırat GÖRAL
55. Av. Özge AKTAŞ
56. Av. Ecenur BÜLBÜL
57. Av. Sümeyra ÖRMECİ
58. Av. İrem İLBARS
59. Av. İlgin Naz MALKOÇ
60. Av. Sertap UÇAK
61. Av. Yaren Şeval TÜRKER
62. Av. Firuzan ÖZYAĞCI
63. Av. Murat Can IŞIK
64. Av. Fatih ÇELEBİ

## Üyeler | Members

- |                               |                      |
|-------------------------------|----------------------|
| 65. Av. Mustafa Doğukan CANER | 97. Av. Elif ÖZÇOBAN |
| 66. Av. Ela KARABACAK         | 98. Av. Ahmet ASAN   |
| 67. Av. Zeynep Sena ŞEKER     |                      |
| 68. Av. Hatice İlbilge ÇAYCI  |                      |
| 69. Av. Orhun Mete YILDIRIM   |                      |
| 70. Av. Görkem PEK            |                      |
| 71. Av. Bengü YILMAZ          |                      |
| 72. Av. Esra KARS             |                      |
| 73. Av. İrem ODLUYURT         |                      |
| 74. Av. Dilruba YILDIZ        |                      |
| 75. Av. Buket AY              |                      |
| 76. Av. Doğan ERGÜN           |                      |
| 77. Av. Alparslan ÖZPEK       |                      |
| 78. Av. Melis Çağla UĞURLU    |                      |
| 79. Av. Emine Elif GÜNER      |                      |
| 80. Av. Ayşe KABLAN           |                      |
| 81. Av. Yusuf ALAKÖSE         |                      |
| 82. Av. İrem TAŞKIN IŞIKLAR   |                      |
| 83. Av. Gupse GÜNAYDIN        |                      |
| 84. Av. Esra Sultan ALBAY     |                      |
| 85. Av. Deniz DURAN           |                      |
| 86. Av. Bağı ÖZMEN            |                      |
| 87. Av. Hatice Gülnur KOCAMAN |                      |
| 88. Av. Sıla SAYGIOĞLU        |                      |
| 89. Av. Aleyna AKCAKAVAKLI    |                      |
| 90. Av. Rahime Reyhan TÜLÜ    |                      |
| 91. Av. Duran UMCU            |                      |
| 92. Av. Nehir KAPLAN          |                      |
| 93. Av. Tuğra Berk ÖZEN       |                      |
| 94. Av. Melis Ekin BALDAN     |                      |
| 95. Av. Ayşe Nur SAÇIKARA     |                      |
| 96. Av. Aybike Hüma BAŞBUĞ    |                      |

## ANKARA BAROSU DERGİSİ DANIŞMA KURULU

1. **Prof. Dr. Levent AKIN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
2. **Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ**, TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi
3. **Prof. Dr. Mohamad EL-GHAZI**, Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
4. **Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
5. **Prof. Dr. Rifat ERTEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
6. **Prof. Dr. Selin ESEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
7. **Prof. Dr. İlke GÖÇMEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
8. **Prof. Dr. Cenker GÖKER**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
9. **Prof. Dr. Felix HERZOG**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
10. **Prof. Dr. Hakan KARAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
11. **Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
12. **Prof. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN**, Akdeniz Üniversitesi
13. **Prof. Dr. Joanna OSIEJEWICZ**, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
14. **Prof. Dr. Pasquale POLICASTRO**, Szczecin Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
15. **Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ**, TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
16. **Prof. Dr. Süha TANRIVER**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
17. **Prof. Dr. Asuman TURANBOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
18. **Prof. Dr. Gülriz UYGUR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
19. **Prof. Dr. Ejder YILMAZ**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
20. **Prof. Dr. Gaye Burcu YILDIZ**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
21. **Prof. Dr. Marek ZUBIK**, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
22. **Doç. Dr. Yıldız ABİK**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
23. **Doç. Dr. Olgun AKBULUT**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
24. **Doç. Dr. Tolga CANDAN**, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
25. **Doç. Dr. Izabela GAWŁOWICZ**, Zielona Góra Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
26. **Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
27. **Doç. Dr. Sunčana Roksandić VIDLIČKA**, Zagreb Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Hırvatistan)
28. **Doç. Dr. Saim ÜYE**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
29. **Doç. Dr. Bülent YÜCEL**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
30. **Dr. Fatma KARAKAŞ DOĞAN**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
31. **Dr. Stephanie LEMKE**

## ANKARA BAROSU DERGİSİ

### YAYIN İLKELERİ

1. Ankara Barosu Dergisi hukuk alanında teorik, mesleki ve uygulamaya dayalı yayınların geliştirilmesini amaçlayan, ULAKBİM/TR Dizin’de taranan hakemli bir bilimsel dergidir. Hakemli makalelerin yanında hakemsiz makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer mesleki yazılara da yer vermektedir.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Dergimizin yayın politikası ve kuralları gereği özel sayılar hariç aynı yazar(lar)a ait farklı makaleler aynı sayıda ve/veya ardışık iki sayıda yayımlanamaz.
4. Hakemli makaleler Dergipark sistemi üzerinden gönderilmelidir (<https://dergipark.org.tr/tr/journal/1756/submission/step/manuscript/new>). Editöryal değerlendirme ve hakemlik süreçleri doğrudan Dergipark sistemi üzerinden yapılacağı ve yazarlar tarafından süreç izlenebileceği için, hakemli makaleler için zorunlu olmadıkça e-posta yoluyla iletişim kurulmayacaktır.
5. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makale kapak sayfasına eklenmelidir. Hakemli makalelerin sisteme yüklenen versiyonunda yazarın kimlik bilgileri yer almayacağı gibi, hakemlerin yazarın tanınmasını sağlayacak işaret veya ifadelerle yer verilmemelidir. Kapak ve makale şablonuna <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writingrules> sayfasından ulaşabilirsiniz.
6. Hakemli makaleler önce Editöryal değerlendirmeye alınacak ve uygun görülmesi halinde ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir.
7. Hakemli makale dışında kalan yazıların Ankara Barosu Yayınları Merkezi e-posta adresine ([abym1924@gmail.com](mailto:abym1924@gmail.com)) gönderilmesi gerekir. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (varsa ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalesin son sayfasına eklenmelidir.
8. Dergiye gönderilen tercüme edilmiş yazılar için, yazının sahibinin yayın izni ve metnin orijinali gereklidir.

9. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. Yazılar için telif ücreti ödenmez.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
11. Yayın ilkeleri ve hakem süreciyle ilgili ayrıntılı bilgilere <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd> adresinden ulaşılabilir.

## ANKARA BAROSU DERGİSİ

### YAZIM KURALLARI

1. Yazım dili Türkçe ve İngilizcedir. Dergiye gönderilen yazıların yazım düzeltmesi Editörler/ Editör yardımcıları tarafından yapılır. Türkçe makalelerin yazımında, noktalamasında ve kısaltmalarda TDK Yazım Kılavuzu'nun en son baskısı esas alınır.
2. Ankara Barosu Dergisine gönderilecek makaleler "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) A4 sayfa düzeni normal, sayfa yapısı; üstten 2,5 cm, alttan 2,5 cm, soldan 2,5 cm, sağdan 2,5 cm, cilt payı 0, üstbilgi 1.25 cm, alt bilgi 1,25 cm olmalıdır. Sayfa numaraları alt ortada gösterilmelidir.
3. Yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil; Satır aralığı 1,5 ve sonra 6 nk olmalıdır. Dipnotlarda Times New Roman, 10 punto, satır aralığı 1 olmalıdır. Ana metin ve dipnotlar iki yana yaslı olmalıdır.
4. Hakemli makalelerin Türkçe ve İngilizce özetlerin (toplam 400 kelimeyi geçmeyecek şekilde); her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.

Makalenin Türkçe Başlığı > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.

İngilizce makale gönderilmişse; İngilizce Başlık > Abstract > Keywords > Makalenin Türkçe Başlığı > Öz > Anahtar Kelimeler şeklinde sıralanmalıdır.

5. Başlıklandırma 5 düzeyi aşamaz (önerilen 3 düzeydir). Başlıklandırma şu şekilde yapılmalıdır:

#### **I. BİRİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU**

#### **A) İKİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU**

#### **1- Üçüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu**

#### **a) Dördüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu**

*i. En Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük, Koyu ve Eğik* (Lütfen gerekmedikçe kullanmayınız)

6. Atıflar, metin içinde gösterilmez. Metin içinde dipnot numarası, noktalama işaretlerinden önce verilmelidir.
7. Ankara Barosu Dergisi atıf sistemi olarak Chicago atıf usulünü benimsemektedir. Gönderilecek makalelerde bu hususa uyulması önemle rica olunur.



# İÇİNDEKİLER

## TABLE OF CONTENTS

2025/2

Başkanın Mesajı | *President's Messages* .....XV

**Av. Mustafa KÖROĞLU**

### Hakemli Makaleler

*Peer Reviewed Articles*

**1** Yeni Alman Vatandaşlık Kanunu  
ve Türk Vatandaşlarına Etkileri..... 1  
**Doç. Dr. Uğur TÜTÜNCÜBAŞI**

**2** Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Ve Yeni Yasal Düzenleme  
Işığında Fiili Ayrılık İlkesine Dayanan Boşanma Sebebinin  
Değerlendirilmesi ..... 54

**Dr.Öğr.Üy. Firdevs YÜZBAŞI TOBAZ & Dr. Büşra ŞAHİN AYDIN**

**3** İdari Yargılama Hukukunda İspat Bağlamında Maruf Ve Meşhur  
Vakalar ..... 120  
**Dr. Öğretim Üyesi Mahmut CEYLAN**

**4** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Düzenlenen İç Tahkim  
(HMK M. 407-444) Kapsamında Hakem Sözleşmesi..... 151  
**Av. Dr. Ceren DEMİREL MİT**

**5** Çokyönlü Gerçeklikler: Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Arasındaki  
İhtilaf Üzerine Bir Değerlendirme ..... 278  
**Dr. Öğretim Üyesi Mehmet Nuri GÜZEL**

**6** Yargısal Aktivizm Kavramı ve Anayasa Mahkemesinin  
Yargısal Yorumu ..... 348  
**Fatmanur Sena EVLİ**

**7** Tehlikeli Maddelerin İzinsiz Olarak Bulundurulması veya El  
Değiştirmesi Suçu (TCK m. 174)..... 417  
**Ar. Gör. Dr. Can YALÇIN**

**8** Hukuk Felsefesi Bağlamında Sivil İtaatsizliğin Bir Hak  
Olarak Analizi ve Ölçülülük İlkesi Çerçevesinde Hukuki  
Meşruluğunun İmkânları..... 487  
**Doç. Dr. Şefik Taylan AKMAN**

- 9** Beyin Ölümü Gerçekleşen Gebe Kadında Gebeliğin Sona  
Erdirilmesine İlişkin Bir Değerlendirme ..... 586  
**Ar. Gör. Dr. Gizem GÖRMEZ**
- 10** KVKK Hükümlerinin TTK'ya göre  
Birleşen Şirketler Üzerindeki Etkileri ..... 623  
**Av. Hakkı Cihan TÜRK**
- 11** Eşitlik İlkesinin İhlali Örnekleri: Farklı  
Kanunlardaki Çalışma “Standartsızlıkları” ..... 662  
**Ar. Gör. Dr. Naim GÖKTAŞ**
- 12** Belirsiz Alacak Davasında Özellik Arz Eden  
Bazı Durumların Yargıtay Kararları Işığında  
Değerlendirilmesi ..... 696  
**Dr. Öğretim Üyesi Ömer Faruk DEMİR**
- 13** AİHS MD. 5/3 Bağlamında Derhal Hâkim  
Önüne Çıkarılma ve Makul Sürede Yargılanma Hakkı ..... 742  
**Ar. Gör. Gökçe SERİM**
- 14** Kentsel Dönüşüm Başkanlığı Ve Belediyelerin  
İnşaat Sözleşmelerini Fesih Yetkisi ..... 801  
**Dr. Öğretim Üyesi Muhammed Ali AYDIN**

## Makaleler

## Articles

- 1** Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisine Genel Bir Bakış ..... 894  
**Av. Pınar SARSU**  
İbadethanelere ve Mezarlıklara



# BAŞKANIN MESAJI

## PRESIDENT'S MESSAGES

### Kıymetli Meslektaşlarım ve Değerli Okuyucular,

*“Adalet mülkün değil, insanlığın temelidir.”*

Günümüzün çalkantılı toplumsal ve siyasal konjonktüründe, hukukun taşınması gereken temel değerler her geçen gün biraz daha fazla aşınıyor. Bireyin adalete erişimi, toplumsal eşitsizliklerin keskinleşmesi, yürütmenin denetimsiz genişleyen sınırları ve yargıya olan güvenin zedelenmesi, bireyi hak arayışında yalnızlaştırmakta; hukuk, tam da ona en çok ihtiyaç duyulan anda, çoğu zaman en uzak noktada konumlanmaktadır. Hukukun tarafsız bir koruyucu değil, zaman zaman bir bariyer olarak algılandığı bu ortamda, insan onurunu koruyacak evrensel ilkelerin her zamankinden daha fazla hatırlatılmaya ihtiyacı vardır.

Oysa biz hukukçular, yalnızca yürürlükteki kuralların teknik uygulayıcıları değiliz; bizler, aynı zamanda toplumun ortak vicdanını temsil eden, eşitlik, özgürlük ve adalet ilkelerini savunmakla yükümlü olan birer sorumluluk taşıyıcısıyız. Elinizde tuttuğunuz bu sayı, işte tam da bu sorumluluğun bilinciyle; hukuku yalnızca bir meslek pratiği değil, aynı zamanda bir mücadele alanı ve toplumsal bilinç inşası olarak gören bir anlayışla hazırlanmıştır.

Ankara Barosu Dergisi'nin bu sayısında yer alan birbirinden kıymetli akademik çalışmalar; içinde bulunduğumuz düzlemde hukukun geçirdiği dönüşümleri ve bu dönüşümlerin eleştirisi ile geleceğe yönelik çözüm önerilerini bütüncül bir bakışla ele almaktadır. Yeni Alman Vatandaşlık Kanunu'nun Türk vatandaşlarına etkilerinden, fiili ayrılık ilkesine dayalı boşanma rejiminin yeniden düzenlenmesine, hakem sözleşmelerinden kişisel verilerin birleşme işlemlerine yansımaya, anayasa yargısının iç çatışmalarından yargısal aktivizmin sınırlarına kadar çok geniş bir yelpazede ele alınan konular, hukuk dünyamıza yön verme potansiyeline sahiptir.

Yine bu sayıda, yalnızca kuramsal ve yapısal hukuki tartışmalara değil, aynı zamanda tüm dünyada toplumların derin yaralarına, görmez-

den gelinemeyecek insani meselelere de doğrudan temas edilmektedir. Beyin ölümü gerçekleşen gebe kadında gebeliğin sonlandırılması, ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verilmesi suçu, tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması ya da el değiştirmesi, eşitlik ilkesinin farklı kanunlarda uğradığı ihlaller gibi konular; yalnızca mevzuat düzeyinde değil, aynı zamanda vicdan, etik ve insan hakları ekseninde çok katmanlı bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Zira bu tür meseleler, hukukun yalnızca soyut kurallar bütünü değil; insan hayatına dokunan, yaşamın karmaşıklığı içinde yön bulmaya çalışan bir adalet anlayışı olduğunu bir kez daha hatırlatmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu çalışmalar; hukukçu kimliğimizin ötesinde, insan olma sorumluluğuyla da yüzleşmemizi sağlayan, sorular sorduran ve cevap aramaya yönlendiren niteliktedir.

Her biri özenle hazırlanan bu yazılar, yalnızca hukukçular için değil, adaletin anlamını sorgulayan ve bu sorumluluğu omuzlayan herkes için yol gösterici niteliktedir. Çünkü hukuk, soyut normlardan ibaret değildir. O, yürümeye cesaret edenlerin taşıdığı fikirdir; konuşmaktan vazgeçmeyenlerin dile getirdiği iradedir.

Ankara Barosu Dergisi olarak bu sayımızda yer alan çalışmalara katkı sunan değerli yazarlarımıza, titiz değerlendirmeleriyle yayına yön veren hakemlerimize, editörlerimize ve tüm Ankara Barosu Yayın Merkezi divanına en içten teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Unutulmamalıdır ki, adalet, sadece mahkeme salonlarında değil, fikirlerde, kelimelerde, mücadelede doğar. Ve bizler, meslektaşlarımızla birlikte, korkularımızdan büyük olanı seçerek yürümeye devam ediyoruz.

İşte tam da bu nedenle avukatlık, bir meslek değil; bir sorumluluk, bir duruş, bir hayat biçiminin emaneti demektir. Çünkü avukatlık; sadece mevzuatı bilenlerin değil, insanın ne olduğunu bilenlerin üstlenebilece-

ği bir görevdir. Bu meslek, hukukun yazılı hükümleri kadar, insanlık onuruna dair sezgilerle ve vicdanla yürütülür. Felsefeci Prof. Dr. Ioanna Kuçuradi'nin yıllardır bize öğrettiği gibi: ***“İnsan hakları, insanın ne olduğu bilinmeden korunamaz.”***

Ve yine onun sözleriyle:

***“İnsanlık onuru, sizin başınıza gelene değil, başkasının başına gelen ‘bir şey’e karşı, sizin nasıl tavır aldığınızdır.”***

Avukatlık, başkasının acısına sırt çevirmemeyi, başkasının hakkını kendi hakkı gibi savunmayı seçmiş insanların mesleğidir. Bir mahkeme salonunda durmak, sadece bir savunma yapmak değildir. Bu, adalete ve insanlık onuruna verilmiş bir sözdür. Çünkü bizler biliriz ki: Hukuk varsa umut vardır. Avukat varsa adalet hâlâ mümkündür. Avukatlık kimliği, bir ayrıcalık değil, bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük, susmayan bir vicdan, bükülmeyen bir dil, eğilmeyen bir baş gerektirir ve bu yükümlülük her seferinde bize şunu hatırlatır: Hakkı savunmak, insanı savunmaktır. Avukatlık ruhsatı, adaleti savunma iznidir. İnsanlık onuru karşısında sessiz kalmama yetkisidir. Bu, mesleğimize değil; insanlığa, vicdana ve hukuka ettiğimiz bir yeminin belgesidir. Bu yüzden ülkemizde ağır hak ihlallerinin ve hukuksuzlukların yaşandığı bir dönemde kararlılıkla sürdürmekte olduğumuz mücadelenin anlamını herkes duysun ve bilsin diye Ankara Barosu binamıza büyük harflerle yazarak astık

***“Ne Güce Boyun Eğeriz, Ne Hukuksuzluğa!”***

Saygılarımla,

Nisan 2025

**Av. Mustafa KÖROĞLU**  
**Ankara Barosu Başkanı**



NE GÜCE  
BOYUN EĞERİZ  
NE HUKUKSUZLUĞA

Ankara Barosu



ANKARA BAROSU

**Hakemli Makaleler**

**Peer Reviewed Articles**



# Yeni Alman Vatandaşlık Kanunu ve Türk Vatandaşlarına Etkileri

Uğur TÜTÜNCÜBAŞI\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM  
Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Doçent Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası  
Özel Hukuk Anabilim Dalı, ugur.tutuncubasi@deu.edu.tr, ORCID:  
0000-0002-7596-5865.

**Makale geliş tarihi:** 12 Ağustos 2024 **Makale kabul tarihi:** 5 Şubat 2025  
**Atıf önerisi:** Tütüncübaşı, Uğur, “Yeni Alman Vatandaşlık Kanunu ve Türk  
Vatandaşlarına Etkileri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 2, Nisan  
2025, s. 1-53. DOI: 10.30915/abd.1532074.

# Yeni Alman Vatandaşlık Kanunu ve Türk Vatandaşlarına Etkileri

## Öz

Vatandaşlık, belirli bir devletle kişi arasındaki karşılıklı hak, görev ve yükümlülük ilişkilerini belirleyen hukuksal bağ olup, kişinin belirli bir devlete aidiyetini ifade eder. Her devlet sahip olduğu egemenlik hakkının bir sonucu olarak, kendi Anayasal düzenince belirlenmiş usuller uyarınca, kendi vatandaşlığının hangi şartlar altında kazanılacağı, kaybedileceği vb. konuları düzenleyen yasaları kendi takdirine göre yapar. Devletler göç veren veya göç alan ya da ülkesine göçmen çekmeye çalışan politikaları ve ihtiyaçları doğrultusunda kendi vatandaşlıklarını kazanma haklarını düzenlerler. Bu düzenlemeler zamanla ve ihtiyaca göre değişebilmektedir. Çalışmamızın konusunu oluşturan Alman vatandaşlık hukukundaki gelişmeler de aslen bu değişime güzel ve güncel bir örnek teşkil etmektedir. Zira Federal Alman hükümeti ihtiyacı olan nitelikli yabancı iş gücünü ülkesine çekmeye çalışmaktadır. Bunun için yabancıların vatandaşlığa alımını kolaylaştırması gerektiğinin farkındadır. Bu bağlamda Vatandaşlık Kanununda yer alan şartları esnetmiş ve özellikle -Türk vatandaşları için de önemli olan bir husus olan- çifte vatandaşlığı kabul etmiştir. Almanya örneği, orada yaşayan Türk vatandaşlarımız ile Türk kökenli Alman vatandaşlarının sayısının da fazla olması sebebiyle ayrıca önem taşımaktadır. Bu sebeple Türkiye'yi ve Türkleri yakından ilgilendiren bu mevzuat değişiklikleri ve getirilen olumlu yenilikler ortaya konulmaya çalışılacaktır.

### Anahtar Kelimeler:

vatandaşlık

Alman hukuku

çifte vatandaşlık

Yeni Alman  
Vatandaşlık Kanunu

Almanya'da yaşayan Türk vatandaşları

## New German Citizenship Law And AND Its Effects On Turkish Citizens

### Abstract

Citizenship is a legal bond that determines the mutual rights, duties and obligations between a particular state and a person and expresses the belonging of a person to a particular state. As a result of its sovereignty, each state, in accordance with the procedures determined by its constitutional order, makes laws regulating the conditions under which citizenship can be acquired, lost, etc. at its own discretion. States regulate the rights to acquire their own citizenship in line with their policies and needs, whether they are sending or receiving migration or trying to attract migrants to their country. These regulations may change over time and according to need. These regulations may change in time according to needs. The developments in German citizenship law, which is the subject of our study, actually constitutes a good and up-to-date example of this change. This is because the German Federal Government is trying to attract the qualified foreign labour force it needs. For this purpose, it is aware of the need to facilitate the naturalisation of foreigners. In this context, it has relaxed the conditions in the Citizenship Law and accepted dual citizenship, which is also an important issue for Turkish citizens. The example of Germany is of particular importance due to the high number of Turkish citizens and German citizens of Turks living there. For this reason, these legislative changes and positive innovations that are closely related to Turkey and Turks will be tried to be revealed.

### Keywords:

citizenship

German law

dual citizenship

New German  
Citizenship Law

Turkish citizens living in Germany

## GİRİŞ

Genel olarak vatandaşlık, kişi ile devlet arasındaki hukuki ilişkidir. Vatandaşlık şeklen belirli bir devlete aidiyeti ifade eder. Maddi içerik olarak, ferdin hukuken tespit edilmiş vasfı, hukuki bir statüdür. Başka bir ifadeyle vatandaşlık, belirli bir devletle kişi arasındaki karşılıklı hak, görev ve yükümlülük ilişkilerini belirleyen hukuksal bağ olup, kişinin belirli bir devlete aidiyetini ifade eder. Bu tanım vatandaşlığın sadece şekli boyutunu ifade eden resmî ve soyut bir kavramdır. Vatandaşlık bir hukuki statü olarak görüldüğü sürece, yabancı statüsünden farklıdır ve devletler genellikle vatandaşlarına yabancılara nazaran daha fazla haklar tanır ve yükümlülükler yüklerler. Bunların başında siyasi haklar, kamu hizmetine girme hakkı ve askerlik yükümlülüğü gelir. Zira kural olarak yabancıların seçme ve seçilme hakkı yoktur. Bunun gibi bazı iş ve meslekleri de sadece o devletin vatandaşları yapabilir. Her devlet sahip olduğu egemenlik hakkının bir sonucu olarak, kendi Anayasal düzenince belirlenmiş usuller uyarınca, kendi vatandaşlığının hangi şartlar altında kazanılacağı, kaybedileceği vb. konuları düzenleyen yasaları kendi takdirine göre yapar<sup>[1]</sup>.

- [1] Erdoğan Göğer, Türk Tâbiyet Hukuku, Ankara, Sevinç, 4. Bası, 1979, s.5-9; Osman Fazıl Berki, Devletler Hususi Hukuku, C. I, Ankara, Güzel Sanatlar, 7. Baskı, 1970, 15; Muammer Reşit Seviğ, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, Fakülte Matbaası, 1983, s.61-62; Yılmaz Altuğ, "Çok Vatandaşlık", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cil. 43, Sayı 1-4, 1977, s.191; Ergin Nomer, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, Filiz, 21. Bası, 2015, s.3 vd.; Rona Aybay, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, s.4-5 ve 16; Vahit Doğan, Alper Yılmaz ve Lale Ayhan İzmirli, Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara, Rehber, 19. Baskı, 2023, s.3; B. Bahadır Erdem, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, Beta, 5. Bası, 2016, s.5 vd.; Gülin Güngör, Tâbiyet Hukuku, Ankara, Yetkin, 3. Bası, 2015, s.12 vd.; Turgut Turhan ve Feriha Bilge Tanrıbilir, Vatandaşlık Hukuku, Ankara, Yetkin, 4. Baskı, 2017, s.21; Işıl Özkan, "Yeni Vatandaşlık Türleri: Çağdaş bir Tipoloji mi?", Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, DEÜHFD, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s.2207-2208. Vatandaşlığın belli bir devletin iç hukuk düzeni ve siyasal yapısı tarafından belirlenen hakların ve yükümlülüklerin yöneldiği kişileri gösteren bir statü niteliğinde olduğu, devletsel teorinin sonucudur. Devletsel teori vatandaşlık kavramını sadece devlet yönünden ele almakta olup insanın iradesini ve çıkarını dikkate almamaktadır. Bu sebeple de devletsel teori sosyal gerçeklerle bağdaşmamaktadır. Erdoğan Göğer, "Devletler

Ancak vatandaşlığın sadece devlet ile kişi arasındaki “hukuki bağ” olarak tanımlanması eksik sayılabilir. Zira bu tanım, kişinin, kültürel, sosyolojik, dini vb. konular açısından kendini hangi devlete daha yakın saydığını dikkate almamaktadır. Pozitif hukuk bu gibi öğeleri ancak istisnai durumlarda göz önüne almaktadır. Bu bağlamda vatandaşlık sosyal bir olayın hukukî ifadesidir. Vatandaşlığın somut yönü, vatandaşlığın içeriğini, bireyin bir devlete olan gerçek ve sosyal bağlarını ifade eder. Bireyin yaşadığı ülke ile olan fiziksel, kültürel, sosyal ve ekonomik bağları (fili bağlar) ile vatandaşın kendisini bir ulusa veya topluma ait hissetmesi (aidiyet hissi), bireyin o vatandaşlıkla bağlantılı olarak günlük yaşamında ne kadar gerçek bir bağ kurduğunu gösterir. Burada ifade edilen görevsel (gerçek) vatandaşlık daha somut ve bireyin yaşamıyla ilgili olan yönlerdir. Bu sosyolojik teori kapsamında vatandaşlık, fiilî bir olaya hukuken sonuç atfedilmesidir. Zira kişi, ekonomik ve sosyal hayatına katıldığı toplumun bir parçasıdır<sup>[2]</sup>.

Milletlerarası Adalet Divanı da vatandaşlık kavramını tanımlarken hukukî (şeklî) ve fiili (maddî) unsurları bünyesinde toplamıştır: “*Tâbiyet, temelinde bir toplumsal bağlılık vakıası, karşılıklı hak ve görevlerle birlikte gerçek (effective-genunine) bir varlık, menfaat, ilgi ve duygu dayanışması ya-tan bir hukukî bağdır. Denilebilir ki, tâbiyet ister doğrudan doğruya kanun vasıtasıyla ister yetkili makamın tasarrufuyla verilsin, kendisine izafe edilen ferdin, bu tâbiyeti izafe eden devletin halkına herhangi bir devletin halkı-na nazaran daha sıkı bağlarla bağlı olduğu vakıasının hukukî ifadesinden*

Husuî Hukukunun Mahiyeti”, *AÜHFD*, Cilt 27, Sayı 3, 1970, s.188; Güngör, *op. cit.*, s.8.

[2] Göger, Devletler Husuî Hukukunun Mahiyeti, *op. cit.*, s.188-189; Göger, Türk Tâbiyet Hukuku, *op. cit.*, s.9; Güngör, *Ibid.*, s.10-11; Alice Edwards, “The meaning of nationality in international law in an era of human rights: procedural and substantive aspects”, in *Nationality and Statelessness under International Law*, editors Alice Edwards and Laura van Waas, Cambridge University Press, 1st edition, 2014, s.11 vd.

*ibarettir*”<sup>[3]</sup>.

Alman kanun koyucu da Alman Vatandaşlık hukukunda 2000 yılında yaptığı köklü reform<sup>[4]</sup> ile, kendi toprağında uzun süredir yaşayan nüfusun önemli bir kısmının nesiller boyunca devlet topluluğunun dışında kalmasını ve devlet karşısında vatandaş hak ve yükümlülüklerinden mahrum bırakılmasını önlemeyi amaçlamıştır<sup>[5]</sup>. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin içtihadına göre, demokratik siyasi haklara sahip olanlar ile sürekli olarak devlet yönetimine tâbi olan yurtiçi yerleşik nüfus arasında bir uyum sağlanması demokratik düşünceye uygundur<sup>[6]</sup>. Tam eşit katılım

[3] İlhan Unat, Nottetbohm Kararı ve Tâbiyetin Gerçekliği İlkesi, Ankara, Sevinç, 1966, s.21; Göger, Devletler Hususî Hukukunun Mahiyeti, op. cit., s.189; Göger, Türk Tâbiyet Hukuku, op. cit., s.5-6. Neticede günümüz hukuk anlayışına uygun olarak vatandaşlığın hukuki niteliğinin tanımında iki unsuru birlikte dikkate almak gerekir. Bu unsurlardan ilki, vatandaşlık kavramının ifade ettiği kişi ile devlet arasındaki hukuki ilişki, ikincisi ise, vatandaşlık kavramında yer alan ve bireyin hukuken tespit edilmiş vasfı olarak ortaya çıkan hukuki statüdür. Yani vatandaşlık kavramını hem şekli hem de maddi anlamını birleştirerek açıklamak gerekecektir. Bunun sonucunda Nomer’in ifade ettiği üzere: “Vatandaşlık kavramı şeklen belirli bir devlete aidiyeti (devletle kişi arasındaki hukukî ilişki) belirtmekte ve maddi içeriği itibarıyla kişinin vasfı olarak ortaya çıkan bir hukukî statüyü ifade etmektedir”. Nomer, op. cit., s.20-21; Göger, Ibid, s.5.

[4] BGBl. I S.1618, “Staatsangehörigkeitgesetz”. 2000 tarihinde yürürlüğe giren Alman Vatandaşlık Reform Kanunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Işıl Özkan ve Uğur Tütüncübaşı, “Türk ve Alman Hukukunda Çifte Vatandaşlığa İlişkin Gelişmeler,” AÜHFD, Cilt 57, Sayı 3, 2008, s.599-634.

[5] Deutscher Bundestag Drucksache 14/533, 14. Wahlperiode-16.03.1999, 11. <https://dserver.bundestag.de/btd/14/005/1400533.pdf> (E.T.: 05.12.2024).

[6] BVerfGE 83, 37, 51 f. 04.07.2012, [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2012/07/cs20120704\\_2bvc000111.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2012/07/cs20120704_2bvc000111.html) (E.T.: 05.12.2024). Federal Anayasa Mahkemesi kararına konu olayda Belçika’da doğmuş iki Alman vatandaşı 2009 yılında yapılan Federal Meclis seçimlerinde oy kullanamamışlardır. Bunun sebebi ise seçmen olabilme şartlarını düzenleyen Federal Seçim Kanununda (Bundeswahlgesetz – BWG), Almanya dışında yaşayan Alman vatandaşlarının oy kullanabilmesi için kesintisiz en az üç ay süreyle Federal Almanya’da ikamet etmiş olma şartıdır (m.12). Davacılar aslen Alman vatandaşı olmakla beraber, hiçbir zaman kesintisiz üç ay Almanya’da ikamet etmedikleri için bu şartı yerine

ancak Alman vatandaşlığının kazanılmasıyla mümkün olur. Bu, özellikle federal, eyalet ve yerel yönetim düzeyinde seçme ve seçilme hakkı yoluyla sosyal yaşamın merkezî alanlarından biri olan siyasi katılımı da içerir. 2000 yılında yapılan reforma rağmen, Alman vatandaşlık mevzuatı, kişisel kimliklerinde birden fazla kültürel ve ulusal geçmişe sahip olan yabancıların ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte değildi<sup>[7]</sup>.

2022 yılı sonunda Almanya'da yaklaşık 72 milyon Alman vatandaşı ve yaklaşık 12,3 milyon yabancı vatandaşlık sahibi insan yaşamaktaydı ve bunların yaklaşık 5,3 milyonu en az on yıldır Almanya'da bulunmaktaydı. Almanya'da en az on yıldır yaşayan yabancı nüfusa oranla vatandaşlığa kabul edilenlerin oranı sürekli olarak düşük bir seviyede kalmıştır. 2022'de bu oran sadece yüzde 3,1'di. Bu oran 2000 yılında Vatandaşlık Kanununda yapılan reformdan kısa bir süre sonra nispeten yükselmiştir (2000 yılında %4.85, 2001 yılında %4.43)<sup>[8]</sup>.

Bu durum, yıllardır Almanya'da yaşayan ve bu nedenle toplumun ayrılmaz bir parçası olan yurt içi yerleşik nüfusun önemli bir kısmının hala fırsat eşitliğine katılmadığını göstermektedir. Bu nedenle mevcut Vatandaşlık Kanununun, göç geçmişi olan çok sayıda insanın ihtiyaçlarını ye-

---

getirememişler ve seçimlerde oy kullanamamışlardır. Bu nedenle de ilgili maddenin, seçimlerin genelliği ilkesine ve bu bağlamda Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi davacıları bu hususta haklı bulmuş ve kanundaki ilgili hükmü Anayasaya aykırı bularak iptali yönünde karar vermiştir.

[7] Deutscher Bundestag Drucksache 20/9044, 20. Wahlperiode - 01.11.2023, 18. <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-modernisierung-des-staatsangehörigkeitsrechts-starmodg/303313> (E.T.: 05.12.2024)

[8] Deutscher Bundestag Drucksache 20/9044, 20. Wahlperiode - 01.11.2023, 18. Ayrıca bkz. [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2023/05/PD23\\_205\\_125.html#:~:text=Im%20Jahr%202022%20wurden%2015,im%20Vorjahr%20\(5%20700\).&text=Wer%20sich%20bereits%20nach%20sechs,dies%20%C3%BCber%20besondere%20Integrationsleistungen%20erreichen](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2023/05/PD23_205_125.html#:~:text=Im%20Jahr%202022%20wurden%2015,im%20Vorjahr%20(5%20700).&text=Wer%20sich%20bereits%20nach%20sechs,dies%20%C3%BCber%20besondere%20Integrationsleistungen%20erreichen) (E.T.: 25.07.2024).

terince karşılayabilmesi için modernize edilmesi gerekmektedir<sup>[9]</sup>. Alman Vatandaşlık Kanununun modernize edilmesini sağlayacak bu köklü kanun değişiklikleri 27.06.2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>[10]</sup>. Çalışmamızda önce Alman Vatandaşlık Kanununun değiştirilme gerekçeleri ve değişiklik öncesi hukuki durum genel hatlarıyla açıklanacaktır. Çalışmanın ikinci kısmında ise değişen şartlar kıyaslanarak getirilen yenilikler ortaya konulacaktır.

## I. ALMAN VATANDAŞLIK HUKUKUNA DAİR GELİŞMELER

Alman koalisyon hükümeti, yeni Vatandaşlık Kanunuyla Almanya’da daha fazla insana vatandaşlık statüsünün güvenceli bir şekilde kazandırılmasını amaçlamaktadır. Bu doğrultuda, 1999 yılında ortak toplumsal-politik reform kapsamında Alman vatandaşlık hukukuna “*ius soli*” (toprak esasına dayalı vatandaşlık hakkı) ilkesinin getirilmesinde olduğu gibi, koalisyon hükümeti ortağı SPD, Yeşiller ve FDP Vatandaşlık Kanunu hususunda reform amacını sürdürmüştür. O dönemde olduğu gibi bugün de ilgili yasa büyük ölçüde, siyasi hakların sahipleri ile devletin yönetimi altında sürekli olarak yaşayan nüfus arasında bir uyum sağlanması gerektiğini savunan demokratik teori idealine dayanmaktadır. Ancak, 1999 yılındaki reform ve sonraki yıllarda getirilen diğer kolaylıklara rağmen, Almanya’da yaşayan yabancıların sayısı 1998’den bu yana yedi milyondan on iki milyona, yani neredeyse iki katına çıkmıştır. Artan göçün yanı sıra, vatandaşlık hakkı kazanmış olanların yalnızca az bir kısmının vatandaşlık için başvurması da bu durumun nedenlerinden biridir (§ 10 StAG). Koalisyon hükümetinin 2023 yılında federal meclise sunduğu “modernizasyon” tasarısının gerekçesi, Alman vatandaşlığına başvuru sayısının düşük olmasının başlıca nedeninin vatandaşlık kazanmanın şimdiye kadar genel olarak

[9] Deutscher Bundestag Drucksache 20/9044, 20. Wahlperiode - 01.11.2023, 18. <https://dserver.bundestag.de/btd/20/090/2009044.pdf> (ET: 05.12.2024).

[10] BGBl. 2024 I Nr. 104 vom 26.03.2024. <https://www.gesetze-im-internet.de/stag/BJNR005830913.html> (ET: 05.12.2024).

mevcut vatandaşlıktan vazgeçmeyi gerektirmesi olduğunu belirtmektedir. Reforme edilen yeni Vatandaşlık Kanunu, çifte vatandaşlığın önlenmesi ilkesini neredeyse tamamen terk etmektedir<sup>[11]</sup>.

Alman Federal Hükümetinin 1 Kasım 2023 tarihinde meclise sunduğu yeni Vatandaşlık Kanunu tasarısıyla özellikle Türk vatandaşları gibi uzun süredir Almanya’da yaşayan ve toplumun vazgeçilmez bir parçası olan yabancılar için yürürlükte olan Vatandaşlık Kanununun artık ihtiyaçlara cevap veremediği ve günümüz modern dünyasına uygun olmadığı kabul edilmiştir. Bu sebeple de federal meclise sunulan tasarının adı isabetli olarak “Vatandaşlık Hukukunun “Modernleştirilmesine” İlişkin Kanun Tasarısı” olarak adlandırılmıştır<sup>[12]</sup>.

#### A) ALMAN VATANDAŞLIK KANUNUNUN DEĞİŞTİRİLME (MODERNİZASYONU) SEBEPLERİ

27.06.2024 tarihinde yürürlüğe giren yeni Alman Vatandaşlık Kanunun genel gerekçesinin sorun ve hedef başlığı altında ifade edildiği üzere; Almanya’da vatandaşlığa kabul oranları uzun yıllardır düşük bir seviyede seyretmektedir ve diğer Avrupa ülkelerine kıyasla da nispeten düşük kalmıştır. Zira Avrupa istatistik ofisinin (*Eurostat*) verilerine göre<sup>[13]</sup>, Almanya’nın

[11] Matthias Friche, “Vorwort”, in *Zuwanderung und Zugehörigkeit*, editör Matthias Friche, Berlin, Duncker & Humblot, 2024, s.6-7.

[12] Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Staatsangehörigkeitsrechts (StARModG). <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-modernisierung-des-staatsangehörigkeitsrechts-starmodg/303313> (ET: 05.12.2024).

[13] Diğer Avrupa ülkeleriyle karşılaştırıldığında, Almanya’nın ortalama vatandaşlığa kabul oranının, yani ülkede yaşayan yabancı nüfusun ilgili referans yılında vatandaşlığa geçen oranının, Avrupa Birliği ortalamasının oldukça altında olduğu görülmektedir. Avrupa Birliği’nde bu oran 2020’de ortalama yüzde 2 iken Almanya’da sadece yüzde 1,1’dir. <https://ec.europa.eu/eurostat/de/web/products-euro-indicators/-/3-30032020-ap>; [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/05/PD21\\_248\\_125.html#:~:text=Im%20Jahr%202020%20lie%C3%9Fen%20sich,die%20Staatsangeh%C3%B6rigkeit%20eines%20EU27%2DMitgliedstaates](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/05/PD21_248_125.html#:~:text=Im%20Jahr%202020%20lie%C3%9Fen%20sich,die%20Staatsangeh%C3%B6rigkeit%20eines%20EU27%2DMitgliedstaates) (E.T.: 27.07.2024).

vatandaşlığa kabul oranları Avrupa Birliği ortalamasının altındadır. Oysa kanuni gereklilikleri yerine getiren mümkün olduğunca çok yabancının vatandaşlığa geçmesi ve böylece toplumsal birlikteliğin şekillenmesinde aktif bir rol oynaması tüm toplumun yararınadır. Ancak Alman Vatandaşlık Kanunu, göçmenlik geçmişi olan insanların ihtiyaçlarını dikkate almaya ve entegrasyon çabalarını yeterince teşvik etmeye yönelik değildi. Bu nedenle Vatandaşlık Kanunu “modernize” edilmeli ve göç alan ülkenin gereksinimlerine uyarlanmalıydı<sup>[14]</sup>.

Yine genel gerekçeye göre; vatandaşlığa kabul, Almanya’da kalıcı olarak kalmak isteyen, özgür demokratik temel düzene bağlı olan ve geçimlerini sağlamak için bağımsız ekonomik güvence gerekliliğini yerine getiren yabancılar için kapsamlı katılım yolunu açmalıdır. Bu amaçla, Vatandaşlık Kanunu (*StAG*) modernize edilerek doğru çerçeve koşulları oluşturulmalıdır. Her şeyden önce bu modernizasyon, daha hızlı vatandaşlığa geçme fırsatlarını içermelidir. Vatandaşlığa kabul için gerekli şartları daha erken yerine getirebilmek amacıyla hızlı bir şekilde entegre olmak teşvik edici bir unsur olacaktır. Ancak bu durum, genel olarak birden fazla (çifte) vatandaşlığa izin verilmesini de kapsamalıdır. Birçok yabancı, Almanya’ya aidiyet hissetmekle birlikte, geldikleri ülkeyle de bir bağ hissettikleri için önceki vatandaşlıklarından vazgeçmek istememektedir. Alman toplumuna entegrasyon için, dil becerileri, eğitim, mesleki entegrasyon, kendi kaynaklarıyla geçimini sağlayabilme, sosyal ve sivil katılım, yurttaşlık bilgisi ile özgür demokratik temel düzene bağlılık gibi hususlar, bir kişinin bir veya daha fazla vatandaşlığa sahip olup olmadığı sorusundan çok daha önemlidir<sup>[15]</sup>.

Dahası, birden fazla vatandaşlıktan kaçınma ilkesi uzun zamandan beri

[14] Deutscher Bundestag Drucksache 20/9044, 20.Wahlperiode-01.11.2023, 1.

[15] Deutscher Bundestag Drucksache 20/9044, 20.Wahlperiode-01.11.2023, 1.

*de facto* vatandaşlığa kabul uygulamasıyla örtüşmemektedir<sup>[16]</sup>. Almanya’da 15 yılı aşkın bir süredir, tüm vatandaşlığa alınmaların yarısından fazlası birden fazla vatandaşlığın kabul edilmesiyle gerçekleştirilmiştir. Bu eğilim sürekli olarak artmaktadır; 2022’de vatandaşlığa kabullerde birden fazla vatandaşlık oranı yüzde 74,1’e kadar çıkmıştır. Dolayısıyla, birden fazla vatandaşlıktan kaçınma ilkesi artık kural değil, sadece istisnadır<sup>[17]</sup>.

Çifte vatandaşlık, sadece vatandaşlığı sonradan kazanmada değil, doğumla birlikte kazanılan vatandaşlıkta da karşımıza çıkmaktaydı. Zira ayrı vatandaşlığı olan ebeveynlerin çocukları da doğumla beraber aslen çifte vatandaş olabiliyordu (2022 yılında: yaklaşık 88.500 vaka). Aynı şekilde iki yabancı ebeveyninden doğan çocuk *jus soli* yoluyla, yani doğum yeri-toprak esası olarak adlandırılan ve doğduğu ülkenin vatandaşlığını almasını sağlayan şartların sağlanması durumunda da ebeveynlerinin vatandaşlığı yanında Alman vatandaşlığını kazanabiliyordu (2022: yaklaşık 35.700 vaka). Dolayısıyla, çok vatandaşlığa sahip Alman vatandaşlarının oranı 2000 yılından bu yana istikrarlı bir şekilde artmakta olup, bu durum belirgin sorunlara veya toplumsal tartışmalara yol açmamaktadır. Uluslararası bir karşılaştırma yapıldığında bile çoklu vatandaşlık büyük ölçüde kabul görmektedir<sup>[18]</sup>.

Çoklu vatandaşlığa genel olarak izin verilmesi aynı zamanda *jus soli* (doğum yeri/toprak) esasına göre vatandaşlık elde edilmesine yönelik “op-

[16] Tarik Tabbara, “Das Gesetz zur Modernisierung des Staatsangehörigkeitsrechts (StARModG),” Informationsbrief Ausländerrecht, no. 4, 2024, s.141; Peter J. Spiro, “Multiple Citizenship”, in The Oxford Handbook of Citizenship, editors Ayelet Shacher, Rainer Bauböck, Irena Bloemraad ve Maarten Vink, London, Oxford University Press, 1st edition, 2017, s. 631 vd.

[17] Aslı vatandaşlıklarını kaybetmeden Alman vatandaşlığını kazananların oranı: 2018 yılında %59,3; 2019 yılında %61,9; 2020 yılında %63,2; 2021 yılında %69; 2022 yılında ise %74,1 (yani 168.545 kişi). <https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Forschung/Migrationsberichte/migrationsbericht-2022.html?nn=283568> (E.T: 25.07.2024).

[18] Bkz. Göçmen Entegrasyon Politikası Endeksi: [www.mipex.eu/access-nationality](http://www.mipex.eu/access-nationality)

siyon” düzenlemesinin artık geçerli olmadığı anlamına gelmektedir. Aşağıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, Vatandaşlık Kanununda 2000 yılında yapılan reformla getirilen *jus soli* düzenlemesi, en az bir ebeveynin sekiz yıldır Almanya’da yasal olarak ikamet etmesi ve daimî ikamet hakkına sahip olması halinde yabancıların çocuklarının doğumla birlikte Alman vatandaşlığını kazanmaları anlamına gelmektedir. Bu şekilde doğumla birlikte hem ebeveynlerinin vatandaşlığını hem de Alman vatandaşlığını kazanan çocukların reşit olduktan sonra bu vatandaşlıklardan birini seçmeleri talep edilmişti (opsiyon sistemi)<sup>[19]</sup>.

27.06.2024 tarihinde yürürlüğe giren yeni Alman Vatandaşlık Kanunuyla birlikte Almanya’da büyüyen *jus-soli* çocukları için opsiyon yükümlülüğü iptal edildi. Bu sayede artık yabancı anne ve/veya babadan Almanya’da doğan çocuklar birden fazla vatandaşlığa sahip olabilecek ve bunlar arasında bir tercih yapmak zorunda kalmayacaktır. Ayrıca bu yeni Kanun sayesinde -eskiden olduğu gibi sekiz yıl değil- beş yıldır Almanya’da ikamet eden yabancı anne/babanın çocukları doğumla birlikte Alman vatandaşlığını da kazanabileceklerdir. Bu sayede kanun koyucunun amaçlarına uygun olarak Almanya’da yabancı ebeveynlerden doğan daha fazla çocuk doğumla birlikte Alman vatandaşlığını kazanacaktır<sup>[20]</sup>.

Meclise sunulan Kanun değişikliğine ilişkin gerekçede belirtildiği üzere, vatandaşlığa kabul için gerekli olan sekiz yıllık mevcut asgari ikamet süresi çok uzundur ve birçok ülkede vatandaşlığa kabul için öngörülen beş yıl-lık standart ikamet süresine uymamaktadır<sup>[21]</sup>. Daha hızlı bir vatandaşlığa

[19] Yürürlükten kalkan eski Opsiyon sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. [https://www.landkreis-augsburg.de/fileadmin/user\\_upload/Ausländeramt/Optionspflicht.pdf](https://www.landkreis-augsburg.de/fileadmin/user_upload/Ausländeramt/Optionspflicht.pdf) (ET: 05.12.2024).

[20] Deutscher Bundestag Drucksache 20/9044, 20.Wahlperiode-01.11.2023, 2 ve 19.

[21] Bkz. [www.mipex.eu/access-nationality](http://www.mipex.eu/access-nationality)

kabul süreci, entegrasyon için teşvik yaratan iyi bir vatandaşlığa kabul kültürünün temel unsurudur. Bu nedenle, sürekli ikamet amacıyla nitelikli ikamet hakkına sahip olan ve bu nedenle genellikle Almanya'da kalan yabancılara, Almanya'da beş yıllık yasal ikametten sonra vatandaşlığa geçme fırsatı verilmesi isabetli olacaktır. Gerekçenin devamında, Alman vatandaşlığına geçmek için başvuruda bulunmak isteyen yabancılar, Almanya'daki sosyal yaşama uyum sağlamak için özel çaba sarf etmişlerse (örneğin özel eğitim veya mesleki başarılar, gönüllü çalışma veya özellikle iyi dil becerilerine sahip olmaları) daha hızlı bir vatandaşlığa kabul seçeneğinin düzenlenmesinin gerekli olduğu ifade edilmiştir. Bu durumlarda, yabancıların kendisini ve bakmakla yükümlü olduğu aile üyelerini kamu fonlarına başvurmada geçindirebilmesi ve "C1" dil testinin gerekliliklerini yerine getirmesi koşuluyla, vatandaşlığa kabul için aranan beş yıllık ikamet süresi üç yıla kadar indirilebilecektir. Almanya'nın, bu hızlandırılmış vatandaşlığa kabul seçeneğiyle Avrupa'daki diğer devletlerle karşılaştırıldığında vatandaşlığa alımda avantajlı duruma geleceği de gerekçeyle ifade edilmiştir<sup>[22]</sup>.

Gerekçe son olarak, Almanya'nın ekonomik ve sosyal gelişimine önemli katkılarda bulunmuş olan misafir işçi kuşağı olarak adlandırılan yabancılara da vatandaşlığa alımda kolaylıklar getirilmesi amaçlanmıştır. Zira bu kişilerin başlangıçta Almanya'da sadece çalışma amacıyla geçici olarak kalıp kendi ülkelerine dönecekleri varsayılıyordu ve bu sebeple de geçmişte dil desteği veya entegrasyon kurslarından çok az faydalanabilmişlerdir. Bu nedenle, vatandaşlığa alımdaki dil gereklilikleri onlar için daha kolay hale getirilmekte ve vatandaşlığa kabul sınavına girme zorunluluğu hafifletilmektedir. Ciddi ve sürekli çabalarına rağmen "B1" seviyesinde Almanca dil becerisi edinemeyen ya da bunda zorlanan kişiler için, daha düşük bir dil seviyesini kanıtlama seçeneği de sunulmaktadır. Bu durumda ilgili kişinin günlük hayatta önemli bir sorun yaşamadan Almanca sözlü iletişim kurabildiğinin kanıtlanması halinde yetkili makamın takdiriyle istenen dil

[22] Deutscher Bundestag Drucksache 20/9044, 20. Wahlperiode-01.11.2023, 19.

belgesinden vazgeçilebilecektir<sup>[23]</sup>.

## B) 27.06.2024 TARİHLİ ALMAN VATANDAŞLIK (MODERNİZASYON) KANUNUNDAN ÖNCEKİ DURUM

### 1- Genel Olarak Vatandaşlığın Doğumla Kazanılması

Doğumla vatandaşlığın kazandırılması konusunda iki temel esas söz konusudur. Bunlar *ius sanguinis* (kan/soy bağı) ve *ius soli* (toprak/doğum yeri) esaslarıdır. *Ius sanguinis* esasında, doğan çocuğun bağı olduğu ana ve/veya babasından vatandaşlık kazanması söz konusu olup, çocuğun nerede doğduğunun bir önemi yoktur. Soy bağı esasına göre çocuk hukuki bağı kurulan annesi ve/veya babasının vatandaşlık bağı ile bağı olduğu devletin vatandaşlığını aslen kazanmaktadır. *Ius sanguinis* esası, özellikle göç veren ülkelerce, vatandaşlarının menşe ülke ile ilişkilerini devam ettirmesi için tercih edilmektedir<sup>[24]</sup>. *Ius soli* esasında ise çocuk hangi ülkede doğmuşsa, o doğduğu yer devlet vatandaşlığını kazanır. Çocuğun anne ve/veya babası ile olan hukuki soy bağı bir önem arz etmeyip sadece doğduğu yer-ülke dikkate alınmaktadır<sup>[25]</sup>.

Geleneksel olarak, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde vatandaşlığın

[23] Deutscher Bundestag Drucksache 20/9044, 20.Wahlperiode-01.11.2023, 19-20.

[24] Aybay, *op. cit.*, s.25-26; Yılmaz Altuğ, *Devletler Özel Hukuku*, İstanbul, Çağlayan Kitapevi, 1995, s.34-35; Nomer, *op. cit.*, s.11 ve 53; Doğan, *op. cit.*, s.29-30; Erdem, *op. cit.*, s.8-9; Güngör, *op. cit.*, s.56 vd.; Necla Öztürk, *Yatırım Yoluyla İkamet Etme ve Vatandaşlık Kazanma*, İstanbul, On İki Levha, 2022, s.14; Hande Ünsal, "Doğum Anında Vatandaşlığın Kazanılmasında *Ius Soli* Esası", *MHB*, Cilt 43, Sayı 2, 2023, s.527-528.

[25] Aybay, *op. cit.*, s.25-26; Altuğ, *op. cit.*, s.35; Nomer, *op. cit.*, s.11 ve 53; Doğan, *op. cit.*, s.30; Erdem, *op. cit.*, s.8-9; Güngör, *op. cit.*, s.64 vd.; Öztürk, *op. cit.*, s.14; Özkan, *op. cit.*, s.2205; Ünsal, *op. cit.*, s.523. Ancak bir çocuk doğumla birlikte hem hukuki soy bağı olan annesi ve/veya babasının vatandaşlığını kazanırken, bunun yanında doğduğu yer ülkesinde toprak esasının kabul edilmesi durumunda o yerin de vatandaşlığını aynı anda kazanabilir. Örneğin annesi İtalyan ve babası Türk vatandaşı olan Almanya'da doğan çocuk, ebeveynlerinden en az biri Alman Vatandaşlık Kanununda aranan şartları taşıyorsa, kan (soy bağı) esasını benimseyen İtalyan ve Türk vatandaşlığı yanında Alman vatandaşlığını da kazanabilir.

*ius sanguinis* (kan/soy bağı) esasına göre kazanılması söz konusudur<sup>[26]</sup>. Buna karşın vatandaşlığın *ius soli* (doğum yeri-toprak) esasına göre kazanılmasının Anglosakson hukuku ülkelerine özgü olduğu belirtilir<sup>[27]</sup>. Geleneksel *ius soli* esası, devletin topraklarında doğan tüm çocuklara, başka herhangi bir koşulu yerine getirme zorunluluğu olmaksızın, doğdukları ülkenin vatandaşlığını kazandırmayı ifade eder. Bu tür “koşulsuz *ius soli*” (*unconditional ius soli*)<sup>[28]</sup>, ilgili ülkede yasa dışı olarak bulunan ebeveynlerden doğan çocukları da kapsamaktadır<sup>[29]</sup>. Geleneksel olarak göç alan

[26] Avrupa’da kural olarak “*ius sanguinis*” esası uygulanmasına karşın, az sayıda devlet “*ius soli*” yoluyla vatandaşlık kazanımını esas ilke olarak uygulamaktaydı. Ancak -bunlar arasında yer alan Moldova’nın Vatandaşlık Yasası’nın 11(1)(c) maddesi uyarınca sağladığı *ius soli* dışında- Birleşik Krallık’ın 1983’te ve İrlanda’nın da 2006’da bu kuralı değiştirmelerinden sonra Avrupa’da koşulsuz *ius soli* uygulanmamaktadır. Bununla birlikte birçok ülkede “koşullu *ius soli*” yolları mevcuttur. Bkz. Gerard-René de Groot and Olivier Vonk: “Acquisition of Nationality by Birth on a Particular Territory or Establishment of Parentage: Global Trends Regarding *Ius Sanguinis* and *Ius Soli*”, Netherlands International Law Review, Cilt 65, Sayı 3, 2018, s.331; Ünsal, op. cit., s.552.

[27] Groot and Vonk, op. cit., s.320.

[28] *Ius soli* vasıtasıyla vatandaşlığın kazanılmasında geleneksel uygulama *ius soli*’nin koşulsuz uygulanmasıdır. Ancak *Ius soli*’nin “koşulsuz” uygulanması, *ius soli*’nin “münhasıran” uygulanmasından farklıdır. *Ius soli*’nin münhasıran uygulanmasında, doğumla vatandaşlık kazanmada başkaca hiçbir yöntem yer verilmeden yalnız *ius soli* esası uygulanmaktadır. Vatandaşlık yasalarında bu tür bir yaklaşımı benimseyen devletler bakımından, söz konusu devletin ülkesi dışında doğan çocuğa, ana-babasının her ikisi de söz konusu devletin vatandaşlığını taşıyor olsa dahi, o devletin vatandaşlığını kazanması kural olarak mümkün olmamaktadır. Bu durum vatansızlığı arttırıcı bir etki yaratmanın yanı sıra, çocuk ile ana ve babasının farklı vatandaşlıklarda olmasına sebebiyet verebilmektedir. Bu nedenle modern vatandaşlık yasalarının hemen hepsinde, *ius soli*’nin münhasıran uygulanması yerine *ius sanguinis* esasıyla tamamlanarak uygulanmaktadır. Altuğ, op. cit., s.33. Ünsal, op. cit., s.552.

[29] Koşulsuz *ius soli*, hâlâ Amerika kıtasında genel bir kuraldır. Amerika kıtasında sadece Kolombiya, Dominik Cumhuriyeti, Haiti ve Surinam koşullu *ius soli* uygulamaları getirmiştir. Bahamalar ise bu tür bir düzenlemeye sahip değildir. Batı yarımküre dışında ise sadece Moldova, Çad, Lesotho ve Pakistan

devletlerin toplumsal entegrasyonu hızlandırmak için *ius soli* esasını benimsedikleri, buna karşılık göç veren devletlerin ise, yurt dışına giden vatandaşlarının alt soyu ile bağlarını korumak amacıyla *ius sanguinis* esasını tercih ettikleri kabul edilir. Ancak bu geleneksel yaklaşım zamanla değişikliklere uğramış ve bazı istisnalar kabul edilmiştir. Bunun sonucunda çoğu devlet karma bir sistem kabul etmiş ve bu iki esastan birini aslî diğerini de talî olarak benimsemiştir<sup>[30]</sup>.

Türk vatandaşlık hukukunda da aslî usul olarak *ius sanguinis* esası kabul edilmiş ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 7. maddesinde, Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan doğan çocuğun Türk vatandaşı olduğu düzenlenmiştir. Buna karşılık *ius soli* esası, sadece vatansızlığın engellenmesi amacına yönelik bir hukuki vasıta olarak, ana ve babasından vatandaşlık alamayan çocuklar ile Türkiye’de bulunmuş çocuklar bakımından talî esas olarak kabul edilmiştir (m. 9)<sup>[31]</sup>.

Bu yaklaşım, *ius sanguinis* ilkesini temel esas olarak kabul eden Kara Avrupası ülkelerinde de genel kabul görmektedir<sup>[32]</sup>. Ancak II. Dünya Savaşı sonrasında artan göç hareketleriyle birlikte *ius soli* esası, göç alan ülkeler-

---

koşulsuz *ius soli* kabul etmektedir. Groot and Vonk, *op. cit.*, s.330-331; Ünsal, *op. cit.*, s.552-553.

[30] Ünsal, *op. cit.*, s.528.

[31] Nomer, *op. cit.*, s.72; Doğan *op. cit.*, s.54; Turhan ve Tanrıbilir, *op. cit.*, s.58; İnci Ataman-Figanmeşe, “Doğumla Kazanılan Vatandaşlıkta “Doğum Yerin” Rolü Bakımından Türk ve Alman Vatandaşlık Hukuklarına Karşılaştırmalı Bir Bakış” in *Uluslararası Hukukta Göç ve Vatandaşlık*, editors Işıl Özkan ve Kazım Sedat Sirmen, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023, s.74; Ünsal, *op. cit.*, s.524. Türk hukukunda toprak esasının tarihi gelişimi için bkz. Osman Fazıl Berki: “Türk Vatandaşlık Hukukunda Toprak Esasının Gelişmesi”, *AÜHFD*, Cilt 27, Sayı 1, 1970, s.67-75; Ünsal, *op. cit.*, s.528 vd. Sercan Ecemiş, “Türk Vatandaşlığının Doğum Yeri (Ius Soli) Esasıyla Kazanılması”, *DEÜHFD*, Cilt 25, Sayı 1, 2023, s.231.

[32] Aksi halde vatansız kalacak çocuklar için “çözümleyici *ius soli*” (*Remedial Ius Soli for Otherwise Stateless Children*) bir koruma mekanizması olup dünyanın 88 ülkesinde farklı şekillerde uygulanmaktadır. Groot and Vonk, *op. cit.*, s.333-334; Ünsal, *op. cit.*, s.553-565.

de doğan ikinci veya üçüncü kuşak göçmenlerin doğum anından itibaren vatandaşlık kazanmasını sağlamak amacıyla da kullanılmaya başlanmıştır. Göç alan bu devletler *ius soli* ilkesinin uygulanmasını, ülkelerinde doğan çocukların bir veya daha fazla ek şartı yerine getirmesi koşuluna bağlamıştır. En yaygın koşul, ebeveynlerden birinin belirli bir oturma iznine sahip olmasıdır. Bu tür *ius soli* düzenlemeleri, “koşullu *ius soli*” (*conditional ius soli*) olarak adlandırılmaktadır<sup>[33]</sup>.

Koşullu *ius soli*’nin özel bir türü de “çifte *ius soli*” (*Double Ius Soli*) olarak adlandırılır. Bu *ius soli* biçimi, ilk olarak Fransa’da 1889 yılında geliştirilmiş ve birçok başka ülke tarafından benimsenmiştir. Bu ilkeye göre, bir devletin topraklarında doğan bir çocuk, bir ebeveyninin de aynı devletin topraklarında doğmuş olması durumunda, doğduğu ülkenin vatandaşlığını kazanır. Geçmişte, bu tür bir çifte *ius soli*, genellikle baba tarafına bağlı olarak uygulanmıştır. Ancak, günümüzde erkekler ve kadınlara eşit muamele yapılmasını ciddiye alan devletler, çifte *ius soli* ilkesini hem anneden hem de babadan eşit şekilde uygulamak zorundadır. Dolayısıyla, bir çocuğun babası veya annesi ilgili devletin topraklarında doğmuşsa, doğduğu ülkenin vatandaşlığını kazanacaktır<sup>[34]</sup>.

## 2- Alman Vatandaşlığının Doğumla Kazanılması

Alman Vatandaşlık Kanununun doğumla vatandaşlığın kazanılmasına dair düzenlemeleri geçtiğimiz yıllarda birkaç kez değiştirilmiştir. Alman Vatandaşlık Kanununun konuya ilişkin 4. paragrafında yer alan düzenle-

[33] Dünya genelinde, 24 ülke “koşullu *ius soli*” uygulamaktadır. Bu uygulamalar genellikle ebeveynin ikamet statüsüne odaklanır. Örneğin Portekiz’de, ebeveynin en az 5 yıl süreyle ülkede ikamet etmiş olması durumunda ülkesinde doğan çocuğuna vatandaşlık verilmektedir. Groot and Vonk, *Ibid*, s.332-333.

[34] Çifte *ius soli* esasını uygulayan Avrupa devletlerin başında Fransa, İspanya ve Lüksemburg gelmektedir. Groot and Vonk, *Ibid*, s.333. Ayrıca bkz. Ünsal, *op. cit.*, s.565 vd.

meleri kronolojik sırayla incelediğimizde öncelikle 01.07.1998 itibarıyla; anne veya babasından biri Alman vatandaşı olan çocuk, doğumuyla birlikte Alman vatandaşlığını kazanır (*jus sanguinis*/kan-soy bağı esası). Çocuk doğduğunda sadece babanın Alman vatandaşlığı varsa ve Alman yasalarına göre nesebin kanıtlanması için babalığın tanınması ya da tespiti gerekiyorsa, vatandaşlığın kazanılması için babalığın Alman yasalarına göre geçerli bir şekilde tespiti gerekir. Çocuk 23 yaşını doldurmadan önce, babalık tanıma beyanı verilmiş veya babalığın kanıtlanması işleminin başlatılmış olması gerekirdi<sup>[35]</sup>.

01.01.2000 tarihi itibarıyla; yabancı anne ve babanın çocuğu olarak Almanya'da doğan çocuk, ebeveynlerinden birisi sekiz yıldır Almanya'da ikamet ediyor ve 28.08.2007 itibarıyla, ebeveynlerinden birinin süresiz ikamet izni varsa veya İsviçre vatandaşı veya onun aile ferdi olarak Avrupa Topluluğu ve üye devletler ile İsviçre Konfederasyonu arasında imzalanan 21.07.1999 tarihli sözleşme zemininde serbest dolaşım hakkına sahipse<sup>[36]</sup> Alman vatandaşlığını kazanmaktaydı (*jus soli*/doğum yeri-toprak esası)<sup>[37]</sup>.

[35] Alman Vatandaşlık Kanununa göre yurt içinde bulunmuş olan çocuk, aksi ispat edilinceye kadar Alman vatandaşının çocuğu kabul edilir (StAG m. 4/2 (mülga m. 2)). Alman Vatandaşlık Kanunun yaklaşımında Alman topraklarında doğan ve ana-babası ile soy bağı tespit edilemeyen çocukların aslında Alman vatandaşlarından doğduğuna dair bir karine (farazi bir soy bağının varlığı) kabul edilmiş olmaktadır. Bu nedenle bulunmuş çocuklara vatandaşlık verilmesinin *ius sanguinis* (kan-soy bağı) esası kapsamında gerçekleştiği de Alman öğretisinde ileri sürülmüştür. Ancak Alman öğretisinde ağırlıklı olarak kabul gören görüş, - bulunmuş çocuğa vatandaşlık kazandırılmasının asıl şartının çocuğun Almanya'da bulunmuş olması olduğundan- bu madde altında vatandaşlık verilmesinin *ius soli* (doğum yeri-toprak) esası kapsamında bir kazandırma olduğudur. Ataman-Figanmeşe, *op. cit.*, s.87-89. Ayrıca bkz. <https://tuerkei.diplo.de/tr-de/service/-/1513836> (E.T: 09.12.2024).

[36] BGBl. 2001 II S. 810.

[37] Kay Heilbronner, Marcel Kau, Thomas Gnatzy ve Ferdinand Weber, *Staatsangehörigkeitsrecht*, München, C.H. Beck, 6. Auflage, 2017, §4, kn.1 vd.; Kay Heilbronner, *Asyl- und Ausländerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, Auflage, 2021, s.36-37.

Almanya'da doğum esasına bağlı olarak § 4/3 (veya § 40/b) uyarınca Alman vatandaşlığını kazanmış olan ve bunun yanında başka bir (çifte) vatandaşlığı da olan kişiler<sup>[38]</sup> kural olarak bir seçme yükümlülüğü (*Optionspflicht*) altında bulunmaktaydılar<sup>[39]</sup>. Opsiyon-seçme yükümlülüğüne tâbi bu kişiler, 21 yaşını doldurana kadar kendilerine yapılan resmî bir bildirimden sonra (23. yaşlarını doldurana kadar) Alman vatandaşlığını mı yoksa yabancı ülke vatandaşlığını mı muhafaza etmek istediklerini yazılı olarak bildirmek zorundaydılar (StAG § 29/1(4)). Eğer bu yönde bir bildirimde bulunmazlar ve yabancı vatandaşlığı kaybettiklerine ilişkin bir delil sunmamışlarsa, yasa gereği Alman vatandaşlıklarını kaybetmekteydiler (StAG § 29/3-6). Ancak 2014 yılında yapılan Kanun değişikliğiyle<sup>[40]</sup> bu seçme yükümlülüğünden; sekiz yıldır Almanya'da ikamet eden veya altı yıl boyunca Almanya'da okula gitmiş veya Almanya'da okul diploması almış veya Almanya'da meslekî eğitimini tamamlamış olan kişiler muaf tutulmuşlardır (StAG § 29/1a)<sup>[41]</sup>.

### 3- Sonradan (Yetkili Makam Kararıyla) Alman Vatandaşlığının Kazanılması

Almanya'da yaşayan yabancılar ile eş ve çocukları için Alman vatandaşlığına alınma konusu uzun bir süre 1990 tarihli Alman Yabancılar Ka-

[38] 2017 yılının sonuna kadar yaklaşık 623.700 çocuk doğum yeri esası (*jus soli*) uyarınca Anne-Babalarının vatandaşlığı yanında Alman vatandaşlığını kazanmışlardır. Bkz. Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF), Migrationsbericht 2016/2017, s. 217. <https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Forschung/>

[39] Avrupa Birliği'ne üye devletlerinden birinin veya İsviçre vatandaşlığına sahip olan gençlerin bu yönde bir yükümlülükleri bulunmamaktaydı (StAG § 29/1(3)).

[40] BGBl. I, S. 1714, 13.11.2014.

[41] Heilbronner, *op. cit.*, s.13-14 ve 37. Ayrıca bkz. <https://www.bva.bund.de/DE/Services/Buerger/Ausweis-Dokumente-Recht/Staatsangehoerigkeit/Optionsverfahren/>

nununda düzenlenmişti<sup>[42]</sup>. Sistematik olarak konu daha sonra doğru bir şekilde<sup>[43]</sup> 2000 yılından yürürlüğe giren Alman Vatandaşlık Kanununda düzenlenmiştir<sup>[44]</sup>. 2000 tarihli Alman Vatandaşlık Kanununun 8. ve 10. paragrafları birlikte değerlendirildiğinde aşağıdaki şartları taşıyan yabancı, yetkili makam kararıyla Alman vatandaşlığını kazanabilmekteydi:

Yabancı kişinin, Almanya’da sekiz yıl (başarılı entegrasyon durumunda yedi ve çok iyi seviyede Almanca bilgisine sahip olma durumunda altı yıl)<sup>[45]</sup> boyunca sürekli ve yasal olarak yaşamış olması gerekmektedir. Ayrıca, vatandaşlığa kabul sırasında sürekli (daimi) ikamet hakkına sahip olmak, kimlik ve vatandaşlık bilgilerinin tespit edilmiş olması, Anayasa’nın özgür demokratik temel düzenine bağlılığı kabul etmek, sahip olunan vatandaşlıktan feragat edilmesi, B 1 seviyesinde sözlü ve yazılı Almanca dil becerisine sahip olmak, yapılacak vatandaşlığa kabul testi ile Almanya’daki yasal ve sosyal düzene dair yaşam koşulları hakkında yeterli bilgi sahibi olduğunu kanıtlamak, kendisi ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin geçimini devletten herhangi bir yardım almadan sağlayabilecek durumda olmak, Alman toplum koşullarına entegrasyonun garanti altına alınması, özellikle aynı anda birden fazla eşle evlilik yapmamış olması ve cezaî bir suçtan dolayı mahkûmiyet almamış olması gerekmektedir.<sup>[46]</sup>

Doğum yeri esasına göre yabancı anne-babanın çocuklarının kazandı-

[42] Ausländergesetz-AuslG § 85-91 (BGBl. I S. 1354-1356).

[43] Heilbronner, *Ibid.*, s.37.

[44] BGBI I S.1618, T. 15.07.1999.

[45] StAG § 10/3. Heilbronner, *Ibid.*, s.14.

[46] Heilbronner, *Ibid.*, s. 37-38; Özkan ve Tütüncübaşı, *op. cit.*, s.606. Aşağıda da ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, söz konusu eski düzenlemedeki 8. paragraf -10. paragrafın aksine- genel olarak aynen korunmuş (sadece “Alman yaşam koşullarına entegrasyonun garanti altına alınmış olmasına” ilişkin 1. fıkranın 4 numaralı bendin son cümlesi kanundan çıkarılmıştır) ve bir tür istisnai vatandaşlığa alınma yolunu düzenlenmiştir.

ğı, Alman vatandaşlığında mevcut olan ve çifte vatandaşlığı engellemeyi amaçlayan, seçme (*option*) yükümlülüğüne benzer bir şart sonradan Alman vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar için de söz konusuydu. Zira mülga 10. paragrafın 4. fıkrası uyarınca kural olarak İsviçre veya AB üyesi devlet vatandaşlığı olmayan yabancıların, mevcut vatandaşlıklarından ayrılması şartıyla Alman vatandaşlığını kazanabilmeleri mümkündü. Ancak mevcut vatandaşlığından ayrılamaması veya bunun ağır sonuçlara sebebiyet vermesi durumunda ilgili yabancıya vatandaşlığını tutma-koruma hakkı verilmekteydi. Çifte vatandaşlığın engellenmesi ile daha iyi bir entegrasyonun sağlanacağı düşünülmekteydi<sup>[47]</sup>.

## C) YENİ ALMAN VATANDAŞLIK (MODERNİZASYON) KANUNU İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

### 1- Genel olarak

26.03.2024 tarihinde Federal Resmî Gazetede yayımlanan yeni Alman Vatandaşlık (Modernizasyon) Kanunu 27 Haziran 2024 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir<sup>[48]</sup>. Bu Kanun ile vatandaşlığa alınma konusunda bir kısım esaslı değişiklikler yapılmış olmakla birlikte özellikle Türk vatandaşlarını ve Türk kökenli Alman vatandaşlarını yakından ilgilendiren çifte (çok) vatandaşlığa imkân veren yeni bir düzenleme de yapılmıştır. 27 Haziran 2024 tarihinden itibaren Alman vatandaşlığının yanında başka vatandaşlıklara da sahip olmak mümkün olmuştur. Bilhassa doğumla birden fazla vatandaşlığa sahip olan kişiler, eskiden olduğu üzere reşit olduklarından sonra artık Alman vatandaşlığı ile başka bir vatandaşlık arasında seçim yapmak zorunda kalmayacaklardır. Yani eskiden var olan “opsiyon yükümlülüğü” tamamen ortadan kaldırılmış ve yine eski Kanunda istisnai durumlar

[47] Florian Geyer, “StAG § 10”, in *Ausländerrecht*, editor Rainer M. Hofmann, Baden Baden, Nomos, 3. Auflage, 2023), kn.44 vd.

[48] BGBl. 2024 I Nr. 104.

dışında kabul edilmeyen çifte vatandaşlık hakkı, yeni Kanunla genel olarak kabul edilmiştir. Buna ek olarak, Almanya Federal Cumhuriyeti'nde ika-  
met eden yabancıların vatandaşlığa kabul edilmeleri için gereken şartlar da  
hafifletilmiştir.

Yeni Kanunla birlikte Alman vatandaşlık hukukunda yapılan en önemli  
değişiklik, mülga Kanunun (istisnaları bir yana bırakılırsa) genel anlayışı  
olan “herkesin yalnız bir vatandaşlığı olmalıdır” ilkesinden tamamen vaz-  
geçilmiş olmasıdır. Bu ilkedен vazgeçilerek bir kişinin aynı anda birden  
fazla vatandaşlığa sahip olmasının yolu açılmıştır. Özellikle II. Dünya sa-  
vaşıyla beraber yaşanan göç hareketleri neticesinde bu ilke eski ehemmiye-  
tini kaybetmiş ve Avrupa Vatandaşlık Antlaşmasında<sup>[49]</sup> da bu ilke göz ardı  
edilmiştir. Zira başlangıçta geçici göçmen olarak başka ülkelerde bulunan  
kişiler ve bilhassa ikinci ve sonraki kuşakların zamanla bulundukları dev-  
letlerde geçici olmadıkları ve yaşamaya devam ettikleri, geri dönmedikleri  
anlaşılmıştır. Bunun sonucu olarak da çifte vatandaşlık durumu zamanla  
bir vakıa olarak kabul edilmiştir<sup>[50]</sup>.

Göç veren devletler kural olarak çifte vatandaşlığı kabul etmekteyken;  
göç alan devletler, bu yabancı kişilerin göç ettikleri ülkelere entegrasyon-  
larını engellediği düşüncesiyle çifte vatandaşlığı ağırlıklı olarak reddet-

[49] Convention on Nationality, Strasbourg 06.11.1997, Council of Europe, European Treaties, CETS 166 (www.coe.int). Antlaşma 01.03.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak Türkiye her ne kadar Avrupa Konseyi üyesi olsa da Antlaşmaya taraf değildir. Antlaşma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gülin Güngör, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi”, *Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’un Anısına Armağan, MHB*, Cilt

17- 18, Sayı 1-2, 1997-1998, s.229-250; Feriha Bilge Tanrıbilir. “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, *Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, MHB*, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s.791-818.

[50] Nomer, , *op. cit.*, s.8-9; Aybay, , *op. cit.*, s.60; Doğan, *op. cit.*, s.26-27; Erdem, *op. cit.*, s. 14; Güngör, *op. cit.*, s.25-26. Ayrıca çifte vatandaşlık sebepleri ve önlenmesi hakkında bkz. Altuğ, “Çifte Vatandaşlık”, *op.cit.*, s.192 vd.

mekteydiler<sup>[51]</sup>. Gelişen ve küreselleşen dünyada, genç nüfusun azalması, iş gücü ihtiyacının artması gibi sebeplerle, göç alan ülkeler de artık çifte vatandaşlığa engel olmak yerine, bu durumu belirli şartlara bağlayarak düzenleme yoluna gitmişlerdir. Alman Vatandaşlık Kanununda yapılan bu son değişiklikler de bu güncel ve değişen konjonktürün en güzel örneklerindendir.

## 2- Yeni Kanun Uyarınca Doğumla Alman Vatandaşlığının Kazanılması (StAG §4)

Anne veya babadan birisinin Alman vatandaşı olduğu durumlar açısından Kanunda bir değişiklik yapılmamıştır. Yine kanunun 4/1 paragrafı uyarınca; bir çocuk, ebeveynlerinden birinin Alman vatandaşı olması halinde doğumla Alman vatandaşlığını kazanır. Çocuğun doğumu sırasında sadece baba Alman vatandaşı ise, çocuğun vatandaşlığını kazanabilmesi için Alman hukukuna göre geçerli bir tanıma veya dava yoluyla soy bağının kurulması gerekir. Tanıma beyanının çocuk 23 yaşını doldurmadan önce yapılmış veya tanıma işleminin başlatılmış olması gerekir<sup>[52]</sup>.

Yabancı anne ve babanın Almanya’da doğan çocukları ise, ebeveynlerinden birisi yasal olarak 5 yıldır Almanya’da ikamet ediyor ve süresiz ikamet iznine sahipse (*unbefristetes Aufenthaltsrecht*) doğumla birlikte Alman vatandaşlığını kazanır (*jus soli* esası) ve Alman doğum kütüğüne kaydedilir (StAG §4/3).

Eski düzenlemeden farklı olarak, yabancı anne veya babadan birisinin artık sekiz değil beş yıl Almanya’da yasal olarak ikamet ediyor olması yeterlidir. Ayrıca bu yeni Kanunla, -çifte vatandaşlığı engelleme amacıyla ge-

[51] Rona Aybay, “Çifte Uyrukluk Sorunu”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Sayı 15, 1993, s.103; Özkan ve Tütüncübaşı, *op. cit.*, s.623.

[52] Almanya’da bulunan bir çocuk (buluntu çocuk), aksi kanıtlanıncaya kadar bir Almanın çocuğu olarak kabul edilir (StAG § 4/2).

tirilmiş olan- seçme (*opsiyon*) yükümlülüğünü düzenleyen 29. paragraf da Kanundan çıkarılmıştır. Böylece doğumla Alman ve yabancı vatandaşlığı kazanmış olan çocuk reşit olduktan sonra artık bu vatandaşlıkları arasında bir seçim yapmak zorunda kalmayacaktır.

### 3- Yeni Kanun Uyarınca Yetkili Makam Kararıyla Alman Vatandaşlığının Kazanılması

Kanun koyucu belirli şartları sağlayan yabancılar için kanunun 8. ve 10. paragrafları uyarınca Alman vatandaşlığını kazanabilecekleri durumları düzenlemiştir. Evlilik ve kayıtlı medeni birliktelik durumunda ise yabancı eşin Alman vatandaşlığını kazanması durumunu Kanunun 9. paragrafında düzenlemiştir<sup>[53]</sup>.

Alman Vatandaşlık Kanununda, Türk Vatandaşlık Kanunundan farklı olarak madde başlıkları yer almamaktadır. Bu bağlamda 10. paragrafta düzenlenen vatandaşlığın kazanım yolu, “genel olarak vatandaşlığa alınma” olarak ifade edilebilir. Ancak burada aranan şartların hepsini sağlayan yabancıнын vatandaşlığa alınması bir “hak” olarak ifade edilmekte ve şartların sağlanması durumunda yetkili makamın, yabancıнын Alman vatandaşlığı-

[53] *Alman Vatandaşlık Kanunu § 9 uyarınca: “(1) Almanların eşleri veya kayıtlı medeni birliktelik hayat arkadaşları, üç yıldır Almanya’da yasal olarak ikamet ediyorlarsa ve evlilik veya kayıtlı medeni birliktelik iki yıldır devam ediyorsa, paragraf 10 (1)’deki koşullar altında vatandaşlığa kabul edilirler. Birinci fıkraya göre ikamet süresi, evlilik veya kayıtlı medeni birliktelik üç yıldır devam ediyorsa, kamu yararı nedeniyle kısaltılabilir. Alman eşlerin ya da kayıtlı medeni birlikteliklerin reşit olmayan çocukları, üç yıldır Almanya’da yasal olarak ikamet etmiyor olsalar bile, paragraf 10 (1)’deki koşullar altında vatandaşlığa kabul edilebilirler. § 10 (4), (4a), (5) ve (6) buna göre uygulanır.*

(2) *Alman eşin veya kayıtlı medeni birliktelikteki hayat arkadaşının ölümünden veya evliliğin veya kayıtlı medeni birlikteliğin sona erdirilmesi kararının kesinleşmesinden sonra bir yıla kadar vatandaşlığa alınma başvurusunda bulunulması ve başvuru sahibinin evlilikten veya kayıtlı medeni birlikteliğinden olan ve hali hazırda Alman vatandaşlığına sahip reşit olmayan bir çocukla aile ilişkisi içinde velayet hakkına sahip ebeveyn olarak yaşaması halinde de 1. fıkra hükümleri geçerlidir”.*

ğına alınma talebini reddetme hakkı kural olarak bulunmamaktadır<sup>[54]</sup>. Buna karşın Kanunun 8. paragrafında düzenlenen vatandaşlığı kazanım yolu öğretide ve yargı kararlarında “taksiri vatandaşlık kazanımı” (*Ermessenseinbürgerung*) olarak ifade edilmektedir ve idarenin burada sayılan şartları sağlayan yabancıнын vatandaşlığa alınma konusundaki başvurusunu kamu yararı gerekçesiyle reddetmek konusunda bir takdir hakkı bulunmaktadır<sup>[55]</sup>.

### a) Genel Olarak Yetkili Makam Kararıyla Vatandaşlığa Alınma (§ 10 StAG)

Alman kanun koyucu 27 Haziran 2024 tarihinde yürürlüğe giren “Modernizasyon Kanunu” ile eskiden var olan düzenlemeleri ve şartları kural olarak ayakta tutmuş ama yukarıda açıklanan gerekçelerle de bu zamana kadar Alman vatandaşlığının kazanılması için aranan zor şartları yumuşatmış veya bazılarını tamamen iptal etmiştir. Bununla beraber antisemitizme ilişkin bir bent de Kanuna eklenmiştir.

Kanunun 10. paragrafı uyarınca öncelikle; Almanya’da beş yıldan beri yasal olarak ikamet eden<sup>[56]</sup> ve 34. paragraf uyarınca fiil ehliyetine sahip

[54] Geyer, *op. cit.*, kn.5; Uwe Berlit, Roland Fritz, Jürgen Vormeier ve Reinhard Marx, *Gemeinschaftskommentar zum Staatsangehörigkeitsrecht*, Neuwied, Luchterhand, 2023, § 10, kn.45-47.

[55] Berthold Münch, “Einbürgerungsrecht”, in *Ausländer- und Asylrecht*, editor Reinhard Marx, Baden Baden, Nomos, 4. Auflage, 2021, s.311 ve 369-371; Thomas Oberhäuser, “StAG § 8”, in *Ausländerrecht*, editor Rainer M. Hofmann, Baden Baden, Nomos, 3. Auflage, 2023), kn.1; BVerwG Urt. von 27.05.2010 - 5 C 8.09, Informationsbrief Ausländerrecht (InfAuslR), 10. Ausgabe, Bonn 2010, s.387-392.

[56] Almanya’daki mutad ikamet, altı aya kadar olan yurtdışı kalışlarında kesintiye uğramaz. Yurtdışında daha uzun süre kalınması durumunda, yabancıнын yabancılar dairesi tarafından belirlenen süre içinde ülkeye yeniden giriş yapmış olması halinde de mutad ikameti devam eder. Aynı durum, bu sürenin yalnızca menşe ülkede zorunlu askerlik hizmetinin yerine getirilmesi nedeniyle aşılması ve yabancıнын askerlikten veya alternatif hizmetten terhis edildikten sonraki üç ay içinde ülkeye yeniden giriş yapması halinde de geçerlidir (StAG § 12b).

olan veya yasal olarak temsil edilen bir yabancı, kimliği ve uyruğu açıklığa kavuşturulmuşsa<sup>[57]</sup>, başvurusu üzerine aşağıdaki şartları yerine getirmesi durumunda vatandaşlığa kabul edilir (§10/1).

Kanunun 34. paragrafı uyarınca kişinin on altıncı yaşını tamamlamış ve sezgin olması vatandaşlığa başvuru işlemini şahsen yapmak için yeterlidir<sup>[58]</sup>. Eski düzenlemeden farklı olarak artık yabancının Almanya'da yasal olarak ikamet etmesi hususunda 8 değil 5 yıllık bir süre öngörülmüştür. Sürenin 5 yıla düşürülmesi ile Belçika, Hollanda, Fransa, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri gibi göç alan ülkelerdeki süreye uyum sağlanmış- tır. Bununla beraber vatandaşlığa başvuru yapacak yabancıların fazlalığı, idarenin işlem sürelerini de uzatacağı dikkate alınırsa maddenin beklenen faydayı sağlayabileceği şüphe arz etmektedir.<sup>[59]</sup>

Vatandaşlığa başvuran yabancı için aranan bu 5 yıllık ikamet etme süresi yabancının; 1- özel entegrasyon başarılarını, özellikle de iyi eğitim, mesleki veya profesyonel başarılarını veya toplumsal katılımını (*bürgerchaftliches*

[57] Aslen bu şartın pek geçerliliği kalmamıştır. Zira çifte vatandaşlığı engelleyen düzenlemeden vazgeçildikten sonra kişinin açıkça hangi devletin vatandaşı olduğunun pek bir önemi yoktur. Kişinin kimlik bilgileri sadece işlediği suçlar ve aldığı cezalar bakımından önem taşıyabilir ki, bu durumda da hangi devlet vatandaşı olduğunun bir önemi olmayacaktır. Bkz. Tabbara, *op. cit.*, s.141-142.

[58] Kural olarak burada Alman hukuku dikkate alınmaktadır. Ancak Alman hukukunun asgari şartları düzenlediği kabul edilir ve başvuru yabancısı, millî hukuku uyarınca 16 yaşından önce fiil ehliyetine sahip olmuşsa (örneğin 15 yaşında kaza-i rüştüne karar verilmişse), o zaman millî hukuku dikkate alınır ve kişi 16 yaşını tamamlamadan önce de başvuruda bulunabilir. Burada Alman milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca kişinin millî hukukuna bir genel atıf söz konusu olup, eğer yabancının millî hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları başka bir hukuku yetkili kılıyorsa bu atıf dikkate alınacaktır (EGBGB Art 4/1). Bu yönde bkz. OVG Hamburg Beschl. von 17.4.1996 – Bs V 19/96, NwvZ-RR 1996, s. 708; Oberhäuser, *op. cit.*, kn. 10.

[59] Tabbara, *Ibid.*, s.142.

Ayrıca, vatandaşlık başvurusu yapacak olan yabancının eşi veya kayıtlı medeni birliktelik içinde yaşayan hayat arkadaşı ile reşit olmayan çocukları da, henüz Almanya'da yasal olarak beş yıl ikamet etmemiş olsalar bile, 1. fıkra uyarınca vatandaşlığa kabul edilebilirler (§ 10/2).

*Engagement*) kanıtlaması, 2- kendisi ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin geçimlerini sağlayabiliyor olması ve 3- Avrupa Ortak Dil Referans Çerçevesinin C1 seviyesinde bir dil sınavının gerekliliklerini yerine getirebilmesi durumunda 3 yıla düşürülebilir (StAG § 10/3).

Yukarıda sayılan ön şartları sağlayan yabancıların Alman vatandaşlığını kazanması için aranan diğer şartlar şunlardır:

— Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın özgür demokratik temel düzenine bağlı olduğunu ve özgür demokratik temel düzene, Federal Cumhuriyet'in veya bir devletin varlığına veya güvenliğine karşı yöneltilmiş girişimleri takip etmediğini veya desteklemediğini beyan eder (StAG §10/1-1): Bu şart önceki düzenlemede de yer almaktaydı. Ancak bu düzenlemeye ek olarak kanun koyucu maddenin devamında bu bağlamda bir ek şart getirme gereği duymuştur. Buna göre;

— Almanya'nın, adaletsiz Nasyonal Sosyalist rejimden kaynaklanan özel tarihi sorumluluğunu ve bunun sonuçlarını, özellikle de Yahudi yaşamının korunması gibi halkların barış içinde bir arada yaşamasını ve bir saldırı savaşının sürdürülmesi yasağını kabul eder (StAG §10/1-1a): Kanun koyucu; Antisemitizm, ırkçılık veya diğer insanlık düşmanı davranışlarla motive edilen eylemlerin, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nda düzenlenen insan onuru güvencesiyle bağdaşmadığını ve bu Kanun anlamında özgür demokratik temel düzeni ihlal edeceği vurgusunu yapmıştır<sup>[60]</sup>. Ancak bu şartı § 34/1 uyarınca fiil ehliyetine sahip olmayan bir yabancıların yerine getirmesi istenmeyecektir (§ 10/1-son cümle).

Ayrıca başvuru yabancı §10/1 ve 1a da öngörülen bu şarta ilişkin beyanlarda bulunduktan sonra, aksi yönde eylemlerde bulunduğu tespit edilirse, kazanmış olduğu Alman vatandaşlığının § 35 uyarınca 10 yıl içerisinde iptal edilmesi söz konusu olabilecektir.<sup>[61]</sup>

[60] Söz konusu bendin eklenmesinde İsrail'e yapılan 7 Ekim 2023 saldırılarının da etkili olduğu iddia edilmektedir. Bkz. Tabbara, *Ibid.*, s.143.

[61] Ayrıca krş. Tabbara, *Ibid.*, s.142-144.

— Süresiz (daimî) ikamet iznine sahip olmak (StAG §10/1-2)<sup>[62]</sup>: Bu şart eski Kanundan aynen alınmıştır. Düzenleme uyarınca yabancının, başvuru esnasında ve dolayısıyla vatandaşlığa alınma sırasında mutad mes-keninin hukuka uygun olarak Almanya’da bulunması gerekir. Yani başvuru-rucunun Almanya’da yerleşik olması ve kural olarak Alman İkamet Yasası (AufenthG) uyarınca bir ikamet izninin olması aranmaktadır. Bu bağlamda Türkiye ile AT arasında 12.9.1963’te imzalanan ve 1.12.1964’te yürürlüğe giren Ankara Anlaşmasının<sup>[63]</sup> 12. maddesi ile 23.11.1970’te imzalanan ve 1.1.1973’te yürürlüğe giren Katma Protokolün 36. maddelerinin Türk işçilerine tanıdığı yerleşme ve çalışma haklarına ilişkin hükümleri de dikkate alınacaktır. Türkiye-AB ortaklık Konseyinin 1/80 sayılı kararı ile belirle-nen sürelerde<sup>[64]</sup> AB ülkelerinden birinde düzenli olarak çalışan işçilerin bu ülkelerde çalışma ve oturma izinlerinin devamı garanti altına alınmıştır. Ayrıca Türk işçilerinin onunla oturmaya hak kazanmış aile bireylerinin çalışma ve oturma hakları 7. madde ile düzenlenmiştir.<sup>[65]</sup> İkamet izninin türü ve İkamet Yasasına göre hukuka uygunluğu sınırlandırılmadığından dolayı 1/80 Ek protokolü uyarınca Almanya’da bulunan Türk vatandaşları da bu hükümden faydalanabileceklerdir.<sup>[66]</sup> Sürenin hesaplanmasında, yani 5 yılın veya duruma göre 3 yılın dolup

[62] “veya İsviçre vatandaşı ya da aile ferdi olarak, 21 Haziran 1999 tarihli Avrupa Topluluğu ve Üye Devletleri ile İsviçre Konfederasyonu arasında kişilerin serbest dolaşımına ilişkin Anlaşmaya dayalı daimi ikamet hakkına veya ikamet iznine, AB Mavi Kartına veya İkamet Yasasının 16a, 16b, 16d, 16e, 16f, 17, 18f, 19, 19b, 19e, 20, 22, 23a, 24, 25 (3) ila (5) ve 104c maddelerinde sayılanlar dışındaki amaçlar için ikamet iznine sahip” olmak (StAG § 10/1-2).

[63] RG. 17.11.1964, S: 11858.

[64] 1/80 sayılı kararın 6. maddesine göre bir Türk işçisi 1 yıl yasal çalışmadan sonra aynı işveren nezdinde, 3 yıllık yasal çalışmadan sonra aynı meslek dalında, 4 yıllık yasal çalışmadan sonra o ülkede herhangi bir ücretli işte çalışma hakkına sahiptir.

[65] Özkan ve Tütüncübaşı, op. cit., s.614.

[66] Oberhäuser, op. cit., kn.4 ve bkz. dn. 11; Münch, op. cit., s.304 ve 307.

dolmadığında başvuru tarihi değil, vatandaşlığa alınmadaki karar tarihi dikkate alınacaktır. Ancak kişinin geçici değil devamlı olarak Almanya'da ikamet ediyor olup olmadığı, mutad meskeninin Almanya'da olduğunun tespitine bağlıdır. Kural olarak 6 aya kadar yurt dışında geçen süreler dikkate alınmaz (StAG § 12b/1). Bu anlamda hayat ilişkilerinin merkezinin Almanya'da olması gerekir. Bu sebeple her başvurunun durumu ayrıca ve özel olarak değerlendirmelidir. Örneğin, Almanya'da yaşarken yurt dışına eğitim amaçlı giden bir kişi neticede Almanya'ya geri dönmüşse, hayat ilişkilerinin merkezinin hala Almanya olduğu kabul edilir.<sup>[67]</sup>

Her ne kadar 10/2 paragrafında süresiz (daimî) ikamet hakkı aranıyor olsa da, burada başvuru yabancının sahip olduğu ikamet izni türünün adının bir önemi yoktur. Önemli olan var olan ikamet izninin uzatılabiliyor olmasıdır ki, 1.1.2005 tarihinde yürürlüğe giren Göçmen Kanunu<sup>[68]</sup> ile şartlar sağlandığında tüm ikamet izinleri süresiz (daimî) ikamet iznine dönüştürülebilmektedir. Bu bağlamda süresiz izne dönüştürülebilen öğrenci ikamet izni ile geçen süreler de mutad mesken sürelerinin hesaplanmasında dikkate alınabilecektir.<sup>[69]</sup>

— Geçim şartı (StAG §10/1-3): Vatandaşlığa başvuran kişinin Sosyal Kanunun ikinci veya on ikinci kitabı kapsamında yardım talep etmeksizin kendisini ve bakmakla yükümlü olduğu aile fertlerini geçindirebiliyor olması gerekir. Ancak eğer yabancı, tam zamanlı kazanç getiren bir işte çalışıyorsa ve son 24 ay içinde en az 20 ay bu işi yapmışsa veya eş (yada kayıtlı yaşam partneri) olarak bu çalışma şartını sağlayan bir kişi ve reşit olmayan bir çocukla aile ilişkisi içerisinde yaşamaktaysa bu şarttan vazge-

[67] Geyer, op. cit., kn.15-17; Berlitz op. cit., kn.129-132; Münch, Ibid., s.314. Ayrıca bkz. BVerwG Urt. von 11.12.2012 – 1 C 15.11, kn.16 vd.

[68] 30 Juli 2004, BGBl. I S. 1950.

[69] Geyer, Ibid., kn.18; BVerwG Urt. von 26.4.2016 – 1 C 9.15, NVwZ 2016, 1811=BVerwGE 155, 47; Berlitz, Ibid., kn.93 vd.; Münch, Ibid., s.305-306 ve 313.

çilebilir (StAG §10/1-3).

— Hukuka aykırı eylemi sebebiyle bir ceza almamış olmak (StAG §10/1-5): Yabancıнын almış olduğu bir kesinleşmiş cezasının bulunması durumunda, bunun vatandaşlığa alınmada ne kadar süre ile engel teşkil edeceği 10. paragrafta düzenlenmemiştir. Ancak yargı kararları ve idarenin uygulamasında, bu cezaların adli sicil kaydının silineceği sürenin dolmasından sonra dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir<sup>[70]</sup>. Ayrıca; Çocuk Mahkemeleri Yasası uyarınca eğitim tedbirleri veya disiplin tedbirleri uygulanmasına dair verdiği cezalar ile 90 güne kadar para cezalarına çevrilen cezalar ile üç aya kadar denetimli serbestlik cezalarının dikkate alınmayacağı kabul edilmiştir (§ 12a/1). Ancak eğer yabancı, Alman Ceza Kanunu'nun 46/2-2 maddesi uyarınca Yahudi karşıtı, ırkçı veya diğer insanlık dışı yasadışı bir eylemden dolayı para veya hapis cezasına mahkûm edilmişse ve kararda böyle bir saik tespit edilmişse, § 12a/1 uygulanmaz.

Yabancıнын yurt dışında işlediği suçlar sebebiyle aldığı mahkûmiyet kararları, suçun Almanya'da cezalandırılabilir olarak kabul edilmesi, mahkûmiyet kararının hukuk devletine uygun bir usulle verilmiş olması ve cezanın orantılı olması halinde dikkate alınır. Ancak yine böyle bir mahkûmiyet, Federal Merkezi Adli Sicil Yasası uyarınca silinmesi gerekiyorsa artık dikkate alınamaz (§ 12a/2)<sup>[71]</sup>.

— Yeterli düzeyde Almanca bilgisine sahip olmak (StAG §10/1-6): Başvurucunun Avrupa Ortak Dil Referans Çerçevesinin B 1 seviyesinde bir dil sınavını başarmasıyla bu şart sağlanmış olacaktır. Eğer vatandaşlığa kabul sırasında henüz 16 yaşını doldurmamış bir çocuk söz konusuysa, çocuğun dil gelişimi yaşına uygunsa bu şart sağlanmış sayılacaktır. 30 Haziran 1974 tarihinden önce Almanya'ya gelen misafir işçiler için de yeni kanunla bir istisna getirilmiş ve bu kişilerin, günlük yaşamda önemli bir sorun yaşamadan Almanca sözlü iletişim kurabiliyor olmaları dil şartı

[70] Geyer, *Ibid.*, kn.49-53; Tabbara, *op. cit.*, s.142.

[71] Geyer, *Ibid.*, kn.49-53; Tabbara, *Ibid.*, s.142.

açısından yeterli sayılmıştır (§ 10/4-son cümle).

Yine yeni Kanun ile eklenen bir fıkra sayesinde zorluklardan kaçınmak amacıyla yabancıların, ciddi ve sürekli çabalarına rağmen yeterli Almanca bilgisine sahip olamadığını veya B1 seviyesinde Almanca öğrenmenin kendisi için -sürekli ve önemli ölçüde- zor olduğunu kanıtlayabilmesi halinde, yabancı dil şartı, yabancıların günlük yaşamda önemli bir sorun olmaksızın Almanca sözlü iletişim kurabilmesiyle sınırlandırılabilir (§ 10/4a). Aynı şekilde yabancıların fiziksel, zihinsel veya psikolojik hastalık veya engellilik durumu ya da yaşı nedeniyle dil şartını yerine getiremeyecek durumda olması halinde de bu şart aranmayacaktır (§ 10/6).

— Almanya'daki hukuk ve sosyal düzen ile yaşam ilişkileri hakkında bilgi sahibi olması gerekir (StAG §10/1-7): Bu şartın yerine getirilmesi için başvurucunun bir vatandaşlığa kabul sınavına katılması gerekecektir. Bu sınava hazırlanmak için katılımın zorunlu olmadığı vatandaşlığa kabul kursları düzenlenmektedir (StAG § 10/5)<sup>[72]</sup>. Uygulamada, yabancı başvuru erkeğin selamlama esnasında yabancı bir kadının elini sıkıkmaması<sup>[73]</sup> veya evli bir kadın olan başvurucunun izni ile eşinin ikinci bir eşinin olması, vatandaşlığa bu şart kapsamında engel kabul edilmiştir<sup>[74]</sup>.

Yapılan bu yeni düzenlemede, mülga hükümden farklı olarak “sahip olduğu önceki vatandaşlığını bırakır veya kaybeder” (mülga StAG §10/1-4) şartı çıkarılmış ve buna bağlı olarak istisnai durumlarda çifte vatandaş olabilmek için gerekli olan Alman vatandaşlığının korunmasına dair izin belgesi (*Beibehaltungsgenehmigung*) şartı da kaldırılmıştır. Bu sayede

[72] Bu testte dört seçenekli toplam 33 soru mevcut. En az 17 soruyu 60 dakika içerisinde doğru cevaplanması ile başarılı sayılacaktır. Teste katılma sayısı konusunda bir kısıtlılık mevcut değildir. Geyer, *Ibid.*, kn.68.

[73] VGH BW Urt. von 20.8.2020 – 12 S 629/19.

[74] Geyer, *Ibid.*, kn.63. VG Greifswald Urt. von 19.4.2021 – 2 A 258/21. Aynı yönde bkz. Heilbronner *op. cit.*, kn.128 vd. Ayrıca krş. Berlitz *op. cit.*, kn.330; Tabbara, *op. cit.*, s.144-145.

27.06.2024 tarihinden sonra Türk vatandaşlığının kazanılması halinde artık Alman vatandaşlığının otomatik olarak kaybettirilmesi söz konusu olmayacaktır<sup>[75]</sup>.

### **b) Yetkili Makam Kararıyla Takdiren (İstisnai) Vatandaşlığa Alınma (§ 8 StAG)**

Kanunun 8. paragrafı uyarınca Almanya’da yasal olarak ikamet eden, kimliği ve uyruğu açıklığa kavuşturulmuş, 34. paragraf uyarınca fiil ehliyetine sahip olan veya yasal olarak temsil edilen bir yabancı (§ 8/1-1);<sup>[76]</sup> hukuka aykırı eylemi sebebiyle bir ceza almamışsa (§ 8/1-2), kendi evi var veya yaşayacak bir yer bulmuşsa (§ 8/1-3) ve ayrıca kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin geçimini sağlayabilecek durumdaysa (§ 8/1-4) yetkili makamın takdirine bağlı olarak Alman vatandaşlığına alınabilir.<sup>[77]</sup>

Kanunda yer alan bu düzenlemeyle Alman vatandaşlığına alınmasında “kamu yararı bulunan” yabancılar dikkate alınmış ve yukarıda açıklanan 10. paragraftaki genel yoldan vatandaşlığa alınmada sayılan ayrıntılı şartlar aranmamıştır. Yeni Kanundaki bu düzenleme mülga 8. paragraf ile paralellik arz etmektedir. Ancak mülga düzenlemede bu şartlara ek olarak, yabancının, Alman yaşam-sosyal ilişkileri konusunda entegrasyonunun da garanti altına alınmış olması aranmaktaydı.

8. paragraf uyarınca yabancının, başvuru esnasında ve dolayısıyla vatandaşlığa alınma sırasında mutad meskeninin hukuka uygun olarak Almanya’da bulunması gerekir. Yani başvurucunun Almanya’da yerleşik olması ve kural olarak Alman İkamet Yasası (*AufenthG*) uyarınca bir ikamet

[75] <https://tuerkei.diplo.de/tr-de/service/-/1513836>

[76] Kanunun 34. paragrafı uyarınca kişinin on altıncı yaşını tamamlamış ve sezgin olması vatandaşlığa başvuru işlemini yapmak için yeterlidir.

[77] 1. fıkranın 2 ve 4 numaralı bentlerinin gerekliliklerinden kamu yararı nedeniyle veya özel zorluktan kaçınmak için feragat edilebilir (StAG § 8/2).

izninin olması aranmaktadır. Bu bağlamda ikamet izninin türü ve İkamet Yasasına göre hukuka uygunluğu sınırlandırılmadığından dolayı 1/80 Ek protokolü uyarınca Almanya’da bulunan Türk vatandaşları da bu hükümden faydalanabileceklerdir<sup>[78]</sup>.

Paragrafin devamında aranan “kendi evi var veya yaşayacak bir yer bulmuş (§ 8/1-3)” olma şartı ile alt kiracılık veya herhangi bir şekilde yaşamaya müsait olan bir yer kabul edilmektedir. Bu bağlamda birden fazla kişi ile paylaşılan ortak bir yer de konaklanacak yer şartını karşılamaktadır<sup>[79]</sup>.

Son olarak 8. paragrafta yer alan “kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin geçimini sağlayabilecek durumda olma (§ 8/1-4)” şartı da geniş yorumlanmıştır. Zira, 28.05.2015 tarihli Alman Federal İdare Mahkemesinin kararı<sup>[80]</sup> uyarınca, kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişilere, yurt dışında yaşayan yakınları (veya nafaka alacaklıları) da dâhildir. Hatta yurt dışındaki nafaka alacaklısının bu yönde bir talebinin olup olmamasının bir önemi yoktur. Önemli olan Alman sosyal kasası için muhtemel bir “tehlike”nin mevcut olup olmadığıdır. Ancak öğretide haklı olarak bu durum eleştirilmiş ve mevcut olmayan bir nafaka alacağı sebebiyle sırf bir olasılıktan yola çıkarak bu şartın yerine getirilmediğini ileri sürmenin haksız sonuçlara yol açabileceği ifade edilmiştir<sup>[81]</sup>.

Alman Federal İçişleri Bakanlığının, Vatandaşlık Kanununun tatbikine ilişkin tavsiyelerinde<sup>[82]</sup> 8. paragrafın kanun metninde yer almayan ve fakat

[78] Oberhäuser, op. cit., kn. 4 ve dn. 11; Münch, op. cit., s.304, 307.

[79] Oberhäuser, Ibid., kn.15; Berlit, op. cit., kn.115-121.

[80] BVerwG Urt. von 28.5.2015 – 1 C 23.14, InfAuslR 2015, s. 344.

[81] Oberhäuser, Ibid., kn.16-17; Berlit, Ibid., kn.147. Aksi yönde, Heilbronner op. cit., kn.38.

[82] Vorläufige Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern (VAH-StAG) 2015: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/verfassung/stag-anwendungshinweise-06-15.html>

ilgili hükmün uygulanmasını somutlaştıracak notlar yer almaktadır. Buna göre, mümkünse öncelikle 10. paragrafın uygulanıp uygulanamayacağının denetlenmesi gerekeceği ve mümkün değilse 8. paragrafın uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. 8. paragrafın uygulanmasında da kural olarak -10. paragrafta olduğu gibi- başvuran yabancidan 5 yıllık bir ikamet süresi (m. 8.1.2.2) ve yine en az B1 seviyesinde Almanca dil bilgisi (m. 8.1.2.1.1) aranmaktadır<sup>[83]</sup>.

Ayrıca paragrafta düzenlenen kamu yararı sebebiyle istisnai olarak Alman vatandaşlığına alınacak kişiler arasında; eski Alman vatandaşları, Alman vatandaşlarının soyundan gelenler (evlat edinilmiş çocuklar dâhil) ve eski Alman vatandaşlarının soyundan gelen kişiler (m. 8.1.3.3) ile özellikle bilim, araştırma, iş, sanat, kültür, medya, spor veya kamu hizmeti alanlarında Almanya'nın çıkarına olan bir faaliyet için işe alınacak veya tutulacak kişiler gösterilmiştir (m. 8.1.3.5)<sup>[84]</sup>.

### **c) Almanya'da İkamet (İzni) Sahibi Olmadan Vatandaşlığa Alınma (StAG § 14)**

Bir yabancının Alman vatandaşlığına alınabilmek için kural olarak mütad meskeni Almanya'da olmalıdır. Yurt dışında bulunan bir yabancının vatandaşlığa alınması Federal İdari İşler Dairesinin takdirinde olup, yurt dışında ikamet eden yabancının istisnai olarak Alman vatandaşlığına alınmasının kişinin değil Almanya'nın kamu menfaatine olup olmadığına bakılır. Bu durumda -10. paragraftan farklı olarak- Alman vatandaşı olma hakkından bahsedilemez<sup>[85]</sup>. Yabancı kişi geçmişte Alman vatandaşlığına

[83] VAH-StAG 2015, s. 13-15; Oberhäuser, Ibid., kn.27-35.

[84] VAH-StAG 2015, s. 19.

[85] “Yurt dışında dünyaya gelen bir çocuğun Alman vatandaşı olan anne ve/veya babası 31.12.1999 tarihinden sonra yurt dışında doğmuş ve aynı zamanda çocuğun doğum tarihinde asıl ikamet yeri yabancı bir memleket olanların, zaten doğumla birlikte başka bir ülke vatandaşlığını kazanan çocukları doğumla birlikte doğrudan Alman vatandaşlığını kazanmazlar.

sahip idiyse ve tekrar vatandaş olması kamu yararına ise, tekrar vatandaşlık kazandırılabilir. Aynı şart küçük yaştaki çocukları için de geçerlidir (StAG §13).

Almanya’da ikamet etmeyen bir yabancının istisnai olarak Alman vatandaşlığına alınmasını düzenleyen 14. paragraf yeni kanunla değişikliğe uğramamıştır. Söz konusu düzenlemeye göre; mutad meskeni yurt dışında bulunan yabancı, Almanya ile vatandaşlığa alınmayı haklı kılacak bağları varsa 8. paragrafta yer alan şartlar altında vatandaşlığa alınabilir. Paragrafın ikinci fıkrası uyarınca da yabancı, bir Alman’ın eşi ya da kayıtlı medeni partneriyse, eşlerden ya da kayıtlı partnerlerden birinin yurtdışında kalmasının kamu yararına olması halinde, 1. fıkra uyarınca vatandaşlığa alınabilir.

Bu düzenlemede de 8. paragrafta olduğu gibi vatandaşlığa alınmada yetkili makamın takdir yetkisi söz konusudur. 14. paragraf uyarınca vatandaşlığa alınan kişilerin sayısı çok düşüktür<sup>[86]</sup>. Zira başvurucunun yabancının vatandaşlığa alınmasını haklı kılacak Almanya ile olan bağlantısını ispatlaması ve bu bağlantının Alman devletinin menfaatine olması gerekir. Bu yönde idare tarafından yapılmış açık bir tanım mevcut olmadığı gibi yargı kararları da henüz mevcut değildir<sup>[87]</sup>. 8. paragraftaki düzenlemeden yola çıkıldığında, yabancının bilim, araştırma, ekonomik, sanat, spor alanındaki hizmetleriyle kamusal hizmetleri dikkate alınarak ve ilgili Bakanlıktan

---

*Vatandaşlık Yasası’nın 4. maddesinin 3. cümlesi ile bağlantılı 4. cümlesi. Eğer doğan çocuğun anne ve babası tarafından doğumdan sonra bir yıl içerisinde Almanya’daki yetkili nüfus idaresine veya bulundukları ülkedeki Almanya’nın yetkili dış temsilciliğine çocuğun doğum kütüğüne kaydedilmesi başvurusunda bulunurlarsa, çocuğa geriye dönük olarak doğum tarihi itibarıyla Alman vatandaşlığı verilir”. <https://tuerkei.diplo.de/tr-de/service/-/1513836> (E.T.: 01.07.2024).*

[86] Esther Weizsäcker, “StAG § 14”, in *Ausländerrecht*, edit. Rainer M. Hofmann, Baden Baden, Nomos, 3. Auflage, 2023, kn. 1.

[87] Weizsäcker, *Ibid.*, kn.17.

bu hizmetlerin onaylanmasına ek olarak Dışişleri Bakanlığının da görüşü alınarak kişinin Alman vatandaşlığına alınması mümkün olabilir<sup>[88]</sup>.

Almanya bağlantısı konusunda Alman dış temsilcilik web sayfasında<sup>[89]</sup> farklı örnekler verilmiştir. Buna göre, kişinin Almanya ile çok yönlü yakın ilişkisi varsa, bu bağlantıları da değerlendirme sürecinde dikkate alınır. Bu tür ilişkilere; geçmişte bir Alman vatandaşıyla olan evlilik veya hayat arkadaşlığı, uzun süre Almanya’da yaşamış olmak, kendi kullanımı için Almanya’da sahip olunan gayrimenkul, Alman sigorta kuruluşlarından emeklilik veya sigorta alacağının olması, Alman halkının mensubu olmak, Alman okulunda veya başka bir Alman eğitim kurumunda okumuş olmak, Alman derneğine üyelik, Alman kamu kuruluşunda veya Alman şirketinde çalışmak, Almanya için büyük hizmetlerinin olması gibi durumlar örnek olarak verilmiştir.

Ancak vurgulamak gerekir ki, Almanya’da yaşamayan kişilerin Alman vatandaşlığını kazanmaları nadir gerçekleşen bir durum olup Kanunda belirtili koşullar mutlaka yerine getirilmiş olmalıdır. Ayrıca Federal İdari İşler Dairesi her bir vatandaşlık başvurusunda kamu menfaatinin olup olmadığını inceler ve ilgili karar tamamen idarenin takdirindedir<sup>[90]</sup>. Bu bağ-lamda yukarıda açıklanan kolaylaştırılmış şartlar ile Alman vatandaşlığının kazanılması ve özellikle 1974 öncesi Almanya’ya misafir işçi olarak gelen Türk vatandaşlarına sağlanan kolaylıklar, sadece Almanya’da ikamet etme-ye devam eden Türk vatandaşları için geçerli olup, kural olarak Türkiye’ye dönmüş gurbetçilerimiz veya onların çocukları için geçerli olamayacaktır. 14. paragrafın çok istisnai bir hüküm olduğu unutulmamalı ve 8. ile 10.

[88] Weizsäcker, Ibid., kn.24-25.

[89] <https://tuerkei.diplo.de/tr-de/service/-/1513836> (Erişim tarihi: 01.07.2024).

[90] Vatandaşlık talep forumu kişinin ikamet ettiği yer Almanya dış temsilciliğine ibraz edilir. Başvuru evrakı yetkili dış temsilcilik tarafından incelenir ve görüş bildirilerek Federal İdari İşler Dairesine gönderilir. <https://tuerkei.diplo.de/tr-de/service/-/1513836> (E.T: 01.07.2024).

paragraflarda yapılan kolaylaştırıcı değişikliklerin de sadece Almanya’da yerleşik bulunan yabancılar için geçerli olacağı dikkate alınmalıdır<sup>[91]</sup>.

Vatandaşlık Kanunu uyarınca gerekli şartları sağlayan tüm başvuru yabancılarının (tüm vatandaşlığa alınma türleri bakımından) Alman vatandaşlığını kazanmaları, yetkili vatandaşlık makamı tarafından verilen vatandaşlığa kabul belgesinin teslim edilmesiyle gerçekleşir. Belge verilmeden önce ilgili kişi, “Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’na ve yasalarına saygı göstereceğini ve bunlara zarar verebilecek her türlü eylemden kaçınacağını” beyan etmelidir. Ve vatandaşlığa kabul belgesi kamuya açık bir vatandaşlığa kabul töreninde teslim edilecektir (StAG § 16).

## II. ALMAN VATANDAŞLIK HUKUKUNDAKİ GELİŞMELERİN TÜRK VATANDAŞLARINA ETKİLERİ VE OLUMLU VATANDAŞLIK İHTİLAFLARININ ÇÖZÜMÜ

### A) ALMAN VATANDAŞLIK KANUNUNDAKİ GELİŞMELERİN TÜRK VATANDAŞLARINA ETKİSİ

1960’lı yıllarda Avrupa’nın kalkınmasına katkı için başlatılan Türk işçi göçü sonucu bugün 6,5 milyonu Batı Avrupa’da olmak üzere 7,5 milyon Türk vatandaşı yurt dışında yaşamaktadır<sup>[92]</sup>. İkinci Dünya Savaşı sonrası sanayisini hızla büyötmeye çalışan Almanya, bu süreçte iş gücü açığını kapatmak için yabancı işçileri ülkeye davet etme yoluna gitmiştir. 30 Ekim 1961 tarihinde Türkiye ile Batı Almanya arasında imzalanan İşgücü Antlaşmasıyla birlikte, Türk işgücünün Almanya’ya resmi göçü

[91] Bkz. [https://www.bva.bund.de/DE/Services/Buerger/Ausweis-Dokumente-Recht/Staatsangehoerigkeit/Ein\\_buergerung/Ermessen14/Infobox\\_E14/Infobox\\_E14\\_6.html](https://www.bva.bund.de/DE/Services/Buerger/Ausweis-Dokumente-Recht/Staatsangehoerigkeit/Ein_buergerung/Ermessen14/Infobox_E14/Infobox_E14_6.html) ve [https://www.bva.bund.de/DE/Services/Buerger/Ausweis-Dokumente-Recht/Staatsangehoerigkeit/Einbuergerung/Ermessen14/Infobox\\_E14/Infobox\\_E14\\_9.html](https://www.bva.bund.de/DE/Services/Buerger/Ausweis-Dokumente-Recht/Staatsangehoerigkeit/Einbuergerung/Ermessen14/Infobox_E14/Infobox_E14_9.html) (E.T: 01.07.2024).

[92] <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/yurt-disinda-7-5-milyon-turk-vatandasi-yasiyor/3209684> (ET: 12.12.2024).

başlamıştır. Vatandaşlarımız 60 yılı aşkın bir süredir çalıştıkları ve yerleştikleri bu devletin vatandaşlığını kazanmak istemişlerdir. Ancak Alman kanun koyucunun vatandaşlık hususunda yaptığı düzenlemelerde kural olarak çifte vatandaşlığı kabul etmemesi, haklı olarak Türk vatandaşlarının var olan vatandaşlıklarından çıkıp Alman vatandaşlığını kazanmak konusunda tereddütlere sebep olmuştur. Zira yabancı bir devletin vatandaşlığını kazanabilmek için Türk vatandaşlığından çıkması gereken kişiler, bu yola başvurmaları durumunda Türkiye Cumhuriyeti karşısında bir “yabancı” sıfatını haiz olacaklardı. Bu sebeple de Türkiye’de sahip oldukları miras, taşınmaz edinme gibi bir kısım haklarını kaybedecekleri hususunda haklı bir endişeye sahiplerdi. Bu endişeleri gidermek isteyen ve vatandaşlarının yaşadıkları devletin vatandaşlığını kazanmalarını destekleyen Türk kanun koyucu, bu amaçla 1995 yılında mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanununda yapılan düzenlemeyle<sup>[93]</sup> “mavi kart” (eski adıyla “pembe kart”) uygulamasını hayata geçirmiştir<sup>[94]</sup>. Bu düzenlemeyle Türk vatandaşlığından izin alarak çıkan kişiler Türkiye’de ayrıcalıklı yabancı muamelesi görerek istisnai durumlar haricinde Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklara sahip olacaktır (TVK m. 28)<sup>[95]</sup>.

27 Haziran 2024 tarihinde yürürlüğe giren yeni Alman Vatandaşlık Kanunu ile uzun süredir Almanya’da yaşayan Türk vatandaşları da olumlu anlamda etkilenecektir. Almanya’da yaşayan veya yaşamış olan Türkleri iki gruba ayırmak mümkündür. Bunlardan ilki, halen Türk vatandaşı olup koşulları sağladığı halde henüz Alman vatandaşlığını kazanmamış olan kişilerden oluşmaktadır. Diğer grup ise, mülga Alman Vatandaşlık Kanu-

[93] RG. 12.6.1995 - 22311.

[94] Ayrıntılı bilgi için bkz. Uğur Tütüncübaşı, “Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni “Mavi Kart” Uygulaması)”, *DEÜHFD*, Cilt 13, Sayı 2, 2011, s.153-194.

[95] En son 2012 yılında 6304 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle uygulamada yaşanan bir kısım sorunların giderilmesi amacıyla TVK m. 28 yeniden düzenlenmiştir. RG. 18.5.2012, S. 28296.

nunda yer alan düzenleme gereği Türk vatandaşlığından çıkmak zorunda kalarak Alman vatandaşlığını kazanmış -mavi kart sahibi- eski Türk vatandaşlarıdır. Alman Vatandaşlık Kanununda yapılan bu yeni düzenlemeler sonucunda, zamanında Alman vatandaşlığını kazanabilmek için Türk vatandaşlığından çıkmak zorunda kalan bu ikinci grupta yer alan mavi kart sahibi eski Türk vatandaşları -Alman vatandaşlıklarını kaybetmeden- TVK m. 13 uyarınca<sup>[96]</sup> tekrar Türk vatandaşlığına dönebilecek ve çifte vatandaşlığa sahip olabileceklerdir.

Henüz Alman vatandaşlığını kazanmamış ilk grupta yer alan Türk vatandaşları ise, yeni Alman Vatandaşlık Kanununda yapılan değişiklikler sonucunda Almanya'da en az 5 yıldır yasal olarak ikamet ediyor ve yukarıda açıklanan diğer şartları da taşıyorlarsa -eski düzenlemeden farklı olarak- Türk vatandaşlıklarını da muhafaza ederek, Alman vatandaşlığını kazanabileceklerdir.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bir kişinin vatandaşlığında rol oynayan belirli vakıa veya hukukî hâdiseler, kural olarak bu vakıa veya hukukî hâdiselerin meydana geldiği zamanda yürürlükte olan Kanun hükümlerine tâbi olurlar<sup>[97]</sup>. Bu ilkenin gereği olarak, aksi açıkça belirtilmediği sürece

[96] Türk vatandaşlığının ikamet şartı aranmaksızın yeniden kazanılması başlığını taşıyan Türk Vatandaşlık Kanununun 13. maddesi uyarınca “Millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla aşağıda belirtilen kişiler Türkiye’de ikamet etme süresine bakılmaksızın, Türk vatandaşlığını Bakanlık kararıyla yeniden kazanabilirler. a) Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler”. Kanunun 20. maddesinde ise, yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasının geçerliliği ve sonuçları düzenlenmiştir: “ (1) Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin kararlar, karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder. (2) Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması eşin vatandaşlığına tesir etmez. Ana veya babanın velayeti kendisinde bulunan çocukları, diğer eşin muvafakat etmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır. Muvafakat verilmemesi halinde ana veya babanın mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki hâkim kararına göre işlem yapılır. Türk vatandaşlığını birlikte kazanan ana ve babanın çocukları da Türk vatandaşlığını kazanır”.

[97] Nomer, op. cit., s.32.

Alman vatandaşlığına alınmaya ilişkin bu yeni şartların, Kanunun yürürlüğe girdiği 27.06.2024 tarihinden önceki vakıa veya hukukî olayları da kapsayacak şekilde tatbik edilmesi mümkün değildir. Alman kanun koyucu da yeni kanunda bu yönde bir istisna hükme yer vermemiştir. Almanya'nın Türkiye'deki dış temsilcilik resmî web sayfasında da bu durum açıkça ifade edilmiştir: “Yasa 27 Haziran 2024 tarihinden önce meydana gelmiş veya gelecek durumlar için geriye dönük herhangi bir düzenleme içermemektedir. Eski edinim ve kayıp koşulları bu tür eski durumlar için geçerli olmaya devam etmektedir”<sup>[98]</sup>.

Bunun sonucu olarak Alman Vatandaşlık Kanunu uyarınca vatandaşlığa başvurmak isteyen yabancı (Türk vatandaşının), başvuru tarihinden geriye doğru 5 yıl (özel durumlarda 3 yıl) Almanya'da yaşıyor olması gerekir. Daha önce Almanya'da en az 5 yıl yaşamış ve Türkiye'ye dönmüş olan Türk vatandaşlarının, Almanya'da eskiden geçirdikleri süreler kural olarak dikkate alınmayacaktır. Bu konuda tek istisna yukarıda da açıklandığı üzere Kanunun 14. paragrafında düzenlenen özel hükümdür. Ancak unutulmamalı ki, yurt dışında (Türkiye'de) bulunan bir yabancı (Türk vatandaşının) vatandaşlığa alınması Federal İdari İşler Dairesinin takdirinde olup, yurt dışında ikamet eden yabancı (Türk vatandaşının) istisnai olarak Alman vatandaşlığına alınmasının kişinin değil Almanya'nın kamu menfaatine olup olmadığına bakılacaktır. Bu sebeple Türkiye'ye dönmüş eski gurbetçi vatandaşlarımızın bu imkândan faydalanması kural olarak mümkün gözükmemektedir. Alman kanun koyucu yapılan bu değişikliklerle yurt dışında yaşayan Alman vatandaşlarının sayısını artırmayı değil, ülkesinde yaşayan yabancıların üyesi oldukları toplum içerisinde eşitliklerini sağlamak (örneğin seçme-seçilme hakkı tanımak) için gerekli ihtiyaçları karşılamayı ve nitelikli yabancı iş gücünü ülkesine gel-

[98] “Das Gesetz enthält keine rückwirkenden Regelungen für Sachverhalte, die sich vor dem 27. Juni 2024 ereignet haben oder ereignen. Für solche Altfälle

mesi/kalması için teşvik etmeyi amaçlamıştır<sup>[99]</sup>.

## B) OLUMLU VATANDAŞLIK İHTİLAFLARININ ÇÖZÜMÜ

Bu yeni Kanuni düzenlemeyle Almanya'da yaşayan ve çalışan Türk vatandaşları veya Türk kökenli (mavi kart sahibi) Alman vatandaşları çifte vatandaşlığa sahip olabilecektir. Ancak çifte vatandaşlık durumu, birden çok devletin vatandaşlık ilişkisinden doğan hak ve yetkilerini aynı kişi üzerinde kullanmalarına imkân sağladığından özellikle uygulanacak hukukun tespiti, diplomatik himaye, askerlik yükümlülüğü gibi konularda birçok olumlu vatandaşlık uyumsuzlukları ortaya çıkabilir<sup>[100]</sup>.

Milletlerarası Özel Hukuk alanında cevaplanması gereken soru, kişi hallerine ilişkin ihtilaflarda bu iki vatandaşlıktan hangisinin dikkate alınacağıdır. Zira kişi hallerine ve bu bağlamda aile hukukuna ilişkin ihtilaflar bakımından uygulanacak hukuk Türk kanunlar ihtilafı kurallarında genelde kişinin vatandaşlığına göre tayin edilmektedir. 5718 sayılı Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununda özellikle kişinin hak ve fiil ehliyeti (m. 9), vesayet (m. 10), gaiplik ve ölmüş sayılma (m. 11), nişanlılık (m. 12), evlilik (m. 13), boşanma ve ayrılık (m. 14), nesep (m. 16-17) ile menkul miras (m. 20) gibi şahsın statüsünü ilgilendiren alanlarda kişinin milli hukuku en önemli ve birinci basamakta bağlama noktasıdır. Bu sebeple çifte vatandaşlığa sahip kişiye Türk mahke-

[99] Deutscher Bundestag Drucksache 20/9044, 20. Wahlperiode - 01.11.2023, 22-23. Ayrıca bkz. Weizsäcker, *op. cit.*, kn.17 vd.

[100] “Bireyin, birden çok vatandaşlığı olması haline olumlu çatışma, hiç vatandaşlığı olmaması haline olumsuz çatışma denilmektedir”. Erdoğan Göğer, “Çifte Vatandaşlık”, *AÜHFD*, Cilt 44, Sayı 1, 1995, s.130 ve 168 vd.; Erin Nomer, “Türk Devletler Özel Hukukunda Çifte Vatandaşlık”, *MHB*, Cilt 14, Sayı 1-2, 1994, s.55; Güngör, *op. cit.*, s.26; Ebru Karademir, “Türk Hukukunda Çifte/Çok Vatandaşlıktan Kaynaklanan Sorunlar”, *DEÜHFD*, Cilt 20, Sayı 1, 2018, s.250. Ayrıca bkz. İnci Ataman Figanmeşe: “Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK’un 4. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı”, *MHB* 1999/2000, Sayı 1-2, s.96 vd.

meleri veya idari makamları önünde uygulanacak hukukun tespiti önem arz etmektedir.

Olumlu vatandaşlık ihtilaflarının çözümünde genel olarak kabul edilen yöntem, kişinin vatandaşlıklarından birisinin sorunu çözümleyecek makamın (mahkemenin) mensup olduğu -lex fori- devletin vatandaşlığı olma-sı durumunda, işbu devlet vatandaşlığının esas alınması şeklindedir. Lex fori'nin üstünlüğü, vatandaşlık kanunlarında yer alan hükümlerin devletin egemenlik hakkına dayanılarak sevk edilmiş olması ile açıklanmaktadır<sup>[101]</sup>. Aynı şekilde, bu prensibin bir uzantısı olarak, milli devletlerin birbirlerine karşı diplomatik himaye hakkını kullanamayacağı kabul edilmektedir<sup>[102]</sup>.

Türk kanunlar ihtilâfı hukukunda olumlu vatandaşlık ihtilaflarının çözümü konusunda MÖHUK m. 4/1-b'de lex fori prensibi teyit edilmiştir: “Bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe; birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatan-daşı olmaları hâlinde Türk hukuku”nun uygulanacağına ilişkin düzenleme, ilke olarak, Türk vatandaşlığının esas (öncelikli) olduğunu ve Türk huku-kunun uygulanacağını kabul etmiştir<sup>[103]</sup>.

[101] Göger, Çifte Vatandaşlık, op. cit., s.162-163; Nomer, op. cit., s. 37; Güngör, op. cit., s.26; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, “Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, GÜHFD, Cilt 19, Sayı 1, 2015, s.123-124.

[102] Güngör, op. cit., s.27.

[103] Güngör, Ibid., s.29. “Devletler özel hukuku dışında kalan alanlarda da sözü edilen çözüm tarzı geçerlidir. Türk hukukunda yabancı devlet vatandaşlığı gerçek (effective-genuine) vatandaşlık olsa dahi, Türk vatandaşlığı karşısında tercih edilebilme imkânına sahip değildir”. Nomer, Türk Devletler Özel Hukukunda Çifte Vatandaşlık, op. cit., s.58.

Yetkili hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık esas alınacaktır (MÖHUK m. 3). Bu durumda dava açıldıktan sonra taraflardan birisinin vatandaşlığı değişirse dahi uygulanacak hukukun tespitinde bu değişiklik dikkate alınmayacaktır. Ayrıca bkz. Göger, Çifte Vatandaşlık,

Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (EGBGB-Medeni Kanun'a Giriş Yasası)'nda<sup>[104]</sup> da kişi birden fazla vatandaşlığa sahipse ve bunlardan biri Alman vatandaşlığıysa kural olarak bu vatandaşlığın tercih edileceği hükme bağlanmıştır (m. 5/1(son cümle))<sup>[105]</sup>. Alman hukukunda da -Avrupa Birliği'nin ilgili konularda kabul ettiği Kanunlardan önce de- ağırlıklı

*op. cit.*, s.163; Karademir, *Türk Hukukunda Çifte/Çok Vatandaşlıktan Kaynaklanan Sorunlar*, *op. cit.*, s.253-254.

[104] Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche: BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061.

[105] Alman Kanununda yer alan bu düzenlemede doğru bir şekilde “öncelikli olur (tercih edilir)” yüklemi kullanılmıştır (Ist die Person auch Deutscher, so geht diese Rechtsstellung vor- Kişi aynı zamanda Alman ise, bu hukuki statü öncelikli olur). Oysa MÖHUK m. 4'ün sonunda “uygulanır” yüklemi kullanılmıştır (Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku uygulanır). MÖHUK m. 4'te kanun koyucu, çifte vatandaşlık durumunda hangi vatandaşlığın esas alınacağını-tercih edileceğini ifade etmeyi amaçlamıştır. Hükmün yalnız lafı dikkate alındığında her çifte vatandaşlık durumunda -vatandaşlıklardan birisi Türk vatandaşlığı ise- doğrudan Türk hukukunun uygulanması gerekeceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Bu sebeple kanımızca maddenin sonunda yer alan “uygulanır” kelimesinin “tercih edilir” şeklinde değiştirilmesi daha isabetli olacaktır. Konuyu şöyle bir örnekle açıklamak mümkündür: MÖHUK m. 14 uyarınca, “Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır”. Bu hükümden yola çıkılırsa, eşlerden birisi Alman diğeri Türk vatandaşı olsa, çiftin müşterek millî hukukları bulunmadığı için müşterek mutad mesken hukukları uygulanacaktır. Ancak eşlerden biri sadece Alman ve diğeri Alman ve Türk vatandaşıysa 4. maddenin lafından hareketle doğrudan Türk hukuku uygulanacaktır. Oysa burada çiftin müşterek millî hukuku olduğu kabul edilmese dahi, m. 14'ün ikinci basamağında yer alan müşterek mutad meskeninin araştırılması gerekir, doğrudan Türk hukukunun uygulanması değil. Konuya ilişkin hatalı olduğunu düşündüğümüz Yargıtay Kararları için bkz. Yargıtay 2. HD, E. 2004/9208, K. 2004/11702, T. 12.10.2004 (Kazancı); Yargıtay 2. HD, E. 2007/4214, K. 2008/1476, T. 13.02.2008 (Nuray Ekşi, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul, Beta, 2010, s.3-5). Ayrıca bkz. Bayraktaroğlu Özçelik, “Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, s.136-139; Karademir, *op. cit.*, s.252-253.

olarak şahsın hukukunda ve buna bağlı aile hukukuna ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarında kişinin vatandaşlığı ilk basamaktaki bağlama noktası olarak tercih edilmekteydi. Ancak AB'nin yasal düzenlemeleriyle birlikte artık birçok konuda vatandaşlık yerine mutad mesken bağlama noktası tercih edilmektedir. Bununla birlikte Alman kanunlar ihtilafı kuralları arasında kişinin vatandaşlığının bağlama noktası olarak dikkate alındığı konular da varlığını sürdürmektedir. Örneğin, hak ehliyeti (m. 7/1), gaiplik (m. 9), ad (m. 10), evlilik (m. 13), soybağı (m. 19) ve ölüme bağlı tasarrufların şekli (m. 26/1) konularında uygulanacak hukukun tayininde kişinin vatandaşlığı bağlama noktası olarak kullanılmaktadır. Bu kapsamda Avrupa Birliğinin, özellikle aile ve miras hukukuna ilişkin kanunlar ihtilâfı hukuku düzenlemelerinde uygulanacak hukukun tayininde “vatandaşlık” bağlama noktasına yer verilmekle birlikte, “vatandaşlık” bağlama noktasının, “mutad mesken” bağlama noktasına göre daha tâli bir yere sahip olduğu görülmektedir<sup>[106]</sup>.

Çifte vatandaşlık konusunda bir diğer sorun, bu kişilerin askerliklerini hangi devlette yapacakları veya askerliklerini yapmışlarsa bunun diğer devlette de geçerli sayılıp sayılmayacağıdır. Bu hususta Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi<sup>[107]</sup>, birden çok akit devletin vatandaşlığına sahip kişinin askerlik yükümlülüğünü, kural olarak, vatandaşlığını taşıdığı akit devletlerden sadece birine karşı yerine getirebileceğini kabul etmiştir (m. 21/1). Sözleşme, çifte askerlik yükümlülüğünü istisnai olarak sadece bir durumda öngörmüştür. Eğer kişi vatandaşlığını taşıdığı ve mutad meskeninin bulunduğu akit devlette askerlik hizmetini tamamlamış olup sonradan mutad meskenini vatandaşı olduğu diğer bir akit devletine nakletmişse, naklin yapıldığı devlete karşı askerli yükümlülüğü devam edecektir (m.

[106] Bayraktaroğlu Özçelik, *Ibid.*, s.115-117.

[107] European Convention on Nationality, Strasbourg, 6.XI.1997, European Treaty

21/3-e)<sup>[108]</sup>.

Türk hukukunda ise mülga 1111 sayılı Askerlik Kanununun<sup>[109]</sup> 2. maddesi uyarınca, çifte vatandaşlığa sahip olan Türklerin, bazı şartlar altında vatandaşlığını taşıdığı diğer devlette askerlik yapmış olması halinde, Türkiye’de askerlik yapmış sayılmalarına olanak tanınmıştı. Birden fazla vatandaşlığa sahip yükümlülerin hangi ülkelerde yaptığı askerliğin zorunlu askerlik hizmetinden sayılacağı, bir Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenmişti ve bu listede yer alan devletler arasında Almanya da yer almaktaydı. Ayrıca bu kişilerin sadece fiili askerlik hizmeti değil, sivil kurum ve kuruluşlardaki hizmetleri de sayılmaktaydı<sup>[110]</sup>.

Ancak 25.06.2019 tarihinde yürürlüğe giren 7179 sayılı Askeralma Kanunu<sup>[111]</sup> ile yukarıda bahsedilen 1111 sayılı Askerlik Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır ve bu konularda yeniden düzenleme yapılmıştır<sup>[112]</sup>. 7179 sayılı bu yeni Kanun uyarınca, kişinin vatandaşı olduğu iki ülkeden birinde yapılan askerlik hizmetinin diğer ülkede sayılmasına dair muafiyet

[108] Güngör, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, op. cit., s.246 ; Tanrıbilir, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku, op. cit., s.814 vd.; Karademir, Ibid., s.256-257.

[109] RG. 12-17/7/1927, S. 631-635.

[110] 05.07.1993 tarihli ve 93/4613 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 25.07.1993-21648 (Bu ülkeler Almanya, Avusturya, Danimarka, Finlandiya, Fransa, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, Norveç, Yunanistan ve Tunus). Bkz. Nuray Ekşi, Askerliğin Vatandaşlık Üzerindeki Etkisi ve Özellikle Çifte Vatandaşlığa Sahip Kişilerin Askerlik Yükümlülüğü, İstanbul, Beta, 2. Bası, 2005, s.52.

[111] RG. 26.06.2019, S. 30813.

[112] 01.07.2011 tarihine kadar Almanya’da yapılan askerlik ya da sivil hizmet Türkiye tarafından tanınıyor ve Almanya’da zorunlu askerlik hizmetini tamamlamış olan çifte vatandaşlarımızın Türkiye’de askerlik yapması ve herhangi bir bedel ödemesi gerekmiyordu. Ancak 7179 sayılı yeni Askeralma Kanunu yürürlüğe girmeden önce de 01.07.2011’de Almanya’da askerlik ve sivil hizmetin zorunlu olmaktan çıkarılmasından sonra, Türkiye’nin tanıyacağı -çifte vatandaşları muaf tutacağı- bir zorunlu askerlik hizmeti kalmamıştır. Bkz. BGBl. I S. 678 (Nr. 19) Gesetz von 28.04.2011, Geltung ab 01.07.2011.

işlemleri, varsa ikili anlaşmalar kapsamındaki hükümlere göre yürütülür (m. 45). Ülkemizin bu konuda halihazırda, sadece Tunus ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) ile ikili anlaşması bulunduğu<sup>[113]</sup>, sadece anılan ülkelerde yerine getirilen askerlik hizmeti ülkemizde muafiyet hakkı sağlamaktadır. Yurt dışında yapılan askerlik hizmetleri ikili antlaşmaların olduğu ülkeler hariç Türkiye’de sayılmamaktadır ve çifte vatandaşlık sahibi Türkler de Türkiye’de askerlik hizmetini yerine getirmek durumunda olacaklardır. Buna bağlı olarak Kanunun 38. maddesi uyarınca, “*Yabancı ülkelerde İkamet eden çok vatandaşlık hakkına sahip olanlar, durumlarını ispata yarayan belgeler ile bağlı bulundukları Türk konsolosluklarına başvurmaları hâlinde, bunların her türlü askerlik işlemleri, Bakanlık tarafından belirlenecek usul ve esaslara uygun olarak 35 yaşını tamamladıkları yılın sonuna kadar ertelenebilir*”. Yine Kanuna göre, “*yurt dışında ikamet eden ve çok vatandaşlık hakkına sahip olanlar ile yurt dışında doğup yurt dışında ikamet eden ve süresiz ikamet iznine sahip olanlar en az üç yıl süre ile fiilen yabancı ülkelerde bulunmaları hâlinde çalışma şartı aranmadan*” dövizle askerlik hizmetinden yararlanabilirler (m. 39/2).

## SONUÇ

Alman vatandaşlık hukukuna ilişkin mevzuat, günün şartlarına ayak uyduramadığı ve güncel ihtiyaçlara cevap veremediği için, 27 Haziran 2024 tarihinde yürürlüğe giren Modernizasyon Kanunuyla köklü değişikliklere uğramıştır. Yeni Kanun ile var olan Vatandaşlık Kanununun yapısı korunmuş, ancak özellikle vatandaşlığa alınma şartları önemli oranda hafifletilmiştir. Özellikle Almanya’da yaşayan Türk vatandaşlarını ve Alman vatandaşlığını daha önce kazanmış Türk kökenli vatandaşları ilgilendiren en önemli değişiklik hiç şüphe yok ki, -entegrasyonun önünde bir engel olarak görülen- çifte vatandaşlığı Türkler için engelleyen kuralın Kanundan çıka-

[113] <https://www.konsolosluk.gov.tr/Procedure/ShowProcedureDetail/?procedureId=5&procedureDetailId=5038> (ET: 14.12.2024).

rılmış olmasıdır. Zira Türk vatandaşlarının Alman vatandaşlığını kazanmak için gereken şartları sağladıklarında son bir şart olarak mevcut Türk vatandaşlıklarından vazgeçmeleri isteniyordu. Aynı şekilde, gerekli şartları taşıyan Türk anne ve/veya babanın Almanya’da doğan çocukları da “doğum yeri esası” uyarınca Alman vatandaşlığını kazanabiliyor ama reşit olduktan sonra Türk ve Alman vatandaşlıklarından birini seçmeleri gerekiyordu. Bu seçme yükümlülüğünü 23. yaşını doldurana kadar yerine getirmeyen çifte vatandaşların elinden Alman vatandaşlığı alınıyordu. Şüphesiz bu zorunluluk birçok Türk vatandaşının şartları sağlamış olmasına rağmen Alman vatandaşlığına geçişine engel oluyordu. Zira kimse Alman toplumunun tam bir üyesi olurken, psikolojik de olsa köklerini ve geldikleri ülkeyle olan bağlarını koparmak istememektedir.

Yapılan değişiklik ile yeni kanun, ister doğumla ister sonradan kazanılan vatandaşlık söz konusu olsun, kimsenin kökenini oluşturan vatandaşlıktan vazgeçmesini, bir seçim yapmasını istememektedir. Yeni Kanunla Alman vatandaşlığına geçerken asıl vatandaşlığı muhafaza etme imkânı tanınmış olmasıyla, kişilerin köken ülkeleriyle olan duygusal ve kültürel bağlarına saygı gösterilmiş ve bu sayede de bireylerin aidiyet ve kimlik duygularının güçlenmesi sağlanmıştır.

Yapılan bu Kanun değişikliğiyle uzun süredir Alman toplumunun önemli bir parçasını oluşturan yerleşik yabancılar bakımından mevcut olan demokratik boşluk da doldurulmuş olacaktır. Vatandaşlıkları yanında Alman vatandaşlığını elde edebilecek olmaları, Alman vatandaşlığına sahip kişi sayısını artıracak ve bu kişiler de sahip olacakları seçme ve seçilme hakkıyla, uzun zamandır parçası oldukları Alman toplumunun şekillenmesinde ve evrilmesinde önemli bir rol alabileceklerdir.

Ancak elbette çifte vatandaşlığın kabul edilmesinde tek amaç Almanya’da yaşayan mevcut yabancıların bu yöndeki ihtiyaçlarına cevap vermek değildi. Zira küreselleşen dünya ile birlikte, özellikle gelişmiş ülkelerin nitelikli iş gücü ihtiyacı artmıştır. Var olan insan kaynağı bu ihtiyacı

karşılama hale gelince çare yabancı kalifiye iş gücünü ülkeye çekmek olacaktır. Ancak birçok modern toplum yabancı kalifiye iş gücüne, ülkelerine gelmeleri durumunda çeşitli imkânlar sunarken Almanya bu bakımdan geride kalmıştır. Özellikle Alman vatandaşlığını kazanmak isteyen bir yabancının kural olarak Almanya’da en az sekiz yıl ikamet ediyor olması gerekliliği birçok yabancı için Almanya’yı, özellikle de fazlaca alternatif olan bir iş pazarında pek cazip kılmamaktaydı. Bu sebeple vatandaşlığa alma ve bu bağlamda nitelikli iş gücünü çekebilme hususunda Avrupa Birliğindeki diğer devletlere nazaran geride kalan Almanya, çareyi vatandaşlık için aranan bu süreyi 5 yıla çekmekte bulmuştur. Hatta hızlı entegrasyon sağlayan ve dil seviyesini hızlı bir şekilde üst seviyeye getiren yabancılar için bu süreyi 3 yıla indirdi. Bu sayede geç de olsa nitelikli iş gücünün Almanya’ya gelmesi teşvik edilmiştir.

Son olarak Türk vatandaşları açısından önem taşıyan bir diğer düzenleme de 30 Haziran 1974 tarihine kadar Almanya’ya gelen -o zamanki dü-şünceyle- misafir işçiler için vatandaşlık yolunun kolaylaştırılmış olmasıdır. Alman devleti bu sayede gecikmeli de olsa, Almanya’nın kuruluşunda ve gelişiminde katkıları yadsınamaz yabancıların bu emeklerini onurlan-dırmayı ve hak ettikleri saygıyı göstermeyi amaçlamıştır<sup>[114]</sup>. Bu sebeple bu kişiler vatandaşlık testinden muaf tutulmuştur ve diğer yabancılar için Almanca dil şartında aranan yüksek seviye bu kişilerde artık aranmayacaktır. Bu sayede, dil veya vatandaşlık testini geçemediği için hâlihazırda henüz Alman vatandaşlığını kazanamamış olan bu kişilere Alman vatandaşlığının yolu açılmıştır.

Yapılan mevzuat değişikliği bir bütün olarak değerlendirildiğinde, yeni Vatandaşlık Yasası, Almanya’nın açık ve kapsayıcı bir topluma doğru gelişiminde önemli bir adımı temsil etmektedir Vatandaşlığa kabul sürele-

[114] Bkz. Tasarı sayfa 2, 19 ve 23 (Deutscher Bundestag Drucksache 20/9044, 20.Wahlperiode - 01.11.2023 (<https://dserver.bundestag.de/btd/20/090/2009044.pdf>)). (E.T: 01.07.2024).

rinin kısaltılması, çifte vatandaşlığın tanınması ve Almanya'da doğan çocukların ve misafir işçi kuşağının özel olarak dikkate alınmasıyla Kanun, modern ve çeşitlilik içeren bir toplumun temel zorluklarını ve ihtiyaçlarını çözmektedir. Almanya'yı hayatlarının merkezi haline getirmiş olan insanların daha kapsamlı katılım ve entegrasyonunun önünü açmaktadır.

## KAYNAKÇA

- Altuğ, Yılmaz. “Çok Vatandaşlık”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 43, Sayı 1-4, 1977, s.191-207.
- Altuğ, Yılmaz. *Devletler Özel Hukuku*, İstanbul, Çağlayan Kitapevi, 1995.
- Ataman Figanmeşe, İnci. “Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK’un 4. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı”, *MHB* 1999/2000, Sayı 1-2, s.95-115.
- Ataman-Figanmeşe, İnci. “Doğumla Kazanılan Vatandaşlıkta “Doğum Yerinin” Rolü Bakımından Türk ve Alman Vatandaşlık Hukuklarına Karşılaştırmalı Bir Bakış” in *Uluslararası Hukukta Göç ve Vatandaşlık*, editors Işıl Özkan ve Kazım Sedat Sirmen, Ankara, Yetkin, 2023.
- Aybay, Rona. “Çifte Uyrukluk Sorunu”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Sayı 15, 1993, s.100-108.
- Aybay, Rona. *Vatandaşlık Hukuku*, 1. Baskı. İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004.
- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm. “Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *GÜHFD*, Cilt 19, Sayı 1, 2015, s.111-150.
- Berki, Osman Fazıl. “Türk Vatandaşlık Hukukunda Toprak Esasının Gelişmesi”, *AÜHFD*, Cilt 27, Sayı 1, 1970, s.67-75.
- Berki, Osman Fazıl. *Devletler Hususi Hukuku*, C. I, Ankara, Güzel Sanatlar, 7. Baskı, 1970.
- Berlit, Uwe, Roland Fritz, Jürgen Vormeier ve Reinhard Marx, *Gemeinschaftskommentar zum Staatsangehörigkeitsrecht*, Neuwied, Luchterhand, 2023.
- De Groot, Gerard-René and Olivier Vonk. “Acquisition of Nationality by Birth on a Particular Territory or Establishment of Parentage: Global Trends Regarding Ius Sanguinis and Ius Soli”, *Netherlands International Law Review*, 65/3, 2018, s.319–335.

- Deutscher Bundestag Drucksache 20/9044, 20. Wahlperiode - 01.11.2023 (<https://dserver.bundestag.de/btd/20/090/2009044.pdf>)
- Doğan, Vahit, Alper Yılmaz ve Lale Ayhan İzmirli. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Ankara, Rehber, 19. Baskı, 2023.
- Ecemiş, Sercan. “Türk Vatandaşlığının Doğum Yeri (Ius Soli) Esasıyla Kazanılması”, *DEÜHFD*, Cilt 25, Sayı 1, 2023, s.229-266.
- Edwards, Alice. “The meaning of nationality in international law in an era of human rights: procedural and substantive aspects”, in *Nationality and Statelessness under International Law*, editors Alice Edwards and Laura van Waas, Cambridge Univ. Press, 2014, s.11-43.
- Ekşi, Nuray. *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları*, İstanbul, Beta, 2010.
- Ekşi, Nuray. *Askerliğin Vatandaşlık Üzerindeki Etkisi ve Özellikle Çifte Vatandaşlığa Sahip Kişilerin Askerlik Yükümlülüğü*, İstanbul, Beta, 2. Bası, 2005.
- Erdem, B. Bahadır. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul, Beta, 5. Bası, 2016.
- Geyer, Florian. “StAG § 10”, in *Ausländerrecht*, edit. Rainer M. Hofmann, Baden Baden, Nomos, 3. Auflage, 2023, s.3127-3158.
- Göğer, Erdoğan. “Çifte Vatandaşlık”, *AÜHFD*, Cilt 44, Sayı 1, 1995, s.127-181.
- Göğer, Erdoğan. “Devletler Hususî Hukukunun Mahiyeti”, *AÜHFD*, Cilt 27, Sayı 3, 1970, s.173-192.
- Göğer, Erdoğan. *Türk Tâbiyet Hukuku*, Ankara, Sevinç, 4. Bası, 1979.
- Güngör, Gülin. “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi.”, *Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’un Anısına Armağan*, MHB, Cilt 17-18, Sayı 1-2, 1997-1998, s.229-250.
- Güngör, Gülin. *Tâbiyet Hukuku*, Ankara, Yetkin, 3. Bası, 2015.
- Hailbronner Kay, Hans Georg Maaßen, Jan Hecker ve Marcel Kau.

- Staatsangehörigkeitsrecht*, München, CH Beck, 6. Auflage, 2017.
- Heilbronner, Kay, Marcel Kau, Thomas Gnatzy ve Ferdinand Weber. *Staatsangehörigkeitsrecht*, München, C.H. Beck, 7. Auflage, 2022.
- Heilbronner, Kay. *Asyl- und Ausländerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 5. Auflage, 2021.
- Karademir, Ebru. “Türk Hukukunda Çifte/Çok Vatandaşlıktan Kaynaklanan Sorunlar”, *DEÜHFD*, Cilt 20, Sayı 1, 2018, s.239-264.
- Münch, Berthold. “Einbürgerungsrecht”, in *Ausländer- und Asylrecht*, edit. Reinhard Marx, Baden Baden, Nomos, 4. Auflage, 2021, s.303-444.
- Nomer, Ergin. “Türk Devletler Özel Hukukunda Çifte Vatandaşlık”, *MHB*, Cilt 14, Sayı 1-2, 1994, s.55-62.
- Nomer, Ergin. *Türk Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul, Filiz, 21. Bası, 2015.
- Oberhäuser, Thomas. “StAG § 8”, in *Ausländerrecht*, edit. Rainer M. Hofmann, Baden Baden, Nomos, 3. Auflage, 2023, s. 3103-3120.
- Özkan, Işıl ve Uğur Tütüncübaşı. “Türk ve Alman Hukukunda Çifte Vatandaşlığa İlişkin Gelişmeler.” *AÜHFD*, Cilt 57, Sayı 3, 2008, s.599-634.
- Özkan, Işıl. “Yeni Vatandaşlık Türleri: Çağdaş bir Tipoloji mi?”, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, *DEÜHFD*, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s.2205-2251.
- Öztürk, Necla. Yatırım Yoluyla İkamet Etme ve Vatandaşlık Kazanma, İstanbul, On iki Levha, 2022.
- Seviğ, Muammer Reşit. *Devletler Hususî Hukuku*, İstanbul, Fakülte Matbaası, 1983.
- Spiro, Peter J. “Multiple Citizenship”, in *The Oxford Handbook of Citizenship*, editors Ayelet Shacher, Rainer Bauböck, Irena Bloemraad ve Maarten Vink, London, Oxford University Press, 2017, s.621-643.

- Tabbara, Tarik. “Das Gesetz zur Modernisierung des Staatsangehörigkeitsrechts (StARModG).” *Informationsbrief Ausländerrecht*, no. 4, 2024, s.141-147.
- Tanrıbilir, Feriha Bilge. “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku.”, *Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, MHB*, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s.791-818.
- Turhan Turgut ve Feriha Bilge Tanrıbilir. *Vatandaşlık Hukuku*, Ankara, Yetkin, 4. Baskı, 2017.
- Tütüncübaşı, Uğur. “Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni “Mavi Kart” Uygulaması)”, *DEÜHFD*, Cilt 13, Sayı 2, 2011, s.153-194.
- Unat, İlhan. *Nottebohm Kararı ve Tâbiyetin Gerçekliği İlkesi*, Ankara, Sevinç, 1966.
- Ünsal, Hande. “Doğum Anında Vatandaşlığın Kazanılmasında *Ius Soli* Esası”, *MHB*, Cilt 43, Sayı 2, 2023, s.517-579.
- Weizsäcker, Esther. “StAG § 14”, in *Ausländerrecht*, editor Rainer M. Hofmann, Baden Baden, Nomos, 3. Auflage, 2023, s.3202-3207.
- [www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/verfassung/stag-anwendungshinweise-06-15.html](http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/verfassung/stag-anwendungshinweise-06-15.html)
- [www.mipex.eu/access-nationality](http://www.mipex.eu/access-nationality)
- [www.tuerkei.diplo.de/tr-de/service/-/1513836](http://www.tuerkei.diplo.de/tr-de/service/-/1513836)

# Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Ve Yeni Yasal Düzenleme Işığında Fiili Ayrılık İlkesine Dayanan Boşanma Sebebinin Değerlendirilmesi

Firdevs YÜZBAŞI TOBAZ\*  
Büşra ŞAHİN AYDIN\*\*

---

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM  
Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuâd Başgil Hukuk Fakültesi,  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, firdevs.yuzbasi@omu.edu.tr, ORCID:  
0000-0002-4733-9947.

\*\* Dr. Arş. Gör., Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuâd Başgil Hukuk Fakültesi,  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı, busra.sahin@omu.edu.tr, ORCID: 0000-  
0003-1172-3258.

**Makale geliş tarihi:** 23 Ağustos 2024 **Makale kabul tarihi:** 26 Şubat 2025

**Atf önerisi:** Yüzbaşı Tobaz, Firdevs ve Büşra Şahin Aydın, “Anayasa Mahkemesinin  
İptal Kararı Ve Yeni Yasal Düzenleme Işığında Fiili Ayrılık İlkesine Dayanan  
Boşanma Sebebinin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı  
2, Nisan 2025, s. 54-119. DOI: 10.30915/abd.1537882.

## Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Ve Yeni Yasal Düzenleme Işığında Fiili Ayrılık İlkesine Dayanan Boşanma Sebebinin Değerlendirilmesi

### ÖZ

Fiili ayrılık ilkesine dayanan boşanma sebebi, Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm, boşanmayı önemli ölçüde güçleştirdiği, evliliği devam ettirmek istemeyen eşleri makul olmayan süreler boyunca evliliğin devamına zorladığı ve bu durumun orantılılık alt ilkesi yönünden ölçülülük ilkesini ihlal etmekte olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi tarafından 22 Şubat 2024 tarihinde iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiş, böylece söz konusu hükmün iptaline kadar geçecek sürede, yasa koyucuya yeni bir düzenleme yapma imkânı tanınmıştır. Dolayısıyla, Türk hukukunda, fiili ayrılığa dayanan boşanmaya ilişkin yeni bir düzenleme yapılması zarureti söz konusu olmuştur. Buna binaen yasa koyucu tarafından 14 Kasım 2024 tarihinde 7532 sayılı Noterlik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesi ile yapılan değişiklikle söz konusu hükümdeki üç yıllık süre bir yıl olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu çalışmada, öncelikle Türk hukukundaki boşanma sistemine ve fiili ayrılık ilkesine dayanan boşanma sebebine ilişkin genel açıklamalara yer verilerek Anayasa Mahkemesinin iptal kararı analiz edilmektedir. Sonrasında fiili ayrılık ilkesine dayanan boşanma sebebine ilişkin yasama organı tarafından ihdas edilen hükmün, öğretideki eleştiriler ve uygulamadaki problemler dikkate alınmak suretiyle, olması gereken hukuk bakımından taşıması gereken kriterlere uygunluğu ele alınmaktadır.

### Anahtar Kelimeler:

boşanma sebepleri

fiili ayrılık ilkesi

iptal kararı

Anayasa Mahkemesi

ölçülülük ilkesi

## **Evaluation Of The Reason For Divorce Based On The Principle Of Actual Separation In The Light Of The Cancellation Decision Of The Constitutional Court And The New Legal Regulation**

### **ABSTRACT**

The grounds for divorce based on the principle of de facto separation are regulated in the fourth paragraph of Article 166 of the Turkish Civil Code. The provision in question was annulled by the Constitutional Court on 22 February 2024 on the grounds that it made divorce significantly more difficult, forced spouses who did not want to stay married to stay married for an unreasonable period of time and that this situation violated the principle of proportionality in terms of the sub-principle of proportionality. The Constitutional Court decided that the annulment provision shall enter into force nine months after the publication of the decision in the Official Gazette, thus allowing the legislator to make a new regulation during the period until the annulment of the provision in question. Therefore, it has become necessary to make a new regulation regarding divorce based on de facto separation in Turkish law. Accordingly, the three-year period in the said provision was rearranged as one year with the amendment made by the legislator on November 14, 2024 with Article 13 of the Law No. 7532 on Amendments to the Notary Law and Certain Laws. In this study, first of all, general explanations regarding the divorce system in Turkish law and the grounds for divorce based on the principle of de facto separation are included and the annulment decision of the Constitutional Court is analyzed. Then, the compliance of the provision established by the legislative body regarding the grounds for divorce based on the principle of de facto separation with the criteria it should have in terms of the law as it should be is discussed, taking into account the criticisms in the doctrine and the problems in practice.

Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Ve Yeni Yasal Düzenleme Işığında Fiili  
Ayrılık İlkesine Dayanan Boşanma Sebebinin Değerlendirilmesi

**Keywords:**

grounds for divorce

annulment decision

Constitutional Court

de facto separation principle

principle of proportionality

## GİRİŞ

Aile yapısı ve ekseriyetle ailenin temelini teşkil eden evlilik kurumu, geçmişten günümüze hemen her toplumda kendisine az-çok kutsallık atfedilen bir sosyal yapı olmuştur. Toplumların temel taşıyıcısı olarak görülen bu yapıyı koruma görevi, zaman zaman hukukun asli görevleri arasında telakki edilmiş, dolayısıyla bir toplumda ihdas edilecek hukuk, özellikle de aile hukuku kuralları şekillenirken, ailenin korunması temel amacından hareket edilmiştir. Esas itibarıyla irade özerkliğinin hâkim olduğu özel hukuk alanında, bünyesinde bu kadar geniş ölçüde emredici hukuk kuralını barındıran aile hukuku düzenlemelerinin temelindeki saikler de burada yatmaktadır.

Geçmişteki geleneksel ve katı aile hukuku düzenlemeleri, zamanın getirdiği yeni toplumsal yapı karşısında kimi zaman yetersiz kalmış, toplumla hukuk arasındaki ahenk bozulmaya başlamıştır. Bu durumun getirdiği en önemli değişikliklerden biri, boşanma sistemlerindeki yumuşama eğilimi olmuştur. Pek tabii bu eğilimin, fiili ayrılık ilkesine dayanan boşanma sebepleri üzerinde de çeşitli tesirleri görülmüştür.

Modern hukuk sistemlerindeki temel düşünce, fiili ayrılık nedeniyle gerçekleşecek boşanmalarda, bireyleri çok daha kısa bir süre içerisinde yeni bir hayatın temellerini atmaya yönlendirecek hukuki düzenlemelere geçilmesi yönünde olmuştur. Bu eğilimin tezahürleri Türk hukuk sisteminde de görülmeye başlamış, doktrinde uzun yıllardan bu yana ciddi eleştirilere maruz kalan fiili ayrılığa dayanan boşanma sebebine ilişkin hukuki düzenlemeyi ihtiva eden Türk Medeni Kanunu'nun mülga 166. maddesinin dördüncü fıkrası, nihayetinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Türk hukuk sisteminde fiili ayrılığa dayanan boşanma sebebi bakımından öngörülen usul, yukarıda da ifade edildiği üzere, doktrinde uzun yıllardan bu yana çeşitli açılardan eleştirilere maruz kalmıştır. Şöyle ki; bu usul, mukayeseli hukuk sistemlerine kıyasla oldukça uzun bir süre ve iki aşamalı denilebilecek bir prosedürü öngörmesi dolayısıyla, makul bir bo-

şanma sürecini tesis etmekten uzak bir görüntü sergilemektedir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrasında, modern hukuk sistemlerindeki örneklerle ve toplumun ihtiyaç ve beklentilerine uygun yeni bir hukuki düzenleme ihtiyacının ortaya çıktığı aşikârdır. Nitekim bu çalışmanın yapıldığı günlerde, yasa koyucu tarafından 14 Kasım 2024 tarihinde 7532 sayılı Noterlik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesi ile yapılan değişiklikle söz konusu hükümdeki üç yıllık süre bir yıl olarak yeniden düzenlenmiştir. İşbu çalışma kapsamında, Türk hukukunda fiili ayrılığa dayanan boşanma sebebinin düzenleyen hükme ilişkin Anayasa Mahkemesinin iptal kararı incelenmekte olup, mukayeseli hukuktaki örnekler ve mülga düzenlemeye ilişkin doktrindeki eleştirilere yer verilerek, yapılan yeni düzenlemenin olması gereken hukuk bakımından kritize edilmesi amaçlanmaktadır.

## I. TÜRK AİLE HUKUKUNDA BOŞANMA SİSTEMİ

### A) BOŞANMA SEBEPLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

Geçerli olarak kurulmuş bir evliliğin sona erme hâllerinden biri, tarafların boşanması suretiyle evlilik birliğinin nihayete erdirilmesidir. Boşanma, taraflardan biri veya her ikisinin talebi üzerine, mahkemenin vereceği karar ile evlilik birliğine son verilmesidir<sup>[1]</sup>. Türk aile hukuku sisteminde,

[1] Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş Onaltıncı Bası, 2021, C.III, para.556; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, Ankara, Türhan Kitabevi, 2015, s.110; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 19. Baskı, 2016, C.II, s.235; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, 2024, s.102; Alper Keskin, *Boşanma Davaları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, C.I, s.13; Mustafa Ünlütepe, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK m.166/I-II)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.29-30; Yusuf Bor, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023, s.15; Abdülkerim Yıldırım, *Türk Aile Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2014, s.72.

boşanmanın mutlaka bir mahkeme kararı ile gerçekleşmesi<sup>[2]</sup> ve eşlerden biri veya her ikisinin talebi üzerine açılan boşanma davasının, kanunda belirlenen boşanma sebeplerinden birine dayanması gerekmektedir.

Bir hukuk düzeninde boşanma sistemi ihdas edilirken, temel bazı ilkelere hareket edilir. Boşanmanın dayandığı ilkeler; kusur, temelden sarılma, irade, elverişsizlik ve fiili ayrılık gibi ilkelere<sup>[3]</sup>.

Boşanma sistemlerinin oluşturulmasında hangi ilkelerin esas alınacağı sorunu, nihayetinde bir hukuk politikası meselesidir. Fakat unutulmamalıdır ki, hukuk politikalarının genellikle toplumsal yapının dinamiklerine uygun bir biçimde şekillenmesi gerekir. Zira hukuk bir yönüyle toplumsal yaşamın bir ürünü bir yönüyle de toplumsal yaşam üzerinde ciddi tesirleri olan bir faktör olması dolayısıyla esasında toplumbilimle iç içe değerlendiril-

[2] Şer'i birtakım esaslara dayanan Osmanlı aile hukuku sistemi, erkeğin tek taraflı irade beyanı ile hiçbir gerekçe göstermeden ve herhangi bir yargı kararına gerek olmaksızın boşanmasına olanak tanımaktaydı. Kadınlar açısından böyle bir imkân tanınmadığı gibi, kadınlara iktidarsızlık, bazı zührevi hastalıklar gibi çok temel bazı nedenler dışında boşanma imkânı getirilmemişti. Cumhuriyetin ilanı öncesinde başlayan çalışmalar ve sonraki süreçte gerçekleştirilen medeni hukuk devriminin belki de en önemli kazanımlarından biri, erkekler açısından kabul edilen tek taraflı ve gerekçesiz boşanma hakkının ortadan kaldırılması ile hâkim kararı ile boşanma usulünün getirilmesi suretiyle boşanmanın resmîyete bağlanmış olmasıdır. Öte yandan kadınlara da erkeklerle eşit koşullarda boşanma hakkının tanınmış olması, kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik önemli adımlardan biri olmuştur. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, "Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz'a Armağan*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s.1720 vd.; Akıntürk ve Ateş, *op. cit.*, s.225 vd.; Gül Çakır, "Atatürk Dönemi'nde Türkiye'de Aile Hukuku ve Çocuk Hakları", *Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 18, Sayı 1, 2020, s.350 vd.; Zeynep Özlem Üskül Engin, "Medeni Kanun ve Toplumsal Dönüşüm", in. Fethi Gedikli (Ed.), *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2014, s.31 vd.

[3] Akıntürk ve Ateş, *op. cit.*, s.240; ilkeleri dört grup altında toplayan görüş için bkz. Zafer Zeytin ve Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, 2017, s.191.

rilmesi gereken bir alandır<sup>[4]</sup>. Toplumsal davranışlar ve bunların toplumda ortaya çıkarabileceği sonuçlar, yasa koyucular tarafından pek tabii dikkate alınması gereken önemli olgulardır. Örf-adet, gelenek ve toplumsal düzeyde sağlanmış uzlaşılardan hukukun şekillenmesine etki etmesi çoğu zaman olağan bir durumdur<sup>[5]</sup>. Dolayısıyla toplum dinamikleri ve özellikle toplumun aileye bakış açısı kaçınılmaz olarak, boşanma sistemine ilişkin tercihleri de önemli ölçüde etkileyecektir.

Peki Türk aile hukukunda, boşanma sistemi belirlenirken bu ilkelere hangisi ya da hangileri dikkate alınmıştır? Aslında Türk Medeni Kanunu<sup>[6]</sup>'nın öngördüğü boşanma sistemi, belirli bir ilkeye bağlı kalmaktan uzak, karma bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki Türk Medeni Kanunu, boşanmayı düzenlerken bu ilkeler arasında özellikle sarsılma ilkesini kabul etmiş; aynı zamanda kusur, irade, elverişsizlik ve fiili ayrılık ilkelerine de yer vermiştir<sup>[7]</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun "Boşanma" başlığını taşıyan İkinci Bölümü'nde yer alan 161 ile 166. maddelerinde boşanma sebepleri, çeşitli açılardan tasnif edilebilecek altı temel sebep üzerinden düzenlenmiştir. Kanun'da düzenlenen başlıca boşanma sebepleri, kanuni terminoloji ve sıralamaya uygun olarak; zina (TMK m. 161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (TMK m. 162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK m. 163), terk (TMK m. 164), akıl hastalığı (TMK m. 165) ve evlilik birliğinin sarsılmasıdır (TMK m. 166). Bu sebepler sınırlı sayıda olup; kusura dayanan ve dayanmayan, özel ve genel, nisbi ve mutlak boşanma sebepleri şeklinde birtakım ayrımlara tabi tutulmaktadır.

Davalı tarafın kusurunu gerektiren boşanma sebepleri, kusura dayanan;

[4] Gökhan Antalya, *Hukuk Teorisi Cilt I*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2020, s.59.

[5] Fatma Süzgün Ş. Ünver, *Hukuk Sosyolojisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s.113.

[6] 22 Kasım 2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu.

[7] Akıntürk ve Ateş, *op. cit.*, s.242,243; Zeytin ve Ergün, *op. cit.*, s.192.

evlilik birliğinin devamının taraflar bakımından çekilmez hâle gelmesini gerektiren boşanma sebepleri, nisbi; evlilik birliğinin sarsılması şeklinde tezahür eden genel boşanma sebebinin yanı sıra kanunda özel olarak düzenlenmiş diğer boşanma sebepleri ise, özel boşanma sebebi olarak nitelendirilmektedir<sup>[8]</sup>.

Davalının kusuruna dayanan boşanma sebepleri; zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ile terk iken; akıl hastalığı ve evlilik birliğinin sarsılması hâlleri, kusurun aranmadığı boşanma sebeplerindendir<sup>[9]</sup>.

Evlilik birliğinin devamının eşlerden beklenip beklenemeyeceği araştırmasını gerekli kılan nisbi boşanma sebepleri; suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, akıl hastalığı ile evlilik birliğinin sarsılması hâlleridir. Söz konusu boşanma sebebinin gerçekleşmesinin yeterli olduğu, ayrıca bu sebebin evliliğin devamını çekilmez hâle getirmesinin beklenmediği boşanma sebepleri, mutlak boşanma sebebi olarak adlandırılmakta olup, bu sebepler; zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış ile terk hâlleridir. Bu sebeplerin varlığı, ayrıca bir araştırmaya gerek kalmaksızın, evlilik birliğinin devamını çekilmez kılacak nitelikte mutlak birer boşanma hâli olarak öngörülmüş bulunmaktadır<sup>[10]</sup>.

Öte yandan zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk ile akıl hastalığı hâlleri özel boşanma sebeplerinden olup, evlilik birliğinin sarsılması hâli, genel boşanma sebebi olarak nitelendirilmektedir. Somut vakada, özel bir boşanma sebebinin

[8] Dural, Ögüz ve Gümüş, *op. cit.*, para.562; Erdem ve Makaracı Başak, *op. cit.*, s.102,103; Süleyman Yılmaz ve Abdülkerim Yıldırım, *Medeni Hukuk-I*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 4. Baskı, 2023, s.223; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, *op. cit.*, s.114.

[9] Erdem ve Makaracı Başak, *op. cit.*, s.102,103.

[10] Hüseyin Hatemi ve Burcu Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, 2014, §10 para.15; Akıntürk ve Ateş, *op. cit.*, s.243,244; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, *op. cit.*, s.114,115; Yılmaz ve Yıldırım, *op. cit.*, s.223; Erdem ve Makaracı Başak, *op. cit.*, s.103.

mevcudiyeti, genel boşanma sebebi olarak nitelendirilen evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayanılarak boşanma davası açılmasına mâni teşkil etmemekte, her iki talep yarışmalı olarak ileri sürülebilmektedir<sup>[11]</sup>.

## B) ÖZEL BOŞANMA SEBEPLERİNDEN GENEL BOŞANMA SEBEPLERİNE GEÇİŞ EĞİLİMİ

Geçmişte boşanma hukuku bakımından kabul edilen geleneksel düşünce, boşanmanın ancak bazı özel sebeplerin varlığı hâlinde mümkün olabileceği yönündeydi<sup>[12]</sup>. Fakat zamanla, boşanmanın yalnızca özel sebeplerin varlığı hâlinde gerçekleşebileceği şeklindeki bu düşünce zayıflamış ve aile hukuku düzenlemelerine genel boşanma sebepleri girmeye başlamıştır. Modern hukuk sistemlerinde başlayan genel boşanma sebeplerine geçiş eğilimi, batıdaki hukuki gelişmeleri oldukça yakından takip eden ülkemiz aile hukukunu da etkilemiş, hukuk sistemimiz bakımından da bu geleneksel düşünce tarzı zamanla zayıflayarak, genel boşanma sebebi olarak nitelendirilen saikler medeni kanunlarımızda yer bulmaya başlamıştır<sup>[13]</sup>.

Genel boşanma sebeplerinin ve özellikle kusura dayanmayan boşanma sebeplerinin kabul edilmesi ile boşanmaların kolaylaştırılması eğilimi, özellikle toplumun, ailenin, kadınların ve çocukların korunması düzleminde bazı tartışmaları beraberinde getirse de, toplumsal değişim ve dönüşümün bir sonucu olarak, sosyolojik gerçeklik, bu sebeplerin medeni hukuk mevzuatlarına girmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bireyin toplum karşısında daha güçlü bir süje olarak yer alması, toplumun ve ailenin korunması

[11] Erdem ve Makaracı Başak, *op. cit.*, s.102; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, *op. cit.*, §10 para.67.

[12] Bu dönemde boşanmanın kabul edilmediği, evlilik birliğinin sona erdirilmesine müsaade etmeyen sistemlerin de varlığı hakkında bilgi için bkz. Akıntürk ve Ateş, *op. cit.*, s.237 vd.; Eda Şahin Şengül, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s.13 vd.

[13] Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, *op. cit.*, §10 para.7-11; Saibe Oktay Özdemir, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, *MHB-Publicand Private International Law Bulletin*, Cilt 35, Sayı 1, 2015, s.32.

düşüncesi ile bireylerin temel hak ve özgürlükleri çatışmasında, zamanla bireyler lehine bir eksen kaymasına yol açmıştır. Geleneksel ve katı aile yapısının zamanla değişmesi<sup>[14]</sup>, toplumda bireyselliğin ön plana çıkması<sup>[15]</sup> ve toplumun aile kurumuna bakış açısında zamanla meydana gelen değişikliklerin boşanma sistemleri üzerinde de ciddi tesirler göstermesi beklenen bir durumdur.

Günümüzde, Türk aile hukuku sisteminden farklı olarak artık Avrupa’da birçok hukuk sisteminde özel boşanma sebeplerine yer verilmediği, boşanmanın genel birtakım sebeplere dayanılarak gerçekleştirildiği, bu sebepler ve hatta boşanmanın mali sonuçları açısından kusur değerlendirmesinin yapılmadığı, dolayısıyla modern boşanma sistemlerinde ağırlıklı olarak, genel ve kusurdan arındırılmış boşanma sebeplerinin hâkim olduğu dikkat çekmektedir<sup>[16]</sup>. Nitekim mehz İsviçre Medeni Kanunu (ZGB)<sup>[17]</sup> ile Alman Medeni Kanunu (BGB)<sup>[18]</sup>, bunun en önemli örnekleri arasında yer

- 
- [14] Modernleşmenin etkileri ile geleneksel aile yapılarında zamanla meydana gelen değişiklik üzerine değerlendirmeler için bkz. İlknur Beyaz Özbey, “Bireysellik, Belirsizlik ve Güvensizlik Bağlamında Ailenin Dönüşümü ve Türkiye’deki Yansımaları”, *Turkish Studies - Social*, Cilt 15, Sayı 4, 2020, s.1739 vd.
- [15] Aile yaşamındaki değişime ilişkin benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Gülay Cezayirli, “Küreselleşme, Bireyselleşme ve Toplumsallaşma”, *Erdem Atatürk Kültür Merkezi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 41, 2004, s.33 vd., özellikle sosyal bilişim perspektifinden bilgi çağındaki toplumda bireyselleşme ve yalnızlaşma meselesine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Abdülkadir Büyükbingöl, “Sosyal Bilişim Perspektifinden Bireyselleşme ve Yalnızlaşma Sorunu Üzerine Bir Analiz”, *Sosyolojik Bağlam Dergisi*, Cilt 3, Sayı 2, 2022, s.188 vd.
- [16] Pınar Altınok Ormancı, “Fransız Boşanma Hukuku Revizyonunun Getirdikleri: Türk Boşanma Hukukunda Olası Bir Revizyon İçin Değerlendirmeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 71 Sayı 4, 2022, s.1446,1447.
- [17] İsviçre Medeni Kanunu (Schweizerisches Zivilgesetzbuch), 10 Aralık 1907 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İsviçre Medeni Kanunu’nun güncel metni için bkz. [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233\\_245\\_233/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de), E.T. 07.08.2024.
- [18] Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch), 18 Ağustos 1896 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Alman Medeni Kanunu’nun güncel metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>, E.T. 07.08.2024.

almaktadır. Boşanma sebepleri, İsviçre Medeni Kanunu'nun 111 ile 116. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İsviçre'deki boşanma sistemi, 2000 yılında yapılan değişikliklerle, önemli bir revizyona uğramış ve oluşturulan yeni boşanma düzeninde, kusur ilkesi büyük oranda dışlanmıştır. Bu durum sadece boşanma sebepleri bakımından değil, aynı zamanda boşanmanın sonuçları açısından da geçerlidir<sup>[19]</sup>. Söz konusu revizyondan sonra İsviçre Medeni Kanunu'nda boşanma ya anlaşmalı olarak, yani eşlerden her ikisinin karşılıklı isteği (Scheidung auf gemeinsames Begehren)<sup>[20]</sup> ile ya da tek taraflı olarak (Scheidung auf Klage eines Ehegatten)<sup>[21]</sup> gerçekleştirilebilmektedir. Tek taraflı boşanma, eşlerden biri için evlilik birliğinin devamının beklenemez olması ya da fiili ayrılık durumlarında söz konusu olmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nda da gerek boşanma sebepleri gerek boşanmanın sonuçları bakımından kusur ilkesinin dikkate alınmadığı görülmektedir<sup>[22]</sup>. Kanun'da esas olarak tek boşanma sebebi tanınmakta, bu da 'evliliğin başarısızlığı' (Scheitern der Ehe)<sup>[23]</sup> kavramı ile ifade edilmektedir.

### C) HUKUKUMUZDA FİİLİ AYRILIK İLKESİNE DAYANAN BOŞANMA SEBEBİNİN KABUL EDİLMESİ

1926 yılında İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibas edilmesi suretiyle kabul edilen 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi<sup>[24]</sup>nde "imtizaçsızlık" olarak adlandırılan genel bir boşanma sebebi bulunmaktaydı. Doktrinde şiddetli

[19] Ingeborg Schwenzer ve Tomie Keller, "Recent Developments in Swiss Family Law", *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt 35, Sayı 1, 2015, s.8.

[20] Bkz. ZGB §111,112.

[21] Bkz. ZGB §114,115.

[22] Dieter Schwab, *Familienrecht*, München, Verlag C.H.BECK, 25., neu bearbeitete Auflage, 2017, §37 para.364.

[23] Bkz. BGB §1565.

[24] 4 Nisan 1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (mülga).

geçimsizlik olarak ifade edilen bu boşanma sebebi<sup>[25]</sup>, 1988 yılına kadar hukukumuzda yegâne genel boşanma sebebi olarak yer almıştır. 04.05.1988 tarihinde 3444 sayılı Kanun<sup>[26]</sup> ile 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 134. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte, anlaşmalı boşanma ile fiili ayrılık ilkesine dayanan boşanma, şiddetli geçimsizliğe dayanan bu boşanma sebebinin yanı sıra, genel birer boşanma sebebi olarak hukuk sistemimize dâhil olmuştur<sup>[27]</sup>.

Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde yer alan 134. madde hükmü, birtakım ifade değişiklikleri ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesine alınmıştır. Dolayısıyla Türk hukuk sistemi bakımından, genel bir boşanma sebebi olarak 1988 yılında kabul edilen fiili ayrılık ilkesine dayanan boşanma, söz konusu düzenleme ile korunmuştur.

Fiili ayrılığa dayanan boşanmaya ilişkin hüküm, aslında fiili olarak nihayete ermiş, maddeten çökmüş bir evliliğin, hukuken devam ettirilmesinin bir anlam taşımayacağı düşüncesine dayanmaktadır<sup>[28]</sup>. Filhakika bir evlilik, uzun bir müddet zarfınca eylemli olarak devam ettirilmiyor, yani eşler ortak bir hayatı fiilen ve ruhen paylaşmıyorsa, resmî anlamda bu evliliğin devam ettirilmesinin ne bireyler ne de toplum açısından herhangi bir değerinin olmayacağı aşîkârdır. İşte hâlihazırda, uzun süreler boyunca ayrı yaşamakta olan eşlerin boşanamamaları gerçeği, kanun koyucuyu yeni bir

[25] Akıntürk ve Ateş, *op. cit.*, s.261.

[26] 4 Mayıs 1988 tarih ve 3444 sayılı 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanununun 49 uncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun.

[27] Değişikliklere dair detaylı bilgi için bkz. Ünlütepe, *op. cit.*, s.35 vd.; Akıntürk ve Ateş, *op. cit.*, s.261; Şahin Şengül, *op. cit.*, s.77 vd.

[28] Dural, Ögüz ve Gümüş, *op. cit.*, para.660; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 6. Bası, 2015, s.700; Akıntürk ve Ateş, *op. cit.*, s.272; Mehmet Emin Özgül, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 3, 2021, s.2350; Akın Ünal, "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1-2, 2007, s.294,295.

boşanma sebebi ihdas etmeye sevk etmiş, fiili ayrılığa dayanan boşanma sebebi bu düşüncelerle ortaya çıkmıştır. Fakat fiili ayrılığın bir boşanma sebebi olarak kabul edilebilmesi bakımından gerekli kıstasların neler olması gerektiği, eşler arasındaki fiili ayrılık sürecinin ne kadar devam etmesi ve bu sürenin başlangıcının nasıl belirlenmesi gerektiği hususları, günümüzde hâlâ tartışılmaktadır.

#### **D) TÜRK MEDENİ KANUNU’NDA FİİLİ AYRILIK İLKESİNE DAYANAN BOŞANMA SEBEBİ**

Türk Medeni Kanunu’nun “Evlilik birliğinin sarsılması” başlıklı 166. maddesinde, genel boşanma sebepleri düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu hüküm ile getirilen genel boşanma sebeplerinde, özel boşanma sebeplerinden farklı olarak, boşanma, kanunda belirlenmiş kesin bir olguya dayanmamakta; belirli olmayan bu olgunun gerçekleşmesi sonucunda evlilik birliğinin devamı beklenemez hâle gelmişse, bu nedene dayanarak boşanma talebinde bulunulabileceği kabul edilmektedir<sup>[29]</sup>.

Türk Medeni Kanunu’nun 166. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeye göre; *“Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.”* Evlilik birliğinin sarsılması, dar manada, anılan bu hükme dayanan boşanma sebebinin ifade etmektedir.

Geniş anlamıyla evlilik birliğinin temelinden sarsılması kavramı, Türk Medeni Kanunu’nun 166. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında düzenlenen, eşlerin anlaşması ile fiili ayrılık ilkesine dayanan boşanma hâllerini de kapsamaktadır. Esasında burada sayılan durumlar, evlilik birliğinin temelinden sarsılması hâlinin bazı görünüm biçimlerindendir<sup>[30]</sup>. Yani eşlerin boşanma hususunda anlaşmış olmaları ile eşler arasındaki ortak hayatın belirli bir süre zarfında tesis edilememiş olması durumlarında, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kabulüne yönelik kanuni bir ka-

[29] Dural, Ögüz ve Gümüş, *op. cit.*, para.631.

[30] Ünlütepe, *op. cit.*, s.52; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku, op. cit.*, s.136.

rine öngörölmüş bulunmaktadır<sup>[31]</sup>. Bu durumlarda, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu peşinen kabul edildiğinden artık taraflarca bu hususun ispat edilmesi gerekliliğı bulunmamaktadır.

Özetle, Türk Medeni Kanunu’nun 166. maddesi çerçevesinde, üç tür genel boşanma sebebinin düzenlendiğı, bu sebeplerin; evlilik birliğinin temelinden sarsılması (TMK m.166/1), eşlerin anlaşması (TMK m.166/3) ve fiili ayrılık ilkesine dayanan boşanma (TMK m.166/4) hâlleri olduğu söylenebilir.

Türk Medeni Kanunu’nun mülga 166. maddesinin dördüncü fıkrası; “Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiğı tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliğı temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.” şeklindeydi. Yeni düzenleme ile; “Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiğı tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliğı temelden sarsılmış sayılır” cümlesindeki ‘üç yıl’ ibaresi ‘bir yıl’ olarak değiştirilmiştir. Dolayısıyla söz konusu yeni düzenleme hâlihazırda, Türk hukuku bakımından fiili ayrılık ilkesine dayanan genel boşanma sebebine hukuki dayanak teşkil etmektedir.

Fiili ayrılık ilkesine dayanan boşanma bakımından mevcut sistemde, eşlerin herhangi bir şekilde bir yıl süre ile ayrı kalmaları, hâlâ tek başına bir boşanma sebebi olarak kabul edilmemektedir. Burada uzun süreli ayrılığa ilişkin bazı özel şartların gerçekleşmesi koşulu, mülga düzenlemede olduğu gibi yeni düzenlemede de aranmaktadır. Türk Medeni Kanunu’nun 166. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince; eşler, herhangi bir nedenle açılmış boşanma davasının reddinden sonraki bir yıllık süreçte, ortak hayatın

[31] Dural, Öğüz ve Gümüş, *op. cit.*, para.633; Ünlütepe, *op. cit.*, s.52; Akıntürk ve Ateş, *op. cit.*, s.269; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku, op. cit.*, s.136; Zeytin ve Ergün, *op. cit.*, s.196; Yıldırım, *op. cit.*, s.79.

yeniden tesisini sağlayamamışlarsa, kanuni karine gereği evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilecek ve eşlerden birinin talebi üzerine boşanma kararı verilecektir. Başka bir deyişle, fiili ayrılığa dayanan boşanma sebebi bakımından, mutlaka taraflarca açılmış bir boşanma davasının mevcudiyeti ve nihai olarak bu davanın reddedilmiş olması gereklidir. Söz konusu davanın, eşlerden hangisi tarafından, hangi boşanma sebebine dayanılarak açıldığıнын herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Hangi eş tarafından açılmış olursa olsun, boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren bir yıl içerisinde, ortak hayat yeniden tesis edilememişse, eşlerden biri tarafından bu sebebe dayanan boşanma davası açılabilir. Reddedilen boşanma davasında olduğu gibi ortak hayatın yeniden tesis edilememesine dayanan bu davayı da hangi eşin açtığı önem arz etmemektedir<sup>[32]</sup>.

Fiili ayrılığa dayanan boşanma davası bakımından, davalı eşin kusurlu olması şartı aranmamakta; bu hâl, kusurdan arındırılmış bir boşanma sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>[33]</sup>. Davalı eş, kusursuz yahut daha az

[32] Akıntürk ve Ateş, *op. cit.*, s.274; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, *op. cit.*, s.147.

[33] “...*Türk Medeni Kanunu’nun 166/son maddesi uyarınca fiili ayrılık nedeniyle boşanma kararı verilebilmesi için, daha önce eşlerden biri tarafından açılmış ve retle sonuçlanıp kesinleşmiş bir boşanma davasının mevcudiyeti ile bu kesinleşme tarihinden itibaren en az üç yıl süreyle evlilik birliğinin yeniden kurulamamış olması gerekli ve yeterlidir. Fiili ayrılık nedenine dayalı bu boşanma davasında boşanma kararı için kusur araştırılması gerekmez. Kusur, boşanmanın eki olan nafaka ve tazminat taleplerinin değerlendirilmesinde bir unsur olarak araştırılması gerekir. Tarafların retle sonuçlanan önceki boşanma davalarında, taraflara yüklenebilecek bir kusurlu davranış belirlenmiş değildir. Yine, eylemli ayrılık döneminde de taraflara yüklenebilecek bir kusurlu davranışın varlığı iddia ve kanıtlanmamıştır. Davanın dayanağı olan önceki boşanma davasında her iki tarafın davası da mevcut olup; her ikisi de reddedilmiştir. Bu nedenle, boşanma sebebi yaratma bakımından da taraflardan sadece birine kusur yüklenemez. O halde, Türk Medeni Kanunu’nun 166/son maddesine dayalı bu davada, taraflara bir kusur yükleme imkânı yoktur ve boşanmaya yasal koşulların gerçekleşmiş olması nedeniyle karar verilmiştir.*” Karar için bkz. Yargıtay 2. HD., E. 2011/13318, K. 2012/10996, T. 26.4.2012 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2011-13318-k-2012-10996-t-26-4-2012>, E.T. 4.11.2024).

kusurlu olsa dahi, ortak hayatın yeniden tesis edilememesi nedenine dayanan boşanma davası açılacaktır<sup>[34]</sup>.

Kanunda bahsi geçen bir yıllık sürenin başlangıcı, daha önce açılmış olan boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleştiği andır. Bir yıllık süre, kesintisiz bir biçimde devam etmiş olmalıdır. Dolayısıyla eşlerin bu süre zarfında herhangi bir zamanda, bir süreliğine dahi olsa ortak hayatı tesis etmiş olmaları, boşanma davasının açılmasını engeller. Fakat bu süre içerisinde, eşlerin zaman zaman çocuklarla ilgili konuları görüşmek, medeni ilişkiler kurmak ya da özel günlerde nezaketen buluşmak suretiyle bir araya gelmiş bulunmaları ortak hayatın yeniden tesis edildiği şeklinde yorumlanamaz<sup>[35]</sup>,<sup>[36]</sup>. Buradaki temel kriter, eşlerin, evlilik birliğini devam ettirme ve evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirme maksat ve hedefi ile yeniden birlikte yaşama iradesi göstermeleri ve fiilen bir araya gelmeleri olmalıdır<sup>[37]</sup>.

[34] Özgül, *op. cit.*, s.2370; Ünal, *op. cit.*, s.298,299.

[35] Akıntürk ve Ateş, *op. cit.*, s.274.

[36] “...İkinci koşul, ret kararının kesinleşmesinden sonra ortak hayatın yeniden kurulamamış olmasıdır. Hemen belirtilmelidir ki, ortak hayatın kurulması ile kastedilen, evlenmenin genel hükümlerinde tanınan hakların kullanılması ve yükletilen görevlerin yerine getirilmesini üstlenecek şekilde eşlerin biraraya gelmesidir. Yargıtay içtihatlarında da benimsendiği üzere çocukların ihtiyaçlarını karşılamak, ölüm, düğün gibi haklı sebeplerin gerektirdiği haller için bir araya gelmek, TMK’nın 166/4. maddesi kapsamında ortak hayatın yeniden kurulduğu anlamına gelmez.” Karar için bkz. Yargıtay HGK., E. 2017/1286, K. 2019/142, T. 14.2.2019 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-1286-k-2019-142-t-14-2-2019>, E.T. 5.11.2024).

[37] “...Türk Medeni Kanunu’nun 166/4. maddesine göre, boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanma kararı verilir. Ret kararının kesinleşmesinden başlayarak geçen üç yıl zarfında ortak hayatın yeniden kurulmuş olduğunun kabul edilebilmesi için, tarafların bu amaçla bir araya gelmiş ve birlikte yaşamış olmaları, evlilik birliğinin amacına uygun olarak tesis edilmiş

## II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARI

### A) İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ VE İPTAL İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Doktrinde, fiili ayrılığa dayanan boşanma sebebine ilişkin mülga düzenlemeye yönelik tartışmalar devam ederken, söz konusu hüküm, Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesinin önüne taşınmıştır. Ankara 18. Aile Mahkemesi tarafından, “*Evlilik birliğinin sarsılması*” başlıklı Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin dördüncü fıkrasının, Anayasa'nın<sup>[38]</sup> 5., 12., 14., 17. ve 41. maddelerine aykırılığı iddiası ile iptaline karar verilmesi için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur.

İptal isteminin gerekçesinde, itiraz konusu hükmün Anayasa'ya aykırılığı açısından belirli tespitlere yer verilmiştir. Şöyle ki; itiraz konusu hükme göre, boşanma kararı verilebilmesi için daha önce açılan boşanma davasının reddine dair kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl içinde ortak hayatın yeniden kurulamamış olması gerektiği, fakat bu sürenin adil olmadığı, itiraz konusu kanun hükmünün devletin temel amaç ve görevleriyle çeliştiği, bu hüküm nedeniyle eşlerin uzun sürelerin sonunda boşanabildikleri, bu durumun herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez nitelikte temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunu öngören 1982 Anayasası'nın 12. maddesi ile bağdaşmadığı ileri sürülmüştür<sup>[39]</sup>. Öte yandan itiraz konusu hükümde öngörülen üç yıllık sürenin, ilgilerin evlilik dışı ilişki yaşamalarına neden olduğu, bu nedenle hükmün kişinin

---

*olması, bu hususların delillerle ispatlanmış bulunması gerekir.” Karar için bkz. Yargıtay 2. HD., E. 2019/5237, K. 2020/847, T. 6.2.2020 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2019-5237-k-2020-847-t-6-2-2020>), E.T. 5.11.2024); aynı yönde bkz. Yargıtay 2. HD., E. 2016/8599, K. 2017/14974, T. 20.12.2017.*

[38] 18 Ekim 1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası.

[39] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §11 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2024-56-nrm.pdf>), E.T.23.08.2024).

maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının yanı sıra devletin aileyi koruma yükümlülüğünü de ihlal etmekte olduğu ve bu nedenlerle, itiraz konusu hükmün Anayasa'nın 5., 12., 14., 17. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür<sup>[40]</sup>.

## B) ANAYASA MAHKEMESİ'NİN DEĞERLENDİRMESİ

Her ne kadar itiraz konusu hükmün, Anayasa'nın 5., 12., 14., 17. ve 41. maddelerine aykırılığı iddiası ile başvuruda bulunulmuş olsa da, Anayasa Mahkemesinin değerlendirmesi esas olarak 1982 Anayasası'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. maddesi ve "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesi çerçevesinde şekillenmiştir.

Şöyle ki; 1982 Anayasası'nın 20. maddesinde herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın 13. maddesi ise, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimi bakımından temel norm niteliğindedir<sup>[41]</sup>. Maddede temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamanın Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre de, temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz, ayrıca bu sınırlamalar hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz<sup>[42]</sup>.

[40] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §11.

[41] Gülay Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8*, Avrupa Konseyi, 2019, s.153.

[42] Anayasa Mahkemesi 23 Ocak 2014 Tarih ve 2013/2602 Başvuru No'lu Emin Aydın Kararı, §47 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2602>,

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusundaki yaklaşımı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)' in yaklaşımına koşuttur<sup>[43]</sup>. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'(AİHS) nin “özel ve aile yaşamına saygı hakkını” düzenleyen 8.<sup>[44]</sup>, “düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü” düzenleyen 9.<sup>[45]</sup>, “ifade özgürlüğünü” düzenleyen 10.<sup>[46]</sup> ve “toplama ve örgütlenme özgürlüğünü”

E.T.23.08.2024); Anayasa Mahkemesi 2 Nisan 2014 Tarih ve 2014/3986 Başvuru No'lu Yaman Akdeniz ve diğerleri Başvurusu Kararı, §40 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/3986>, E.T.23.08.2024); Anayasa Mahkemesi 29 Mayıs 2014 Tarih ve 2014/4705 Başvuru No'lu Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu Kararı, §54 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4705>, E.T.23.08.2024).

[43] Öncü, *op. cit.*, s.153.

[44] AİHS'in 8. maddesi, “özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlığını taşımaktadır. Madde, “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.” şeklinde bir hüküm içermektedir.

[45] AİHS'in 9. maddesi, “Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” başlığını taşımaktadır. Madde, “Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.” şeklinde bir hüküm içermektedir.

[46] AİHS'in 10. maddesi, “İfade özgürlüğü” başlığını taşımaktadır. Madde, “Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir. 2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi

düzenleyen 11. maddesi<sup>[47]</sup> yine Sözleşme metni ile bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. AİHM, maddelerin kendi içerisinde yer verilen bu sınırlamaları somut olaylara uygulamak için “hukukilik”, “meşru amaç” ve “demokratik toplumda gereklilik” aşamalarından oluşan bir test geliştirmiştir. Doktrinde “üç aşamalı test” olarak adlandırılan bu inceleme usulü, Sözleşme’nin 8-11. maddelerindeki haklara devletler tarafından yapılan müdahaleleri incelerken, Mahkemenin sonuca gitmede kullandığı temel aracı hâline gelmiştir<sup>[48]</sup>.

Özetle hem AİHM hem Anayasa Mahkemesi, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkına yönelik bir müdahalenin varlığını tespit ettikten sonra önündeki davayı hukukilik, meşru amaç ile demokratik bir toplumda gereklilik ve ölçülülük testlerinden geçirmektedir<sup>[49]</sup>.

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi tarafından itiraz konusu hükmün Anayasa’ya aykırılığı incelenirken, Anayasa’nın 13. ve 20. maddesinden hareket edilerek öncelikle hükmün, Anayasa’nın 20. maddesinde yer alan ‘özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı’nı sınırla-

---

veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.” şeklinde bir hüküm içermektedir.

[47] AİHS’in 11. maddesi, “Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü” başlığını taşımaktadır. Madde, “Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir.” şeklinde bir hüküm içermektedir.

[48] Mehmet Alp Didinmez, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üç Aşamalı Testi”, *Kırkkale Hukuk Mecmuası*, Cilt 1, Sayı 1, 2021, s. 149; Uğur Can Metin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yorumunda Demokratik Toplumda Gereklilik Ölçütü*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2024, s.57.

[49] Öncü, *op. cit.*, s.153.

maya yönelik bir kanuni düzenleme olup olmadığı değerlendirilmiştir. Mahkeme'ye göre; boşanma davası reddedildikten sonra ortak hayatın yeniden kurulamadığı hâllerde, ret kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmedikçe evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılmasına ilişkin karinenin işlerlik kazanmasına imkân tanımayan itiraz konusu hüküm, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına yönelik bir sınırlama getirmektedir. Zira hem evlilik birliğinin kurulması hem bu birliğin sona erdirilmesi, eşlerin özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme haklarıyla doğrudan ilgilidir<sup>[50]</sup>. Dolayısıyla Mahkemeye göre, kanun koyucunun, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını sınırlarken, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen kanunilik, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine, hakkın özü ve ölçülülük ilkesine uygun olma şartlarına riayet etmesi gerekmektedir<sup>[51]</sup>.

Anayasa Mahkemesi öncelikle, sınırlamanın bir kanun hükmü ile yapılması gerektiğini, fakat sadece şeklen bir kanuni düzenlemenin varlığının yeterli olmayacağını, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sınırlama getiren bu kanuni düzenlemenin, taşıması gereken birtakım özelliklerin bulunduğunu ifade etmektedir. Bu kapsamda Mahkeme'ye göre, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin keyfiliğe izin vermeyecek bir biçimde belirli ve öngörülebilir nitelikte olması gerekmektedir<sup>[52]</sup>. Öte yandan temel hakları sınırlayan bir kanuni düzenlemenin bu niteliklere sahip olmasının, Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına

[50] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §17.

[51] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §18.

[52] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §19.

alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereği olduğu ifade edilmektedir<sup>[53]</sup>.

Hukuk devleti ilkesinden ne anlaşılması gerektiğini bir başka kararda tartışan Anayasa Mahkemesi<sup>[54]</sup>; Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olarak nitelendirildiğini, hukuk devletin en temel unsurlarından birinin belirlilik ilkesi olduğunu ve bu ilkenin, yasal düzenlemelerin hem bireyler hem de idare açısından herhangi bir şüphe ve duraksamaya mahâl vermeyecek şekilde "açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel" olmasını gerektirdiğini belirtmektedir. Mahkeme'ye göre; belirlilik ilkesi hukuki güvenlikle yakından ilişkili olup bireyler, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuki yaptırım veya sonucun bağlanacağını, kanundan, belirli bir kesinlik içerisinde bilmelidir ki, kendilerine düşen yükümlülükleri öngörebilsin ve davranışlarını buna uygun olarak şekillendirebilsinler<sup>[55]</sup>. Hukuki güvenlik ilkesi gereğince, hukuk normları öngörülebilir olmalı, bireylerin devlete itimadını sağlamalı ve devlet de yasal düzenlemeler ile bu itimadı zedeleyen usullerden kaçınmalıdır<sup>[56]</sup>.

Bu bağlamda Mahkeme, Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin dördüncü fıkrasında, hangi hâl ve şartlarda evlilik birliğinin temelden sarsılmış sayılacağı ve bunun hüküm ve sonuçlarının herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve net olarak belirlendiğini tespit etmiş ve itiraz konusu hükmün kanunilik şartını sağladığı sonucuna ulaşmıştır<sup>[57]</sup>.

[53] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı 20.

[54] Anayasa Mahkemesi 4 Mayıs 2017 Tarih ve E.2015/41, K.2017/98 Sayılı Kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2017-98-nrm.pdf>, E.T.06.11.2024).

[55] Anayasa Mahkemesi 4 Mayıs 2017 Tarih ve E.2015/41, K.2017/98 Sayılı Kararı §153.

[56] Anayasa Mahkemesi 4 Mayıs 2017 Tarih ve E.2015/41, K.2017/98 Sayılı Kararı §154.

[57] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §21.

Anayasa Mahkemesi ikinci olarak, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sınırlama getiren bu düzenlemenin, meşru bir amacının olup olmadığı noktasında bir inceleme yapmıştır. Mahkeme, Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının mutlak bir hak olmadığı, anılan maddede sayılan hâllerde bu hakkın sınırlanmasının olanaklı olduğu, fakat burada sayılan hallerin arama ve el koyma tedbirlerine mahsus olarak düzenlenmesinden bahisle bu hakkın ancak Anayasa kapsamında teminat altına alınan diğer temel hak ve özgürlüklerin korunması yahut yine Anayasa kapsamında devlete yüklenen diğer ödevler dolayısıyla sınırlandırılabilceği tespitine yer vermiştir<sup>[58]</sup>.

Anayasa'nın 41. maddesinde; ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arasındaki eşitliğe dayandığı, devletin ailenin huzur ve refahı, özellikle anne ve çocukların korunması ile aile planlaması hususunda gerekli önlemleri alarak teşkilatlanmayı sağlayacağı ifade edilmektedir. Madde gerekçesinde, ailenin toplum hayatında oynadığı mühim rol nedeniyle Anayasal düzeyde korunmasına yönelik bir hükmün yer almasının zorunlu olduğu, ailenin korunması düşüncesinin, her şeyden evvel 4721 s. Türk Medeni Kanunu anlamında evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmayı ve kolaylaştırmayı gerektirdiği belirtilmiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, iptali istenen kuralda, ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılabilmesi için boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesi gerektiğinin öngörülmesi suretiyle ailenin korunmasının amaçlandığını, bu kural ile esasında Türk toplumunun temeli olarak kabul edilen aile

[58] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §22; Anayasa Mahkemesi 18 Mart 2021 Tarih ve E.2020/82, K.2021/20 Sayılı Kararı §15 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2021-20-nrm.pdf>, E.T.06.11.2024).

kurumunun ayakta tutulmasının hedeflendiğini ifade etmiş<sup>[59]</sup>, dolayısıyla özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına getirilen sınırlamanın, Anayasa'nın 41. maddesinde devlete yüklenen aileyi koruma ödevi bağlamında meşru bir amacının bulunduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>[60]</sup>.

Anayasa Mahkemesi son aşamada, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sınırlama getiren hükümde, ölçülülük ilkesine riayet edilip edilmediği hususunu incelemiştir<sup>[61]</sup>. Esasında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karara bakıldığında, asıl olarak bu ilke üzerinde yoğunlaşıldığı ve ölçülülüğün bir alt ilkesi olan orantılılık ilkesi bağlamında bir değerlendirme yapılmak suretiyle sonuca ulaşıldığı görülmektedir. Şöyle ki; Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden müteşekkildir<sup>[62]</sup>.

Elverişlilik ilkesi, öngörülen sınırlamanın amaca ulaşmaya elverişli olmasını ifade etmektedir<sup>[63]</sup>. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmeden önce ortak hayatın kurulamaması nedeniyle evlilik birliğinin temelden sarsılmış sayılmasına ilişkin karinenin uygulanmamasını öngören hükmün, aile kurumunu korumaya katkıda bulunabilecek nitelikte olduğunu belirtmiş ve hükümde özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına getirilen sınırlamanın aileyi koruma amacına ulaşma

[59] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §26.

[60] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §27.

[61] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §28 vd.

[62] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §28.

[63] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §28.

bakımından elverişli olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>[64]</sup>.

Gereklilik ilkesi, amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, başka bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmamasını ifade etmektedir<sup>[65]</sup>. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi kararında, aile kurumunun anayasal önemini göz önünde bulundurmak suretiyle boşanmaya ilişkin usul ve esasları düzenleme ve ortak hayatın yeniden kurulmaması nedeniyle evlilik birliğinin temelden sarsılmış sayılmasının şartlarını belirleme konusunda kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmiş, hükümle özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına yönelik öngörülen sınırlamanın anılan meşru amaca ulaşma bakımından gerekli olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>[66]</sup>.

Orantılılık alt ilkesi hakka getirilen sınırlama ile amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir<sup>[67]</sup>. Bu ilke gereğince, ortak hayatın yeniden kurulamadığı hâllerde, boşanma kararı verilmesine ilişkin şartların belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir; fakat kuralın boşanma kararı verilebilmesini önemli oranda güçleştirmemesi ve ortak hayata yeniden dönmek istemeyen ilgilileri makul olmayan süreler boyunca evlilik birliğini devam ettirmeye zorlamaması gerekmektedir<sup>[68]</sup>. Bu bağlamda Mahkeme, orantılılık alt ilkesi yönünden yapılacak incelemede, ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle boşanma kararı verilebilmesi için itiraz konusu hükümde öngörülen sürecin ilgililere katlanamayacakla-

[64] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §29.

[65] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §28.

[66] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §30.

[67] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §28.

[68] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §31.

rı bir külfet yükleyip yüklemeyeceği hususunu ele almıştır. Mahkemeye göre; itiraz konusu hükümde, boşanma kararı verilebilmesi için öncelikle daha önce açılmış bir boşanma davasının reddedilmiş olması gerekmektedir. Boşanma davasında yazılı yargılama usulü uygulanmaktadır ve ilke olarak anılan davanın reddedilmesi çok kısa sayılamayacak bir sürenin sonunda gerçekleşmektedir<sup>[69]</sup>. Öte yandan itiraz konusu hükme göre, ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılabilmesi için anılan ret kararının kesinleşmiş olması gerekmektedir. Ret kararına karşı, ilgililerin kanun yoluna başvurmalarının mümkün olduğu hususu da dikkate alındığında, kararın kesinleşmesinin uzun bir süre alabileceği açıktır<sup>[70]</sup>. Ayrıca itiraz konusu hükümde ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılmasına ilişkin karinenin işlerlik kazanabilmesi için ret kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmesi gerekmektedir<sup>[71]</sup>.

Özetle Mahkeme, bu üç hususu birlikte dikkate almak suretiyle, itiraz konusu hükmün, ortak hayatın yeniden kurulamadığı hâllerde, makul olmayan bir süre boyunca ilgililerin boşanma kararı elde etmelerine imkân tanımadığı, evlilik birliğini uzun bir süre boyunca sona erdiremeyen ilgililere katlanamayacakları bir külfet yüklediği sonucuna ulaşmıştır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu hükmün, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile aile kurumunu koruma amacı arasında makul bir denge sağlamadığı ve orantılılık alt ilkesi yönünden ölçülülük ilkesini ihlal etmekte olduğu belirtilmiştir<sup>[72]</sup>.

[69] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §32.

[70] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §33.

[71] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §33.

[72] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §34.

Mahkeme ayrıca, itiraz konusu hükmün iptali nedeni ile doğacak hukuksal boşluğun kamu yararını ihlal edecek nitelikte olduğunu belirtmiş, iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine<sup>[73]</sup> karar vermiştir<sup>[74]</sup>. Böylece, Türk hukukunda fiili ayrılık ilkesine dayanan boşanma sebebine ilişkin yeni bir yasal düzenleme yapma ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

### C) KARARA YÖNELTİLEN KARŞI OY GEREKÇELERİ

Türk Medeni Kanunu’nun 166. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan fiili ayrılık ilkesine dayanan boşanma nedenine ilişkin düzenlemenin, Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı oy çokluğu ile alınmış olup, anılan karara katılmayan dört üye karşı oy kullanmıştır.

Karara yöneltilen ilk karşı oy gerekçesinde, evlilik birliğinin sarsılmış sayılmasını belli bir sürenin geçmesine bağlayan düzenlemenin meşru

[73] 1982 Anayasası’nın 153. maddesi gereğince; “Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz. Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez. Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez. İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.”; Yine Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m.66/f.3 gereğince; “Mahkemece iptaline karar verilen kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü veya bunların belirli madde veya hükümleri, iptal kararının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Mahkeme gerekli gördüğü hallerde, Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabilir.”

[74] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı §38.

amacının, 1982 Anayasası'nın 41. maddesinin gerekli kıldığı aile hayatının korunması olduğu belirtilmiştir. Anılan maddede, "Türk toplumunun temeli" olan ailenin huzur ve refahının korunması için devletin gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu maddenin gerekçesinde "millet hayatında oynadığı rol"ün ailenin korunması yolunda bir hükmün Anayasa'da yer almasını zorunlu kıldığı, bu korumanın da evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmayı ve kolaylaştırmayı gerektirdiği belirtilmiştir. Bu bağlamda evlilik birliğinin sona ermiş sayılmasının bazı şartlara bağlanmasının meşru amacının, evlilik hayatının korunmasını ve sürdürülmesini temin etmek olduğu belirtilmiştir<sup>[75]</sup>.

İlk karşı oy gerekçesinde ayrıca, düzenlemenin Anayasa'ya uygun olması için meşru amacının bulunmasının yetmediği, aynı zamanda ölçülü olması gerektiğine değinilmiş ve ölçülülük ilkesinin yukarıda değindiğimiz alt ilkeleri kapsamında değerlendirme yapılmıştır<sup>[76]</sup>. Bu bağlamda elverişlilik ilkesi gereğince, evlilik birliğinin bozulması sebebiyle boşanmayı belli şartlar gerçekleştikten sonra son çare olarak gören düzenleme, ailenin korunması amacının gerçekleştirilmesi bakımından elverişlidir<sup>[77]</sup>. Gereklilik ilkesi gereğince, Anayasa'nın aile kurumuna ve ailenin korunmasına verdiği önem dikkate alınarak, açılan bir boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren hangi süre içinde evlilik birliğinin temelden sarsılmış kabul edileceğini belirleme yetkisi, kanun koyucunun takdirindedir. Bu nedenle düzenlemenin, öngörülen meşru amacın gerçekleştirilmesi yönünden gerekli olmadığı söylenemeyecektir<sup>[78]</sup>.

[75] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.8, §4.

[76] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.8, §5.

[77] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.8, §6.

[78] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.8, §6.

İlk karşı oy gerekçesinde son olarak, itiraz konusu hükmün kanunlaşması sürecinde, boşanma davasının kesin olarak reddinden sonra evlilik birliğinin temelden sarsılmış sayılması için geçmesi gereken süre beş yıl iken, bu sürenin Adalet Komisyonunda üç yıla indirildiği<sup>[79]</sup> ve itiraz konusu hükmün, boşanma davasının reddine dair kararın kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmeden boşanma kararı verilmesini imkânsız hâle getirmediği belirtilmiştir. Nitekim boşanma davasının reddine dair kararın kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmeden de, eşler başka herhangi bir sebeple boşanma davası açabilecek, bu süre beklenmeksizin eşler anlaşmak suretiyle evliliğe son verebilecektir<sup>[80]</sup>.

Karara karşı yöneltilen ikinci karşı oy gerekçesinde karşı oy yönelten üye öncelikle, kanunilik, meşru amaç, elverişlilik, gereklilik kapsamında kararda yer alan değerlendirmeleri isabetli bulduğunu, fakat itiraz konusu hükmün orantılılık alt ilkesi açısından ölçülü olmadığına ilişkin görüşe katılmadığını belirtmiştir<sup>[81]</sup>.

Şöyle ki karşı oy gerekçesine göre, boşanma davasının reddedilmesinin ardından ortak hayatın kurulamadığı durumlarda uygulanacak herhangi bir hükmün bulunmamasının eşlere aşırı bir külfet yükleyeceği değerlendirilerek yapılan düzenlemenin ve düzenlemede öngörülen sürenin makul düzeyde olmadığı söylenemeyecektir. Bu bağlamda, anılan hakka getirilen sınırlama ile ailenin korunmasına yönelik meşru amaç arasında makul bir denge kurulmuştur<sup>[82]</sup>. Öte yandan karşı oy gerekçesinde, ilk karşı oy gerekçesinde vurgulandığı gibi, dayanak boşanma davasının reddine dair ka-

[79] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.8, §7.

[80] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.8, §8.

[81] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.9.

[82] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.9.

rarın kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmeden de başka bir sebebe dayalı olarak boşanma kararı verilebileceği, bu nedenle itiraz konusu hükmün boşanmayı imkânsız hâle getirmediği belirtilmiştir<sup>[83]</sup>.

Üçüncü karşı oy gerekçesinde de karara karşı oy yönelten üye, ikinci karşı oy gerekçesinde yer aldığı gibi itiraz konusu hükmün orantılılık alt ilkesi açısından ölçülü olmadığına ilişkin görüşe katılmadığını belirtmiş<sup>[84]</sup> ve katılmama gerekçesini oldukça detaylandırmıştır.

Üçüncü karşı oy gerekçesinde, ortak hayatın kurulamaması sebebiyle boşanma davasının açılabilmesi müessesesinin, 1988 tarihinde TMK' ya eklenmiş olduğu, yani nispeten yeni bir düzenleme olduğu vurgulanmıştır. Bu hükmün getiriliş amacı, yıllarca süren boşanma davalarından da boşanma yönünde sonuç alamayan tarafları derinden etkileyen belirsizliği ortadan kaldırmaktır<sup>[85]</sup>. Boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesi, ileri sürülen boşanma sebebinin ispatlanamadığını ve bu bağlamda ilke olarak eşlerin boşanmalarını gerektiren bir hukuki durumun bulunmadığını göstermektedir. Kuralda ise boşanma davası reddedildikten sonra ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının mümkün olduğu göz önünde bulundurulmak suretiyle, anılan durumda boşanmayı mümkün kılan bir düzenleme öngörülmüştür<sup>[86]</sup>.

Karşı oy gerekçesinde ayrıca, fiili ayrılık nedeniyle boşanma davasının kusura dayalı olmayan bir boşanma nedeni olduğu, kusur durumunun ancak varsa tazminat ve/veya nafaka konularında söz konusu olabileceği, bu

[83] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.10.

[84] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.10, §1.

[85] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.10, §3.

[86] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.10, §4.

nedenle fiili ayrılık sebebiyle boşanma davasının açılabilmesi için üç yıllık fiili ayrılık süresi öngören itiraz konusu hükmün, ortak hayatın yeniden kurulamadığı hâllerde, ilgililere katlanamayacakları bir külfet yüklemediği, tam tersine, fiilen bitmiş evliliklerin hukuken sürdürülmesinin taraflara, aileye ve topluma bir faydasının olmayacağı düşüncesi ile böyle bir imkânın tanınmış olduğu belirtilmiştir<sup>[87]</sup>.

Mukayeseli hukuk bakımından da, benzer düzenlemelerin söz konusu olduğu, örneğin Almanya ve İtalya'da fiili ayrılık süresinin Türk Medeni Kanunu'nda olduğu gibi üç yıl, İsviçre ve Fransa'da ise, iki yıl olarak belirlendiği belirtilmiştir<sup>[88]</sup>. Öte yandan ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılabilmesi için boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesi gerektiği öngörülmesine rağmen; taraflardan herhangi birinin, reddedilen davanın konusu olmayan bir sebebin ortaya çıkması hâlinde, yeniden boşanma davası açabileceği, yine tarafların her zaman için anlaşmalı boşanma davası açmalarının olanaklı olduğu hususu, ilk iki karşı oy gerekçesinde olduğu gibi, burada da vurgulanmıştır<sup>[89]</sup>.

Karara karşı yöneltilen dördüncü yani son karşı oy gerekçesinde, değindiğimiz üç karşı oy gerekçesinde yer alan hususlar vurgulanmış, özetle boşanmaya ilişkin usul ve esasları düzenlemenin kanun koyucunun takdirinde olduğu<sup>[90]</sup>, boşanma davası reddedildikten sonra ortak hayatın yeniden kurulamamış olmasının her iki eşin de bu hayatı yeniden korumak isteme-

[87] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.10-11, §5.

[88] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.11, §6.

[89] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.11, §7.

[90] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.12, §8.

dikleri anlamına gelmeyeceği<sup>[91]</sup>, Adalet komisyonunda yapılan görüşmelerde bu sürenin üç yıla indirildiği<sup>[92]</sup>, kuralda öngörülen sürenin makul düzeyde belirlenmediğinin söylenemeyeceği, kuralda özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi isteme hakkına getirilen sınırlama ile ailenin korunmasına yönelik meşru amaç arasında makul bir dengenin kurulduğu<sup>[93]</sup>, kuralda öngörülen süre henüz geçmemiş olsa dahi eşlerin anlaşmak suretiyle boşanabilecekleri<sup>[94]</sup>, ilgililerin aile kurumu ile eşlerine karşı ödev ve sorumlulukları göz önünde bulundurulduğunda boşanma davasının reddine karar verilmesinin ardından ortak hayatın yeniden kurulamamış olmasının belirli bir sürenin geçmiş olması şartıyla boşanma nedeni olarak kabul edilmesinin orantısız bir külfet olarak değerlendirilemeyeceği<sup>[95]</sup>, bu nedenle orantılılık alt ilkesi ile çelişmeyen kuralın ölçülülük ilkesini ihlal etmediği belirtilmiştir<sup>[96]</sup>.

## D) ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

### 1- Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi, yukarıda değinildiği üzere, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sınırlama getiren itiraz konusu hükümde, ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığını incelemiş, Mahkeme

[91] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.12, §9.

[92] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.13, §17.

[93] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.13, §18.

[94] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.14, §20-21.

[95] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.14, §22.

[96] Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, s.14, §24.

kararında bu ilkeye yoğunlaşmış ve kararını ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan orantılılık ilkesini esas alarak vermiştir.

Nitekim karara karşı yöneltilen karşı oy gerekçelerinde de görüldüğü üzere, itiraz konusu hükmün ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan orantılılık ilkesi açısından ölçülü olmadığı görüşü eleştirilmiş ve itiraz konusu hükmün ailenin korunması meşru amacı ile özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının korunması arasında makul bir denge kurduğu belirtilmiştir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bu kararı değerlendirebilmek için, çalışmamızın bu bölümünde ölçülülük ilkesinin tanımı ve unsurlarının incelenmesi gerekmektedir.

## 2- Ölçülülük İlkesinin Tanımı

Ölçülülük ilkesi günümüzdeki anlamıyla ilk defa Prusya Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılmış, başlangıçta polis hukuku alanında etkili olan ilke, zamanla idare hukuku alanına buradan da anayasa hukuku alanına yayılmış ve yargısal denetimde en çok kullanılan denetim kriterlerinden biri hâline gelmiştir<sup>[97]</sup>.

Ölçülülük ilkesinin ulusal ve uluslararası hukuk düzeninde hızla yayılması ve gelişmesi Türk hukuk sistemini de etkilemiş<sup>[98]</sup>, ölçülülük ilkesinin 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken bir ilke olarak Anayasa'nın 13. maddesine eklenmesi ve 2012 yılında bireysel başvuru yolunun uygulamaya geçirilmesi ölçülülük ilkesinin önemini artırmış, özellikle son yıllarda Anayasa Mahkemesinin özellikle bireysel başvuru kararlarında ölçülülük

[97] Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s.19; Yüksel Metin, "Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hukuk Devletinin Unsuru Olarak Ölçülülük İlkesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 40, Sayı 1, 2023, s.338; Yüksel Metin, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2017, s.5.

[98] Metin, *Ölçülülük İlkesi*, *op. cit.* s.19.

ilkesini daha sık kullanmaya başladığı görülmüştür<sup>[99]</sup>.

Ölçülülük ilkesine ilişkin doktrinde çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Yapılan bir tanıma göre; ölçülülük ilkesi, hukuki kuralların, hoş karşılanacak derecede makul olmasının yanında, temel insan haklarını haksız yere ihmal etmeyecek nitelikleri haiz olma durumudur<sup>[100]</sup>.

Diğer bir tanımda ilke, özgürlük ya da hakkı sınırlamada başvurulacak aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oranda içinde bulunmamasıdır<sup>[101]</sup>.

Başka bir tanımda ilke, alınan tedbirin ulaşılmak istenen hukuka uygun amacı gerçekleştirmek bakımından en uygun, hakları mümkün olan en az biçimde sınırlandıracak ve bireye verilecek zararlar kamunun elde edeceği yarar arasında en yüksek dengenin sağlanmasına hizmet edecek şekilde belirlen-

[99] Metin, “Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hukuk Devletinin Unsuru Olarak Ölçülülük İlkesi”, op. cit., s.333.

[100] Eric Engle, “The History of the General Principle of Proportionality: An Overview”, Dartmouth Law Journal, Cilt 10, Sayı 1, 2012, s.1; Onur Uçar, Vergi Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Yüksek Yargı Organları Kararları Bağlamında Bir Değerlendirme, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s.94.

[101] Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş

18. Baskı, 2018, s.114; Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı, Bursa, Ekin Yayınevi, 13. Baskı, 2021, s.421; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, Ekin Yayınevi, Güncellenmiş, Düzeltilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, 2021, s.358; Ayhan Döner, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2023, s.474; Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 16. Baskı, 2023, s.146; Namık Kemal Öztürk, Anayasa Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, 2021, s.137; Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Türk Yüksek Mahkeme Kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Özellikle İngiltere Örneği Çerçevesinde Bir Denetim Ölçütü Olarak), Ankara, Seçkin Yayınları, 2021, s.21.

mesini sağlayacak ölçüt olarak ifade edilmiştir<sup>[102]</sup>.

İdare hukuku çerçevesinde yapılan bir tanıma göre ise; ilke, “idarenin davranış ve hareketlerinde kullandığı imkân, araç ve ölçülerin, bu davranış ile elde etmek istediği sonuçlara uyarlanması” şeklinde tarif edilmiştir<sup>[103]</sup>.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, ölçülülük ilkesinin Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olduğu kabul edilmiş<sup>[104]</sup> ve kanun koyucunun düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğu vurgulanmıştır<sup>[105]</sup>.

Öte yandan Mahkeme tarafından, doktrinde yapılan tanımlar ile benzer şekilde öncelikle ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu belirtilmiş ve sonrasında bu alt ilkelerden ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır<sup>[106]</sup>.

[102] Jülide Gül Erdem, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 62, Sayı 4, 2013, s.985.

[103] Oğurlu, *op. cit.*, s.21; Erdem, *op. cit.*, s.985.

[104] Anayasa Mahkemesi 17 Ekim 2018 Tarih ve E.2017/162, K.2018/100 Sayılı Kararı, §17 (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/01/20190103-2.pdf>, E.T.23.08.2024).

[105] Anayasa Mahkemesi 1 Ekim 2020 Tarih ve E.2020/60, K.2020/54 Sayılı Kararı, §71 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2020-54-nrm.pdf>, E.T.23.08.2024); Anayasa Mahkemesi 24 Mart 2022 Tarih ve E.2021/97, K.2022/36 Sayılı Kararı, §25 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2022-36-nrm.pdf>, E.T.23.08.2024); Anayasa Mahkemesi 12 Kasım 2015 Tarih ve E.2015/43, K.2015/101 Sayılı Kararı, §10 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2015-101-nrm.pdf>, E.T.23.08.2024); Anayasa Mahkemesi 29 Mart 2017 Tarih ve E.2017/14, K.2017/83 Sayılı Kararı, §12 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2017-83-nrm.pdf>, E.T.23.08.2024).

[106] Anayasa Mahkemesi 20 Şubat 2014 Tarih ve 2012/1051 Başvuru No’lu Sebahat Tuncel Başvurusu Kararı, §84 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1051>, E.T.23.08.2024); Anayasa Mahkemesi 12 Kasım 2014 Tarih ve 2013/1461 Başvuru No’lu Fatih Taş Başvurusu Kararı, §92, 93 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa>).

Anayasa Mahkemesine göre, elverişlilik, öngörülen müdahalenin amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; gereklilik, amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını; orantılılık ise, bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılacak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir<sup>[107]</sup>.

### 3- Ölçülülük İlkesinin Unsurları

Ölçülülük ilkesinin uygulanmasında, ülkeler arasında farklılıklar görülebilmektedir. Bazı ülkelerde, denetim direkt ölçülülük ilkesi düzleminde yapılmakta; bazı ülkelerde ise, denetim, söz konusu ilke, bazı alt ilkelere bölünmek suretiyle, bu alt ilkelere uygunluk yönünden yapılmaktadır. Türk hukukunda, Almanya uygulamasından etkilenilmiş ve çalışmamızın konusunu oluşturan kararda da ölçülülük ilkesine uygunluk denetimi, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri yönünden ayrı ayrı yapılmıştır<sup>[108]</sup>. Buna göre ölçülülük ilkesi, sadece bir ilkedен değil, aksine birbirleri arasın-

gov.tr/BB/2013/1461, E.T.23.08.2024); Anayasa Mahkemesi 20 Mayıs 2015 Tarih ve 2013/1822 Başvuru No'lu Ahmet Temiz Başvurusu Kararı, §64 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1822>, E.T.23.08.2024).

[107] Anayasa Mahkemesi 5 Mayıs 2016 Tarih ve E.2016/16, K.2016/37 Sayılı Kararı §10 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2016-37-nrm.pdf>, E.T.23.08.2024); Anayasa Mahkemesi 25 Ocak 2023 Tarih ve E. 2022/130, K. 2023/14 Sayılı Kararı, §19 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-14-nrm.pdf>, E.T.23.08.2024); Anayasa Mahkemesi 30 Kasım 2023 Tarih ve E.2023/142, K.2023/210 Sayılı Kararı §30 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-210-nrm.pdf>, E.T.23.08.2024); Anayasa Mahkemesi 19 Aralık 2013 Tarih ve 2013/817 Başvuru No'lu Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu Kararı, § 38 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/817>, E.T.23.08.2024).

[108] H. Gökçe Zabunoğlu, “Ölçülülük İlkesi ve Vergi Hukukunda Uygulanması”, *Mali Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı155, 2017, s.2645. Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, §28-35.

da kendine özgü bir ilişki içinde bulunan<sup>[109]</sup> elverişlilik, zorunluluk veya gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır<sup>[110]</sup>.

Elverişlilik ilkesi, sınırlamada başvuru alan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade etmektedir. Sınırlandırmada başvuru alan tedbirin ulaşılmak istenen hedefe bir katkısının olması gerekmektedir<sup>[111]</sup>. Seçilen araç ile varılmak istenen meşru amaç arasında rasyonel bir bağ bulunmalıdır<sup>[112]</sup>.

Başka bir ifade ile elverişlilik ilkesinde dikkate alınan husus, amaç ve araç arasındaki ilişkidir. Fakat elverişlilik denetiminde iki hususta sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu hususlardan ilki, yasama organının, yaptığı düzenleme ile hedeflediği amaç veya amaçların her zaman açıkça belli olmamasıdır. Böyle bir durumla karşılaşıldığında, elverişlilik ilkesinin denetimi bakımından, anayasaya uygun bir amacın tespit edilmesinin zorunlu olması, ilke denetimini güçleştirmektedir<sup>[113]</sup>. Amaca ulaşma bakımından

[109] Metin, “Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hukuk Devletin Unsuru Olarak Ölçülülük İlkesi”, op. cit., s.350.

[110] Han Xiuli, “Application of the Principle of Proportionality in ICSID Arbitration”, James Cook University Law Review, Cilt 13, Sayı 1-2, 2006, s.234; Benjamin J. Goold, Liora Lazarus ve Gabriel Swiney, Public Protection, Proportionality, and the Search for Balance, Ministry of Justice Research Series, 2007, s.12; Deniz Ugan Çatalkaya, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.64; Öztürk, op. cit., s.138; Oğurlu, op. cit., s.36; Erdem, op. cit., s.986; Metin, op. cit., s. 350; Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı, § 28; Anayasa Mahkemesi 1 Ekim 2020 Tarih ve E.2020/60, K.2020/54 Sayılı Kararı, §71.

[111] Xiuli, op. cit., s.234; Atar, op. cit., s.146; Döner, op. cit., s.474; Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı, op. cit., s.421.

[112] Alec Stone Sweet ve Jude Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, Columbia Journal of Transnational Law, Cilt 47, 2008, s.76; Osman Serkan Gülfidan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında ve Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s.111.

[113] Metin, Ölçülülük İlkesi, op. cit., s.27; Uçar, op. cit., s.99.

kullanılan bir aracın elverişli olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi hususunda mutlak bir kriterin bulunmaması, elverişlilik ilkesinin tatbikini güçleştiren bir diğer önemli husus olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>[114]</sup>.

Bu doğrultuda Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, uygulanmasına karar verilen aracın, güdülen amacı kısmen sağlamasını elverişlilik ilkesi bağlamında yeterli bulmakta<sup>[115]</sup> araç ile ulaşılmak istenen sonuca yaklaşılabiliyorsa elverişlilik ilkesinin sağlandığı kabul edilmektedir<sup>[116]</sup>. Nitekim elverişlilik ilkesi hem Anayasa Mahkemesinin kararlarında hem pek çok sistemde, ölçülülük ilkesinin tespitinde çoğu kez belirleyici bir rol oynamamaktadır. Bu durumun nedeni genellikle, tercih edilen aracın amaca ulaşmak için bir derece de olsa elverişli olmasıdır<sup>[117]</sup>.

Gereklilik ilkesi ile sınırlandırmada, “en uygun ve yumuşak” aracın seçilmesi kastedilmektedir. Başka bir deyişle; sınırlama ile ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli birden fazla araç varsa, bu araçlardan en yumuşak, temel hak ve hürriyeti en az sınırlandıran aracın seçilmesi ifade edilmektedir<sup>[118]</sup>. Bu açıdan bakıldığında gereklik kriteri, hem müdahale niteliğindeki aracın kullanılmasını mümkün kılmakta, hem de gereksiz düzeyde müdahaleci araçlara engel olarak, muhatabın korunmasını sağla-

[114] Metin, Ölçülülük İlkesi, op. cit., s.27-28; Uçar, op.cit., s.99.

[115] Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s.114; Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, op. cit., s.8; Gülfidan, op. cit., s.111; Çatalkaya, op. cit., s.66; Zabunoğlu, op. cit., s.2645.

[116] Uçar, op.cit, s.99. Belirtmek gerekir ki Barak, bu bağlantının daha sıkı olması gerektiğini belirtmekte ve “zayıflatılmış” veya “en aza” indirilmiş bir bağlantının elverişlilik testinin gereklerini karşılamayacağını ifade etmektedir. Aharon Barak, “A Research Agenda For the Future”, Proportionality New Frontiers, New Challenges, Ed. Vicki C. Jackson, Mark Tushnet, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, s. 330’ dan aktaran Gülfidan, op. cit., s.112.

[117] Gülfidan, op. cit., s.113.

[118] Sağlam, op. cit., s.115; Döner, op. cit., s.475; Gözler, op. cit., s.421; Atar, op. cit., s.146; Öztürk, op. cit., s.138; Oğurlu, op. cit., s.36.

maktadır<sup>[119]</sup>.

Gereklilik ilkesi, elverişlilik ilkesi denetiminin ardından irdelenmektedir. Hâliyle, gereklilik ilkesinin tespiti için birden çok/en azından iki ve elverişli olarak nitelendirilebilecek önleme aracının varlığı gerekmektedir<sup>[120]</sup>.

Gereklilik denetiminde elverişlilik ilkesinin denetiminden farklı olarak, amaca erişmek için elverişli olduğu belirlenen araçların birbirleriyle karşılaştırılması denetimin ana konusunu oluşturmakta, yani bir araç-araç karşılaştırması yapılmaktadır. Gereklilik denetiminde başvuru tedbirin ilk olarak ilgililere ve kamuya ne gibi dezavantajlar getirdiğine, başka elverişli tedbirlerin olup olmadığına, başka elverişli tedbirin var olması durumunda ise bu tedbirin dezavantajlarının neler olduğuna, söz konusu tedbirlerin dezavantajlarının birbirleriyle karşılaştırılmasına ve gereklilik açısından ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmek için en yumuşak aracın seçilmesi-ne dikkat edilmelidir<sup>[121]</sup>.

Gereklilik kriterinin uygulanması, hâkimin akla gelebilecek her alternatif aracı işlem sahibine dayatmasına engel olan somut kriterler getirmektedir. Nitekim eşit etkiye sahip olma kriteri, bu kriterlerden en önemlisidir. Meşru amaç taşıyan müdahalenin sonucunda, hak ve özgürlükleri kısıtlamaya uğrayan tarafın, müdahalenin gerekli olmadığını ortaya koyabilmesi için, aynı amaca ulaşmada aynı etkiye sahip, daha az kısıtlayıcı başka bir aracın varlığını ispat etmesi gerekmektedir<sup>[122]</sup>. Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi, gereklilik kuralını da aynı elverişlilik kuralı gibi, orantılılık kuralına nispetle daha az kullanmaktadır<sup>[123]</sup>.

Son olarak Anayasa Mahkemesinin kararına esas aldığı orantılılık alt

[119] Çatalkaya, op. cit., s.68.

[120] Metin, Ölçülülük İlkesi, op. cit., s.30; Uçar, op. cit., s.104; Gülfidan, op. cit., s.115.

[121] Metin, Ölçülülük İlkesi, op. cit., s.31-32; Uçar, op. cit., s.106.

[122] Çatalkaya, op. cit., s.68.

[123] Metin, Ölçülülük İlkesi, op. cit., s.235; Gülfidan, op. cit., s.116.

ilkesi ise, sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile sınırlandırmada başvuru-  
lan aracın ölçüsüz bir oran içinde olmamasını ifade etmektedir<sup>[124]</sup>.

Gereklik ilkesinde sabit bir amaçla bir veya birden çok araç arasın-  
da bir ilişki mevcutken, orantılılık ilkesinde bundan farklı olarak amaç ve  
araç olmak üzere iki değişkenin karşılıklı ilişkisi değerlendirilmektedir<sup>[125]</sup>.  
Bu bağlamda, sınırlamada başvuru-  
lan aracın, sınırlama amacı bakımından  
elverişli ve gerekli olsa bile, öngörülen amaç ile kıyaslandığında aşırıya kaç-  
maması gerekmektedir<sup>[126]</sup>.

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi kararlarında bu ilke, bir tedbirin  
ilgililere “ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi”, “katlanılamaz nitelikte  
olmaması” gibi ifadelerle tanımlanmakta<sup>[127]</sup>, bu unsur, alınan bir tedbirin  
bireye verdiği zararlar toplumun bu tedbirle sağladığı yarar arasında makul  
bir denge sağlanmasını içermektedir<sup>[128]</sup>.

Orantılılık ilkesi çerçevesinde, somut olayın özellikleri göz önüne alı-  
narak, birbiri ile çatışan çıkarlar arasında makul bir denge bulunup bu-  
lunmadığı araştırılmaktadır. Bu kapsamda, başvuru-  
lan tedbirle hangi de-  
zavantajların ortaya çıkmasına engel olunduğuna, başvuru-  
lan tedbirin ne  
gibi dezavantajlara yol açtığına, her iki dezavantajın birbiriyle mukayese

[124] Döner, op. cit., s.475; Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı,  
op. cit., s.422; Atar, op. cit., s.147; Öztürk, op. cit., s.138; Zabunoğlu, op. cit.,  
s.2646.

[125] Sağlam, op. cit., s.116; Metin, Ölçülülük İlkesi, op. cit., s.130; Uçar, op. cit.,  
s.110; Gülfidan, op. cit., s.121.

[126] Gözler, Türk Anayasa Hukuku, op. cit., s.360.

[127] Metin, Ölçülülük İlkesi, op. cit., s.37; Gözler, Türk Anayasa Hukuku, op. cit.,  
s.360; Erdem, op. cit., s.988; Çatalkaya, op. cit., s. 71; Zabunoğlu, op. cit., s.  
2646.

[128] BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. November 2020 -1 BvR 3214/15-,  
Rn. 95 ([https://www.bverfg.de/e/rs20201110\\_1bvr321415](https://www.bverfg.de/e/rs20201110_1bvr321415), E.T. 17.02.2025);  
BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. Juli 1999 -1 BvR 2226/94-, Rn. 219  
([https://www.bverfg.de/e/rs19990714\\_1bvr222694](https://www.bverfg.de/e/rs19990714_1bvr222694), E.T. 18.02.2025); BVerfG,  
Beschluss des Ersten Senats vom 4. April 2006 -1 BvR 518/02-, Rn. 88 [https://www.bverfg.de/e/rs20060404\\_1bvr051802](https://www.bverfg.de/e/rs20060404_1bvr051802), E.T. 18.02.2025). Erdem, op. cit.,  
s.988.

edilmesine ve bu mukayesede söz konusu hukuki değerlerin önemi ve genel olarak korunmak istenen değerlerin birlikte değerlendirilmesine dikkat edilmekte ve somut olayda göz önünde tutulması gereken bütün hususlar dikkate alındıktan sonra bir sonuca varılmaktadır<sup>[129]</sup>.

Belirtmek gerekir ki, uluslararası literatürde, hatta ölçülülük ilkesinin anavatanı olarak kabul edilen Almanya’da bile, ilkeye yönelik ciddi eleştiriler dile getirilmiş ve bu eleştiriler özellikle orantılılık ilkesinin uygulanış şekline yöneltmiştir. Bu bağlamda mahkemeler tarafından verilen kararlarda, mukayese edilmesi gereken hukuki değerlerin tartımında, müdahaleyi gerektiren hangi koşulların ve müdahalenin doğurduğu hangi sonuçların dikkate alınacağına ve bir aracın ne zaman orantılı olup olmadığı hususuna ilişkin yeterli izahat yapılmaması orantılılık ilkesinin uygulanış biçimine yönelen en temel eleştirilerdir. Fakat ilkenin uygulanış şekline yöneltilen bu eleştiriler, ölçülülük ilkesinin karar verme sürecinde kullanılacak en iyi kriter olduğu gereğini değiştirmemektedir. Başka bir deyişle, ölçülülük ilkesinin yetersiz veya hatalı uygulanması sebebiyle yanlış bir sonuca ulaşılması, ölçülülük ilkesinin, temel hak ihlalinin bulunup bulunmadığının tespitinde kullanılmaması gereken bir kriter olduğu anlamına gelmemektedir<sup>[130]</sup>.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Anayasa Mahkemesi kararlarında ölçülülük denetiminde orantılılık ilkesi, elverişlilik ve gereklilik ilkelerine oranla daha sık uygulanmakta ve Anayasa Mahkemesi eski kararlarında ilkeyi “oranlılık” şeklinde ifade etmekte iken, sonraki kararlarında “orantılılık” ifadesini kullanmaktadır<sup>[131]</sup>. Örneğin Anayasa Mahkemesi bir kararında ilkeyi, “... amaç ve aracın ölçsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçsüz bir yüküm getirip getirmediğini belirleyen “oranlılık”

[129] Metin, *Ölçülülük İlkesi*, *op. cit.*, s.39.

[130] Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, *op. cit.*, s.65-66.

[131] Çatalkaya, *op. cit.*, s.64-65.

ilke(si)” şeklinde ifade etmektedir<sup>[132]</sup>. Başka bir kararında ise, “ölçülülük ilkesi gereğince, getirilen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunması gerekmektedir. Orantılılık olarak da ifade edilen ölçülülüğün bu alt ilkesi, amaca ulaşmak için gerekli önlemlerin alınmasına imkân tanımakta, ancak amaca ulaşmak için gerekli olmayan önlemlere başvurulmasına ve ilgili hakkın ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılmasına müsaade etmemektedir. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen bir sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olmaması gerekir. Orantılılık ilkesi, meşru bir amaçla ulaşmak için gerekli olan sınırlayıcı araçlardan daha hafif olanı tercih edilebilecekken daha ağır olanına başvurulmasına izin vermez.” şeklinde tanımlamıştır<sup>[133]</sup>.

Son olarak belirtilmelidir ki, ölçülülük ilkesine uygunluk değerlendirmesinde; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerinin sırasıyla uygulanması lazım gelir. Başka bir deyişle, Anayasa Mahkemesinin, orantılılık denetimine geçmeden önce, elverişlilik ve gereklilik ilkeleri yönünden bir denetim yapması, bu iki ilkeye aykırılık olmaması durumunda, orantılılık denetimine geçmesi gerekmektedir<sup>[134]</sup>.

### III. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

Bir hakkın sınırlandırılması, hakkın norm alanının daraltılması, hakkın kapsamı alanının içinde olması gereken bazı etkinliklerin, hakkın kapsamının dışında bırakılması anlamına gelmektedir. Bu açıdan bakıldığında,

[132] Anayasa Mahkemesi 23 Haziran 1989 Tarih ve E. 1988/50, K. 1989/27 Sayılı Kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1989-27-nrm.pdf>, E.T. 21.08.2024).

[133] Anayasa Mahkemesi 10 Şubat 2016 Tarih ve E. 2015/96, K. 2016/9 Sayılı Kararı §22 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2016-9-nrm.pdf>, E.T. 21.08.2024).

[134] Metin, “Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hukuk Devletinin Unsuru Olarak Ölçülülük İlkesi?”, *op. cit.*, s.352; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, *op. cit.*, s.363.

hak ve özgürlüklere yönelik yapılan her kanuni düzenleme, sınırlama niteliğinde değildir. Bir düzenlemenin sınırlama niteliğinde olup olmadığını anlayabilmek için, düzenlemenin içeriğine bakmak gerekir. Hakkı daha güçlü duruma getiren, hakka daha etkin bir içerik kazandıran ya da anayasal sınırlarını somutlaştırmaktan ibaret kalan düzenlemeler sınırlama değildir<sup>[135]</sup>.

Bu açıklamalardan hareketle, itiraz konusu hüküm, boşanma davası reddedildikten sonra ortak hayatın yeniden kurulamadığı hâllerde, ret kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmedikçe, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılmasına ilişkin karinenin işlerlik kazanmasına imkân tanımadığı için hakkın norm alanını daraltmakta, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına yönelik bir sınırlama getirmektedir. Nitekim evlilik birliğinin kurulması gibi bu birliğin sona erdirilmesi de eşlerin özel ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme haklarının bir gereğidir. Bu nedenle kanımızca, Anayasa Mahkemesinin bu husustaki tespiti yerindedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sınırlama getiren düzenlemelerin kanunla yapılması, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekmektedir.

İptal istemine konu Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan hükmün, hangi durum ve koşullarda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılacağını açık ve net bir biçimde düzenlediği görülmektedir. Bu bakımdan söz konusu hükmün, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen kanunilik şartını sağladığı görülmektedir.

İkinci aşama bakımından özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilme-

[135] Sağlam, *op. cit.*, s.22-23.

sini isteme hakkına sınırlama getiren bu düzenlemenin, Anayasa'nın 41. maddesinde devlete yüklenen aileyi koruma ödevi bağlamında meşru bir amacının bulunduğu tespiti de kanımızca yerindedir. 1982 Anayasası'nın "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları" başlıklı 41. maddesinde, devlete, ailenin huzur ve refahının korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin kararında da isabetli olarak belirtildiği üzere, bu sınırlama hükmü ile aile kurumunun ayakta tutulması hedeflenmekte, bu nedenle özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına getirilen sınırlama, devletin aileyi koruma ödevi bağlamında meşru bir amaca hizmet etmektedir.

Anayasa Mahkemesi son aşamada, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sınırlama getiren hükümde, ölçülülük ilkesine riayet edilip edilmediği hususunu incelemiştir. Esasında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karara bakıldığında, asıl olarak bu ilke üzerinde yoğunlaşıldığı ve ölçülülüğün bir alt ilkesi olan orantılılık ilkesi bağlamında bir değerlendirme yapılmak suretiyle sonuca ulaşıldığı görülmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Öngörülen sınırlamanın amaca ulaşmaya elverişli olması elverişliliği, söz konusu amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olması, başka bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmaması gerekliliği, hakka getirilen sınırlama ile amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliği ise, orantılılığı ifade etmektedir.

Kanun koyucunun, iptal istemine konu (mülga) Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin dördüncü fıkrasında, fiili ayrılığa dayanan boşanma sebebi bakımından öngördüğü şartların elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uygunluğunun tartışılması gerekir. Her boşanma sebebinde olduğu gibi kanun koyucunun fiili ayrılık ilkesine dayanan boşanma sebebi bakımından da belirli sınırlandırmalar öngörmesi olağan ve beklenen bir durumdur. Bu bakımdan kanun koyucunun, bu sebebe daya-

nan boşanma davası bakımından birtakım sınırlandırmalar getirmesinin, devletin aileyi koruma amacına ulaşma bakımından elverişli olduğu ve anılan meşru amaca ulaşma bakımından gerekli olduğu sonucuna varılabilir.

Burada esasen üzerinde durulması gereken, söz konusu sınırlama ile ulaşılmak istenen bu meşru amaç arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediği hususudur. Yani söz konusu düzenlemede, devletin aileyi koruma amacı ile eşlerin özel ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme haklarına getirilen sınırlama arasında, makul bir denge gözetilmiş, söz konusu düzenleme ile eşlere ölçüsüz ya da katlanılamaz nitelikte bir yükümlülük getirilmiş midir sorusunun yanıtlanması gerekir. Bu değerlendirme yapılırken, maddede öngörülmüş olan iki kriterden hareket edilmelidir. Bunlardan ilki, fiili ayrılık sebebine dayanan boşanmada dayanak bir boşanma davası aranması şartı; ikincisi ise, üç yıllık süre şartıdır.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Türk aile hukukunda fiili ayrılığa dayanan boşanma davası bakımından, yani fiili ayrılık sebebiyle evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kabulü açısından eşlerin uzun yıllar boyunca ayrı yaşamış olmasının tek başına herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu sebebe dayanan boşanma davasının açılabilmesi için, mutlaka daha önce açılmış bir boşanma davasının reddedilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla herhangi bir şekilde, eşler, boşanma davası açmadan çok uzun bir süre ayrı kalmış olsalar da, bu sebeple boşanma davası açma imkânı bulunmamaktadır. Bu durum özellikle, boşanma yargılamalarının haddinden fazla zaman aldığı ülkemizde, fiili ayrılığa dayanan boşanma davası açma imkânını, oldukça uzun süren bir hukuki prosedüre bağlamaktadır.

Nitekim doktrinde de bu durum, adaletsizliklere sebep olduğu gerekçesi ile farklı açılardan eleştirilmektedir. Bir görüşe göre; bu hüküm, boşanma davası açılmadan on yıl belki daha uzun süre fiilen ayrı yaşayan eşlere boşanma hakkı tanımazken, sırf herhangi bir nedenle boşanma davası açıp reddedilen eşlere, üç yılda boşanma imkânı sağlayabilmektedir<sup>[136]</sup>. Yine bir başka görüş tarafından; bu durumda herhangi bir sebeple açılan bo-

[136] Özgül, *op. cit.*, s.2363.

şanma davasına ilişkin ret kararının kesinleşme süresinin, temyiz aşamaları da dikkate alındığında, en az üç yıl süreceği, kararın kesinleşmesinden sonra kanunen eşlerin üç yıl ayrı yaşamaları gerektiği ve nihayetinde fiili ayrılık sebebine dayanan ikinci boşanma davasının da en az üç yıllık bir sürede sonuçlanacağı göz önüne alındığında, toplamda dokuz yıllık bir sürenin ortaya çıkacağı, birlikteliğin sarsılmış ve çekilmez hâle gelmiş olduğu bir evlilikte, eşleri dokuz yıllık oldukça uzun bir süre boyunca bir arada tutmaya çalışmanın, onları yeni bir hayat kurma imkânından mahrum bırakmak ve hayatlarının önemli bir kısmını çalmaktan başka bir anlam ifade etmeyeceği haklı olarak ifade edilmektedir<sup>[137]</sup>. Elbette ki burada bahsi geçen süreler, zamana ve yargılamanın yapıldığı yer mahkemesine göre değişiklik gösterebilse de, ülkemizde boşanma yargılamalarındaki ortalama süreler dikkate alındığında nasıl bir hesap yapılırsa yapılsın ortaya çıkan yekûn, en azından süre açısından makul bir boşanma sürecini sağlamaktan oldukça uzaktır.

Doktrinde fiili ayrılığın söz konusu olduğu durumlar bakımından, ek bir şart aranmaksızın evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilmesi gerektiğini ifade eden Özdemir ise, Türk Medeni Kanunu'nda, fiili ayrılığa dayanan boşanma sebebi açısından aranan, önceden açılıp reddedilmiş bir boşanma davası bulunması şartının, eşleri sırf bu sebebe dayanan boşanma davası açabilmek adına, nedensiz bir takım boşanma davaları açmaya yönlendirecek kötüye kullanımlara sebebiyet verebileceğini, belirli bir süre ayrı yaşamanın, bütün hukuk düzenleri tarafından evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı bir göstergesi olarak kabul edildiğini belirtmektedir<sup>[138]</sup>. Bu görüş tarafından da haklı olarak ifade edildiği üzere, fiile ayrılığa dayanan bir boşanma sebebi bakımından, sadece fiili ayrılık olgusunun yeterli görülmemesi, özellikle dayanak bir dava şartının aranması kanaatimizce, bu sebebe dayanarak boşanma davası açmak isteyen eşlere ölçsüz bir yüküm-

[137] Kılıçoğlu, *Aile Hukuku, op. cit.*, s.146.

[138] Oktay Özdemir, *op. cit.*, s.39.

lülük getirmektedir. Öte yandan bu durum söz konusu boşanma sebebinin temelinde yatan mantığa da aykırı düşmektedir. Nitekim fiili ayrılığa dayanan boşanma sebebi, temelde eşlerin belirli bir süre boyunca ayrı yaşamış olmasını evlilik birliğini temelinden sarsan bir sebep olarak gören bir anlayışın ürünüdür. Bu nedenle maddi hukuk açısından dikkate alınması gereken temel mesele de söz konusu ayrı yaşama olgusunun gerçekleşmesi ile bunun ne kadarlık bir süre boyunca devam etmesi gerektiğine ilişkin olmalıdır. Bu olgunun ispatı, esasında söz konusu olguyu iddia eden tarafın meselesidir. Dolayısıyla ayrı yaşama olgusunun başlangıcını bir yargısal sürece bağlamak ve bunu da ispat kolaylığı ile açıklamaya çalışmak kanımızca doğru bir yaklaşım değildir. Anlaşmalı boşanmaları bir kenara bırakacak olursak, ülkemizde tek bir yargısal süreç sonunda dahi bir boşanma kararı elde etmenin zorluğu ve bu sürecin uzunluğu dikkate alındığında, bir boşanma sebebinin adeta iki aşamalı bir yargısal sürece bağlamak, eşlerin özel ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme haklarına getirilmiş orantısız bir sınırlamadan başka bir anlam ifade etmeyecektir.

Doktrinde fiili ayrılığa dayanan boşanmalar bakımından dayanak dava aranması şartını eleştiren bir başka görüşe göre de haklı olarak, kötü niyetli eşin sadece süreyi başlatmak için, deyim yerindeyse âdet yerini bulsun diye dayanaksız dava açabileceği, önceden açılmış dava şartının aranması ile Kanun'un çağdaş çizgiden ayrıldığı, bu durumun adaletsizlikleri beraberinde getirecek açıklanması zor bir düşünce biçimi olduğu dile getirilmektedir<sup>[139]</sup>.

Nitekim uygulamada benimsenen usul, bu eleştirileri haklı kılar niteliktedir. Uygulamada bu sürenin bir an evvel başlamasını sağlamak adına göstermelik boşanma davaları açılmakta ve ilk celsede feragat işlemi gerçekleştirilmekte veya boşanma davasının reddedileceğini yahut ayrılık kararı verileceğini tahmin eden kişilerce, kesinleşme sürecini beklememek için

[139] Özgül, *op. cit.*, s.2359.

davadan feragat edilmektedir<sup>[140]</sup>. Çünkü Yargıtay, feragatin kesin hükmün sonuçlarını doğuracağı gerekçesiyle, feragat hâlinde de ret hâlinde olduğu gibi fiili ayrılık sebebiyle boşanmanın mümkün olduğunu kabul etmekte, hatta feragat üzerine verilen kararın şeklen kesinleşmesine gerek olmadığı yönünde kararlar vermektedir<sup>[141]</sup>.

Ne yazık ki söz konusu hükmün iptal edilmesinin ardından 14 Kasım 2024 tarihinde 7532 sayılı Noterlik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesi ile yapılan değişiklikle yalnızca hükümdeki üç yıllık sürenin bir yıla indirilmesi ile yetinildiği, yeni düzenlemede de eskisinde olduğu gibi fiili ayrılık süresinin işlemeye başlaması açısından açılmış bir davanın reddedilmiş olması ve bu kararın kesinleşmesi şartının aynen korunduğu görülmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere kanımızca, fiili ayrılık nedenine dayanan boşanma davası bakımından, dayanak bir davanın aranması şartından bütünüyle vazgeçilmesi isabetli olacaktır. Nitekim ülkemizde boşanma yargılamalarının makul sürelerin çok üzerinde sürdüğü, uzun yıllar boyunca davaların devam ettiği artık herkes için izahtan varestedir. Bu denli uzun süren yargılamalar karşısında, fiili ayrılık sebebiyle gerçekleşecek boşanmaları, iki ayrı dava süreci ile muhatap etmek makul bir yaklaşım değildir. Fiili ayrılığa dayanan boşanma davası bakımından dayanak bir dava şartının aranması, bu sebeple açılacak davaları, mevcut yargısal süreçler dikkate alındığında neredeyse imkansızlaştırmakta, eşlere katlanamayacakları bir yükümlülük getirmektedir. Eşler için makul ve sonuca odaklı bir süreci öngörmeyen bir boşanma sebebinin yalnızca yasalarda var olması manasızdır. Her ne kadar fiili ayrılık bakımından öngörülen üç yıllık süre yeni düzenlemede isabetli olarak bir yıla indirilmiş olsa da, esasında bu

[140] *Ibid.*, s.2356.

[141] Yargıtay 2. HD. 24 Mayıs 2024 Tarih ve E.2009/8844, K.2010/9983 Sayılı Kararı; Yargıtay 2. HD. 21 Ekim 2008 Tarih ve E.2007/17451, K.2008/13787 Sayılı Kararı; Yargıtay 2. HD. 7 Mart 2013 Tarih ve E.2012/19562, K.2013/6182 Sayılı Kararı (<https://www.lexpera.com.tr>, E.T.09.08.2024.)

sebebe dayanan davaları sorunlu kılan temel husus, fiili ayrılık için aranan süre şartından ziyade, açılacak ilk yani reddedilen dava ile ikinci davanın sonuçlanma süresinin uzunluğu ve bu sürecin belirsizliğidir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi orantılılık alt ilkesi bakımından yaptığı değerlendirmede haklı olarak, itiraz konusu hükmün, yazılı yargılama usulünün uygulandığı boşanma davalarında iki ayrı davanın sonuçlanması için geçecek süre ile fiili ayrılık için beklenecek üç yıllık süre de dikkate alındığında, ortak hayatın yeniden kurulamadığı hâllerde, makul olmayan bir süre boyunca ilgililerin boşanma kararı elde etmelerine imkân tanımadığı, evlilik birliğini uzun bir süre boyunca sona erdiremeyen ilgililere katlanamayacakları bir külfet yüklediği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme itiraz konusu hükmün, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile aile kurumunu koruma amacı arasında makul bir denge sağlamadığını ve orantılılık alt ilkesi yönünden ölçülülük ilkesini ihlal etmekte olduğunu belirtmiştir.

Kanaatimizce bu tespit yerinde olmakla birlikte, yeni düzenlemede öngörülen bir yıllık süre şartı, sürecin uzunluğu açısından yukarıda belirtilen sakıncaları tamamen giderebilecek nitelikte makul bir düzenleme değildir. Eşlerin fiilen ayrı geçirmesi gereken süre bakımından kanunda yalnızca bir aylık bir süre öngörülse dahi, yukarıda bahsedildiği gibi açılacak ilk davanın reddedilmesi ve bunun kesinleşmesi için geçecek süre ile fiili ayrılık süresinin dolmasından sonra açılacak ikinci davanın sonuçlanma süresi hesaba katıldığında, süreç hâlâ makul bir boşanma yargılamasını tesis etmekten uzak olacaktır.

Nitekim karşılaştırmalı hukuktaki örnekler incelendiğinde, modern hukuk sistemlerinde fiili ayrılık nedeniyle açılacak davalar bakımından dayanak bir dava şartının aranmadığı görülmektedir.

Hakeza boşanma sebepleri, İsviçre Medeni Kanunu'nun 111 ile 116. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, fiili ayrılığa dayanan boşanma sebebi, Kanun'un 114. maddesinde yer almaktadır. Mehz İsviçre Medeni Kanunu'nun boşanma sistemi, 2000 yılında yapılan değişiklikle, önemli

bir revizyona uğramış ve oluşturulan yeni boşanma düzeninde, kusur ilkesi büyük oranda dışlanmıştır. Bu durum sadece boşanma sebepleri bakımından değil, aynı zamanda boşanmanın sonuçları açısından da geçerlidir<sup>[142]</sup>. Söz konusu revizyondan sonra İsviçre Medeni Kanunu'nda boşanma ya anlaşmalı olarak, yani eşlerden her ikisinin karşılıklı isteği ile ya da tek taraflı olarak gerçekleştirilebilmektedir. Tek taraflı boşanma, eşlerden biri için evlilik birliğinin devamının beklenemez olması ya da fiili ayrılık durumlarında söz konusu olmaktadır. Fiili ayrılığa dayanan boşanma sebebi bakımından, eşlerin iki yıl boyunca ayrı yaşamaları gerekli ve yeterlidir. Ayrıca dayanak bir dava koşulu aranmamaktadır. Fiili ayrılığa dayanan boşanma sebebine ilişkin yasal düzenlemede, ayrılık süresi başlangıçta dört yıl olarak belirlenmiş, fakat 2003 yılında yapılan ve 2004 yılında yürürlüğe giren değişiklikle birlikte, bu süre iki yıla indirilmiştir<sup>[143]</sup>.

Alman Medeni Kanunu'na bakılacak olursa, boşanma sebepleri, Kanun'un 1564 ile 1568. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Alman boşanma sisteminde gerek boşanma sebepleri gerek boşanma sonuçları bakımından kusur ilkesinin dikkate alınmadığı görülmektedir<sup>[144]</sup>. Kanun'da esas olarak tek boşanma sebebi tanınmakta, bu da 'evliliğin başarısızlığı' kavramı ile ifade edilmektedir. Evliliğin başarısızlığı, eşler arasındaki ilişkinin onarılmaz bir biçimde tahrip olması, çökmesi anlamına gelmektedir<sup>[145]</sup>. Eşlerin ayrı yaşaması da, evlilik ilişkisinde bir bozulmanın göstergesidir. Fiili ayrılık ilkesine dayanan boşanma sebebi, Alman Medeni Kanunu'nun 1566. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır<sup>[146]</sup>. Söz ko-

[142] Schwenzer ve Keller, *op. cit.*, s.8.

[143] Söz konusu yasal değişiklik için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2004/254/de>, E.T. 06.08.2024.

[144] Schwab, *op. cit.*, §37 para.364.

[145] *Ibid.*, §37 para.365.

[146] Söz konusu yasal düzenleme için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html#BJNR001950896BJNG013002377>, E.T.06.08.2024.

nusu düzenleme gereğince; eşlerin üç yıldan beri ayrı yaşaması, evliliğin başarısız olduğu yönünde aksi ispat edilemez bir karine teşkil etmektedir. Dolayısıyla Alman hukukunda da, fiili ayrılığa dayanan boşanma bakımından üç yıllık bir ayrılık süresinin esas alındığı ve ayrıca bir dayanak dava şartının bulunmadığı görülmektedir.

Fransız Medeni Kanunu'nda ise, fiili ayrılık ilkesine dayanan boşanma sebebi, 'evlilik bağının kesin olarak kopması' başlığını taşıyan 237 ile 238. maddelerde düzenlenmiştir<sup>[147]</sup>. Evlilik birliğinin kesin olarak kopması, boşanma başvurusu sırasında bir yıldan beri ayrı yaşayan eşler arasındaki yaşam ortaklığının sona ermesinden kaynaklanmaktadır<sup>[148]</sup>. Söz konusu hükümde, 2019 yılında yapılan ve 2021 yılında yürürlüğe giren değişiklikten önce, ayrı yaşama süresi iki yıl olarak düzenlenmekteyken yapılan değişiklikle Fransız hukukunda fiili ayrılık sebebine dayanan boşanmalarda, ayrılık süresi bir yıla indirilmiş, bu sebeple açılacak boşanma davaları bakımından herhangi bir dayanak dava şartına da yasal düzenlemede yer verilmemiştir. Dolayısıyla Fransız hukuku bakımından, fiili ayrılık ilkesine dayanan boşanmada aranacak ayrılık süresinin bir yıl olduğu, bu sürenin başlangıcı açısından açılmış ve/veya reddedilmiş bir dayanak dava şartının da aranmadığı, hatta bu esasa dayanan bir talep ile başka bir boşanma talebinin aynı anda sunulması hâlinde, bir yıllık ayrı yaşama şartı aranmaksızın evlilik birliğinin kesin olarak kopması nedeniyle boşanmaya hükmedileceği<sup>[149]</sup> görülmektedir.

Görüldüğü üzere, mukayeseli hukuktaki birçok örnekte, fiili ayrılığa dayanan boşanmalar bakımından dayanak bir dava şartı aranmamaktadır.

Bu noktada, dayanak bir davanın aranması şartından bütünüyle vazgeçilmesi durumunda, kanunda öngörülmüş olan fiili ayrılık süresince ortak

[147] Söz konusu yasal düzenleme için bkz. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006150519/#LEGISCTA000006150519](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006150519/#LEGISCTA000006150519), E.T. 06.08.2024.

[148] Fransız Medeni Kanunu m.238/1.

[149] Fransız Medeni Kanunu m.238/3.

hayatın kurulamadığı, başka bir deyişle eşlerin evlilik birliğindeki ortak yaşamlarını yeniden kurmak ve sürdürmek için bir araya gelmemeleri olgusunun nasıl ispatlanacağı sorusu akla gelebilecektir. Belirtmek gerekir ki; dayanak dava şartının aranması, özellikle fiili ayrılığın başlangıcı açısından kesin bir ispat aracı olarak görülebilir. Aile hukukunda özellikle de boşanma yargılamalarında ispat zorluğu genel bir sorundur. Aile hayatı, tabiatı gereği oldukça mahrem bir alandır. Bu alanda gerçekleşecek uyuşmazlıklar açısından somut deliller her zaman erişilebilir durumda değildir. Fakat bu durum, yalnızca fiili ayrılığa dayanan boşanma sebebi bakımından değil Kanun'da öngörülmüş olan diğer boşanma sebepleri kapsamında açılacak boşanma davaları bakımından da geçerlidir. Karşılaşılabilecek muhtemel ispat zorlukları, bireylere tanınan boşanma hakkından gereği gibi faydalanılması önünde bir engel teşkil etmemelidir. Fiili ayrılık sürecinin başlangıcı noktasındaki ispat sorunu, boşanma süreçlerinin, uzun ve zorlu bir prosedüre bağlanılmasını haklı kılmamaktadır. Kaldı ki fiili ayrılığın başlangıcı yahut ne kadar süre boyunca devam ettiği, pek tabii başka birçok vasıta ile ispat edilebilecektir. Zira aile hukukundaki birçok problem, çoğu zaman ev dediğimiz mahrem alan içerisinde gerçekleşmesine rağmen, taraflarca çeşitli araçlarla ispat edilebilmektedir. Fiili ayrılık olgusu ise, artık o mahrem alanın dışına çıkmış, ekseriyetle eşleri birbirinden ayrı mekanlarda yaşamaya itmiş ve dolayısıyla aslında aile hukukundaki birçok durumdan çok daha fazla kamuya mal olmuş bir meseleye evrilmiştir. Ayrı yaşayan eşler pek tabii, ayrı yaşam alanlarında ikamet etmeye, elektrik, su, doğalgaz gibi ayrı abonelikler almaya, ayrı çevrelerde var olmaya ve ayrı sosyal ilişkiler kurmaya başlamıştır<sup>[150]</sup>. Dolayısıyla bu durumun ispatı, aile

[150] Doktrinde, Başara'nın da haklı olarak belirttiği üzere, eşler ortak hayatlarının sona erdiğini her türlü delille ispat edebilme imkânına sahiptir. Bu bağlamda, eşlerin ayrı konutlarda yaşadıklarını gösteren kira sözleşmesi, elektrik, su faturası abonelikleri gibi belgeler, fiili olarak ayrı yaşamının ispatında kullanılabilecektir. Bu konuda bkz. Gamze Turan Başara, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 59, 2024, s.400.

içerisindeki birçok farklı anlaşmazlığın ispatından çok daha kolay bir şekilde gerçekleştirilebilecektir.

Eğer kanun koyucu tarafından, fiili ayrılığa dayanan bir boşanma sebebi ihdas edilecekse, bu sebebe dayanan boşanma hakkının kullanılması da, makul bir hukuki prosedüre bağlanmalıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, mevcut sistemdeki dayanak dava şartı, fiili ayrılık bakımından aranan sürenin bir yıla düşürüldüğü yeni hukuki düzenleme karşısında dahi, bu makul hukuki prosedürü sağlamaktan oldukça uzaktır. Bu nedenle kanımızca, kanun koyucu tarafından ihdas edilen bu yeni düzenlemede öngörülen dayanak dava şartı, hâlâ fiili ayrılığa dayanan boşanma davası bakımından revize edilmesi gereken en önemli husustur.

Bu noktada Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararında, orantılılık alt ilkesi açısından değerlendirilmesi gereken ikinci husus, fiili ayrılığa ilişkin mülga ve itiraza konu kanuni düzenlemede öngörülmüş olan üç yıllık ayrılık süresidir. Belirtmek gerekir ki; bu sürenin ne kadar olması gerektiği sorusunun cevaplanması, fiili ayrılığa dayalı boşanma sisteminin doğru ve sağlıklı bir şekilde işlemesi açısından oldukça önemlidir. Bu sürenin uzun olması, yeni bir hayata başlamayı geciktireceği için eşler açısından eziyet verici ve usandırıcı olabilecek, kısa olması durumunda ise, tam tersi eşler için ayrılığa özendirici, adeta tek taraflı boşanmanın gerçekleştirilmesini sağlayıcı sonuçlar ortaya çıkarabilecektir<sup>[151]</sup>.

Nitekim doktrinde mülga düzenlemedeki üç yıllık sürenin oldukça uzun olduğuna dair eleştiriler ağırlıktadır. Şöyle ki; Kılıçoğlu'na göre, mehzaz İsviçre Medeni Kanunu'nda<sup>[152]</sup>, kanun koyucu, fiili ayrılığa dayanan boşanma davası bakımından olabildiğince kısa bir müddet öngörmüştür. İsviçre kanun koyucusu, çekişmeli boşanmalarda, boşanma davasının açılmasından önceki iki yıllık süreçte ayrı yaşamış olan eşlerin, boşanma davası açabileceğini, aynı şekilde, anlaşmalı boşanmanın davayla boşanmaya

[151] Özgül, *op. cit.*, s.2381.

[152] İsviçre Medeni Kanunu, m.114.

dönüşmesinden önceki iki yıllık süreci ayrı geçirmiş eşlerin de bu hakka sahip olacağını kabul etmiştir. Eşlerin ayrı geçirmesi gereken bu süre dört yıl iken, 2000 yılındaki değişiklikle iki yıla düşürülmüştür. Türk Medeni Kanunu'nda da benzer bir biçimde bir ya da iki yıllık sürenin öngörülmesi yerinde olacaktır<sup>[153]</sup>. Yine Ünal'a göre, fiilî ayrılık nedeniyle boşanmanın gerçekleşmesi açısından, daha önce açılıp reddedilmiş ilk boşanma davasının kesinleşmesi için birkaç yılın geçmesi gerekmektedir. Ardından açılacak olan ikinci dava da, kuşkusuz birkaç yıl sürecektir. İlk boşanma davasının varlığı, eşler arasında birtakım sorunların olduğunun işaretidir. Eninde sonunda boşanacak eşleri, bu kadar uzun bir süre bekletmenin bir faydası yoktur ve bu nedenle öngörülecek süre iki yıldan fazla olmamalıdır<sup>[154]</sup>.

Çakın'a göre ise, Kanun'da öngörülmüş olan üç yıllık süre oldukça uzun bir süredir ve bu süre uzadıkça eşlerin yaşama sevinci, hayata yeniden yön verme ve başlama ümidi kırılabilmekte, bu durum zaman zaman eşleri evlilik dışı birlikteliklere yönlendirebilmektedir. Bu nedenle Kanun'da öngörülen sürenin kısaltılarak, bir yıla indirilmesi uygun olacaktır<sup>[155]</sup>.

Özgül'e göre de, etkili bir çözüm olarak boşanma hukukunda kökten bir değişikliğe gidilmeli, kusura dayalı boşanma sebeplerinden uzaklaşılmalı, fiili ayrılıkla ilgili düzenlemenin yeniden yapılarak, aranılan dayanak dava şartının tamamen kaldırılması, ortak hayatın kurulamaması için aranan sürenin iki yıla indirilmesi gerekmektedir<sup>[156]</sup>.

Yukarıda ifade edildiği üzere, mukayeseli hukuktaki örneklerde fiili ayrılığa ilişkin sürelerin kısaltılması eğilimi söz konusudur. Nitekim İsviçre Medeni Kanunu'nda fiili ayrılığa ilişkin süre, dört yıl olarak belirlenmiş-

[153] Kılıçoğlu, Aile Hukuku, op. cit., s.146.

[154] Ünal, op. cit., s.310.

[155] Akın Çakın, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara, Bilge Yayınevi, 2007, s.87.

[156] Özgül, op. cit., s.2381.

ken, 2004 yılında yürürlüğe giren değişiklikle bu süre iki yıl indirilmiştir<sup>[157]</sup>. Fransız Medeni Kanunu'nda fiili ayrılık süresi iki yıl olarak düzenlenmekteyken, 2001 yılında yürürlüğe giren değişiklikle bu süre bir yıl olarak belirlenmiştir<sup>[158]</sup>. Alman Medeni Kanunu'nda da bu süre dayanak şartından bağımsız bir şekilde üç yıl olarak belirlenmiştir<sup>[159]</sup>.

Kanımızca, fiili ayrılığın ne kadarlık bir süre boyunca devam etmesi gerektiği tartışması, dayanak dava şartına nispetle daha esnek bir zeminde yürütülebilir. Zira dayanak dava şartından farklı olarak, burada kanun koyucu karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalara benzer bir biçimde bir, iki ya da bizce makul görünmese de üç yıl şeklinde bir süre belirlemiş dahi olsa, nihai olarak bu taraflar açısından daha öngörülebilir bir sürece işaret eder. Özellikle boşanma yargılamalarının oldukça uzun sürdüğü ülkemiz şartları açısından, en azından bu süreç iki ayrı dava prosedüründen kurtarılacak belirli bir ayrı yaşama süresine ek olarak gerçekleşecek bir boşanma yargılamasına tabi kılınmış olur.

Esasında fiili ayrılığa dayanan boşanma sebebi, eşlerin belirli bir süre boyunca ayrı yaşamış olmalarının, evlilik birliğini temelinden sarsmış olduğu yönünde bir kanuni karineye dayanmaktadır. Bu noktada tartışılması gereken esas mesele, eşler hangi müddet zarfında ayrı kalırsa, ortak hayatın devamı kendilerinden beklenemeyecek düzeyde evlilik birliği temelinden sarsılmış kabul edilir hususu olmalıdır. Bu sorunun cevabı da farklı hukuk sistemlerinde, farklı toplum dinamikleri dikkate alınmak suretiyle cevaplanmaya çalışılmaktadır. Belirtmek gerekir ki, ailenin ve dolayısıyla toplumun korunması yönündeki geleneksel düşünceler, toplumun aileye ve evliliklere bakış açısı, fiili ayrılık süresini belirlemeye yönelik hukuk politikası tercihlerini bir dereceye kadar yönlendirebilir. Ülkemizde bunun

[157] İsviçre Medeni Kanunu, m.114.

[158] Fransız Medeni Kanunu m. 238.

[159] Alman Medeni Kanunu m.1566.

tezahürleri, özellikle boşanma sistemlerinde hatırı sayılır düzeyde görülmüştür. Fakat toplum da nihayetinde zamanla değişen bir sosyal yapıdır ve hukukun da bu değişime kayıtsız kalması düşünülemez. Hakeza mülga düzenlemede öngörülen üç yıllık fiili ayrılık süresinin, ülkemizdeki uzun yargılama süreleri ve çağın getirdiği aile yapılanmasındaki değişiklikler dikkate alındığında, evlilikleri fiilen nihayete ermiş, sadece kayıtlarda kalmış bireyleri, oldukça uzun bir süre bu bağı resmî olarak taşımak durumunda bırakacağı artık birçok ses tarafından dile getirilen önemli bir sorundur. Nihayetinde fiilen evliliği sona erdirmiş eşlerin, pek tabii bir an önce yeni ilişkiler kurmak, yeni bir hayat düzenine geçmek istemeleri olağandır. Öte yandan fizyolojik bazı gerçeklerin olduğu da göz ardı edilmemelidir. Özellikle kadının doğurganlığı gibi zamansal açıdan evliliklerin önem arz ettiği kritik dönemlerin de bulunduğu dikkate alındığında, eşlerin yeni bir hayat kurma imkanından makul olmayan süreler boyunca mahrum bırakılması, hukukun topluma ve toplumun beklentilerine ayak uydurmasının en tabii gerekliliğidir. Toplumdan gelen bu taleplere, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vesilesiyle kulak veren kanun koyucu yeni düzenlemede bizim de isabetli bulduğumuz bir yaklaşımla bu süreyi üç yıldan bir yıla indirmiştir.

## SONUÇ

Fiili ayrılık nedeniyle boşanmanın düzenlendiği Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin dördüncü fıkrası, Anayasa Mahkemesinin 22 Şubat 2024 tarihli kararı ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararında, Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinde öngörülen şartların boşanmayı önemli ölçüde güçleştirmesinin ve hiçbir şekilde ortak hayata dönmek istemeyen tarafların makul olmayan süreler boyunca evli kalmaya zorlanmasının ailenin korunması ilkesiyle bağdaşmadığı ifade edilmiş ve itiraz konusu hükmün orantılılık alt ilkesi yönünden ölçülülük ilkesini ihlal etmekte olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karara ilişkin sağlıklı bir değer-

lendirme yapabilmek adına, itiraza konu hükmün, orantılılık ilkesi bağlamında, ilgililere ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediği, katlanamayacakları bir külfet yükleyip yüklediği hususlarının iki açıdan incelenmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, fiili ayrılık sebebine dayanan boşanmada dayanak bir boşanma davası şartının aranması; ikinci ise, üç yıllık fiili ayrılık süresidir.

Çalışmamızda ifade edildiği üzere, Türk aile hukukunda fiili ayrılığa dayanan boşanma davası bakımından, eşlerin uzun yıllar boyunca ayrı yaşamış olmasının tek başına herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu sebebe dayanan boşanma davasının açılabilmesi için, mutlaka daha önce açılmış bir boşanma davasının reddedilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla herhangi bir şekilde, eşler, boşanma davası açmadan çok uzun bir süre ayrı kalmış olsalar da, bu sebeple boşanma davası açma imkânı bulunmamaktadır. Bu durum özellikle, boşanma yargılamalarının haddinden fazla zaman aldığı ülkemizde, fiili ayrılığa dayanan boşanma davası açma imkânını, oldukça uzun süren bir prosedüre bağlamakta, evlilik birliğini uzun bir süre boyunca sona erdiremeyen ilgililere katlanamayacakları bir külfet yüklemektedir.

Orantılılık alt ilkesi açısından değerlendirilmesi gereken ikinci husus olan üç yıllık ayrılık süresi şartının da kısaltılması zaruret teşkil etmektedir. Bu sürenin uzun tutulması, eşlerin yeni bir hayat kurma imkanından makul olmayan süreler boyunca mahrum kalmasına neden olmaktadır. Evliliği fiilen bitmiş, ortak hayata yeniden dönmek istemeyen eşleri, evlilik birliği yeniden tesis edilir ümidiyle, uzun yıllar boyunca tabiri yerindeyse askıda evliliklerde bekletmenin ailelere ve topluma bir yararının bulunmadığı aşıkardır. Şayet evlilik, aileyi ve toplumu koruyan ve yasa koyucular tarafından korunması gereken bir yapı ise, burada bir paradoks ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; ailenin korunması düşüncesi ile uzun tutulan fiili ayrılık süreleri, bireyleri resmî evlilik bağı devam etmekte iken, evlilik dışı bazı birlikteliklere yöneltmektedir.

Özetle, Anayasa Mahkemesinin önüne gelen Türk Medeni Kanunu'nun

mülga 166. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen süreç bir bütün olarak değerlendirildiğinde, hükmün, ortak hayatın yeniden kurulamadığı hâllerde makul olmayan bir süre boyunca ilgililerin boşanma kararı elde etmelerine imkân tanımadığı görülmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin tespiti kanımızca yerindedir.

Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiş, böylece, Türk hukukunda fiili ayrılık ilkesine dayanan boşanma sebebine ilişkin yeni bir yasal düzenleme yapma ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Yasa koyucu tarafından 14 Kasım 2024 tarihinde 7532 sayılı Noterlik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 13. maddesi ile yapılan değişiklikle söz konusu hükümdeki üç yıllık süre bir yıl olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu gelişme ile orantılılık alt ilkesi açısından değerlendirilmesi gereken hususlardan biri olan üç yıllık ayrılık süresi şartının kısaltılması zarureti hâli hazırda karşılanmış ve hukuk sistemimiz açısından daha makul bir fiili ayrılık süresi öngörülmüş bulunmaktadır. Fakat kanımızca, yeni düzenleme mevcut haliyle hâlâ makul ve kabul edilebilir bir boşanma prosedürü öngörmemektedir. Zira düzenlemedeki temel sorun olan fiili ayrılık sebebiyle açılacak boşanma davası bakımından, dayanak bir davanın aranması şartından vazgeçilmiş değildir. Yukarıda ifade edilen gerekçelerle kanımızca, olması gereken hukuk açısından fiili ayrılık nedenine dayanan boşanma davası bakımından, dayanak bir davanın aranması şartından bütünüyle vazgeçilmesi isabetli olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 19. Baskı, 2016, C.II.
- Alec Stone Sweet ve Jude Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Cilt 47, 2008, s.72-164.
- Altınok Ormancı, Pınar, “Fransız Boşanma Hukuku Revizyonunun Getirdikleri: Türk Boşanma Hukukunda Olası Bir Revizyon İçin Değerlendirmeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 71, Sayı 4, 2022, s.1431-1458.
- Antalya, Gökhan, *Hukuk Teorisi Cilt I*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2020.
- Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 16. Baskı, 2023.
- Benjamin J. Goold, Liora Lazarus ve Gabriel Swiney, *Public Protection, Proportionality, and the Search for Balance*, Ministry of Justice Research Series, 2007.
- Beyaz Özbey, İlknur, “Bireysellik, Belirsizlik ve Güvensizlik Bağlamında Ailenin Dönüşümü ve Türkiye’deki Yansımaları”, *Turkish Studies - Social*, Cilt 15, Sayı 4, 2020, s.1737-1751.
- Bor, Yusuf, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2023.
- Büyükbingöl, Abdülkadir, “Sosyal Bilişim Perspektifinden Bireyselleşme ve Yalnızlaşma Sorunu Üzerine Bir Analiz”, *Sosyolojik Bağlam Dergisi*, Cilt 3, Sayı 2, 2022, s.186-202.
- Cezayirli, Gülay, “Küreselleşme, Bireyselleşme ve Toplumsallaşma”, *Erdem Atatürk Kültür Merkezi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 41, 2004, s.29-58.
- Çakın, Akın, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma*, Ankara, Bilge Yayınevi, 2007.
- Çakır, Gül, “Atatürk Dönemi’nde Türkiye’de Aile Hukuku ve Çocuk Hakları”, *Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 18, Sayı 1, 2020, s.349-368.
- Deniz Ugan Çatakkaya, *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Döner, Ayhan, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2023.
- Dural, Mustafa, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş Onal-

- tıncı Bası, 2021, C.III.
- Erdem, Jülide Gül, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 62, Sayı 4, 2013, s.971-1005.
- Erdem, Mehmet ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, 2024.
- Eric Engle, “The History of the General Principle of Proportionality: An Overview”, *Dartmouth Law Journal*, Cilt 10, Sayı 1, 2012, s.1-11.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı*, Bursa, Ekin Yayınevi, 13. Baskı, 2021.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin Yayınevi, Güncellenmiş, Düzeltilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, 2021.
- Gülây Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8*, Avrupa Konseyi, 2019.
- H. Gökçe Zabunoğlu, “Ölçülülük İlkesi ve Vergi Hukukunda Uygulanması”, *Mali Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı155, 2017, s.2641-2676.
- Han Xiuli, “Application of the Principle of Proportionality in IC-SID Arbitration”, *James Cook University Law Review*, Cilt 13, Sayı 1-2, 2006, s.233-258.
- Han Xiuli, “The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico”, (PDF) The Application of the Principle of Proportionality in Tecmed v. Mexico, E.T. 15.02.2025, s.1-17.
- Hatemi, Hüseyin ve Burcu Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, 2014.
- Keskin, Alper, *Boşanma Davaları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, C.I.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., “Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz’a Armağan*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s.1717- 757.

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Aile Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.

Mehmet Alp Didinmez, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Üç Aşamalı Testi”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, Cilt 1, Sayı 1, 2021, s.149-174.

Metin, Yüksel, “Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararlarında Hukuk Devletin Unsuru Olarak Ölçülülük İlkesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 40, Sayı 1, 2023, s.333-370.

Metin, Yüksel, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2017, s.1-73.

Oğurlu, Yücel, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Türk Yüksek Mahkeme Kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Özellikle İngiltere Örneği Çerçevesinde Bir Denetim Ölçütü Olarak)*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021.

Oktay Özdemir, Saibe, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyaççı”, *MHB-Publicand Private International Law Bulletin*, Cilt 35, Sayı 1, 2015, s.29-46.

Onur Uçar, Vergi Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Yüksek Yargı Organları Kararları Bağlamında Bir Değerlendirme, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

Osman Serkan Gülfidan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında ve Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

Özgül, Mehmet Emin, “Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 3, 2021, s.2347-2385.

Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 6. Bası, 2015.

Öztürk, Namık Kemal, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, 2021.

- Sağlam, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.
- Schwab, Dieter, *Familienrecht*, München, Verlag C.H.BECK, 25., neu bearbeitete Auflage, 2017.
- Schwenzer, Ingeborg ve Tomie Keller, “Recent Developments in Swiss Family Law”, *Public and Private International Law Bulletin*, Cilt 35, Sayı 1, Ekim 2015, s.1-28.
- Şahin Şengül, Eda, *Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma (TMK m. 166/IV)*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Şahin Ünver, Fatma Süzgün, *Hukuk Sosyolojisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- Turan Başara, Gamze, “Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararı Doğrultusunda Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanmada Yasal Düzenleme İhtiyacı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 59, 2024.
- Uğur Can Metin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yorumunda Demokratik Toplumda Gerekliklik Ölçütü*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2024.
- Ünal, Akın, “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1-2, 2007, s.291-311.
- Ünlütepe, Mustafa, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK m.166/I-II)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Üskül Engin, Zeynep Özlem, “Medeni Kanun ve Toplumsal Dönüşüm”, in. Fethi Gedikli (Ed.), *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2014.
- Yıldırım, Abdülkerim, *Türk Aile Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2014.
- Yılmaz, Süleyman ve Abdülkerim Yıldırım, *Medeni Hukuk-I*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 4. Baskı, 2023.
- Zeytin, Zafer ve Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, 2017.

## Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi 1 Ekim 2020 Tarih ve E.2020/60, K.2020/54 Sayılı Kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2020-54-nrm.pdf>, E.T.23.08.2024)

Anayasa Mahkemesi 10 Şubat 2016 Tarih ve E.2015/96, K.2016/9 Sayılı Kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2016-9-nrm.pdf>, E.T.21.08.2024).

Anayasa Mahkemesi 12 Kasım 2014 Tarih ve 2013/1461 Başvuru No'lu Fatih Taş Başvurusu Kararı (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1461>, E.T.23.08.2024).

Anayasa Mahkemesi 12 Kasım 2015 Tarih ve E.2015/43, K.2015/101 Sayılı Kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2015-101-nrm.pdf>, E.T.23.08.2024).

Anayasa Mahkemesi 17 Ekim 2018 Tarih ve E.2017/162, K.2018/100 Sayılı Kararı (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/01/20190103-2.pdf>, E.T.23.08.2024).

Anayasa Mahkemesi 18 Mart 2021 Tarih ve E.2020/82, K.2021/20 Sayılı Kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2021-20-nrm.pdf>, E.T.06.11.2024).

Anayasa Mahkemesi 19 Aralık 2013 Tarih ve 2013/817 Başvuru No'lu Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu Kararı (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/817>, E.T.23.08.2024).

Anayasa Mahkemesi 2 Nisan 2014 Tarih ve 2014/3986 Başvuru No'lu Yaman Akdeniz ve diğerleri Başvurusu Kararı (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/3986>, E.T.23.08.2024).

Anayasa Mahkemesi 20 Mayıs 2015 Tarih ve 2013/1822 Başvuru

No'lu Ahmet Temiz Başvurusu Kararı (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1822>, E.T.23.08.2024).

Anayasa Mahkemesi 20 Şubat 2014 Tarih ve 2012/1051 Başvuru No'lu Sebahat Tuncel Başvurusu Kararı (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1051>, E.T.23.08.2024).

Anayasa Mahkemesi 22 Şubat 2024 Tarih ve E.2023/116, K.2024/56 Sayılı Kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2024-56-nrm.pdf>, E.T.23.08.2024).

Anayasa Mahkemesi 23 Haziran 1989 Tarih ve E.1988/50, K.1989/27 Sayılı Kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1989-27-nrm.pdf>, E.T. 21.08.2024).

Anayasa Mahkemesi 23 Ocak 2014 Tarih ve 2013/2602 Başvuru No'lu Emin Aydın Kararı (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2602>, E.T.23.08.2024).

Anayasa Mahkemesi 24 Mart 2022 Tarih ve E.2021/97, K.2022/36 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2022-36-nrm.pdf>, E.T.23.08.2024).

Anayasa Mahkemesi 25 Ocak 2023 Tarih ve E.2022/130, K.2023/14 Sayılı Kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-14-nrm.pdf>, E.T.19.08.2024).

Anayasa Mahkemesi 29 Mart 2017 Tarih ve E.2017/14, K.2017/83 Sayılı Kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2017-83-nrm.pdf>, E.T.23.08.2024).

Anayasa Mahkemesi 29 Mayıs 2014 Tarih ve 2014/4705 Başvuru No'lu Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu Kararı (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4705>, E.T.23.08.2024).

Anayasa Mahkemesi 30 Kasım 2023 Tarih ve E.2023/142,

K.2023/210 Sayılı Kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-210-nrm.pdf>, E.T.23.08.2024).

Anayasa Mahkemesi 4 Mayıs 2017 Tarih ve E.2015/41, K.2017/98 Sayılı Kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2017-98-nrm.pdf>, E.T.06.11.2024).

Anayasa Mahkemesi 5 Mayıs 2016 Tarih ve E.2016/16, K.2016/37 Sayılı Kararı (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2016-37-nrm.pdf>, E.T.23.08.2024).

Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss des Ersten Senats vom 10. November 2020 -1 BvR 3214/15-, Rn.1-138 ([https://www.bverfg.de/e/rs20201110\\_1bvr321415](https://www.bverfg.de/e/rs20201110_1bvr321415), E.T. 17.02.2025).

Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss des Ersten Senats vom 14. Juli 1999 -1 BvR 2226/94-, Rn.1-308 ([https://www.bverfg.de/e/rs19990714\\_1bvr222694](https://www.bverfg.de/e/rs19990714_1bvr222694), E.T. 18.02.2025).

Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss des Ersten Senats vom 4. April 2006 -1 BvR 518/02-, Rn.1-184 ([https://www.bverfg.de/e/rs20060404\\_1bvr051802](https://www.bverfg.de/e/rs20060404_1bvr051802), E.T. 18.02.2025).

Yargıtay 2.HD., E.2011/13318, K.2012/10996, T.26.4.2012 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2011-13318-k-2012-10996-t-26-4-2012>, E.T. 4.11.2024).

Yargıtay 2.HD., E.2019/5237, K.2020/847, T.6.2.2020 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2019-5237-k-2020-847-t-6-2-2020>, E.T. 5.11.2024).

Yargıtay HGK., E.2017/1286, K.2019/142, T.14.2.2019 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-1286-k-2019-142-t-14-2-2019>, E.T. 5.11.2024).

# İdari Yargılama Hukukunda İspat Bağlamında Maruf Ve Meşhur Vakalar

Mahmut CEYLAN\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Dr. Öğretim Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı, [dr.mahmutceylan@gmail.com](mailto:dr.mahmutceylan@gmail.com)

**ORCID:** 0000-0002-8278-611X

**Makale geliş tarihi:** 20 Eylül 2024 **Makale kabul tarihi:** 24 Ocak 2025

**Atıf önerisi:** Ceylan, Mahmut, “İdari Yargılama Hukukunda İspat Bağlamında Maruf ve Meşhur Vakalar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 83, Sayı: 2, Nisan 2025, s. 120-150. DOI: 10.30915/abd.1553465

## İdari Yargılama Hukukunda İspat Bağlamında Maruf Ve Meşhur Vakalar

### ÖZ

Maruf ve meşhur vaka kavramı idari yargılama hukuku doktrininde yeterince incelenmemiştir. Bazı bilimsel eserlerde yüzeysel olarak değinilmektedir. Fakat Türk idari yargılama hukukunda bu konu hakkında detaylı bir çalışmaya rastlanmamıştır. Doktrine katkı sağlaması ümidiyle bu konu tercih edilmiştir. Maruf ve meşhur vakanın aksi ispat edilebilir ve bu durumda ilgili vakanın maruf ve meşhur olduğu hususunda tam ispat kriteri kullanılmalıdır. Fakat ivedi olması gereken yürütmenin durdurulma-sına karar verilmesi durumunda yaklaşık ispat yeterli olmalıdır. Öte yan-dan vakanın niteliğinde yanılma olması durumunda bu yanılma makul ve muhtemel ise ivedi hâl söz konusu olmasa bile vakanın maruf ve meşhur-luğunun tespitinde yaklaşık ispat yeterli kabul edilmelidir. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte maruf ve meşhur vaka olarak nitelendirilebilecek vaka sayısı artmıştır. Zira bilginin geniş kitlelere kolayca yayılabilmesi bunun en önemli sebebidir. Fakat teknolojinin gelişimi sahte bilgi ve belge üretmeyi de kolaylaştırdığından maruf ve meşhur vakanın tespiti zor olabilmektedir. Bu nedenle maruf ve meşhur vaka kavramının kapsam ve kriterleri daha net tespit edilmelidir. Bu makalenin bu konuda yapılacak çalışmalara öncülük etmesi ümit edilmektedir.

### Anahtar Kelimeler:

ispat kriteri

ispat

delil serbestisi ilkesi

maruf ve meşhur vaka

idari yargılama hukuku

## Well-Known Cases In The Context Of Proof In Administrative Jurisdiction

### ABSTRACT

The concept of well-known case has not been sufficiently analysed in the doctrine of administrative jurisdiction. It is mentioned superficially in some scientific works. However, there is no detailed study on this subject in Turkish administrative jurisdiction. This subject has been preferred with the hope that it will contribute to the doctrine. The contrary of well-known case may be proved. In this case, the full proof criterion should be used to prove that the relevant event is well-known case. However, approximate proof should be sufficient in the issue of stay order, which should be urgent. On the other hand, if there is a mistake in the nature of the case, if this mistake is reasonable and probable, approximate proof should be considered sufficient in determining recognition of the case, even if there is no urgency. With the development of technology, the number of cases that can be described as well-known case has increased. The most important reason for this is that information can be easily disseminated to large masses. However, since the development of technology also facilitates the production of false information and documents, it may be difficult to determine and determine well-known cases. For this reason, the scope and criteria of the concept of well-known case should be determined more clearly. It is hoped that this article will pioneer future studies on this subject.

#### Keywords:

well-known case

proof

proof criterion

administrative jurisdiction

principle of circumstantial evidence

## GİRİŞ

İdari yargılama hukukunun amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bunun bir neticesi olarak resen araştırma ilkesi benimsenmiştir. Buna koşut olarak delil serbestisi ilkesi de idari yargılama hukukuna egemendir. Türk idari yargılama hukuku doktrinde ispat konusunda yeterince çalışma olmadığı gözlemlenmiştir. Maruf ve meşhur vaka konusu ise Türk idari yargılama hukukunda ihmal edilmiştir. Doktrindeki bu boşluğa katkı sağlaması murat edilerek bu makale kaleme alınmıştır. Bunun için ilk olarak idari yargılama hukukunun genel özelliklerine değinilecek ve ardından maruf ve meşhur vaka kavramı incelenecektir. Daha sonra ispat kriteri bağlamında idari yargılama hukukunda maruf ve meşhur vakanın geçerliliği meselesi değerlendirilecek ve sonrasında maruf ve meşhur vakanın Danıştay kararlarındaki görünümüne bakılacaktır. Son olarak vakanın özelliğinde makul yanılmanın maruf ve meşhur niteliğe etkisi analiz edilecektir.

Maruf ve meşhur vakaların ispatına gerek yoktur. Fakat bunların aksi ispat edilebilir. Maruf ve meşhur vakanın aksinin iddia edilmesi ve niteliğinde şüpheye düşülmesi durumunda ispat meselesi ortaya çıkacaktır. Kural olarak idari yargıda böyle bir durum söz konusu olduğunda tam ispat kriterinin geçerli olması gerekir. Fakat ivedi karar verilmesi gereken yürütmenin durdurulması talebi söz konusu olduğunda talebe uygun karar verilmesi gerekiyorsa yaklaşık ispat kâfi olmalıdır. Zira yürütmenin durdurulması müessesesinin ana amacı telafisi güç veya imkânsız zararların önüne geçmektir. Yürütmenin durdurulması için esasa ilişkin varlığı gereken öteki şart olan açıkça hukuka aykırılık durumunda bu kanaate sahip hâkim bir vakanın maruf ve meşhurluğunu tespit ederken yaklaşık ispat kriterini kullanarak olası telafisi güç veya imkânsız zararın önüne geçmelidir. Öte yandan ivedi bir durum söz konusu olmasa dahi maruf ve meşhur vakanın niteliğinde makul yanılma söz konusu ise yine yaklaşık ispat kriteri kullanılmalıdır. Bir vakanın maruf ve meşhur niteliğinde yanılma özellikle teknolojinin gelişmesi sonucu sahte bilgi ve belge üretiminin

kolaylaşması ile her zaman imkân dahilindedir. Makalede bütün bu soru ve sorunların çözümü bulunmaya çalışılmıştır.

## I. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA İSPAT

Türkiye’de idare ile kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklara bakması için ayrı bir yargı örgütü bulunmaktadır. Bu sisteme “idari rejim”<sup>[1]</sup>, “idari yargı sistemi”<sup>[2]</sup>, “ayrı idari yargı düzeni”<sup>[3]</sup> veya “yargı ayrılığı sistemi”<sup>[4]</sup> denir. Adli yargı muhakeme hukuku bağlamında ceza muhakemesi ve medeni yargılamadan müteşekkildir. İdari yargılama hukuku bakımından medeni yargılama hukuku önem arz etmektedir. Bunun sebeplerinden birisi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK) madde 31 hükmünün bazı hususlar hakkında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na (HMK) atıf yapmış olmasıdır.

İdari yargılama hukukunun temel amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır.<sup>[5]</sup> Bu amaca hizmet eden en önemli ilke resen araştırma ilkesidir. Bu ilke gereğince mahkeme tarafların talebine veya sunmasına

- 
- [1] Turgut Tan, İdare Hukuku, 2. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 613; Kemal Gözler, İdare Hukuku C.I, 2. Baskı, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 58; İlhan Özay, Günışığında Yönetim II Yargısal Koruma, (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010), 4.
- [2] Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 16. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 25.
- [3] Ali Ulusoy, İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 13. Ulusoy “idari rejim” kavramını da kullanmıştır. Bkz. Ulusoy, İdari Yargılama Hukuku, 13.
- [4] Mattias Guyomar ve Bertrand Seiller, Contentieux Administratif, 2. Baskı, (Paris: Dalloz, 2012), 12; Çağlayan, “yargı ayrılığı sistemi” ile “idari rejim” kavramlarının her ikisini de kullanmıştır. Bkz. Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 13. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 42.
- [5] Onur Karahanoğulları, İdari Yargı – İdarenin Hukuka Zorlanması, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 558-559.

bağlı olmadan her türlü araştırmayı kendiliğinden yapar.<sup>[6]</sup> Medeni yargılama hukukunda ise taraflarca getirilme ilkesi hâkimdir.<sup>[7]</sup> Bu ilkeye göre davanın aydınlatılmasına yarayacak olan bilgi ve belgeleri toplama görevi taraflara verilmiştir.<sup>[8]</sup>

Delil ve ispat muhakeme hukukunun en önemli konularındandır. Zira bunlar sayesinde uyuşmazlık çözülmektedir. İdari yargıda delil serbestisi ilkesi geçerlidir.<sup>[9]</sup> Delil serbestisi ilkesi hâkimin değerlendireceği iddiaların istinat ettiği bulguların önceden belirlenmediği anlamına gelir ve hâkim mahkemeye sunulan bütün bulguların delil niteliğinde olup olmadığını değerlendirir.<sup>[10]</sup> Bu ilke resen araştırma ilkesinin varlığıyla uyumludur. Ayrıca İYUK'ta delillerin niteliği ve ispata ilişkin özel hüküm bulunmamaktadır. İYUK madde 31 hükmünde<sup>[11]</sup> İYUK'ta hüküm bulunmayan

[6] Yahya Kazım Zabunoğlu, “İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler ve Pozitif Düzenlemeler”, içinde İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, (Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 1982), 96; Turan Yıldırım, İdari Yargı, (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2008), 427; Metin Günday, İdari Yargılama Hukuku, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 143.

[7] Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C.II, 6. Baskı, (İstanbul: Demir-Demir Yayıncılık, 2001), 1919; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 361 vd.

[8] Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 241.

[9] Ender Ethem Atay, İdari Yargılama Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 75 vd; Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2022), 16. Mahmut Ceylan, “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları”, KTÜSBED 8, no. 16, (2018), 326 vd; Mahmut Ceylan, İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler, (Ankara: On İki Levha Yayınları, 2017), 138 vd.

[10] Camille Broyelle, Contentieux Administratif, 9. Baskı, (Paris: LGDJ, 2021), 212.

[11] İYUK m.31/1: “1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakim davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında

durumlarda HMK'nin uygulanacağı hükümler düzenlenmiştir. Bunlar arasında bilirkişi, keşif, delil tespiti hususları delillere ilişkin olanlardır. Bu konularda idari yargıda HMK hükümleri uygulanacaktır.

Deliller takdiri delil ve kesin delil olarak ikiye ayrılır. Takdiri delil hâkimin üzerinde serbest bir şekilde takdirde bulunacağı ve hâkimi bağlamayan delildir.<sup>[12]</sup> Kesin delil ise hâkimi bağlamaktadır ve kesin delile dayanan bir vakayı hâkim ispat edilmemiş sayamaz.<sup>[13]</sup> İdari yargıda delil serbestisi ilkesi olduğundan hâkimin bütün delilleri serbestçe değerlendirebileceğini ifade etmek gerekir.<sup>[14]</sup>

İdari yargıda taraflar arasında bir dengesizlik vardır. İdare daha avantajlı durumdadır. Bu nedenle bireyleri idareye karşı korumak için ispat yükünün hangi taraf üzerinde olacağına ilişkin mahkemelere geniş

---

tarafların mahkemenin sukununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler, elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.”

[12] Kuru, C.II, 2033.

[13] Kuru, C.II, 2032.

[14] Bize göre idari yargıda resen araştırma ilkesi ve delil serbestisi ilkesi var olduğu için kesin delil, takdiri delil ayrımı yapılmamalıdır. İdari yargıda takdiri delil, kesin delil ayrımı olmadığını savunan yazarlar için Bkz. Özay, Günışığında Yönetim II Yargısal Koruma, 295; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 372; Karahanoğulları, İdari Yargı, 566-567; Ceylan, İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler, 146.

Fakat doktrinde idari yargıda takdiri delil, kesin delil ayrımı yapan yazarlar bulunmaktadır. Bkz. Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 33. Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 464-465; Süheyla Şenlen-Sunay, İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1997), 40; Melikşah Yasin, İdari Yargılama Usulünde İspat, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015), 100; Selman Sacit Boz, Buket Çakıcı, Selin Ardiç ve Dilara Yekebaş, Türk İdari Yargılama Hukukunda İspat ve Delil, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 24; Oğuz Sancakdar ve Lale Burcu Önüt, İdari Yargılama Hukuku, 5. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2023), 381. Ulusoy, resmî belgeler ve konu ile ilgili mahkeme kararlarının aksi ispatlanmamışsa kesin delil niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Ulusoy, İdari Yargılama Hukuku, 180.

takdir yetkisi tanındığı ifade edilmektedir.<sup>[15]</sup> Delilin bunu en iyi yapacak tarafça sağlanması gerektiği düşünüldüğünde davacının yeterli delilleri sunması beklenmektedir.<sup>[16]</sup> Fakat idari yargıda delillerin genellikle davalı idarede bulunduğu göz önüne alındığında, böyle bir durum söz konusu olduğunda davacının görevi gerçekleri iddia etmektir ve ispat yükünün yerini iddia yükü alır.<sup>[17]</sup> Bir diğer ifadeyle bu hâlde davacının görevi gerçeği iddia etmektir.<sup>[18]</sup> İdari yargıda ispat yükü meselesinin dava türleri için ayrı değerlendirildiği; iptal davasında ispat yükünün kural olarak idarede olduğu<sup>[19]</sup> ancak tam yargı davasında ise ispata ilişkin genel kuralların uygulanması gerektiği savunulmuştur.<sup>[20]</sup> Ancak tam yargı davası şayet idari işlemde kaynaklı zararın tazmini talebiyle açılmışsa iptal davası için benimsenen kuralın uygulanması gerektiği söylenmiştir.<sup>[21]</sup> Ayrıca tam yargı davalarında ve iptal davalarında maksat unsuru sakatlığı iddiası söz konusu

[15] Gözübüyük, Yönetmelik, 470.

[16] Clémence Barray ve Pierre-Xavier Boyer, *Contentieux Administratif*, (Paris: Flammarion, 2015), 82.

[17] Broyelle, *Contentieux Administratif*, 213.

[18] Broyelle, *Contentieux Administratif*, 213.

[19] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), 1979-1980. Fakat Atay ise iptal davalarında ispat yükünün davacıya ait olduğunu savunmaktadır. Bkz. Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, 268. Yasin'e göre iptal davasında ispat yükü kural olarak idarede olsa da iptali talep edilen işlemin sebebini idare işlemi tesis ederken tespit etmişse ispat yükü, sebeb hukuka aykırı olduğunu iddia eden davacıya geçecektir. Bkz. Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, 91.

[20] Didem Birbir-Efendioğlu, "İdari Yargılama Hukukunda İspat Standardı", (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019), 30-31; Boz, Çakıcı, Ardic ve Yekebaş, *İspat ve Delil*, 20. Kaplan ise mahkemelerin resen araştırma yetkisini haiz olmaları sebebiyle zararın varlığını, sebeplerini ve miktarını tespit etmeleri gerektiğini, şayet bunu yapamazlarsa davacının bunları ispatlaması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 493.

[21] Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, 97; Birbir-Efendioğlu, "İdari Yargılama Hukukunda İspat Standardı", 31.

olduğunda ispat yükünün davacıda olduğu da savunulmuştur<sup>[22]</sup>. Bir başka görüşe göre tam yargı davalarında idare, kusurlu olmadığını veya kusursuz sorumluluk sebeplerinin bulunmadığını ispat yükü altındadır; fakat ihlalin boyutunu, eylemin niteliğini ve ne zaman öğrenildiğini, ihlal edilen hakkın ne olduğunu ispat yükü ise davacıya aittir<sup>[23]</sup>. Fransız Danıştayının, ispat yükünü davacıya veya davalı idareye yüklemeyen dosyadaki bütün belgeler ışığında serbest bir şekilde değerlendirme yapacağı hususundaki görüşüne de dikkat çekilmiştir.<sup>[24]</sup>

İdari yargılama hukukunda medeni yargılama hukukundan farklı olarak resen araştırma ilkesi egemendir.<sup>[25]</sup> Bu ilke gereğince mahkeme, tarafların iddia ve savunmalarında belirtmedikleri vaka ve vakıaların ispatını isteyebilir, bu hususta faaliyet gösterir ve şayet hâkim resen araştırma yetkisini kullanmazsa eksik incelemede bulunmuş olacağından verdiği kararın usulden bozulması gerekir.<sup>[26]</sup> Örneğin disiplin soruşturmasında savunma hakkı için öngörülen süreye riayet edilip edilmediği hususunda taraflar herhangi bir açıklama yapmış olmasalar dahi idari yargı mercii bu hususta gerekli araştırmayı yapabilir.

Vakaların saptanması hukuki değerlendirmeyi önceleyen aşama olup hangi vakanın araştırılmasının gerektiği sadece hukuki değerlendirme ile

[22] Onar, C.III, 1980.

[23] Günday, İdari Yargılama Hukuku, 147

[24] Frédéric Rolin, “La procédure administrative contentieuse est-elle véritablement inquisitoire?”, Civitas Europa, 44, no. 1, (2020), 171.

[25] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 74-75; Atay, İdari Yargılama Hukuku, 78 vd; Kamile Türkoğlu-Üstün, İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 96 vd; Ceylan, İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler, 106 vd; Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 14.

[26] Karahanoğulları, İdari Yargı, 551.

tespit edilebilir.<sup>[27]</sup> Bir maruf ve meşhur vakanın tespiti için öncelikle buna ilişkin vakanın saptanması gerekir.

Kural olarak hukuk kurallarının ispatına gerek yoktur.<sup>[28]</sup> Bir diğer ifadeyle ispat, vaka ve vakıalara ilişkin bir kavram olup hukuk kurallarını bilmek ve uygulamak hâkimin görevidir.<sup>[29]</sup> Ayrıca bu kuralların herkesçe bilindiği kabul edilmektedir. Fakat hukuk kuralları birer vaka olmadığı için maruf ve meşhur vaka kapsamında incelenmesi gereken konular değildir.

## II. MARUF VE MEŞHUR VAKA KAVRAMI

Vaka ve vakıa farklı kavramlardır. Vaka<sup>[30]</sup> bir olay, hadise anlamına gelirken, vakıa<sup>[31]</sup> ise olgu ile eş anlamlıdır. Yargılama hukukunda vaka ve vakıalar ispat meselesinde gündeme gelmektedir. Örneğin kopya çektiği iddia edilen bir öğrenci sınava girmediğini ispatlarsa uyuşmazlığın istinat ettiği vakanın gerçekleşmediğini ortaya koymuş olacaktır. İdari yargıda ispatın konusu idari işlem, idari eylem veya idari sözleşmedir. Dolayısıyla dava konusu vaka bunlarla ilgili olabilir. Dava konusu ile ilgili olmayan vaka ve vakıaların ispatı söz konusu olmaz. Dolayısıyla tarafların dava konusu ile

[27] Karahanoğulları, İdari Yargı, 555.

[28] Gözübüyük, Yönetmel Yargı, 464; Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 489.

[29] Sancakdar ve Önüt, İdari Yargılama Hukuku, 378. Karahanoğulları da ispatın vakıalara ilişkin bir kavram olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Karahanoğulları, İdari Yargı, 564.

[30] TDK güncel Türkçe sözlük “vaka” kelimesinin birinci anlamını “olay” kelimesi ile eş anlamlı olarak ver bu kelimeye yönlendirmiştir. “Olay” kelimesinin birinci anlamı sözlükte şu şekilde tanımlanmıştır: “Ortaya çıkan, oluşan durum, ilgi çeken veya çekebilecek nitelikte olan her türlü iş; hadise, vaka.” Bkz. TDK Türkçe Sözlük K-Z, 12. Baskı, (Ankara: Kalkan Matbaacılık, 2024), 2529.

[31] TDK güncel Türkçe sözlük “vakıa” kelimesinin anlamını “olgu” kelimesi ile eş anlamlı olarak ver bu kelimeye yönlendirmiştir. “Olgu” kelimesinin birinci anlamı “vakıa”yı tanımlamakta olup şu şekilde tanımlanmıştır: “Birtakım olayların dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç; vakıa, fenomen.” Bkz. TDK Türkçe Sözlük K-Z, 2530.

ilgili olmayan meselelere istinat etmemesi gerekir. Öte yandan mahkeme tarafların belirttiği vaka ve vakıaların dava konusu ile olan bağıını ortaya koymalıdır. Bazı vakaların ispatı için ayrıca bir faaliyete gerek yoktur. Maruf ve meşhur vaka dediğimiz bu vakalar ispatlanmış sayılmaktadır.

Esasında sözlük anlamı bakımından maruf ve meşhur olması sebebiyle ispatına gerek olmayan husus vakıa (olgu) değil, belli bir vaka (olay) olur. Örneğin genel anlamıyla deprem ifadesi vakıadır. Fakat 6 Şubat 2023 tarihli Kahramanmaraş merkezli deprem ise bir vakadır. Ancak doktrinde herkesçe bilinen, bir diğer deyişle maruf ve meşhur olması sebebiyle ispatına gerek olmayan hususlar için vaka yerine vakıa denmesinin sebebinin spesifik olarak bir hususun değil genel olarak bu vakaların hepsini kapsayacak kavram ortaya çıkarma teşebbüsünden ileri geldiğini söylemek mümkündür. Bir diğer ifadeyle bu tercihin muhakeme hukukunda ispatla ilgili bir hususun kavramlaştırılmasında genele ilişkin bir tutum takınılmasından kaynaklandığı tahmininde bulunulabilir. Fakat Pekcanitez, Atalay, Özkes eserlerinde “vakıa” kavramını “olay” ile eşanlamlı kullanmışlardır.<sup>[32]</sup> Ancak sözlük anlamı olarak vakıa, olgu ile eşanlamlı iken<sup>[33]</sup> vaka, olay kelimesi ile eşanlamlıdır.<sup>[34]</sup> Dolayısıyla doktrinde maruf ve meşhur olduğu için ispatına gerek olmayan hususlar için vaka yerine vakıa kelimesinin tercih edilmesi galat-ı meşhur da olabilir.

HMK madde 187/2 hükmünde “*Herkesçe bilinen vakıalarla, ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz*” hükmü bulunmaktadır. Görüldüğü üzere kanun koyucunun tercihi de “vakıa” kelimesidir. Yeri, tarihi belli olan yıkıcı bir deprem maruf ve meşhur, bir diğer ifadeyle herkesçe bilinen niteliktedir. Fakat söz konusu deprem bir vakıa değil vakadır. Dolayısıyla muhakeme hukuku açısından bu depremi nitelendirirken maruf ve meşhur vaka

[32] Pekcanitez, Atalay ve Özkes, Medeni Usul Hukuku, 644.

[33] TDK Türkçe Sözlük K-Z, 2530.

[34] TDK Türkçe Sözlük K-Z, 2529.

veya herkesçe bilinen vaka ifadeleri kullanılmalıdır. Sözlük anlamından yola çıkarak maruf ve meşhur olduğu için ispatına gerek olmayan hususlar için vaka kelimesinin kullanılması gerektiği söylenebilir. Bu sebeple makalede “maruf ve meşhur vaka” ifadesi tercih edilmiştir. Bu arada belirtmek gerekir ki mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda maruf ve meşhurluğu sebebiyle ispatı gerekli olmayan hususlar için “vaka” kelimesi tercih edilmişti. Kanun’un 239. maddesinde<sup>[35]</sup> “*meşhur ve maruf bir vaka*” ifadesi geçmektedir.

Maruf ve meşhur vakalar çekişmeli değildir ve bunu ispat etmek için tarafların delil getirme yükümlülüğü bulunmamaktadır.<sup>[36]</sup> Bir vakanın maruf ve meşhurluğunu hâkim takdir eder.<sup>[37]</sup> Maruf ve meşhur vakanın ispatına gerek olmadığı çıkarımından bu vakanın aksinin ispatlanamayacağı sonucuna varılamaz.<sup>[38]</sup> Dolayısıyla ilgili taraf söz konusu vakanın maruf ve meşhur olmadığını veya karşı taraf için bu niteliği taşımadığını ispatlayabilir.

[35] 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.239: “Delil ikamesiyle mükellef olan veya meşhur ve maruf bir vakaya istinat eden tarafın iddiası hilafını ispat için hasmı delil ikame edebilir. Fakat mücerret bu talebiyle beyyinenin kendisine müteveccih olduğunu kabul etmiş addolunamaz.”

[36] Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz, Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 382; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 234.

[37] Mehmet Kamil Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1990), 234-235.

[38] Kuru, Medeni Usul Hukuku, 234; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes, Medeni Usul Hukuku, 658; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, 235.

### III. İSPAT KRİTERİ BAĞLAMINDA İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA MARUF VE MEŞHUR VAKANIN GEÇERLİLİĞİ MESELESİ

İdari yargıda delillendirme sistemine en önemli şeklini veren resen araştırma ilkesidir. Bu ilkenin bir yansıması olarak delil serbestisi ilkesi de geçerlidir<sup>[39]</sup>. Deliller uyumsuzluğun çıkmasına sebep olan maddi vakanın bulunup bulunmadığı ve nasıl gerçekleştiği hususunda kullanılır.<sup>[40]</sup> İdari yargıda verilerin toplanıp vaka ve vakıalar üzerindeki şüphenin giderilmesi hususunun tarafların yükü değil, hâkimin görevi olduğundan bahisle delil ve delillendirmenin idari yargıda kurucu olmadığı ifade edilmiştir.<sup>[41]</sup> İdari yargıda delil sağlamanın zor veya imkânsız olması durumunda hâkimin müdahalesi gerekebilir.<sup>[42]</sup> Bu durum idari yargının amacının maddi gerçek olması ve bu kapsamda hâkime resen araştırma yetkisinin verilmesinin sonucudur.

İYUK'ta maruf ve meşhur vakaya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. HMK'de ise 187. maddenin 1. fıkrasında ispat için delil gerektiği belirtildikten sonra 2. fıkrasında “*Herkesçe bilinen vakıalarla, ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz*” hükmü getirilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki maruf ve meşhur vakaların sınırlarını belirlemek zordur ve bunun kazuistik olarak tayin edilmesi ise imkânsızdır.<sup>[43]</sup> Dolayısıyla maruf ve meşhur vaka olabilecek vakalar her davada ayrı değerlendirilmelidir.

İdari yargıda maruf ve meşhur vakanın kabulü hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Fakat sorun maruf ve meşhur vakanın tespitine ilişkindir.

[39] Atay, İdari Yargılama Hukuku, 75 vd; Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 16. Ceylan, İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler, 138 vd.

[40] Özay, Günışığında Yönetim II Yargısal Koruma, 292.

[41] Karahanoğulları, İdari Yargı, 565.

[42] Barry ve Boyer, Contentieux Administratif, 83.

[43] Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, 251.

Bu tespiti yaparken her somut vakayı kendi özelinde değerlendirmek isabetli olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki idari yargılama hukukunda maruf ve meşhur vaka konusu neredeyse hiç incelenmemiştir. İdari yargı alanındaki bilimsel eserler incelendiğinde bu konuya neredeyse hiç değinilmediği görülmektedir. Karahanoğulları eserinde “*herkesçe biliniyor olma*” kavramının delil ve delillendirmesinin medeni yargılamadaki kilit öneminin idari yargıda ortadan kalktığını ifade etmiştir.<sup>[44]</sup> Kaplan, eserinde genel olarak ispat kavramını açıkladığı yerde “*herkesçe bilinen türden vakıaların ispatına gerek yoktur*” ifadelerini kullanmıştır.<sup>[45]</sup> Yasin ise eserinde şu ifadeleri kullanmıştır: “*Herkesçe bilinen maruf ve meşhur vakıaların, tecrübe kurallarının ispatına gerek yoktur. Taraflardan biri bu nitelikte bir vakıaya dayanıyor ise bunun ayrıca ispatına gerek olmaz.*”<sup>[46]</sup> Bu durumda maruf ve meşhur vakaya dayanan kişinin ispat değil, iddia yükü altında olduğu durumlar olabilir. Bir diğer ifadeyle tarafın bu durumda maruf ve meşhur vakayı iddia etmesi beklenebilir. Fakat hâkim kendiliğinden de buna karar verebilir.

Vergi yargılaması da esasında idari yargılama hukuku içinde olduğundan bu kısımdaki izahlar vergi yargılama hukuku bakımından da geçerlidir. Vergi yargılamasında mücbir sebep maruf ve meşhur vaka bağlamında ele alınabilir. Bir mücbir sebep nedeniyle vergi yükümlüsünün vergi ödevini yerine getirmesinin gecikmesi mümkündür. Şayet bu mücbir sebep maruf ve meşhur vaka niteliğindeyse, bir diğer ifadeyle objektif mücbir sebep söz konusuysa bunun ispatının gerekmeyeceği dile getirilmiştir.<sup>[47]</sup> Fakat Öncel, Kumrulu ve Çağan, idare tarafından bilinen yahut bilinmesi gereken

[44] Karahanoğulları, İdari Yargı, 567.

[45] Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 489.

[46] Yasin, İdari Yargılama Usulünde İspat, 7.

[47] Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku, 4. Bası, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), 335; Gamze Gümüşkaya, Vergi Hukukunda İspat, (Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2024), 67.

bir afetin ispatının gerekmeceğini belirttikten sonra yükümlünün afetin, vergi ile alakalı olan işlem ve ödevlerini süresinde yerine getirmesini engellediğini kanıtlaması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>[48]</sup>

Delil herhangi bir yolla sağlanabilir ve taraflarca sunulmuş her bir bulgunun ispat değeri hâkim tarafından değerlendirilir.<sup>[49]</sup> Maruf ve meşhur vakalar herkes tarafından bilindiği kabul edilen ve doğruluğundan şüphe edilmeyen, özel uzmanlığı da gerektirmeyen ekonomik durum, tarihi olaylar, doğa olayları veya internet, radyo, televizyon vs. vasıtasıyla kolayca öğrenilebileceği kabul edilen durumlardır.<sup>[50]</sup> Örneğin büyük bir deprem, belirli bir günün, haftanın hangi gününe denk geldiği, en son yapılan genel veya yerel seçimlerin tarihi<sup>[51]</sup> gibi vakalar maruf ve meşhur vakadır. Maruf ve meşhur vaka zamana ve mekâna göre değişiklik gösterebilir; örneğin bir şehirde herkesçe bilinen bir vaka bir başka şehirde bilinemeyebilir veya yüz yıl önce herkesçe bilinen bir vaka günümüzde unutulmuş olabilir.<sup>[52]</sup>

Kuru'ya göre taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile hâkim maruf ve meşhur vakayı kendiliğinden gözetir.<sup>[53]</sup> Yıldırım ise aksi kanaattedir. Yazar, tarafların ulaşmak istemedikleri bir neticeye sebebiyet verecekse maruf ve meşhur

---

Kaneti, Ekmekci, Güneş, Kaşıkçı mücbir sebebin maruf ve meşhur vakadan kaynaklanmaması durumunda ispat yükünün buna istinat etmiş olan ilgili ve yükümlüye düşeceğini belirtmiştir. Bkz. Selim Kaneti, Esra Ekmekci, Gülsen Güneş, Mahmut Kaşıkçı, Vergi Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 158.

[48] Muallâ Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Vergi Hukuku, 27. Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 122.

[49] Barray ve Boyer, Contentieux Administratif, 82.

[50] Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Medeni Usul Hukuku, 658.

[51] Kuru, Medeni Usul Hukuku, 234.

[52] Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Medeni Usul Hukuku, 658.

[53] Kuru, Medeni Usul Hukuku, 234.

vakaları mahkeme kendiliğinden nazara alamayacağını söylemektedir.<sup>[54]</sup> Yıldırım'ın bu görüşünün medeni usul hukukunda taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalar için olduğu söylenebilir. Nitekim Yazar medeni usul hukukunda resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda maruf ve meşhur vakaların resen göz önüne alınacağını belirtmiştir.<sup>[55]</sup> İdari yargıda resen araştırma ilkesi geçerli olduğu için idari yargı hâkiminin maruf ve meşhur vakayı resen göz önünde bulundurması gerekmektedir.

Maruf ve meşhur vakanın aksi ispat edilebilir.<sup>[56]</sup> Bu durumda maruf ve meşhur vakanın aksinin iddia edilmesi ve niteliğinde şüpheye düşülmesi durumunda ispat meselesi gündeme gelecektir. Maruf ve meşhur vakayı tam ispat, yaklaşık ispat ayrımı bakımından ele almak isabetli olacaktır. Tam ispatta hâkim ilgili konuda hâlihazırdaki deliller bağlamında usule uygun olarak araştırma ve değerlendirme yapıp ve bunun neticesinde deliller, beyanlar arasındaki çelişkileri gidererek ispatı gereken hususların doğruluğundan emin olur.<sup>[57]</sup> Yaklaşık ispatta ise hâkim ispat edilmek istenen vakayı ihtimal dahilinde ele alır ve ilgili vakanın doğru olması ihtimali, doğru olmaması ihtimalinden daha ağırdır.<sup>[58]</sup> Yaklaşık ispat medeni usul hukukunda daha çok ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz gibi geçici koruma önlemlerinde kullanılmaktadır.<sup>[59]</sup> Dolayısıyla yaklaşık ispat, hâkimin acele

[54] Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, 235.

[55] Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, 235.

[56] Kuru, Medeni Usul Hukuku, 234; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Medeni Usul Hukuku, 658; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, 235.

[57] Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Medeni Usul Hukuku, 680; İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 563; Nur Bolayır, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması ve Tarafların ve Hâkimin Rolü, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 112.

[58] Pekcanitez, Atalay ve Özekes, Medeni Usul Hukuku, 681; Postacıoğlu ve Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 564; Bolayır, Delillerin Toplanması, 112.

[59] Postacıoğlu ve Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 564.

karar vermesi gerekli olan durumlarda ve delil ikamesinin zor olduğu ve bu nedenle kesin ispatın olamayacağı durumlarda değerlendirmeye alınan bir ispat ölçüsüdür.<sup>[60]</sup> Yaklaşık kanaat mi yoksa tam kanaat mi aranması gerektiği ispat kriteri ile ilgilidir ve tam kanaat oluşmasının kural, yaklaşık kanaat oluşmasının ise istisna olduğunu belirtmek gerekir.<sup>[61]</sup>

İdari yargıda maruf ve meşhur vakanın aksinin iddia edilmesi ve niteliğinde şüpheye düşülmesi durumunda ispat kriterinin nasıl tayin edileceği önem arz etmektedir. İdari yargıda yürütmenin durdurulması için esasa ilişkin iki şart İYUK madde 27’de düzenlenmiştir.<sup>[62]</sup> Kanun’da kümülatif olarak düzenlenmiş olan bu iki şart, işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabilecek olmasıdır. Yürütmenin durdurulması taleplerinin ivedi şekilde karara bağlanması gerekir. Dolayısıyla yürütmenin durdurulması talebine ilişkin karar verilirken, şayet maruf ve meşhur olduğu düşünülen vakanın aksi iddia edilmişse idari yargı hâkiminin maruf ve meşhur vaka için yaklaşık ispat kriterini kullanması gerekir. Zira aksi durumda telafisi güç veya imkânsız zararların doğması söz konusu olabilir. İdari yargıda amacın maddi gerçeği ortaya çıkarmak olduğu<sup>[63]</sup> göz önüne alındığında esasa ilişkin kararlarda ise tam ispat kriteri referans alınmalıdır. Fakat burada kesin delil, takdiri delil ayrımı önem arz etmektedir. Bu ayrım kabul edilirse eğer

[60] Pekcanitez, Atalay ve Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, 681; Bolayır, *Delillerin Toplanması*, 112.

[61] Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1999), 220; Oğuz Atalay, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001), 43.

[62] İYUK m.27/2-c.1: “*Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler.*”

[63] Karahanoğulları, *İdari Yargı*, 558-559.

kesin delil söz konusuysa ispat ölçüsü olarak tam ispatın varlığından bahsedilecektir.<sup>[64]</sup> Yukarıda da değinildiği üzere idari yargıda kesin delil takdiri delil ayrımı hususunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Delil serbestisi ilkesinin sonucu olarak idari yargıda kesin delil, takdiri delil ayrımının olmadığını söylemek gerekir.<sup>[65]</sup> İdari yargı açısından deliller için mevzuatta bu yönde bir ayrımın yapılmadığı belirtilmelidir. Kural ispat kriterinin tam vicdani kanaat, istisnai ispat kriterinin ise yaklaşık kanaat olduğu söylenebilir.<sup>[66]</sup> Bu kabul ışığında idari yargı kesin delil, takdiri delil ayrımı tartışmasına girilmeksizin amacın maddi gerçeği ortaya çıkarmak olduğu göz önüne alındığında maruf ve meşhur olduğu iddia edilen vakada ispat kriterinin tam ispat olduğu sonucuna ulaşmak gerekir. Fakat ivedi karar verilmesi gereken yürütmenin durdurulması taleplerine ilişkin kararlarda yürütmenin durdurulması yönünde karar verilebilmesi için istisnai olarak ispat kriteri olarak maruf ve meşhur olduğu iddia edilen vakanın aksi iddia edildiğinde yaklaşık ispatın geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Zira aksi durumda telafisi güç veya imkânsız zararlar doğabilir. Hukuk, bir şeyin tabiri caizse arızalandıktan sonra tamirinden ziyade arızalanmamasını incelemelidir. Bu nedenle yürütmenin durdurulması kararı verilirken idari yargı hâkimi aksi iddia edilmişse maruf ve meşhur vakada ispat kriterini düşürmeli ve yaklaşık ispat kriterini kullanmalıdır.

[64] Atalay, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, 43-44.

[65] Özay, *Günışığında Yönetim II Yargısal Koruma*, 295; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 372; Karahanoğulları, *İdari Yargı*, 566-567; Ceylan, *İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler*, 146.

Aksi kanaat için Bkz. Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, 464-465; Şenlen-Sunay, *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları*, 40; Yasin, *İdari Yargılama Usulünde İspat*, 100; Boz, Çakıcı, Ardic ve Yekebaş, *Türk İdari Yargılama Hukukunda İspat ve Delil*, 24; Sancakdar ve Önüt, *İdari Yargılama Hukuku*, 381. Ulusoy, resmî belgeler ve konu ile ilgili mahkeme kararlarının aksi ispatlanmamışsa kesin delil niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Ulusoy, *İdari Yargılama Hukuku*, 180.

[66] Atalay, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, 44.

Aşağıda vakanın özelliklerinde makul yanılmanın vakanın maruf ve meşhurluğuna etkisinin incelendiği başlıkta değinildiği üzere şayet bu yanılma makul ve muhtemel ise ilgili kişinin lehine yorum yapılmak suretiyle ivedi hâl söz konusu olmasa da yaklaşık ispat kriteri kullanılmalıdır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin, (İHAM) geri göndermeye ilişkin içtihadında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesi standartlarına aykırı olarak kişi ülkesine geri gönderildiğinde yaşam ve beden bütünlüğüne karşı riskin maruf ve meşhur düzeyde olması durumunda riskin olmadığına ilişkin ispatın taraf devlete ait olduğuna karar vermiştir.<sup>[67]</sup> İHAM'ın bir başka kararı başvuru durumunda olan Uygur'un, Çin'e gönderilmesi hakkındadır. İHAM bu kararında Çin'den ayrıldıktan sonra geri dönen yahut zorla gönderilen birçok Uygur'un tekrar eğitim kamplarında alıkonulduğu, hapis ve kötü muamele riskiyle karşı karşıya kaldığının bilindiğine dikkat çekmiştir ve çıkarımda bulunurken birden fazla referansa dayanmıştır.<sup>[68]</sup> Ayrıca taraf devletin söz konusu riski çürütecek bir veri sunmadığını ve bunun sonucunda başvuranın Çin'e dönmesi hâlinde keyfi göz altına alınacağı, kötü muameleye maruz kalacağı ve hatta öldürülebileceğine dikkat çekmiştir.<sup>[69]</sup> Doktrinde Mahkeme'nin bu gerekçeler ile başvuru Uygur'un, Çin'e iadesi durumunda kötü muameleye maruz kalması ihtimalini maruf ve meşhur vaka olarak nitelendirdiği ileri sürülmüştür.<sup>[70]</sup> Fakat İHAM bu görüşünü ortaya koyarken referanslar vererek delillendirme yoluna gitmiştir.

[67] İHAM, Saadi ve İtalya, B. No: 37201/06, 28.02.2008, § 125.

[68] İHAM, M.A. ve Diğerleri ve Bulgaristan, [BD], B. No: 5115/18, 20.02.2020, § 75.

[69] İHAM, M.A. ve Diğerleri ve Bulgaristan, [BD], B. No: 5115/18, 20.02.2020, § 82, 83.

[70] Barış Birol, "İdari Yargı Yerlerinin Uluslararası Koruma Hukukuna İlişkin İctihadındaki İspat Unsuru", (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2021), 94, dn.316.

## A) DANIŞTAY KARARLARINDA MARUF VE MEŞHUR VAKA- NIN GÖRÜNÜMÜ

Danıştay kararlarına baktığımızda maruf ve meşhur vakaya ilişkin değerlendirmenin çok yapılmadığı gözlemlenmektedir. Daha çok davanın tarafları maruf ve meşhur vakanın varlığına ilişkin gerekçeler ortaya koymaktadır. Fakat Danıştay genellikle kararlarında bu hususa değinmemektedir.

Danıştayın önüne gelen bir uyuşmazlıkta<sup>[71]</sup> davacı Resmî Gazete’de yayınlanmış olan vergi oranlarının herkesçe bilinen nitelikte olduğunu ve bu nedenle bunların ispatına gerek olmadığını ifade etmiştir. Davacının ilk derece mahkemesi kararının bozulması için ileri sürdüğü hususlardan birisi budur. Danıştay ise ilk derece mahkemesi kararını bozmasına karşın davacının dikkat çektiği maruf ve meşhur vaka hususuna gerekçesinde yer vermemiştir.

Danıştayın maruf ve meşhur vaka kavramına bir kararın gerekçesine istinat olarak yer verdiği de görülmektedir. Danıştay yürütmenin durdurulması talebine ilişkin verdiği bir kararda<sup>[72]</sup> hukuki sebeplerin dayanağı olan bir kanunun Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girdiğini ve bunun herkesçe bilinen olgu olduğunu ifade etmiştir. Dava konusu uyuşmazlığa konu olan idari işlemin istinat ettiği kanun, Anayasa’nın geçici 15. maddesi nedeniyle Anayasa’ya aykırılığı iddia edilemeyecek kanunlardan birisidir. Danıştay bu karardan ilgili kanun hükmünün Anayasa’ya uygunluğu değerlendirmesini yapmıştır. Bahse konu kanunun yürürlük tarihi ve Anayasa’nın ilgili hükümlerine dikkat çekerek kanunun Anayasa’nın geçici 15. maddesi kapsamında olduğunu herkesçe bilinen bir olgu olduğunu ifade etmiştir. Ardından dava konusu idari işlemin hukuka uygunluğu hususunda ilgili kanun hükmünü ihmal edip doğrudan Anayasa hükümlerine

[71] Danıştay 13. Daire, E.2016/4755, K.2017/279, 20.01.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

[72] Danıştay 5. Daire, E.1993/570, K.1993/tespit edilememiştir, 20.05.1993, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

istinat edip yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Aslında burada Danıştay uyumsuzluk konusunu çözecek bir bulgunun maruf ve meşhurluğuna dikkat çekmemiştir. Sadece bir kanunu ihmal ederken bu kanunun Anayasa Mahkemesinin denetiminde olmadığını ortaya koyabilmek adına maruf ve meşhur vaka kavramına istinat etmiştir<sup>[73]</sup>. Hukuk kurallarının ispatı gerekmez.<sup>[74]</sup> Fakat bu durum hukuk kurallarının maruf ve meşhur vaka olduğu anlamına da gelmez. Zira hukuk kuralları birer vaka değildir.

[73] “12.9.1980 tarihinde başlayan ve ilke genel seçimler sonunda toplanan Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanının oluşturulduğu 7.12.1983 tarihine kadar süren dönemde doğrudan Milli Güvenlik Konseyi ya da daha sonra yasama yetkisini konseyle birlikte kullanan Danışma Meclisince pek çok yasanın kabul edilerek yürürlüğe konulduğu, 1982 Anayasasının ise bu yasaların çıkmasından sonra 9.11.1982 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdiği herkesçe bilinen bir olgu olup; bu dönemde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararname ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla iptal davası ya da itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasını Anayasanın geçici 15. maddesiyle önlemiş buluna Anayasa koyucu sözü geçen yasama tasarrufları ile 2324 sayılı Yasa kapsamındaki karar ve tasarrufların Anayasa’ya aykırı olması halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine de açıklık getirmiş...Anayasanın 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağına işaret eden hüküm böyle bir yola gidilmesine izin vermemektedir. Belirtilen hukuksal duruma göre, 2547 sayılı Yasanın 6. maddesinin Yükseköğretim Kurulunun oluşum biçimini düzenleyen (b) bendinin Milli Eğitim Bakanlığına kurula iki üye seçme hakkını tanıyan 4. Fıkrası Anayasanın 131. maddesinin bu yetkiyi üniversiteler, Bakanlar Kurulu ve Genelkurmay Başkanlığına tanıyan ve Anayasanın 177/e ve 11. maddeleri uyarınca olayda doğrudan uygulanması gereken ikinci fıkrasına aykırı bulunduğundan 2547 sayılı Yasanın sözü edilen 6/b-4. fıkrası uyarınca Yükseköğretim Kurulu üyeliğine Aydoğan Ünal ile Uğur Tazebay’ın Milli Eğitim Bakanlığınca seçilmelerine ilişkin işlemlerin ağır sakatlıkla malul oldukları açık olup, olayda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesinin 3622 sayılı Yasa ile değişik 2. fıkrasında öngörülen koşulların birlikte gerçekleşmiş olduğu göz-önünde tutularak anılan işlemlerin yürütülmesinin durdurulmasına 20.5.1993 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Bkz. Danıştay 5. Daire, E.1993/570, K.1993/tespit edilememiştir, 20.05.1993, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

[74] Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, 464; Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 489.

Bu sebeple Danıştayın gerekçeleri eleştiriye açıktır.

Şekil sakatlığı asli ve tali olarak ikiye ayrılır. Tali şekil sakatlığı söz konusu olduğunda işlemin iptaline hükmedilmez.<sup>[75]</sup> Şekil sakatlığına sebep olan eksiklik maruf ve meşhur vaka niteliğinde ise bu eksikliği asli mi yoksa tali olarak mı nitelendirmek gerekir sorusu önem arz etmektedir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun madde 230 hükmünde faturada bulunması gereken hususlar belirtilmiştir. Bunlardan birisi de adrestir. Danıştayın önüne gelen bir uyuşmazlıkta<sup>[76]</sup> faturaya istinaden idari yaptırım işlemi tesis edilmiştir. İlgili faturada adres yazmamaktadır. İlk derece mahkemesi değerlendirmesini yaparken faturanın herkesçe bilinen bir işletmeye kesildiğini adresin kısa bir araştırma ile tespitinin kolay olduğunu ifade ederek faturanın hiç düzenlenmediğinin kabulüyle özel usulsüzlük cezasının verilmesinde isabet olmadığını fakat şekil eksikliği sebebiyle ikinci derecede usulsüzlük cezasının verilebileceğini ifade ederek dava konusu işlemi iptal etmiştir. Danıştay ise bu şekil eksikliği nedeniyle faturanın hiç düzenlenmemiş sayılacağını belirterek temyiz istemini kabul etmiştir. Danıştay bu kararı verirken 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 227. maddesine 3505 sayılı Kanun’la eklenen 3. fıkrasına dayanmıştır. Bu hükme göre “*bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanunun Maliye ve Gümrük Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşınamaması hâlinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır.*”<sup>[77]</sup> Şayet bu hüküm olmasaydı Danıştay bu şekil sakatlığını maruf ve meşhur vaka olarak nitelendirerek tali şekil sakatlığı sonucuna gider miydi sorusu akla gelmektedir.

[75] Gözler, C.I, 961.

[76] Danıştay 3. Daire, E.1991/3317, K.1992/3458, 19.11.1992, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

[77] Metinde Kanun hükmünün dava tarihindeki hâli alıntılanmıştır. Daha sonra 14.10.2021 tarihli ve 7338 sayılı Kanun’un 21. maddesi ile bu fıkra bulunan “Bu Kanuna” ibaresi “Elektronik belge olarak düzenlenmesi gerekenler de dâhil olmak üzere, bu Kanuna” şeklinde değiştirilmiştir.

Danıştayın önüne gelen bir uyuşmazlıkta<sup>[78]</sup> terör eylemi neticesinde bir köy muhtarı vefat etmiştir. İlk derece mahkemesi gerekçesinde vakanın gerçekleştiği yerde terör eylemlerinin sık yaşandığına dikkat çekerek bu eylemlerin “herkesçe bilinen” nitelikte olduğunu vurgulayarak hizmet kusurunun olduğuna hükmetmiştir. Davanın temyiz sebebi ise tazminat meselesine ilişkindir. Bir diğer ifadeyle olayda hizmet kusuru olduğuna dair ilk derece mahkemesinin nitelendirmesine Danıştay da katılmaktadır. Bu karardan anlaşılabacağı üzere bir terör eylemi gerçekleştiğinde maruf ve meşhur vaka niteliğine sahip olabilir.

## B) VAKANIN ÖZELLİKLERİNDEKİ MAKUL YANILMANIN MARUF VE MEŞHUR NİTELİĞE ETKİSİ

Teknolojinin gelişmesinin neticesi olarak bir vakanın özelliklerindeki yanılma bu vakanın maruf ve meşhur olmasına etki edebilir. Bu yanılma normalde maruf ve meşhur olmayan bir vakayı bu özelliği verebilir veya tam tersi de söz konusu olabilir.

Televizyon ve basın yayın organları sayesinde bir vakanın maruf ve meşhur hâle gelmesi kolaylaşmıştır. Fakat teknolojinin aşırı gelişmesi bir vakanın gerçekten maruf ve meşhur vaka olarak nitelendirilmesi hususunda tereddüde sebep olabilir. Bir örnek üzerinden meseleyi incelemek isabetli olacaktır. Varsayalım ki bir kamu görevlisinin görevi başında müstehcen görüntüleri içeren bir video sosyal medya aracılığı ile yayılmış olsun. Toplumun büyük bir çoğunluğunun bu vakadan haberdar olduğunu düşünelim. Bu durumda videonun içeriğindeki vaka maruf ve meşhur hâle gelebilir. Fakat bu durum ispat aracı olarak videonun içeriğinin maruf ve meşhur vaka olarak nitelendirilmesi hususunda yeterli olmaz. Zira video tamamen kurgu olabilir. Özellikle teknoloji alanında *deep fake* olarak isimlendirilen fevkalade gelişmiş montaj programları bulunmaktadır.

[78] Danıştay 10. Daire, E.1990/1683, K.1992/1311, 08.04.1992, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Doktrinde verilen bir örnekte sosyal medyada eriştiği bir habere göre şiddet eylemleri içeren bir protesto gösterisinin olduğunu öğrenen kişinin vergi öddevini bu nedenle zamanında yerine getirememesi durumu maruf ve meşhur vaka olarak gösterilmiştir. Gerekçe olarak ise kişinin sosyal medyadaki bu haberden etkilenmek suretiyle evden çıkamayacak olması ve vergi idaresi ile mahkemenin bu protesto haberinin doğruluğunu kolayca teyit edebilecek olmaları gösterilmiştir.<sup>[79]</sup> Bu örneğin, şiddet olayları içeren protestonun gerçekten var olduğu ihtimali üzerinden verildiği anlaşılıyor. Esasında bu örnekte şu soru çok kıymetlidir: Şayet sosyal medyada yayılan bu haber tamamen yanlış bilgi içeriyorsa yine de maruf ve meşhur vaka olarak nitelendirilebilir mi? Bir diğer ifadeyle protesto hakikatte hiçbir şiddet eyleminin olmadığı ve dolayısıyla vergi yükümlüsünün öddevini yerine getirmemesine sebep olan asıl unsurun eksik olduğu ortaya çıkarsa yine de bu vaka, maruf ve meşhur vaka olarak nitelendirilebilir mi? Bu soruya verilecek cevap maruf ve meşhur vakanın niteliğinden ne anladığımıza göre değişir. Şayet bir vakanın maruf ve meşhur olarak nitelendirilebilmesi için hakikatte vuku bulmuş olması aranıyorsa cevabımız olumsuz olacaktır. Örneğin 6 Şubat 2023 tarihli Kahramanmaraş merkezli deprem bir hakikattir ve bu nedenle maruf ve meşhur vakadır. Fakat bir vakayı maruf ve meşhur olarak nitelendirebilmek için hakikate değil, kişide bıraktığı etkiye bakılarak bu özellik verilirse cevabımız olumlu olur. Bir diğer ifadeyle verdiğimiz örnek üzerinden değerlendirme yapacak olursak, hakikatte protesto eylemleri şiddet unsuru barındırmamasına rağmen sosyal medyadaki bilgi kirliliği nedeniyle kişi evinden çıkamamışsa bu vakaya maruf ve meşhur niteliği verilebilir. Burada şu husus özellikle dikkatten kaçmamalıdır: Protesto eylemleri gerçekten olmuştur fakat şiddet unsuru bulunmamaktadır. Şayet ortada protesto eylemleri bulunmasaydı herhangi bir şekilde maruf ve meşhur vakadan bahsetmememiz gerekirdi. Dolayısıyla vakanın tamamlayıcı unsurlarındaki yanlışla makul bir nedene dayanıyorsa bu yanlışla vakanın maruf ve meşhurluğuna halel getirmemelidir. Yukarıda

[79] Gümüşkaya, *Vergi Hukukunda İspat*, 67-68.

ispat kriteri bağlamında değerlendirmenin yapıldığı başlıkta idari yargıda maruf ve meşhur olduğu düşünülen vakanın aksi iddia edildiğinde ispatı hususunda tam ispat kriterinin geçerli olduğu fakat ivedi karar verilmesi gereken hususlarda yürütmenin durdurulması kararı verilirken yaklaşık ispatın geçerli kabul edileceği sonucuna varılmıştı. Maruf ve meşhur vakanın niteliğinde yukarıdaki örnekteki gibi yanılma söz konusu olduğunda ve vakanın maruf ve meşhurluğuna itiraz edildiğinde vakanın bu nitelikleri haiz olup olmadığı hususunda yine yaklaşık ispat kriterinin kullanılması gerekmektedir. Zira bu durumda ilgili kişinin maruf ve meşhur vakanın niteliğinde yanılması makul ve muhtemel olandır.

Yukarıda bir kamu görevlisinin müstehcen görüntülerini içeren bir sahte videonun sosyal medyada yayılması örneği verilmişti. Bu örnekte görüntülerin tamamen sahte ve kurgu olma ihtimali her zaman mümkün olduğundan bu vaka maruf ve meşhur nitelendirmesine asla sahip olmamalıdır. Mahkeme öncelikli olarak bu videonun gerçekliğini araştırmalıdır. Bu araştırmaya girmesi gerektiği için vaka, maruf ve meşhur olmaktan çıkar. Fakat ülke veya şehir genelinde bir protesto eyleminin vuku bulması aynı nitelikte değildir. Bu vakaya binlerce ve hatta milyonlarca insanın şahit olması mümkündür. Fakat sahte video içeriğine böyle bir şahitlik mümkün değildir. Ortada sadece sahte görüntüler vardır ve bu sahte görüntülere şahitlik vardır. Fakat protesto eylemi beş duyu organı ile müşahade edilebileceği için nitelik olarak öteki örnekten ayrılmaktadır. Ancak protesto eylemine sonradan sahtelikler katılabilir. Yukarıdaki örnekte de belirtildiği gibi sosyal medyada bilgi kirliliği neticesinde eylemin şiddet içerdiği, can ve mal güvenliğini tehdit ettiği hususunda bir sahtelik karıştırılabilir. İşte bu durumda vaka etkilenmemektedir. Sadece vakanın niteliğinde bir bozulma vardır. Bu bozulma neticesinde vakanın kişideki yansımaları değişmektedir. Bu değişiklik makul ise vaka bozulmayla birlikte maruf ve meşhur niteliğini koruyup vakanın idari yargı merciinde ispatına gerek görülmeyebilir. Özellikle idari yargıda davanın taraflarının eşit durumda olmaması, idarenin kudretli bir yapıda olması nedeniyle davacı

pozisyonunda olan kişiler bakımından bu şekilde bir lehe yorum yapılması sakınca doğurmayabilir. Fakat mahkeme somut vaka özelinde bunun maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında bir sorun olduğu kanaatine ulaşırsa vakanı maruf ve meşhur olarak nitelendirmeyip ispatını gerekli görebilir.

## SONUÇ

Resen araştırma ilkesinin egemen olduğu idari yargılama hukukunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır. Bunun sonucunda idari yargıda delil sistemi delil serbestisi ilkesi çerçevesinde şekillenmiştir. Maruf ve meşhur vakanın ispatına gerek yoktur. Zira herkes tarafından bilinebilir niteliğe sahip olduğu kabul edildiğinden ayrıca ispatın konusu edilmezler. Fakat maruf ve meşhur vakanın tayin ve tespiti bazen karmaşık olabilir veya taraflardan birisi maruf ve meşhur vaka olduğu söylenen durumun aksini ispata girişebilir. Bu durumda iki ana mesele ile karşılaşmaktadır. Bunlardan birisi maruf ve meşhur vakanın nitelikleri ve niteliklerinde yanılma durumunda neler yapılması gerektiği, ötekisi ise aksi iddia edildiğinde hangi ispat kriterinin uygulanacağını tayini meselesidir.

Bir vakanın maruf ve meşhurluğu zamana, mekâna göre değişebilir. Bir diğer ifadeyle yıllar önce maruf ve meşhur olarak nitelendirilebilecek bir vaka günümüzde aynı özelliği taşımayabilir yahut bir yerde maruf ve meşhur olabilen bir vaka başka yerde aynı niteliği haiz olmayabilir. Öte yandan özellikle teknolojinin gelişmesi sonucu bilginin yayılması kolaylaşmış ve buna karşın sahte bilgi ve belge üretme de kolaylaşmıştır. Bu durumda maruf ve meşhur olarak nitelendirilecek bir vaka esasında sahte bilgi ve belgeye dayanıyor olabilir. Bu nedenle taraflardan birisi maruf ve meşhur olarak nitelendirilen bir vakanın aksini iddia edebilir. Bu hâlde hâkim maruf ve meşhur olduğu iddia edilen vakanın gerçekten bu niteliğe sahip olup olmadığını incelemelidir. Bir diğer ifadeyle ispatına gerek olmadığı düşünülen bir vakanın ispatı gündeme gelir. İdari yargılama hukukunda bu ihtimalde hâkimin tam ispat kriterini kullanması gerekmektedir. Zira idari yargılama hukukunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amaçlan-

maktadır. Fakat yürütmenin durdurulması yönünde karar verilecek olduğunda aynı yaklaşımın benimsenmesi isabetli olmaz. Zira yürütmenin durdurulmasının amacı telafisi güç veya imkânsız zararların önlenmesidir. Şayet hâkim dava konusu işlemin açıkça hukuka aykırı olduğuna kanaat getirmişse yürütmenin durdurulması için ikinci şart olan işlemin uygulanması durumunda telafisi güç veya imkânsız zarar doğması durumunu değerlendirirken maruf ve meşhurluğuna itiraz edilen vakanın bu niteliğe sahip olup olmadığının tayininde yaklaşık ispat kriterini kullanmalıdır. Zira aksi durum yürütmenin durdurulması müessesesinin tabiatına uyarlı olmayacaktır. Öte yandan davanın esasına ilişkin olan ve herhangi bir ivediliğin söz konusu olmadığı bir durumda vakanın meşhur ve maruf niteliği üzerinde makul yanlışmanın ihtimal dahilinde olması söz konusu olursa yine yaklaşık ispat kriteri kullanılmalıdır. Örneğin teknolojinin gelişimine koşut olarak kolaylıkla üretilen sahte bilgi ve belgenin sosyal medya aracılığı ile milyonlarca insana kısa sürede ulaştırılması mümkündür. Böyle bir hâlde kişinin ilgili vakayı maruf ve meşhur olarak değerlendirmesi makuldür. Böyle bir yanlışlığa düşen tarafın yanlışlığı yaklaşık ispat ile telafi edilebilir. Fakat belirtmek gerekir ki bu kriterlerin her bir vakada ayrı ayrı değerlendirmeye alınması gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdari Yargılama Hukuku*. 9. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Atalay, Oğuz. *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001.
- Atay, Ender Ethem. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Barray, Clémence ve Pierre-Xavier Boyer. *Contentieux Administratif*. Paris: Flammarion, 2015.
- Birbir-Efendioğlu, Didem. “İdari Yargılama Hukukunda İspat Standardı.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019.
- Birol, Barış. “İdari Yargı Yerlerinin Uluslararası Koruma Hukukuna İlişkin İctihadındaki İspat Unsuru.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2021.
- Bolayır, Nur. *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması ve Tarafların ve Hâkimin Rolü*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Boz, Selman Sacit, Buket Çakıcı, Selin Ardıç ve Dilara Yekebaş. *Türk İdari Yargılama Hukukunda İspat ve Delil*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Broyelle, Camille. *Contentieux Administratif*. 9. Baskı, Paris: LGDJ, 2021.
- Ceylan, Mahmut. “İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları.” *KTÜSBED* 8, no. 16, (2018): 325-341.
- Ceylan, Mahmut. *İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler*. Ankara: On İki Levha Yayınları, 2017.

- Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukuku*. 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku C.I*, 2. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözübüyük, Şeref. *Yönetmelik Yargı*. 33. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Guyomar, Mattias ve Bertrand Seiller. *Contentieux Administratif*. 2. Baskı, Paris: Dalloz, 2012.
- Gümüşkaya, Gamze. *Vergi Hukukunda İspat*. Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2024.
- Günday, Metin. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Kalabalık, Halil. *İdari Yargılama Usulü Hukuku*. 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Kaneti, Selim, Esra Ekmekci, Gülsen Güneş ve Mahmut Kaşıkçı. *Vergi Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- Kaplan, Gürsel. *İdari Yargılama Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2022.
- Karahanoğulları, Onur. *İdari Yargı – İdarenin Hukuka Zorlanması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Karakoç, Yusuf. *Genel Vergi Hukuku*. 4. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü C.II*. 6. Baskı, İstanbul: Demir-Demir Yayıncılık, 2001.
- Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları C.III*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Öncel, Muallâ, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan. *Vergi Hukuku*. 27. Baskı,

Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.

Özay, İl Han. *Günüşiğinde Yönetim II Yargısal Koruma*. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Özekes, Muhammet. *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1999.

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medeni Usul Hukuku*. 14. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

Postacıoğlu, İhan E. ve Sümer Altay. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.

Rolin, Frédéric. “La procédure administrative contentieuse est-elle véritablement inquisitoire?” *Civitas Europa*, 44, no. 1, (2020): 169-180. DOI 10.3917/civit.044.0169

Sancakdar, Oğuz ve Lale Burcu Önüt. *İdari Yargılama Hukuku*. 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.

Şenlen-Sunay, Süheyla. *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1997.

Tan, Turgut. *İdare Hukuku*. 2. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.

TDK *Türkçe Sözlük K-Z*. 12. Baskı, Ankara: Kalkan Matbaacılık, 2024.

Türkoğlu-Üstün, Kamile. *İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Ulusoy, Ali. *İdari Yargılama Hukuku*. 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

Yasin, Melikşah. *İdari Yargılama Usulünde İspat*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015.

Yıldırım, Mehmet Kamil. *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendi-*

*rilmesi*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1990.

Yıldırım, Turan. *İdari Yargı*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008.

Zabunoğlu, Yahya Kazım. “İdari Yargılama Usulü: Genel İlkeler ve Pozitif Düzenlemeler.” içinde *İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, (Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 1982), 87-101.

# Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Düzenlenen İç Tahkim (HMK M. 407-444) Kapsamında Hakem Sözleşmesi

Ceren DEMİREL MİT\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Dr. Avukat, Ankara Barosu. [cerendemirelmit@gmail.com](mailto:cerendemirelmit@gmail.com) ORCID: 0000-0003-0332-8987.

**Makale geliş tarihi:** 25 Eylül 2024 **Makale kabul tarihi:** 7 Ocak 2025

**Atıf önerisi:** Demirel Mit, Ceren, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Düzenlenen İç Tahkim (HMK m. 407-444) Kapsamında Hakem Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 2, Nisan 2025, s. 151-276. DOI: 10.30915/abd.1555949.

# Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Düzenlenen İç Tahkim (HMK M. 407-444) Kapsamında Hakem Sözleşmesi

## ÖZ

Davacı ve davalının, aralarındaki hukukî uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurması hâlinde, uyuşmazlığın tarafları ile bu uyuşmazlığı çözecek olan hakem veya hakemler arasında sözleşmesel bir özel hukuk ilişkisi doğar. Bu hukukî ilişkinin kaynağı olan hakem sözleşmesi, tanımı, konusu, tarafları, unsurları, kurulması, hukukî niteliği ile hüküm ve sonuçları bakımından Türk hukukunda düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte hakem sözleşmesine ilişkin olarak başta hukukî niteliği olmak üzere birçok hususta doktrinde ve uygulamada bir açıklık veya fikir birliği de bulunmamaktadır. Bu çalışmanın amacı da hakem sözleşmesinin olabildiğince detaylı ve sistematik bir şekilde incelenerek özellikle hakem sözleşmesine ilişkin tartışmalı hususların ve bu hususlara ilişkin kanaatimizin ortaya konulmasıdır.

### Anahtar Kelimeler:

hakem sözleşmesi

ihtiyari iç tahkim

HMK m.407-444

hakemin borçları

alternatif uyuşmazlık çözümü

**Arbitrator's Contract Within The Purview Of  
Domestic Arbitration Regulated In Turkish Civil Procedure Code  
(ART. 407-444)**

**ABSTRACT**

As the claimant and the defendant apply to arbitration for the resolution of the legal dispute between them, a contractual private law relationship arises between the parties to the dispute and the arbitrator or arbitrators who will resolve the dispute in question. The arbitrator's contract, which is the source of this legal relationship, is not regulated under Turkish law in terms of its definition, subject matter, parties, elements, establishment, legal nature, provisions and consequences. Furthermore, there is no clarity or consensus in the doctrine and practice regarding many aspects of the arbitrator's contract, its legal nature in particular. The purpose of this article is to analyse the arbitrator's contract in as much detail and systematically as possible, and to present the controversial issues regarding the arbitrator's contract and our opinion on these issues.

**Keywords:**

arbitrator's contract

Art. 407-444

domestic arbitration

obligations of the arbitrator

alternative dispute resolution

## GİRİŞ

Kişiler arasındaki hukukî ilişkilerden doğan uyuşmazlıkları çözmekle görevli olan makam esas olarak yargılama yetkisini Anayasa'dan alan devlet mahkemeleridir (Anayasa, m. 9). Bununla birlikte uyuşmazlığın, tarafların irade özerkliği kapsamında üzerinde özgürce tasarruf edebilecekleri bir hususu ilgilendirmesi hâlinde bunun çözümü için hukuk düzeni tarafından kişilere mahkemelere bir alternatif olarak ihtiyarî (iradî veya isteğe bağlı) tahkime; başka bir ifadeyle hakem yargılamasına başvurma yetkisi tanınmıştır [Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 407 vd.]<sup>[1]</sup>. Nitekim hakem yargılamasında da seçilen hakem veya hakemler, aynı hâkimler gibi, önlerine gelen uyuşmazlığın çözümü için tarafları bağlayan bir yargı kararı vermektedirler<sup>[2]</sup>.

Her ne kadar hakem kararları yargısal nitelik taşısa da bir hukukî uyuşmazlığın tarafları olan davacı ve davalının, aralarındaki hukukî uyuşmazlığın çözümü için kendi iradeleriyle resmî yargıya gitmek yerine tahkime

[1] Bazı uyuşmazlıklar bakımından ise özel kanunlarda mecburî (zorunlu) tahkim yolu öngörülmüş olup, bu çalışmanın konusunu yalnız HMK kapsamında düzenlenen ihtiyarî tahkimde akdedilen hakem sözleşmesi oluşturmaktadır.

[2] Süleyman Yılmaz ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu, “Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik Kavramı ve Taşınmaz Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 2, 2019, s.595-596; Rabi Koral, “Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 48, Sayı 1-4, 1982-1983, s.87-88; Derya Buluttekin, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Tahkimin Değerlendirilmesi (HMK m. 407-444)”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 27, Sayı 46, 2022, s.255-256; Orhan Emre Konuralp, Hakemlerin Hukuki Sorumluluğu, Doktora Tezi, Danışman Murat Atalı, Ankara, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı, 2018 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 489114), s.24; Yasemin Güllüoğlu-Altun ve Elif Bilen, “Tahkim Sözleşmesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Cilt 13, Sayı 29, 2021, s.175, 179; Gökçe Kurtulan, “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 131, 2017, s.240; Seyhan Selçuk, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Hakem Kararlarının İptali, Ankara, Yetkin, 2018, s.48-49.

başvurması hâlinde, uyuşmazlığın tarafları ile bu uyuşmazlığı çözecek olan hakem veya hakemler arasında yargısal değil, sözleşmesel bir özel hukuk ilişkisi doğar<sup>[3]</sup>. Bu hukukî ilişkinin kaynağı olan sözleşme de hakem sözleşmesidir.

Hakem sözleşmesi, tanımı, konusu, tarafları, unsurları, kurulması, hukukî niteliği ile hüküm ve sonuçları bakımından Türk hukukunda düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte uyuşmazlığın tarafları arasında yapılmış olan tahkim sözleşmesini yürürlüğe koyma işlevi sebebiyle uygulamada sıklıkla akdedilmesi gereken hakem sözleşmesine ilişkin özellikle doktrinde ve uygulamada fikir ayrılığına yol açan hususların açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir. Bu amaç doğrultusunda çalışmamızda hakem sözleşmesi sırasıyla; sözleşmenin tanımı, konusu, tarafları, unsurları, hukukî niteliği, diğer bazı sözleşme türlerinden ayırt edilmesi ve sözleşme taraflarının borçları ile sözleşmenin geçerliliğine ve sona ermesine etki eden hâller bakımından ele alınacaktır.

## I. HAKEM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, KONUSU, TARAFLARI VE UNSURLARI

### A) TANIMI

- [3] Baki Kuru ve Burak Aydın, İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Yetkin, 7. Baskı, 2022, s.701, dipnot 8; Baki Kuru ve Burak Aydın, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Cilt II, Ankara, Yetkin, 2. Baskı, 2021, s.1882, dipnot 35; Âlim Taşkın, Hakem Sözleşmesi, Ankara, Yetkin, 2. Baskı, 2005, s.7, 44; Hikmet Belbez, “Hakemlerin Mesuliyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 3, 1950, s.354; Rabi Koral, “İç Hukukumuzda Tahkim”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 13, Sayı 3, 1947, 1039-1040, 1043, 1049; Koral, Hukukî Mahiyet, s.85, 94; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, Ankara, Yetkin, 5. Baskı, 2021, s.44; Yılmaz, “Hakemin Sorumluluğu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 2, 2011, s.230; Konuralp, Hukukî Sorumluluk, 46-47; Güllüoğlu-Altun/Bilen, s.190; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 13 Mayıs 1964 Tarih ve E.1964/1, K.1964/3 (<https://legalbank.net/arama>).

Türk hukukunda hakem sözleşmesini tanımlayan bir düzenleme mevcut değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise bir kararında hakem sözleşmesini, "... tahkim sözleşmesinin taraflarıyla hakem veya hakemler arasında yapılan, taraflar arasındaki hak, yükümlülük gibi maddi hukuka ve usule ilişkin hukuki ilişkilerin usul hukuku ve özel hukuk hükümlerinin esas alınarak düzenlendiği, hakem yargılamasının esas ve usullerin belirlendiği bir sözleşme..." şeklinde tanımlamıştır<sup>[4]</sup>. Bununla birlikte doktrindeki yazarların ifadeleri doğrultusunda hakem sözleşmesinin, davacı ve davalı taraflar ile bir veya birden fazla hakem arasında kurulan ve tahkime elverişli bir özel hukuk ihtilafının çözümünü içeren bir sözleşme olarak tanımlanması mümkündür<sup>[5]</sup>. Başka bir ifadeyle hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesinin tarafları ile bu taraflar arasındaki hukukî uyumsuzluğu tahkim yargılaması yapmak suretiyle çözmeyi üstlenen hakem veya hakemler arasında akdedilen ve tarafların karşılıklı hak ve borçlarını içeren bir sözleşmedir<sup>[6]</sup>.

[4] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19 Mart 2003 Tarih ve E.2003/15-142, K.2003/182 (<https://kazanci.com.tr/>).

[5] Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin, 9. Baskı, 2023, s.785; Kemal Dayınlarlı, *HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim (m. 516-536)*, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2. Baskı, 2004, s.42; Ünal Tekinalp, "Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler", *Tahkim: IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası - 29 Kasım - 4 Aralık 1965 – Bildiriler-Tartışmalar*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.15; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku – Cilt II*, Ankara, Yetkin, 2022, s.380; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin, 12. Baskı, 2023, s.726; İbrahim Özbay ve Yavuz Korucu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444)*, Ankara, Adalet, 2016, s.51.

[6] Hakan Pekcanitez ve Ali Yeşilırmak, "§ 22. Tahkim", *Medeni Usul Hukuku - Cilt III*, İstanbul, On İki Levha, 2017, s.2689; İnci Biçkin, "Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 67, 2006, s.381; Mehmet Rıfat Bacanlı, "Hakem Sözleşmesinde Esasa Uygulanacak Hukuk", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 10, 2017, s.112, 120; Kuru ve Aydın, *İstinâf*, s.701; Kuru ve Aydın, *Cilt II*, s.1882; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s.741; Süral, s.231; Konuralp, *Hukukî Sorumluluk*, s.25; Sera Reyhani-Yüksel, "Tahkim Tarafları ve Hakem Arasında Yapılan Hakemlik Sözleşmesinin Maddi Hukuk Açısından Değerlendirilmesi",

## B) KONUSU

Hakem sözleşmesinin konusunu, davacı ve davalı arasındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla hakem veya hakemler tarafından çözülmesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda, hakem sözleşmesine konu uyuşmazlığın içerdiği hak veya hukukî ilişki, bir sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz işgörmeye veya haksız rekabet gibi sözleşme dışı bir ilişkiden de kaynaklanabilir (HMK m. 412/1)<sup>[7]</sup>.

Türk borçlar hukukunda kişilere sözleşme özgürlüğü tanınmış olup [Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 26], buna göre kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olmamak şartıyla kişilerin her türlü sözleşmeyi aralarında akdetmeleri mümkündür (TBK m. 27/I). Dolayısıyla taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, kural olarak her türlü hak ve hukukî ilişkiden doğan uyuşmazlığın çözümünü hakem sözleşmesine konu edebilirler. Bu hususta, hakem sözleşmesinin konusunun kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil edemeyeceğinden bahisle, hakem sözleşmesinin konusunun da sınırlarını belirleyen “tahkime elverişlilik<sup>[8]</sup>” (HMK m. 408) meselesi ile karşı-

---

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan), İstanbul, Legal, 2. Baskı, 2012, s.2437; Kurtulan, s.245-246.*

[7] Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, İstanbul, On İki Levha, 2017, s.61; Buluttekin, s.270; Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.180; Burcu Zengin, “Tahkim Şartının, Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısındaki Durumu”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, 2013, s.135-136; Zeki Delikaya, “Tahkimin Niteliği”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 91, Sayı 5, 2017, s.219; Adnan İnanç, “Tahkim Sözleşmesinin Ana Sözleşmeden Bağımsızlığı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 91, Sayı 5, 2017, s.204; Selçuk, s.93, 96.

[8] Taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmeye elverişli bir konudan kaynaklanması, (objektif) tahkime elverişliliği ifade eder [Burak Huysal, *Millîterarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, İstanbul, Vedat, 2010, s.11-12, 15; Burcu Hendem, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Tahkime Elverişlilik*, Doktora

laşmaktadır. Nitekim tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlığın, doğası gereği hakem sözleşmesine konu edilmesi mümkün değildir<sup>[9]</sup>. Uyuşmazlığın taraflarının tahkime elverişli olmayan bir konuda tahkime gitmeyi kararlaştırdıkları tahkim sözleşmesi geçersiz olduğu gibi<sup>[10]</sup>, böyle bir tahkim

Tezi, Danışman Emel Hanağası, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2023 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 810834), s.20-21, 33; Burcu Hendem, “Tahkime Elverişliliğin İtiraz Üzerine İncelenmesine İlişkin Bazı Değerlendirmeler (HMK m. 422/1)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 72, Sayı 3, 2023, s.1369; Serkan Kaya, *Milli Tahkim Kapsamında Tahkime Elverişlilik*, İstanbul, On İki Levha, 2022, s.4, 6; Bengi Sargın, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Tahkime Elverişlilik”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 16, Sayı 177, 2021, s.919; Mehmet Uçar, “Tahkime Elverişlilik”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 97, Sayı 2, 2023, s.78-79; Mehmet Sarı, “Tahkime Elverişlilik”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 32, 2009, s.148; Kurtulan, s.240; Selçuk, s.239, 241]. Diğer bir ifade ile, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurmalarının caiz olması hâlinde bunun tahkime elverişli; caiz olmaması ve devlet mahkemelerine başvurmalarının gerektiği hâllerde ise bunun tahkime elverişsiz bir uyuşmazlık olduğu kabul edilir (Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.20-21, 33; Kurtulan, s.242; Uçar, s.79). Tahkime elverişlilik türleri hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.31 vd.; Hendem, *İtiraz*, s.1367 vd.

- [9] Bunun aksine yapılmış olan; başka bir ifadeyle, tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlığın çözümünü konu edinen bir hakem sözleşmesi ise, dayanağını teşkil eden tahkim sözleşmesi TBK m. 27/I uyarınca kesin olarak hükümsüz olduğundan (Eyuboğlu, s.239; Nevhis Deren-Yıldırım, “Tahkim ve Objektif Açından Tahkime Elverişlilik”, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*, İstanbul, Beta, 2007, s.51; Uçar, s.78, 91; Sarı, s.151; Kaya, s.4), geçersiz bir sözleşmedir. Aksi yöndeki görüş için bkz. Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.185-192. Yazar, hâkim görüşün aksine, tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlığın çözümünü konu edinen tahkim sözleşmesinin geçersiz olmadığı kanaatindedir. Buna göre yazar, tahkime elverişliliğin tahkim sözleşmesinin bir geçerlilik şartı olarak değil, hakemlerin belirli bir uyuşmazlığa ilişkin yargılama yetkisini belirleyen bir şart olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Aksi yöndeki diğer bir görüş için bkz. Kurtulan, s.242. Yazar, HMK'nın hakem kararının iptaline ilişkin hükümlerinin lafzı dikkate alındığında, tahkime elverişliliğin, tahkim anlaşmasının geçerliliğinden farklı bir gereklilik olduğunun kabul edilmesi gerektiğinin anlaşıldığı görüşündedir.

- [10] Dayınlarlı, İç Tahkim, s.36; Yılmaz ve Çavuşoğlu, *Tahkime Elverişlilik*, s.600-601; Serhat Sarısözen, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre Hakem Yargılaması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 12, Sayı 132, 2017, s.106; Eyuboğlu, s.239; Uçar, s.78, 91; Sarı, s.151; Kaya, s.4; Deren-Yıldırım, s.51; Utku Topcan, “Uluslararası

sözleşmesine dayanılarak akdedilen hakem sözleşmesi de geçersizdir<sup>[11]</sup>.

HMK m. 408 uyarınca, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, tahkime elverişli olmayıp, hakem sözleşmesinin de konusunu oluşturamaz. Bu durumda bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı veya üst hakkı, intifa hakkı, oturma hakkı, geçit hakkı gibi irtifak hakları; ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedinden kaynaklanan rehin hakkı ya da taşınmaz yükü olmak üzere sınırlı aynı hakların herhangi birinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için hakem sözleşmesi yapılamayacak olup, bu tür uyuşmazlıkların çözüm mercii münhasıran devlet yargısıdır<sup>[12]</sup>. Dolayısıyla örneğin, or-

---

ve Ulusal Tahkim Düzenlemeleri Işığında Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, *İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - EconJURA*, Cilt 1, Sayı 1, 2022, s.99; Süleyman Yılmaz ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Asimetrik ve Patolojik Tahkim Klotları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 69, Sayı 3, 2020, s.1481; Özbay ve Korucu, s.7.

- [11] Aksi yöndeki görüş için bkz. Pekcanıtez/Yeşilirmak, s.2691. Ayrıca hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması, hakem kararının iptali sebebini teşkil eder [HMK m. 439/2(g)].
- [12] Yargıtay On Sekizinci Hukuk Dairesi’nin 13 Mayıs 1996 Tarih ve E.1996/3347, K.1996/4735 Sayılı kararına konu somut olayda uyuşmazlığın tarafları, aralarında müşterek mülkiyete konu olan bir taşınmaz üzerinde inşaat yapmak ve paylaşmak üzere “Kat Mülkiyeti Tesisi Suretiyle Taksim Sözleşmesi” adıyla bir sözleşme yapmış ve bu sözleşmenin uygulanması nedeniyle aralarında çıkacak uyuşmazlığın hakem yoluyla çözümlenmesini öngörmüşlerdir. Yargıtay, müşterek mülkiyetten kat irtifakına geçilmesi ve bunun tapuya tescili kamu düzeni ile ilgili olduğu için, bunun hakemlerin görevi dışında olduğuna ve hakem kararıyla böyle bir mülkiyet rejimine geçişe yasal olanak bulunmadığına hükmetmiştir (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>). Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi’nin 13 Ekim 2004 Tarih ve E.2004/1798, K.2004/5076 Sayılı kararında ise, tapu kütüğündeki şerh ve takyidatların terkinin işleminin kamu düzeniyle ilgili olması sebebiyle açılacak davada hakemlerin görevli olduğunun kabul edilemeyeceğine hükmedilmiştir (<https://legalbank.net/arama>). Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi’nin 18 Haziran 2007 Tarih ve E.2007/2680, K.2007/4137 Sayılı kararında da Yargıtay, tapu iptal ve tescil davalarının kamu düzenini ilgilendiren davalardan olup, hakemlerce bu davalara bakılmasının mümkün olmadığına, taşınmazın aynına ilişkin olan bu tür davaların taşınmazın bulunduğu yer

tahlığın giderilmesi ile tapu kaydının iptali ve tescili hakem kararına konu olamaz<sup>[13]</sup>. Buna karşılık, taşınmaz mallar üzerindeki şahsi haklardan, diğer şahsi haklardan veya taşınır mallar üzerindeki aynî haklardan doğan uyuşmazlıkların çözümünün ise hakem sözleşmesinin konusunu oluşturması mümkündür<sup>[14]</sup>. Bu bağlamda örneğin, kira sözleşmesinden doğan alacak hakkına veya aynî hakkın hukukî sebebinin oluşturduğu taşınmaz satış sözleşmesi ya da taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan alacak hakkına ilişkin uyuşmazlıkların yahut arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan tescile zorlama talebi dışındaki malvarlığına ilişkin taleplerle ilgili uyuşmazlıkların çözümü, taraflarca hakem sözleşmesine konu edilebilir<sup>[15]</sup>. Yine tapu kütüğüne işlenmiş şerhin terkinin talebinden kaynaklanan uyuş-

mahkemelerinde (HMK m. 12) görülmesi gerektiğine hükmetmiştir (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>). Aynî haklardan doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkime gidilemeyeceğine ilişkin benzer kararlar için bkz. Yargıtay On Dördüncü Hukuk Dairesi, 21 Mayıs 1985 Tarih ve E.1985/471, K.1985/3690 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi, 30 Aralık 2004 Tarih ve E.2004/14337 K.2004/14775 K. (<https://legalbank.net/arama>); Yargıtay Yirminci Hukuk Dairesi, 22 Şubat 2005 Tarih ve E.2005/614, K.2005/1570 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>). Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi'nin, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulamasından doğan uyuşmazlıklar bakımından tahkime gidilmesinin mümkün olmadığına ilişkin kararları karşısında Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi'nin kat malikleri arasında çıkacak uyuşmazlıklar bakımından hakeme başvurulmasını engelleyecek bir hükmün, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda mevcut olmadığına ilişkin aksi yönde kararı mevcuttur. Söz konusu karar numaraları için bkz. Aydemir, s.242, dipnot 849-850.

[13] Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.41; Kuru ve Aydın, *Cilt II*, s.1876. Bununla birlikte tescil talebi dışında kalan terkin ve tadil taleplerinden doğan uyuşmazlıkların ise tahkim dışı sayılmaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Aydın Aybay, "Tapu Kütüğüne İşlenmiş Şerhin Terkin Davası ve Tahkim Şartı", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Köksal Bayraktar'a Armağan)*, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayını No: 70, Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No: 49, Cilt 1, 2010, s.123.

[14] Huysal, s.281; Özbay ve Korucu, s.8-9.

[15] Aydemir, s.231; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, s.722-723; Hüseyin Afşın İlhan, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, Ankara, Adalet, 2016, s.235; Özbay ve Korucu, s.8-9; Selçuk, s.244.

mazlıklar da şerh kaydının işlevinin şahsî hakları korumak olması sebebi ile, tahkime elverişli ve dolayısıyla da hakem sözleşmesine konu edilebilecek uyuşmazlıklardandır<sup>[16]</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere, HMK m. 408'e göre hakem sözleşmesinin konusunu, davacı ve davalı tarafın iradelerine tâbi olmayan; başka bir ifade ile, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri yani davayı sona erdiremeyecekleri işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü de teşkil edemez<sup>[17]</sup>. Bunun en doğal sonucu, bir özel hukuk ilişkisinden kaynaklanmayan; başka bir deyişle, bir kamu hukuku ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların hakem sözleşmesine konu edilememesidir. Buna göre, ceza yargısında ve idarî yargıda tahkim caiz olmadığından<sup>[18]</sup>, bu alan-

[16] Aybay, s.123.

[17] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.783; Yılmaz ve Çavuşoğlu, *Tahkime Elverişlilik*, s.601; Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.44 vd.; Kuru ve Aydın, *Cilt II*, s.1876; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, s.722; Nurgün Ceylan, "Tahkim Şartının Geçerliliği", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı 150, 2015, s.78; Abdurrahman Kayıklık, "Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 36, Sayı 4, 2020, s.135, 146; Sarı, s.151; Kaya, s.8. Bu kapsamda tahkime elverişliliğin belirlenmesinde, kabul ve sulh yolu ile davanın sona erdirilebiliyor olması önem arz ederken; feragat ise tek başına etkili bir ölçüt teşkil etmemektedir (Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.49). Tahkime elverişlilikte tasarruf ölçütünün kabul, sulh ve feragat ile sınırlandırılmayacağına ilişkin karşı görüş için bkz. Burcu Zengin, "Şirketler Hukukunda Tahkime Elverişlilikle İlgili Temel Meseleler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 95, 2014, s.103-104, 107-108. Yazar, kanun koyucunun benimsediği "üzerinde tasarruf etme" ölçütünün, kabul, sulh ve feragat gibi usulî işlemlerin yanında maddî hukuk bakımından uyuşmazlığa konu hak üzerinde tasarruf edebilmeyi de kapsadığını ileri sürmektedir. Objektif bakımdan tahkime elverişliliği belirlemede irade serbestisi ve sulhe elverişlilik gibi kavramlar yerine "malvarlığıyla ilgili talep" kriterinin kabul edilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Deren-Yıldırım, s.60-61.

[18] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.781; Bersun Sarıgül-Ata, "Milletlerarası Tahkim Kanununun, ICC ve ICSID Tahkiminin Uygulama Alanı", *Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu'na Armağan*, Ankara, Yetkin, 2023, s.1112; Armağan Ebru Bozkurt-Yüksel, "Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıklarında Tahkim", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2009, s.382; Kurtulan, s.243-244; Uçar, s.84; İlhan, s.237; Özbay ve Korucu, s.10; Selçuk, s.246-247.

lardaki uyuşmazlıklara ilişkin hakem sözleşmesi yapılması da söz konusu olamaz. Bununla birlikte özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlık da hakem sözleşmesine konu edilemez. Bunun en bariz örneği, yukarıda da değinilen ve HMK m. 408’de tahkim yoluyla çözümlenmesi açıkça yasaklanan taşınmazlar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar olmakla birlikte<sup>[19]</sup>, hakem sözleşmesine konu edilemeyecek özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar bununla sınırlı değildir.

Tarafların iradelerine tâbi olan işlerden doğan uyuşmazlıkların çözümünün hakem sözleşmesine konu edilebileceğinden hareketle, kişilik haklarının önemli bir kısmından doğan uyuşmazlıkların hakem sözleşmesinin konusunu oluşturamayacağı sonucuna varılabilir. Bunun sebebi Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) kişiliği hem içe hem de dışa karşı emredici hükümler ile korumuş olmasıdır (TMK m. 23-24)<sup>[20]</sup>. Yine yaş düzeltmesi, boşanma davaları, evliliğin feshi, soybağına ilişkin uyuşmazlıklar gibi aile ve kişiler hukuku kapsamındaki kamu düzenine ilişkin konularda tahkime gidilemeyeceği için<sup>[21]</sup>, bu hususlar hakem sözleşmesinin konusunu da

[19] Taşınmaz aynına ilişkin uyuşmazlıkların tahkimde görülebilmesi gerektiğine yönelik karşı görüş için bkz. Yılmaz ve Çavuşoğlu, *Tahkime Elverişlilik*, s.608 vd.; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, s.723; Huysal, s.218-219, 275, 280; Sarı, s.156; İlhan, s.236.

[20] TMK m. 23/I, “*Kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.*” şeklinde emredici bir hükmü içermekte olduğundan bir kişinin örneğin, sağlararası veya ölüme bağlı tasarruf yapmayacağına, evlenmeyeceğine veya boşanmayacağına, çocuk doğurmayacağına, hiçbir derneğe üye olmayacağına, mülkiyet hakkı edinmeyeceğine ilişkin taahhütlerinin konusu olan bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar, HMK m. 408 kapsamında tarafların iradelerine tâbi olmayan işlerdendir ve bu yüzden de bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar hakem sözleşmesinin konusunu oluşturamaz. Nitekim kişinin hak veya fiil ehliyetini kısmen veya tamamen ortadan kaldıran bu tür sözleşmeler zaten kesin olarak hükümsüzdür (TBK m. 27/I).

[21] Aydemir, s.239; Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.150 vd.; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, s.722; Ceylan, s.80; Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.207; Delikaya, s.219; Bozkurt-Yüksel, s.382; Kurtulan, s.252-253; Uçar, s.84; Sarı, s.153; Kaya, s.8-9; Deren-Yıldırım, s.54; İlhan, s.237-238; Ömer Başar, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca Tahkim Kararlarının İptali”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 95, Sayı 1, 2021, s.285-286; Özbay ve Korucu, s.10, 247; Selçuk, s.246.

oluşturamaz.

HMK m. 412/1 uyarınca sözleşme dışı hukukî ilişkiler de tahkim yoluyla çözülebildiğinden, aynı haklardan olan fikrî ve sınai hakların ihlallerine ilişkin uyuşmazlıkların, örneğin eser üzerindeki malî bir hakkın (telif hakkının) veya marka hakkının ihlalinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için hakem sözleşmesi yapılabilir<sup>[22]</sup>. Bununla birlikte uyuşmazlığın tarafları arasında bir fikrî veya sınai hakka ilişkin sözleşmenin mevcudiyeti hâlinde, bu lisans sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümünün de hakem sözleşmesine konu edilmesi mümkündür<sup>[23]</sup>. Buna karşılık, sicil le tescil edilmiş olan fikrî mülkiyet hakkının, örneğin bir patent, faydalı model, marka, endüstriyel tasarım veya coğrafi işaretin hükümsüzlüğüne ilişkin uyuşmazlıklar, mahkemelerin münhasır yargı yetkisine girdiği ve bu sebeple de tahkime elverişli olmadığından, tescilli bir fikrî mülkiyet hakkının hükümsüz olup olmadığı hususu hakem sözleşmesinin konusunu teşkil edemez<sup>[24]</sup>.

Tarafların iradelerine tâbi olmayan işler, sadece aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlı olmayıp nispi haklara ilişkin bazı uyuşmazlıkların da hakem sözleşmesine konu edilememesi söz konusudur. Örneğin kural olarak alacak haklarına ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişlidir ve hakem sözleşmesine konu edilebilir; yani taşınmaz satış sözleşmesinden doğsa

[22] Aydemir, s.248; Delikaya, s.219; Bozkurt-Yüksel, s.365, 387 395; Huysal, s.282; Sarı, s.159-160; İlhan, s.237.

[23] Bozkurt-Yüksel, s.355-356, 387, 395; Huysal, s.282; Sarı, s.160.

[24] Bozkurt-Yüksel, s.387 vd.; Sarı, s.160; İlhan, s.237. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) kapsamında ülke çapında koruma altında bulunan bir fikrî mülkiyet hakkı, ancak mahkeme kararı ile hükümsüz kılınarak ilgili sicilden Marka ve Patent Kurumu'na terkin edilebilir (SMK m. 25/1-2, 27/7, 50/1, 51/4, 77/1, 79/4, 138/1, 139/4, 144/1). Fikrî mülkiyet uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine ilişkin görüşlerin ayrıntılı açıklaması için bkz. Bozkurt-Yüksel, s.356 vd.

dahi bu alacağa ilişkin uyuşmazlık tahkimde çözülebilir<sup>[25]</sup>. Buna karşılık, iştirak nafakası talepleri tahkime elverişli olmadığından, hakem sözleşmesine konu olamaz<sup>[26]</sup>. Yine çekişmesiz yargı işlerinin (HMK m. 382 vd.), boşanma ve ayrılık davalarının, iflâs davalarının da hakem sözleşmesine konu edilmesi mümkün değildir<sup>[27]</sup>. Buna karşılık manevi tazminat davaları bakımından tahkime gidilebileceği uygulamada ve doktrinde hâkim görüş olarak kabul edildiğinden<sup>[28]</sup>, buna ilişkin uyuşmazlıkların çözümü, hakem sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Buna karşılık satış sözleşmesi bakımından yerleşim yeri Türkiye’de olan alıcının, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda tahkim sözleşmesi yapamayacağı hususu Kanun’da açıkça hükme bağlandığı için bu kapsamdaki uyuşmazlıkların çözümünü konu edinen bir hakem sözleşmesi yapılamaz (TBK m. 262). Bununla birlikte TBK m. 263/4<sup>[29]</sup> uyarınca, alıcının tacir sıfatıyla hareket ettiği veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçlarla satın alınması durumunda, anılan kural uygulanamayacağı için yalnız tüketici sözleşmesi niteliğindeki taksitli satış sözleşmele-

[25] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.783; Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.39; Kuru ve Aydın, *İstinaf*, s.698; Kuru ve Aydın, *Cilt II*, s.1876; Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.208; Bozkurt-Yüksel, s.384.

[26] Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.150.

[27] Aydemir, s.230; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.781, 783; Buluttekın, s.265-266; Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.70-71; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, s.722; Kuru ve Aydın, *İstinaf*, s.698; Kuru ve Aydın, *Cilt II*, s.1876; Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.207; Sarıgül-Ata, *Tahkim*, s.1112; Delikaya, s.219; Bozkurt-Yüksel, s.382; Uçar, s.84; Deren-Yıldırım, s.55; İlhan, s.238; Başar, s.285-286; Özbay ve Korucu, s.10; Selçuk, s.246.

[28] Aydemir, s.240-241; Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.180; İlhan, s.238; Özbay ve Korucu, s.11; Selçuk, s.253.

[29] TBK m. 263/4, “Alıcının tacir sıfatıyla hareket ettiği veya malın bir ticari işletmenin ihtiyacı için ya da meslekî amaçlarla satın alınması durumunda, taksitle satışa ilişkin hükümlerden sadece 259 uncu maddenin ikinci fıkrası, 260 ıncı maddenin birinci fıkrası ve 261 inci maddesi hükümleri uygulanır.” hükmünü içermektedir.

rinden doğan uyuşmazlıklar tahkime elverişsizdir<sup>[30]</sup>. Dolayısıyla, ticari bir taksitle satış sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar için tahkim anlaşması yapılabilir ve bu tür uyuşmazlıkların çözümü hakem sözleşmesinin konusunu teşkil edebilir.

Yargıtay’a göre bir şirketin ana sözleşmesinde yer verilmiş olan tahkime

- [30] Kurtulan, s.243, dipnot 18; Uçar, 86. Kanun koyucu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 68/1’de belirtilen parasal değer altındaki tüketici uyuşmazlıkları için tüketici hakem heyeti nezdinde mecburi tahkim yoluna gidilmesini öngörmüş olmakla birlikte aynı maddenin 5. fıkrasında, *“Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmaya engel değildir.”* hükmüne yer vermiştir. Bunun yanında Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik EK-1’de yer alan düzenleme uyarınca, *“Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek ... suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar,”* haksız şart olarak kabul edilmektedir. Buna göre, bir tüketici sözleşmesinde yer alan tahkim şartı, tüketici ile müzakere edilip edilmediği ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olup olmadığı araştırılmaksızın haksız şart olarak kabul edildiğinden, doğrudan TKHK m. 5/2 cümle 1 uyarınca kesin hükümsüz sayılmaktadır (Kurtulan, s.257). Tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasındaki tüketici sözleşmesinden henüz doğmamış olan uyuşmazlıkların çözümü için yapılan tahkim anlaşması bu şekilde haksız şart denetimine takılsa da uyuşmazlığın çıkmasından sonra taraflar arasında müzakere edilmek suretiyle tahkim anlaşması yapılmasına ise esasen hukuki bir engel bulunmamaktadır (Kurtulan, s.258). Buna karşılık Yargıtay uygulaması, tüketici uyuşmazlıklarının ihtiyari tahkime konu edilemeyeceği yönündedir. Bu hususta Yargıtay On Üçüncü Hukuk Dairesi’nin 20 Ekim 2008 Tarih ve E.2008/6195, K.2008/12026 Sayılı kararında TKHK’nın, amacı birey olarak daha zayıf ve korunmaya muhtaç durumda olan tüketicilerin, satıcı ve sağlayıcı karşısında daha etkin bir şekilde korunmasını sağlamak olan kamu düzeni ile ilgili özel bir kanun olmasından hareketle, bu Kanun’un uygulanmasından çıkan ihtilafların mutlaka tüketici mahkemelerinde veya miktara göre tüketici hakem heyetlerinde bakılmasının ve tahkim yolu ile özel hakemler önünde görülemeyeceğinin kabulünün gerektiğine hükmedilmiştir (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>). Yargıtay’ın, tüketicinin taraf olduğu uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğu yönündeki yaklaşımını destekleyen görüş için bkz. İlhan, s.247, 263. Tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli kabul edilmesi gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. Kurtulan, s.254-255, 257-258.

ilişkin hükümler geçersiz sayıldığından<sup>[31]</sup>, böyle bir düzenlemeye dayanılarak örneğin, ortaklar kurulu kararının iptali için hakem sözleşmesi yapılması mümkün değildir. Nitekim tahkim sözleşmesi kural olarak nispidir<sup>[32]</sup>; yani sadece sözleşmenin taraflarını bağlar<sup>[33]</sup>. Bunun doğal sonucu olarak

[31] Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi, 12 Nisan 2012 Tarih ve E.2011/13485 K.2012/19915 (<https://kazanci.com.tr/>). Aksi yöndeki görüş için bkz. Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.128-129. Yazar, TTK m. 339'da yer alan ana sözleşmenin asgari zorunlu içeriğini oluşturan hususların dışında tahkim şartına da yer verilebileceği düşüncesindedir. Şirketin esas sözleşmesinde tahkim kaydına yer verilebilmesi gerektiği yönündeki bir diğer görüş için bkz. Zengin, *Tahkime Elverişlilik*, s.111. Yazar, esas sözleşmeye tahkim şartı konulmasının engellenmesini, sözleşme özgürlüğünü aşırı şekilde kısıtlayan bir tutum olarak görmektedir.

[32] Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.61-62; Zeynep Derya Tarman, "Tahkim Klotunun Üçüncü Kişilere Teşmili Konusundaki İsviçre Federal Mahkemesi Kararı", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 40, 2009, s.121; Feyza Eker Ayhan, "Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişi Lehbara Teşmili", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Atâ Sakmar'a Armağan)*, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayını No: 72, Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No: 51, Cilt 10, Sayı 1, 2011, s.96; Halil Akkanat ve Mesut Serdar Çekin, "Borçlar Hukuku Perspektifinden Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşmelerde Tahkim Koşulunun Üçüncü Şahsa Etkileri", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 2, 2016, s.104-105; Selçuk, s.95. Genel kurul kararının iptaline ilişkin uyumsuzlukların tahkime elverişli olmadığını farklı gerekçeler ile savunan görüşlerin ayrıntılı açıklaması için bkz. Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.135 vd.

[33] Buna göre örneğin tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan müşterek borçlu veya kefil gibi üçüncü kişiler, alacaklı ve borçlu arasında akdedilen tahkim sözleşmesinden etkilenmeyecek olup, uyumsuzluğun tarafı olmasına rağmen tahkim sözleşmesine katılmamış olanlar yönünden de aynı sonuç söz konusudur (Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.115-216; Akkanat ve Çekin, s.106). İsviçre Federal Mahkemesi'nin, garanti sözleşmesi ile esas sözleşmeden kaynaklanan borcun esas borçlu tarafından ifa edilmemesi hâlinde alacaklının zararını esas borçlu gibi tazmin etme yükümlülüğü altına giren garanti verenin, esas sözleşmede yer alan tahkim şartından etkilenmeyeceğine dair 19.08.2008 tarihli ve 4A\_128/2008 sayılı kararı için bkz. "Cypriot Company X v. Qatari Company Y and Italian Company Z", *Jus Mundi*, <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-cypriot-company-x-v-qatari-company-y-and-italian-company-z-decision-of-the-swiss-federal-tribunal-4a-128-2008-tuesday-19th-august-2008> (Erişim Tarihi: 27.11.2024); Tarman, s.122-124. Kural, tahkim sözleşmesinin nispidiği olmakla birlikte uygulama ve doktrinde, bazı hâllerde tahkim sözleşmesinin üçüncü kişilere etkisi (teşmili) kabul edilmektedir (Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.215 vd.; Ayhan, s.99

hakem kararından sadece taraflar etkilendiğinden, genel kurul kararının iptali gibi karardan üçüncü kişilerin de etkilendiği uyuşmazlıklar, tahkime elverişli değildir<sup>[34]</sup>; çünkü tahkim yargılaması sonunda verilen hakem

vd.; Akkanat ve Çekin, s.105 vd.; İlhan, s.257 vd.; Selçuk, s.95). Buna göre örneğin, tahkim sözleşmesinin taraflarının külli ve cüz'i halefleri de bu sözleşme ile bağlıdır. Yine alacağın devrinde devralan yönünden alacağın kaynaklandığı sözleşmede yer alan tahkim şartı bağlayıcıdır. Aynı sonuç sözleşmenin devri yönünden de geçerlidir. Şirketin tür değiştirmesi, birleşmesi ve devri hâllerinde de bu işlemlerden önce akdedilen tahkim şartları bağlayıcılığını korur. Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin iflası hâlinde ise iflas masası, bu sözleşme ile bağlıdır. Üçüncü kişi yararına yapılan bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık hâlinde menfaat sahibi kılınan üçüncü kişi de somut olayın şartlarına göre bu sözleşmede yer alan tahkim şartına tabi olabilir. Bununla birlikte uyuşmazlığın tarafları aralarındaki tahkim sözleşmesinde, örneğin sözleşmenin devri hâlinde tahkim şartının geçersiz olacağını kararlaştırabilirler; zira, tarafların uyuşmazlık hâlinde tahkime gitmeyi kabul etmelerinde karşı tarafın kişiliğinin rolü büyüktür (Ünal Ertabak, *Tahkim Sözleşmesi ile İlgili İhtilaflar*, İstanbul, Legal, 2009, s.73).

- [34] Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü taraf iradelerine tabi olduğundan, buna ilişkin uyuşmazlıkların mevcut hukuk uyarınca tahkime elverişli ve esas sözleşmedeki tahkim kaydının geçerli olduğuna dair aksi yöndeki görüş için bkz. Kayıklık, s.135, 147, 154-155, 169-170. Genel kurul kararının iptaline ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli sayılması gerektiğine ilişkin aksi yöndeki diğer bir görüş için bkz. Zengin, *Tahkime Elverişlilik*, s.107-109. Yazara göre kanun koyucu, tahkime elverişlilik ölçütünü tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar olarak belirlerken, bu ölçütü usul hukuku bakımından sulh olabilme veya feragat edebilme şeklinde kısıtlamış değildir. Bu sebeple, bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığına karar verilirken, tasarruf yetkisinin maddi hukuktaki anlamı da göz önüne alınmalı, tarafların uyuşmazlık konusu hak üzerinde serbestçe tasarrufunun mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Nitekim genel kurul kararlarının iptali davalarında taraflar, uyuşmazlık konusu üzerinde sulh ve feragat gibi usulî işlemleri yapmasalar da maddi hukuk anlamında tasarrufta bulunabilirler. Bu bağlamda genel kurul kararları, pay sahiplerinin serbest iradesiyle oluşturulan kararlar olduğundan, bunların iptalinin tahkime elverişli kabul edilmesi gerekir. Ayrıca yazar, genel kurul kararının iptaline ilişkin hakem kararının, TTK m. 450 uyarınca aynı bu yöndeki bir mahkeme kararı gibi, hakem yargılamasına taraf olan ve olmayan tüm şirket ortakları ve organları için kesin hüküm etkisine sahip olacağı, nitekim bunların üçüncü kişi sayılmaması gerektiği kanısındadır. Yazarın da ifade ettiği gibi, etkileri bakımından mahkeme kararları ile hakem kararları arasında bir fark bulunmamaktadır; ancak tahkim yargılamasına taraf iradelerinin egemen olduğu gerçeği karşısında, genel kurul kararının iptaline ilişkin uyuşmazlıkların tahkimde görülebileceği ve yargılama

kararı, yalnız taraflar arasında hüküm doğurur. Ayrıca bir genel kurul kararının iptaline dair uyuşmazlığın davacı ve davalı arasında yapılacak anlaşma ile sonuçlandırılması mümkün olmadığı gibi, Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 445'in münhasıran şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesini yetkili kılan hükmü de tahkim müessesesi ile bağdaşmamaktadır<sup>[35]</sup>. Benzer şekilde bir anonim şirketin feshine dair uyuşmazlığın ortaklar arasında yapılacak anlaşma ile sonuçlandırılması mümkün olmadığından, bu hususta tahkime gidileceğine dair şirket ortakları arasındaki sözleşmede yer alan bir hüküm veya yapılacak tahkim sözleşmesi de geçersizdir<sup>[36]</sup>. Dolayısıyla böyle bir kayda dayanılarak çıkan uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünü konu edinen bir hakem sözleşmesi yapılamaz. Buna karşılık şirketler hukukundan doğan ve konusu malvarlığı olan uyuşmazlıkların çoğunluğu ise tahkime elverişli kabul edildiğinden, örneğin sermaye koyma borcundan veya kâr payı, tasfiye payı, öncelikli pay alım haklarından ya da esas sözleşmeden kaynaklanan alacak haklarından veya hut pay devrinin kısıtlanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü, hakem sözleşmesine konu olabilir<sup>[37]</sup>.

Uygulamada Yargıtay'ın, kira bedelinin tespiti davalarında tahkim yoluna başvurulamayacağı ve dolayısıyla kira bedelinin tespitinin hakem sözleşmesine konu edilemeyeceğine ilişkin kararları mevcut olmakla birlikte<sup>[38]</sup>, kira bedeli tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir

---

sonucunda verilen hakem kararının tahkim yargılamasına taraf olmayan tüm şirket ortakları ve organlarını bağlayacağı yönündeki görüşe katılmak kanımızca mümkün değildir.

[35] TTK m. 445'in bir kesin yetki kuralı olmadığına ilişkin görüş için bkz. Zengin, *Tahkime Elverişlilik*, s.107.

[36] Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi, 9 Nisan 2014 Tarih ve E.2014/141, K.2014/6951 (<https://kazanci.com.tr/>).

[37] Zengin, *Tahkime Elverişlilik*, s.105; İlhan, s.241-242.

[38] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15 Nisan 1987 Tarih ve E.1986/3-413, K.1986/325 (<https://kazanci.com.tr/>). Bu hususta Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi'nin 2 Aralık

husus olduğundan ve Kanun'da aksi de öngörülmediğinden, Yargıtay'ın anılan yöndeki kararları isabetli değildir<sup>[39]</sup>. Yargıtay aynı görüşü tahliye davaları bakımından da benimsemekte olup, bu hususta doktrinde TBK m. 352/I'den hareketle, tahliyeyle ilişkin tahkim şartının ilk kira sözleşmesi yapılırken bu sözleşmeye konulmuş olması hâlinde geçersiz sayılması gerektiği; buna karşılık, tahkim şartının kira sözleşmesinin uzatılmasına ilişkin sonraki sözleşmeye konulmuş veya ilk kira sözleşmesi yapıldıktan sonraki bir tarihte tahliye bakımından tahkime gidileceğine ilişkin müstakil bir tahkim sözleşmesi yapılmış olması hâllerinde ise bunların geçerli sayılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>[40]</sup>.

Avukatlık ücret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak da Yargıtay'ın uygulaması, genellikle bunların hakemde çözülemeyeceği ve bu sebeple de avukatlık ücret sözleşmesindeki tahkim şartının geçersiz olduğu yönündedir<sup>[41]</sup>. Buna göre kanun koyucu, kamu düzeni düşüncesiyle avu-

---

2004 Tarih ve E.2004/13018, K. 2004/13409 Sayılı kararında, kira bedelinin tespiti hususu kamu düzenini ilgilendirdiği için tarafların serbest iradeleri ile kira parasını kararlaştırmalarının ancak belli ölçüler ve sınırlar dahilinde mümkün olup bu hususta tarafların tasarruf yetkilerinin sınırsız olmadığı; bu sebeple de Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına göre kira bedelinin tespitine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü hakkındaki tahkim şartı geçersiz olduğundan, kira bedelinin tespiti davalarında tahkim yoluna başvurulamayacağı ifade edilmiştir (<https://kazanci.com.tr/>).

[39] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.783; Aydemir, s.241; Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.159; Ece Ayça Eker, "Tahkim Sözleşmesinin Şekle Yönelik Şartları", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 94, Sayı 6, 2020, s.111; Özbay ve Korucu, s.11; Selçuk, s.250. Aksi yöndeki görüş için bkz. Ceylan, s.82; Delikaya, s.219.

[40] Aydemir, s.241-242.

[41] Yargıtay On Üçüncü Hukuk Dairesi, 26 Eylül 1974 Tarih ve E.1974/2385, K.1974/2161 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Yargıtay On Üçüncü Hukuk Dairesi, 25 Aralık 1995 Tarih ve E.1995/10533, K.1995/11673 (<https://kazanci.com.tr/>). YHGK'nın, avukatlık ücret sözleşmesinin tahkim yargılamasına konu edilebileceği; ancak hakemin uyuşmazlığı, Avukatlık Kanunu'nun avukatlık ücretine ilişkin emredici hükümlerine göre çözme zorunluluğunun bulunduğu yönündeki kararı için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15 Nisan 1987 Tarih ve E.1986/3-413, K.1986/325 (<https://kazanci.com.tr/>).

katlık ücret sözleşmelerini Avukatlık Kanunu'nda yer alan birtakım kısıtlayıcı hükümlere bağlamış ve bu hükümlere aykırı davranışları yasaklamış olduğundan, avukatlık ücret sözleşmesinde mutlak olarak tarafların özgür iradelerinin bulunduğu kabul edilemez. Yargıtay'ın yaklaşımına göre, Avukatlık Kanunu'ndaki avukatlık ücretine ilişkin 163, 164, 168 ve 169. maddede hükümleri emredici bir şekilde düzenlenmiş ve kamu düzeniyle ilgili olduğundan<sup>[42]</sup>, avukatlık ücretinden çıkan uyuşmazlıkların hakemde çözüleceğine dair sözleşmelerin de kamu düzenine ilişkin olacağının kabulü zorunludur. Bu durumda Yargıtay, tarafların arzularına tabi ve özgür iradelerinin rol oynadığı bir uyuşmazlığın varlığından bahsedilemeyeceği için avukatlık ücret sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında tahkim sözleşmesi yapılmasını da hukuken mümkün bulmamaktadır. Dolayısıyla konusu avukatlık ücret sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın çözümü olan bir hakem sözleşmesi de yapılamayacak olup böyle bir uyuşmazlığa ilişkin verilen hakem kararları, iptal yaptırımına tabi olacaktır. Ancak kanımızca Yargıtay'ın bu görüşü isabetli değildir<sup>[43]</sup>. Her ne kadar Kanun'da avukatlık ücretinin belirlenmesine ilişkin birtakım kısıtlamalar yer alsa da avukatlık ücreti avukat ile müvekkili arasında bu kısıtlamalara riayet edilerek yine serbestçe belirlenebilmektedir ve avukatın ücret alacağının diğer sözleşmelerden doğan alacak hakkından esasen bir farkı da yoktur<sup>[44]</sup>. Ay-

[42] Yargıtay, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a (TKHK) ilişkin olarak da benzer yaklaşımı benimsemektedir. Yargıtay'ın kamu düzenini ilgilendiren özel bir kanun olarak gördüğü TKHK'dan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olup tüketici mahkemesinde çözülmesi gerektiği yönündeki uygulamasına ilişkin ayrıntılı açıklama ve örnek Yargıtay kararları için bkz. Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.80 vd.

[43] Yargıtay'ın avukatlık ücret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların kamu düzenine ilişkin olduğuna dair yaklaşımını haklı bulan görüş için bkz. Sarı, s.161.

[44] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15 Nisan 1987 Tarih ve E.1986/3-413, K.1986/325 Sayılı kararına konu olayda, uyuşmazlık tarafları arasındaki 09.07.1971 tarihli avukatlık ücret sözleşmesinin 2. maddesinde, "Sözleşme konusu olan işten dolayı avukata yüzde on ücret ödenecektir. Ücretin ödenme şekli aşağıda gösterilmiştir: Arsaların satış bedeli üzerinden yüzde on ücret nakten ve def'aten ödenecektir." ve 9. maddesinde ise, "Bu sözleşmeden doğacak anlaşmazlıklar İstanbul Barosu

rica Avukatlık Kanunu'nda yer alan kısıtlamalar, avukatlık ücret sözleşmesinin kamu düzenini ilgilendiren bir tarafı olduğu iddiasının hukukî dayanağını oluşturmaya yeterli ve elverişli sayılamaz. Nitekim taraflara tanınan sözleşme serbestisi zaten mutlak değildir ve en başta TBK m. 27 uyarınca kısıtlanmıştır. Bu durumda avukatın ücret alacağının tahkime elverişlilik hususunda diğer alacaklardan ayrı tutulması açıkça hakkaniyete aykırıdır.

Yine uygulamada, iş hukukuna ilişkin davaların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir<sup>[45]</sup>. Buna göre, iş sözleşmesinin kurulması veya devamı sırasında yapılan tahkim sözleşmesi veya iş sözleşmesindeki tahkim kaydı, işçinin serbest iradesini yansıtmaması nedeniyle geçersiz olduğundan, iş sözleşmesinden doğan işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlığın hakem tara-

*Yönetim Kurulunca avukatlar arasında seçilecek bir veya üç hakem tarafından İstanbul'da tetkik edilip, karara bağlanacaktır. Hakem ücreti anlaşmazlık konusu olan paranın %10'unudur.*” hükümleri öngörölmüştür. Kararda, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun avukatlık ücretine ilişkin 164. maddesinin kamu düzeni ve yararı amacı ile getirildiği ve bunun aksine yapılan sözleşmelerin geçerli olmadığı, avukatlık ücret sözleşmesinin kamu düzenine ilişkin olduğu ve kamu düzenine ilişkin konularda hakeme gidilemeyeceği; ancak somut olayda tarafların, avukatlık ücretine ilişkin olarak sözleşme ile hakemin uygulayacağı kuralları belirledikleri ve bu kuralların Avukatlık Kanunu'nun avukatlık ücretine ilişkin ilkelerine ters düşmediği ifade edilmiştir. Bununla birlikte yine kararda, hakemin uyuşmazlığı Avukatlık Kanunu'nun emredici hükümlerine uygun olarak çözmek zorunda olduğu ve hakemin esas hakkında verdiği hükmün kamu düzenini ihlal etmesi hâlinde esas yönünden Yargıtay'ın denetimine tabi tutulacağı hususuna da dikkat çekilmiştir (<https://kazanci.com.tr/>).

- [45] Yargıtay'ın zayıf tarafı koruma amacını taşıyan bu uygulamasının, “olması gereken hukuk bakımından doğru fakat yürürlükteki mevzuat bakımından yanlış” olduğuna ilişkin görüşün dayandığı gerekçeler için bkz. Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.76 vd. İş uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği belirlenirken tahkimin önünü tıkayacak şekilde dar yorumlama yapılmaması ve işçi lehine yorum ilkesinin, somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Sargın, s.916, 927-928. Yargıtay'ın işçi lehine yorum ilkesi doğrultusunda benimsediği yaklaşımın, tahkim yargılamasını işlevsiz kıldığına ilişkin görüş için bkz. Buğra Aydın, “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Tahkim”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı (Mehmet Akif Aydın'a Armağan)*, İstanbul, Cilt 21, Sayı 2, 2015, s.841.

findan görülme olanağı bulunmamaktadır<sup>[46]</sup>. Bununla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, iş sözleşmesi feshedilen işçinin bu feshi itiraz için arabulucuya başvurması üzerine gerçekleşen arabuluculuk faaliyeti ile uyuşmazlık çözülemezse işçi ile işverenin anlaşması hâlinde uyuşmazlık, iş mahkemesi yerine özel hakeme götürülebilir. Bu kapsamda yalnız fesihden sonra yapılan tahkim sözleşmesi geçerlidir; başka bir ifade ile iş sözleşmesinde yer alan tahkim şartı geçersizdir<sup>[47]</sup>. Uygula-

[46] Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 26 Mayıs 2008 Tarih ve E.2008/10997, K.2008/12660 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 9 Haziran 2008 Tarih ve E.2007/39316, K.2008/14824 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 3 Kasım 2008 Tarih ve E.2008/5830, K.2008/29774 (<https://legalbank.net/arama>); Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 10 Kasım 2008 Tarih ve E.2008/5916 K.2008/30463 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 19 Ocak 2009 Tarih ve E.2008/11083, K.2009/137 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 20 Ocak 2009 Tarih ve E.2008/44629, K.2009/536 (<https://legalbank.net/arama>); Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 20 Ocak 2009 Tarih ve E.2008/44630, K.2009/537 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 20 Eylül 2011 Tarih ve E.2011/215, K.2011/955 (<https://www.kararara.com/forum/>); Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 31 Ekim 2011 Tarih ve E.2011/723, K.2011/3703 (<https://izmirozlavukat.com.tr/>); Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 25 Şubat 2013 Tarih ve E.2013/1773 K.2013/6664 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 18 Nisan 2016 Tarih ve E.2016/6529, K.2016/11095 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 26 Eylül 2016 Tarih ve E.2016/27461 K.2016/21048 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 26 Eylül 2016 Tarih ve E.2016/27462 K.2016/21049 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

[47] Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi'nin 23 Mart 2012 Tarih ve E.2011/12705, K.2012/5291 Sayılı kararına konu somut olayda, uyuşmazlığın tarafları arasındaki iş sözleşmesi, 31.08.2009 itibarı ile feshedilmiş olup 04.09.2009 tarih ve "İbraname ve Feragatname" başlıklı, her iki tarafın da imzasını içeren ve tarafların, sözleşmenin feshi ve işe iade istemi ile dava açılması hâlinde söz konusu uyuşmazlığın halli bakımından özel hakeme gidilmesi konusunda tahkim sözleşmesi yaptıkları bir belge bulunmaktadır. Fesihden sonra düzenlenen bu ibranamenin baskı sonucu imzalandığı iddiası yeterli ve inandırıcı deliller ile kanıtlanmadığından, fesihden sonra düzenlenen ibraname ve özellikle ibranamede öngörülen tahkim ön şartı Yargıtaya geçerli kabul edilmiştir (<https://kazanci.com.tr/>). İşçi ile işveren arasındaki tahkim sözleşmesinin, iş aktinin feshinden sonra yapılmış olması hâlinde geçerli olduğuna ilişkin diğer kararlar için bkz. Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 27 Ocak 2012

mada, tahkim sözleşmesinin fesihten sonra yapıldığının kabul edilebilmesi için tahkim sözleşmesini içeren belgenin, fesih bildirimi belgesi ile aynı tarihte düzenlenmemiş olması gerektiği yönünde kararlar mevcuttur<sup>[48]</sup>. Ay-

Tarih ve E.2011/5217, K.2012/727 (<https://avevrak.com/>); Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 27 Mart 2012 Tarih ve E.2011/12902, K.2012/5735 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 11 Mayıs 2012 Tarih ve E.2011/15787, K.2012/9560 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 28 Mayıs 2012 Tarih ve E.2011/17933 K.2012/11474 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 28 Haziran 2012 Tarih ve E.2012/11, K.2012/14852 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>). Aksi yöndeki görüş için bkz. Seda Arslan-Durmuş ve Ebru Erener-Yılmaz, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği Sorunu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 211, 2024, s.89-90. Yazarlar, işçinin iradesinin sakatlandığı ileri sürülüp bu husus kanıtlanmadığı sürece, tarafların iradelerine üstünlük tanınarak iş sözleşmesinin kurulması veya devamı aşamasında yapılan tahkim sözleşmesine geçerlilik tanınması gerektiğini düşünmektedir. İşçi ve işveren arasındaki tahkim sözleşmesinin ne zaman yapıldığının bu sözleşmenin geçerliliğine etki etmemesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Sargın, s.924. İşçi lehine asimetri taşıyan; yani tahkime gitme hakkını sadece işçiye tanıyan ve zorunluluk teşkil etmeyen tahkim hakkının düzenlendiği tahkim şartının, bireysel iş sözleşmesinin kurulmasından önce, kurulmasından sonra veya bir toplu iş sözleşmesi hükmü ile kararlaştırılabileceğine ilişkin görüş için bkz. Aydın, s.852, 860. Ayrıca yazar, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin iş sözleşmesinin feshinden sonra yapılmasına bağlanmasının, işçi ve işverenin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra bir araya gelerek hakeme gitmeyi kararlaştırmalarının fiilen zor bir durum olması sebebiyle, uygulama yönünden gerçekçi bir yaklaşım olmadığını haklı olarak ifade etmektedir.

- [48] Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi’nin 25 Şubat 2013 Tarih ve E.2013/1773, K.2013/6664 Sayılı kararına konu somut uyuşmazlıkta tahkim şartını içeren “İbraname ve Feragatname” başlıklı belge, fesih bildirimi belgesi ile aynı tarihte düzenlenmiştir. Yargıtay, işçinin tahkim sözleşmesinin yapıldığı tarihte halen işverenin denetimi altında olması sebebiyle tahkim şartını içeren belgenin, fesihten sonra düzenlendiğinden söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. Kararda ayrıca, somut olayda anılan belgenin fesih yanında, işçinin işçilik haklarının da ödenmesini içermesi, bir bakıma bu hakların ödenmesinin tahkim şartını içeren bu sözleşmenin imzalanmasına bağlanması, davacının bu belgeyi imzalamak zorunda bırakılması, davalı şirketin davacı işçi üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususları kabul ettirmesi dolayısıyla uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi yolundaki davacı işçi iradesinin açık ve kesin olduğu kabul edilemeyeceği için düzenlenen belgedeki tahkim şartının geçersiz olduğu belirtilmiştir. Kararın karşı oy yazısında ise, tahkim sözleşmesinin geçerli olması için

rica anılan Kanun hükmü kapsamında, feshin geçersizliği, işe iade ve buna bağlı iş güvencesi ile boşta geçen süre için ücret alacağı uyuşmazlıkları dışında kalan diğer iş uyuşmazlıkları, hakem yolu ile çözülemez<sup>[49]</sup>. Bu durumda hakem veya hakem kurulunun, örneğin ücretli izin ve sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağı ile kıdem tazminatına karar verme yetkileri bulunmamaktadır<sup>[50]</sup>. Dolayısıyla anılan hususlardaki uyuşmazlıkların çözümü, hakem sözleşmesinin konusunu oluşturmaz.

## C) TARAFLARI

### 1- Tahkime Konu Uyuşmazlığın Tarafları

Hakem sözleşmesinin taraflarından birini, taraf ve dava ehliyetine sahip davacı ve davalı oluşturur. Davacı ve davalının aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için hakem veya hakemler ile bir hakem sözleşmesi akdedebilme-

---

aranan fesihden sonra yapılmış olma şartının, bu sözleşmenin fesihden sonraki başka bir tarihte yapılmış olmasını gerektirmediği, fesihden sonra olmak şartıyla tahkim sözleşmesinin fesihle aynı tarihte de yapılabileceği ileri sürülmüştür (<https://kazanci.com.tr/>).

[49] Arslan-Durmuş ve Erener-Yılmaz, s.87, 90. Bununla birlikte yazarlar, bireysel iş uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğine ilişkin böyle bir ayırım yapılmasının geçerli bir nedeni bulunmadığı, uyuşmazlıkların devlet yargılamasından daha hızlı sonuçlanması sebebiyle tahkim yargılamasının işçinin daha lehine olduğu ve bu sebeple, diğer iş uyuşmazlıkları bakımından da tahkim yoluna gidilebilmesine imkân tanıyan bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu görüşündedirler (Bkz. Arslan-Durmuş ve Erener-Yılmaz, s.80, 91-92). Arabuluculuk yönünden böyle bir sınırlama getirilmemişken, bireysel iş uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliğinin de bu şekilde sınırlandırılmaması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Sargın, s.923.

[50] Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi tarafından verilmiş olan 21 Mayıs 1992 Tarih ve E.1992/5081, K.1992/5366 Sayılı kararda, kıdem tazminatının gerçekleşmesi için Kanun'da öngörülen koşulların kamu düzeni ile ilgili olması sebebiyle böyle bir uyuşmazlığın hakem tarafından çözümlenmesinin mümkün olamayacağı ifade edilmiştir (<https://kazanci.com.tr/>). Aynı yönde bkz. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 22 Mart 2004 Tarih ve E.2004/5846, K.2004/5621 (<https://kazanci.com.tr/>).

leri için, öncelikle kendi aralarında akdetmiş oldukları geçerli bir tahkim sözleşmesinin mevcudiyeti gerekir. Aksi hâlde verilen hakem kararı, iptal yaptırımına tabi olur [HMK m. 439/2(a)]. Böyle bir tahkim sözleşmesine dayanarak aralarındaki uyuşmazlığı çözecek olan hakem veya hakemler ile hakem sözleşmesini yapabilmesi için, davacının da davalının da kural olarak fiil ehliyetine sahip; başka bir ifade ile tam ehliyetli olması gerekir (TMK m. 9).

Hakem sözleşmesinin bir tarafını oluşturan davacı ve davalı, gerçek kişi veya tüzel kişi olabileceği gibi, bir veya birden çok kişi de olabilir. Davacı ve/veya davalının birden çok kişiden oluşması hâlinde bunlar arasında dava arkadaşlığı söz konusu olur. Bu dava arkadaşlığının mecburi dava arkadaşlığı (HMK m. 59) şeklinde ortaya çıktığı hâllerde, bu kişilerin tamamının hakem sözleşmesinin tarafı olarak yer alması gerekir (HMK m. 60).

Davalı ve/veya davacının yetkilendirdikleri vekili de onlar adına hakem veya hakemler ile hakem sözleşmesini akdedebilir. Bununla birlikte vekilin, vekâlet veren adına hakeme başvurabilmesi, bu hususta özel olarak yetkilendirilmiş olmasına bağlıdır (HMK m. 74; TBK m. 504/III). Doktrindeki bir görüş, tahkim sözleşmesi yapma yetkisinin hakem sözleşmesi yapma yetkisini de kapsadığı gerekçesi ile tahkim sözleşmesi yapmaya yetkili vekilin, hakem sözleşmesi akdetmek için ayrıca yetkilendirilmiş olması gerekmeksizin hakem sözleşmesi de yapabileceği yönündedir<sup>[51]</sup>. Biz ise bu görüşe, tahkim sözleşmesi ile hakem sözleşmesinin birbirinden bağımsız sözleşmeler olması sebebiyle ve HMK m. 74'ün, *“Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; ... tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, ...”* şeklindeki hükmünün lafzından hareketle katılmıyoruz ve bir tarafın vekilinin o taraf adına tahkim sözleşmesi ve hakem sözleşmesi akdedebilmesinin, bu hususların her biri için ayrı ayrı yetkilendirilmiş olmasına bağlı olduğunu düşünüyo-

[51] Mustafa Çenberci, “Hakemlerin Tayin Usulü ve Ücreti”, *Tahkim: IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası - 29 Kasım - 4 Aralık 1965 – Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965, s.122.

ruz<sup>[52]</sup>.

## 2- Tek Hakem veya Hakem Kurulu

Hakem sözleşmesinin diğer tarafını tek hakem veya hakem kurulu oluşturur. Hakem veya hakem kurulu, davacı ve davalının anlaşarak aralarındaki hukukî uyuşmazlığın çözümünü bıraktığı ve bu uyuşmazlığı inceleyip karara bağlama görevini üstlenen kişi veya kişileri ifade etmektedir<sup>[53]</sup>. Hakem, tahkimde açılan davanın hâkimi konumundadır; ancak hâkimden farklı olarak bu hususta hiçbir resmî sığata sahip olmayıp tamamen uyuşmazlığın taraflarının iradesi ile tayin edilmektedir<sup>[54]</sup>.

Hakemlerin sahip olması gereken nitelikler bakımından kanunlarda çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir (HMK m. 415 vd.; Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 7 vd.). Bunlara göre uyuşmazlığın çözümü için seçilen hakemlerin tek sayıda (HMK m. 415/1) ve gerçek kişi [HMK m. 416/1(a)] olup; birden fazla hakemden oluşan bir hakem kurulunun söz konusu olması hâlinde, bu hakemlerden en az birinin kendi alanında beş yıl veya daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olması gerekir [HMK m. 416/1(d)]. Bu kapsamda avukatlar ve noterler hakemlik yapabilirken (Av. K. m. 12/I, d; Noterlik K. m. 50/I), hâkimler ise hakemlik yapamaz (Ana-

[52] Aynı yöndeki görüş için bkz. Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.63.

[53] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.779-780, 786; M. Tahir Sebük, “Hakem, Hakem-bilirkişi ve Kanuni Hakem Kararlarının Mukayesesi ve Tahkim Şartı”, *Tahkim: IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası - 29 Kasım - 4 Aralık 1965 – Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965, s.64; Çenberci, *Tayin Usulü*, s.122; Biçkin, s.382; Bacanlı, s.120; Koral, *İç Tahkim*, s.1056; Kuru ve Aydın, *İstinaf*, s.702; Kuru ve Aydın, *Cilt II*, s.1882; Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.176, 178; Delikaya, s.216; Özbay ve Korucu, s.58.

[54] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.786; Kuru ve Aydın, *İstinaf*, s.702; Kuru ve Aydın, *Cilt II*, s.1882-1883.

yasa m. 140/V)<sup>[55]</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca taraflar, hakem sayısını belirle-  
mekte serbest bırakılmış olmakla beraber, yargılamayı yapacak hakemlerin  
tek sayıda olması şarttır (HMK m. 415/1)<sup>[56]</sup>. Hakemlerin sayısının davacı  
ve davalı taraflarca kararlaştırılmamış olması hâlinde ise üç hakem seçilir

[55] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 13 Mayıs 1964 Tarih ve E.1964/1 K.1964/3 Sayılı içtihadı birleştirme kararında, işleri pek çok olan hâkimlerin ayrıca iş yüklenmelerinin, esas görevlerini aksatabileceği gibi taraflar ile hakem arasındaki ilişkinin, özel hukuk alanına giren hizmetle ilgili bir akit olması ve bu yüzden ücreti kapsamı yönünden de hâkimlerin hakemlik görevini kabul etmelerinin doğru olmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca burada tartışma konusu olan hakemliğin, bir sözleşme ile veya bir sözleşmeye konulmuş özel hükümle kabul edilen hakemlik olduğuna ve bu yasağın mahkemelerce re'sen uygulanacağına; buna karşılık özel bir kanun ile hakemlik görevinin verilmesi hâlinde ise hâkimin hakem olabileceğine hükmedilmiştir (<https://kazanci.com.tr/>).

[56] Selçuk, s.121. Yazar, emredici nitelikteki HMK m. 415/1 hükmüne rağmen uyuşmazlığın taraflarınca çift sayıda hakem belirlenmişse, anılan hükmün getiriliş amacı hakemlerin karara ulaşmasının kolaylaştırılması olduğundan, hakem kurulunun herhangi bir sorunla karşılaşmaksızın kararını vermiş olması hâlinde, uyuşmazlığın taraflarından birinin, uyuşmazlığın çift sayıda hakemden oluşan hakem kurulunca verilmiş olması sebebiyle tahkim sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürerek kararın iptalini talep etmesinin TMK m. 2/II uyarınca hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini haklı olarak ifade etmektedir. Aksi yöndeki görüş için bkz. Sarısözen, s.107. Yazara göre HMK'nın hakem sayısının tek olması gerektiğine ilişkin hükmünün emredici değil, taraflarca aksi kararlaştırılabilen bir hüküm olarak kabul edilmesi gerekir. Buna göre, uyuşmazlığın tarafları çift sayıda hakem seçebilecek olup yalnız iki hakem seçilmiş olması hâlinde ise kararın alınabilmesi için hakemlerin oybirliği gerekecektir. Hakem sayısının tek olması gerektiğini öngören HMK m. 415/1 hükmünün emredici değil, taraflarca aksi kararlaştırılabilen bir hüküm olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Özbay ve Korucu, s.57. Kanımızca, *"Taraflar, hakemin sayısını belirlemekte serbesttir. Ancak, bu sayı tek olmalıdır."* şeklinde düzenlenmiş olan HMK m. 415/1 hükmünün emredici nitelik taşıdığı lafzından açıkça anlaşılmakta olduğundan, aksi yöndeki anılan görüşe katılma imkânı bulunmamaktadır. Buna karşılık mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda ise bu yönde bir hüküm bulunmadığından, anılan Kanun'un yürürlük döneminde hakemlerin çift sayıda seçilmesine bir engel bulunmamaktaydı [Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19 Mart 2003 Tarih ve E.2003/15-142, K.2003/182 (<https://kazanci.com.tr/>)].

(HMK m. 415/2). Uygulamada hakem tek kişi olabileceği gibi, genellikle üç kişilik hakem kurulları söz konusu olup, yine tek sayıda olmak şartıyla bundan daha fazla kişilik hakem kurulları da kurulabilir<sup>[57]</sup>.

- [57] Üç veya daha fazla bir tek sayıda hakemli hakem sözleşmelerinde, taraflar aksini tahkim sözleşmesinde veya bir önsözleşmede kararlaştırmamışlarsa, HMK'da öngörülen seçim usulü uygulanır (HMK m. 415). Buna göre, örneğin üç kişilik hakem kurulunda bir hakemi davacı, diğer bir hakemi ise davalı olmak üzere birer hakemi taraflar, üçüncü hakemi; başka bir ifade ile kurul başkanını ise taraflarca seçilen iki hakem oybirliği ile seçer [HMK m. 416/1(c), c. 1]. Hakemler arasında oybirliği sağlanamadığı takdirde üçüncü hakemin seçimi için görevli ve yetkili mahkemeye başvurulur [HMK m. 416/2(b)]. Aynı şekilde, davacı ve/veya davalının da kendisinin seçeceği hakem veya hakemleri, tahkim sözleşmesinde belirlenen veya belirlenmemişse HMK'da öngörülen uyuşmazlığın taraflarından birinin hakem seçimine ilişkin talebinin diğer tarafa ulaşmasından itibaren bir aylık süre içinde seçmemesi durumunda, karşı tarafın talebi üzerine o hakemi de yine mahkeme seçer [HMK m. 416/1(c), c. 2]. Bununla birlikte davacı ve davalı, aralarındaki sözleşmede uyuşmazlığın çözümü için örneğin yedi kişilik bir hakem kurulunun oluşturulmasını öngörmüşse; bu durumda üç hakemi davacı, üç hakemi ise davalı seçer ve bu şekilde seçilen hakemler, yedinci ve kurula başkanlık edecek hakemi oybirliği ile seçerler [HMK m. 416/1(ç)]. Tek hakem seçilecekse bu hakem kural olarak uyuşmazlığın iki tarafının oybirliği ile seçilir; ama davacı ve davalı hakemi birlikte seçemezse ve aksi de kararlaştırılmamışsa, mahkemeye gidilir ve hakemi mahkeme seçer [HMK m. 416/1(b)]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu hususta verdiği bir kararında, uyuşmazlığın taraflarından birinin kendi hakemini seçip karşı tarafa bildirmesine rağmen karşı tarafın tahkim sözleşmesinde belirlenen veya sözleşme ile belirlenmemişse kanunda öngörülen süre içinde kendi hakemini seçmemesi veya seçtiği hakemi bildirmemesi hâlinde hakem seçme hakkını kaybedeceğine; bu durumda hakemini seçmiş olan tarafın başvurusu üzerine hakemin, mahkeme tarafından seçileceğine; yargılama başladıktan sonra karşı tarafın hakemini seçip mahkemeye bildirmesi hâlinde bile bu bildirim, davalı bu seçimlik hakkını yitirmiş olduğundan bir sonuç doğurmayacağına; artık hakemin mahkemece belirlenmesinin gerektiğine; bu durumun hem kanunun sözüne ve özüne hem de tahkim sürecine hâkim olan hızlı yargılama ve tarafların iradelerinin üstünlüğü prensiplerine daha uygun olduğuna hükmetmiştir [Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19 Mart 2003 Tarih ve E.2003/15-142, K.2003/182 (<https://kazanci.com.tr/>)]. Anılan kararın karşı oy yazısında ise aksine, yargılama başladıktan sonra davalı tarafın mahkemeye bir hakem ismi bildirmesi hâlinde bu önerinin, kanuna ve tahkim sözleşmesi hükümlerine aykırı bir nitelik taşımadıkça, mahkeme tarafından dikkate alınmasının ve bu kişinin hakem olarak atanmasının menfaatler dengesine uygun düşeceği ifade edilmiştir. Buna göre, ismi bildirilen kişinin mahkemece atanmasında bir sakınca görülüyor ise, bunun gerekçesi gösterilerek bu istem reddolunmalı ve hakem o zaman mahkemece re'sen atanmalıdır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığı

çözecek hakem mahkemesinin teşkilinde asıl amaç, Anayasa'nın temel ilkelerinden biri olan adil yargılanma hakkının sağlanması olduğundan, tahkim sözleşmesinde veya kanunda belirlenen sürede hakemini seçmeyen tarafın bu nedenle uğrayacağı müeyyide de ancak bu davanın yargılama giderlerinden sorumlu tutulması olmalıdır.

Hakem seçimi konusunda taraflara tanınmış olan serbesti karşısında hakemlerin tahkim sözleşmesinde ismen ve şahsen gösterilmesi mümkün olduğu gibi, davacı ve davalı tarafın aralarında anlaştıkları sürece, hakemlerin tamamının seçimini birlikte yapması veya sadece davacı ya da sadece davalıya bırakması dâhi mümkündür (Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.87 vd.; Çenberci, *Tayin Usulü*, s.126; Sarısözen, s.107-108); ancak hakem seçiminin taraflardan yalnız birine bırakıldığı tahkim sözleşmeleri ahlaka aykırılık sebebiyle uygulamada geçersiz sayılmaktadır [Yargıtay On Üçüncü Hukuk Dairesi, 25 Nisan 1991 Tarih ve E.1990/8778, K.1991/4492 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 12 Şubat 1992 Tarih ve E.1991/13-606, K.1992/56 (<https://legalbank.net/arama>); Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, 28 Mart 2002 Tarih ve E.2002/1955, K.2002/2791 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 25 Şubat 2013 Tarih ve E.2013/1773, K.2013/6664 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 18 Nisan 2016 Tarih ve E.2016/6529, K.2016/11095 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 26 Eylül 2016 Tarih ve E.2016/27462 K.2016/21049 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)]. Bununla birlikte, hakemlerin taraflarca seçilmesi de şart değildir. Hakemler, tarafların belirleyeceği ve yetkilendireceği üçüncü kişilerce de seçilebilir (Çenberci, *Tayin Usulü*, s.130). Bu üçüncü kişiler, gerçek kişi olabileceği gibi, bir kurum veya kuruluş da olabilir [(Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi, 18 Kasım 2003 Tarih ve E.2003/4387, K.2003/11101 (<https://kazanci.com.tr/>))]; ancak üçüncü kişinin uyuşmazlığın tarafları ile menfaat ilişkisi bulunmayan ve fil ehliyetini haiz bir kişi olması gerekir (Sarısözen, s.108). Hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse, hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin talebi üzerine yine mahkeme tarafından yapılır [HMK m. 416/2(c)]. Hakem veya hakemlerin seçimi için görevli ve yetkili mahkemeye gidildiği hâllerde mahkeme, hakemi seçerken hakemlerin tarafsız ve bağımsız olması ilkesi ile tarafların arasındaki tahkim sözleşmesini göz önünde bulundurur (HMK m. 416/2). Hakemlerden birinin görevi hakemin ölümü, çekilmesi veya reddi gibi herhangi bir sebeple sona ererse, onun yerine seçilecek hakem de görevi sona eren hakemin seçilme usulüyle seçilir (HMK m. 421/1). Buna göre örneğin, değişecek hakem davalının hakemiyse, davalı yeni bir hakem seçer; eğer seçmezse, karşı taraf mahkemeden yeni bir hakem seçilmesini talep eder. Mahkemenin hakem seçimine ilişkin kararı temyiz edilememekle birlikte uyuşmazlığın tarafları arasındaki tahkim sözleşmesinde belirtilen nitelikleri taşımayan ve/veya tarafsız ve bağımsız olmayan bir hakemin seçimi hâlinde, nihaî olmayan bu kararın düzeltilmesi için kararı veren mahkemeye başvurulması mümkündür (Pekcanitez ve Yeşilırmak, s.2689). Bu durumda mahkeme, gerekçe belirtmek şartıyla kararı düzeltebilir. Buna karşılık böyle

1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (mülga HUMK) tüzel kişilerin hakem olamayacağı yönünde herhangi bir yasaklayıcı hüküm bulunmadığından, doktrinde hâkim görüş olarak fiil ehliyetine sahip her gerçek ve tüzel kişinin hakem olabileceği; buna göre, tüzel kişinin hakem olması hâlinde bu görevi kanunî temsilcisi aracılığı ile yapacağı ifade edilmekte idi<sup>[58]</sup>. Buna karşılık Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise, ancak gerçek kişilerin hakem olabileceği açıkça düzenlenmiştir [HMK m. 416/1(a)]; ancak hükmün lafzından da anlaşıldığı üzere bu kural, hakemlerin tek sayıda olmasına ilişkin olarak konulan kuralın aksine, emredici değildir. Şöyle ki, ancak gerçek kişilerin hakem seçilebileceği ifadesine HMK m. 416/1'de, taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça hakem seçiminde uygulanacak olan usule ilişkin düzenlemenin altında (a) bendinde yer verilmiştir. Dolayısıyla, tarafların aralarında anlaşmak suretiyle tüzel kişilerin de hakem olarak seçilmesi imkânını yaratmaları kanımızca hâlâ mümkündür<sup>[59]</sup>.

Türk hukukunda hakemlerin mesleki sıfatının ne olması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Hakem seçilmek için kural olarak belli bir öğrenimden geçmiş olma şartı da aranmamaktadır<sup>[60]</sup>. Bu hususa dair tek düzenleme, HMK m. 416/1(d)'nin, "*Hakemin birden fazla kişiden oluşması hâlinde en az birinin kendi alanında beş yıl ve daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olması şarttır.*" şeklindeki hükmüdür<sup>[61]</sup>. Bu du-

---

bir hâlde uyumsuzluğun tarafları mahkemeye başvurmaz ve/veya taraflarca uyarılmasına rağmen hakem yargılamaya devam ederek karar verirse, anılan hakem kararının iptali söz konusu olur [HMK m. 439/2(b)].

[58] Dayınlarlı, İç Tahkim, s.42-43; Çenberci, *Tayin Usulü*, s.124. Aksi yöndeki görüş için bkz. Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.66.

[59] Karşı yöndeki görüş için bkz. Sarısözen, s.108, dipnot 43.

[60] Çenberci, *Tayin Usulü*, s.124.

[61] Her hukukçunun da hakem olarak seçilmesi söz konusu değildir. Buna göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, hâkimler ve savcılar hakem olamazken [(Anayasa, m. 82/I, 140/V; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 13 Mayıs 1964 Tarih ve

rumda hakem kurulundaki hakemlerden bir tanesi hukukçu seçilip diğer hakemlerin tamamının mühendis, muhasebeci, vb. gibi hukuk dışındaki mesleklerin mensupları arasından seçilmesi mümkündür. Hatta taraflar aralarında anlaşmak suretiyle söz konusu hükmün aksini kararlaştırarak hakem kurulundaki hakemlerden en az bir tanesinin hukukçu olması şartını bertaraf da edebilirler. Nitekim davacı ve davalı taraf, hakem veya hakem kurulunun seçim usulünü kararlaştırmakta serbesttir ve bahsi geçen kural, ancak taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça uygulanacak olan hakem seçimi usulüne ilişkin bir kuraldır (HMK m. 416/1, c. 2). Türk hukukunda bu türlü bir hakem kurulunun oluşturulmasına herhangi bir engel bulunmamakla birlikte salt hukukî uyumsuzluklarda hakemlerin tamamının hukukçulardan seçilmesi kanımızca daha isabetli olacaktır<sup>[62]</sup>. Hatta bu bağlamda, arabulucular için getirilmiş olan hukuk fakültesi mezunu olma şartının [Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 20/2(b)], hakemler bakımından da getirilmesi düşünülebilir. Nitekim hakemler bir yargılama faaliyetini gerçekleştirmekte ve bunun sonucunda da taraflar için bağlayıcılık taşıyan bir hüküm vermektedirler<sup>[63]</sup>.

Hakemlerin fiil ehliyetine ilişkin bir düzenleme HMK'da bulunmamakla birlikte, bir kişinin kendisine borç yükleyen bir sözleşmeyi akdedebilmesi ve böyle bir sözleşmenin geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurabil-

---

E.1964/1, K.1964/3 (<https://legalbank.net/arama>)), üniversite öğretim görevlileri, avukatlar ve noterler ise hakem olabilirler (Avukatlık Kanunu m. 12/I,d; Noterlik Kanunu m. 50/I).

[62] Salt hukukî bir uyumsuzlukta hakemlerin tamamının hukukçulardan seçilmemesinin yaratacağı sakıncaların, TMK m. 2/I'de hükme bağlanan dürüstlük kuralından hareketle, davacı ve davalının aralarındaki uyumsuzluğu çözecek vasa sahip olmayan bir kişiyi hakem olarak seçemeyeceği sonucuna varılması suretiyle giderilmesi mümkün olabilir (Çenberci, *Tayin Usulü*, s.126).

[63] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.780; Yılmaz ve Çavuşoğlu, *Tahkime Elverişlilik*, s.595-596; Koral, *Hukuki Mahiyet*, s.87-88; Buluttekin, s.255-256; Konuralp, *Hukuki Sorumluluk*, s.24; Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.175, 179; Kurtulan, s.240; Selçuk, s.48-49.

mesi için o kişinin fiil ehliyetine sahip olması gerektiğinden (TMK m. 9), davacı ve davalı taraf arasındaki uyuşmazlığı tahkim yargılaması yoluyla çözmek üzere seçilecek hakemlerin mutlaka fiil ehliyetine sahip olması gerekir<sup>[64]</sup>. Hakemin veya hakem kurulundaki hakemlerden birinin ehliyetsiz olması hâlinde, o hakem ile yapılan hakem sözleşmesi kesin hükümsüzdür (TBK m. 27/I). Buna karşılık hakem veya hakemlerden biri, tahkim yargılaması henüz devam ederken fiil ehliyetini kaybederse, o hakem ile davacı ve davalı taraf arasındaki hakem sözleşmesi kendiliğinden sona erer (TBK m. 513/I, c. 1).

Ayrıca hakemler, tarafsız ve bağımsız olmalıdır (HMK m. 416/2, 417/1)<sup>[65]</sup>. Buna göre, uyuşmazlığın tarafları veya onların vekilleri ya da yasal temsilcileri veyahut taraflardan birine daha önce herhangi bir hukukî yardımda bulunmuş olan kişiler hakem olamaz<sup>[66]</sup>. Başka bir ifade ile hake-

[64] Mustafa Reşit Belgesay, “Hakem Kararlarının Hukuki Mahiyeti”, *Tahkim: IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası - 29 Kasım - 4 Aralık 1965 – Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965, s.51; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.786; Çenberci, *Tayin Usulü*, s.123, 127; Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.61 vd.; Biçkin, s.382; Bacanlı, s.121; Koral, *İç Tahkim*, s.1057; Kuru ve Aydın, *İstinaf*, s.702; Kuru ve Aydın, *Cilt II*, s.1883; Özbay ve Korucu, s.61.

[65] Hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığına ilişkin olarak daha ayrıntılı açıklama için bkz. III no’lu başlık altındaki hakemlerin borçlarından, “3. Tarafsız ve Bağımsız Olma”.

[66] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.786; Dayınlarlı, *İç Tahkim*, s.43; Biçkin, s.382; Bacanlı, s.121-122; Kuru ve Aydın, *İstinaf*, s.702; Kuru ve Aydın, *Cilt II*, s.1883; Özbay ve Korucu, s.60. Bu hususta Yargıtay On Üçüncü Hukuk Dairesi’nin 26 Eylül 1974 Tarih ve E.1974/2385, K.1974/2161 Sayılı kararına konu olayda, davacı ile davalı banka arasında yapılan vekalet sözleşmesinin 11. maddesinde, “Bu mukaveleden dolayı banka ile avukat arasında çıkacak ihtilaflar banka idare meclisi tarafından hakem sıfatıyla halledilecektir.” hükmüne yer verilmiştir. Yargıtay, hakemin uyuşmazlığa konu olan sözleşmenin taraflarından olmaması kuralının kamu düzeni ile ilgili olduğunu ifade ederek davacı avukatla davalı banka arasında çıkan uyuşmazlıkta banka idare meclisinin hakem olacağına ilişkin bu şartın geçersiz olduğuna hükmetmiştir (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>). Benzer karar örnekleri için bkz. Yargıtay Yirminci Hukuk Dairesi, 28 Mart 2002 Tarih ve E.2002/1955, K.2002/2791 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 18 Ocak 2006 Tarih ve E.2005/5778, K.2006/93 (<https://kazanci.com>).

min, çözeceği faydalar çatışması ile ilgisi olmayan bir kişi durumunda bulunması gerekir<sup>[67]</sup>. Tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşullar gerçekleştiği takdirde ise, davacı veya davalı tarafından hakemin reddi müessesesinin işletilmesi söz konusu olabilir (HMK m. 417/2, cüm. 1). Bununla birlikte, taraflardan birinin bizzat atadığı veya atanmasına katıldığı hakemin reddi, yalnızca atanma tarihinden sonra öğrenilen ret sebeplerine dayanılarak yapılabilir (HMK m. 417/2, cüm. 2). Bir hakemin, tarafsız ve bağımsız olmaması sebebiyle HMK m. 418 uyarınca usulüne göre reddedilmemiş olması ise, hakem yargılamasının mevcut hakem veya hakemlerle devamı anlamına gelir. Kanımızca bu durumda, hakemin tarafsız ve bağımsız olmaması, hakem sözleşmesinin geçersizliğine sebep olmaz veya yargılama sonucunda verilen kararının iptali sonucunu tek başına doğurmaz<sup>[68]</sup>. Nitekim HMK m. 439/2(e) uyarınca, “*Tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde, bu Kısımda<sup>[69]</sup> yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu ... tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir.*” Ancak dikkat edilirse bu hükme göre hakemin tarafsız ve bağımsız olmamasının hakem kararının iptali sebebini teşkil edebilmesi için, hakemin tarafsız ve bağımsız olmamasına rağmen reddedilmeyerek yargılamaya devam edilmesi ve iptal talebine dayanak yapılmak istenen bu yargılama hatasının hakem kararının esasına etki edecek nitelikte olması

tr/); Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 10 Nisan 2009 Tarih ve E.2009/1393, K.2009/2082 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>).

[67] Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 6 Haziran 1988 Tarih ve E.1988/1646, K.1988/2157 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>).

[68] Nitekim hâkimin reddi usulünde de hâkim süresi içerisinde taraflarca reddedilmezse, yargılama sonucunda hâkimin verdiği hüküm, hâkimin reddi sebebine dayanılarak bozulamaz (Hakan Pekcanitez ve Mine Akkan, “§ 4. Yargı Görevlileri”, *Medeni Usul Hukuku - Cilt I*, İstanbul, On İki Levha, 2017, s.384).

[69] 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, “Onbirinci Kısım - Tahkim”; HMK m. 407-444.

gerekir<sup>[70]</sup>. Bununla beraber adlî yargılanma hakkının unsurlarından biri kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma olup, esasen tahkim yargılamasının da adil bir biçimde ve silahların eşitliği ilkesine uyularak tarafsız ve bağımsız hakemler aracılığıyla yürütülmesi gerekir. Buna karşılık eğer ki hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığından şüphe ediliyorsa, bu durum, tarafların eşitliği ilkesi ve dolayısıyla hukukî dinlenilme hakkına uyulmaması sonucunu doğurabileceği için bir iptal sebebi de oluşturabilir. Buna paralel olarak HMK m. 439/2(f) uyarınca da, “*Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği ... tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir.*” İşte bu hükme göre, hakemin tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşullar gerçekleşmiş olmasına rağmen hakem reddedilmez ve tahkim yargılamasına devam edilirse ve fakat hakemin tarafsız olmaması diğer tarafa hukukî dinlenilme hakkını sağlamamasına sebep olursa, hakem kararının iptali yine mümkündür.

Açıklanan bütün koşullara ek olarak hakemlerin, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması gerekmeyp, yabancı uyruklu kişilerin de hakem olarak seçilmesi mümkündür<sup>[71]</sup>. Bunların haricinde tahkim yoluyla çözülecek uyuşmazlıklarda seçilecek hakemlerin başka hangi niteliklere sahip olması gerektiği hususu, davacı ve davalı taraflarca aralarındaki tahkim sözleşmesinde de kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda hakem veya hakemlerin, taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmaması, söz konusu hakem veya hakemlerin reddi sebebini teşkil eder (HMK, m. 417/2, c. 1).

[70] Mustafa Serdar Özbek, *Tahkim Hukuku, Cilt 2*, Ankara, Yetkin, 2022, 1988; Sezin Aktepe-Artık, *Medeni Usûl Hukukunda Hakem Kararlarının İptali Sebepleri (HMK m. 439)*, İstanbul, On İki Levha, 2023, s.325.

[71] Çenberci, *Tayin Usulü*, s.123; Koral, *İç Tahkim*, s.1057; Sarısözen, s.108; Özbay ve Korucu, s.60. Seçilen yabancı uyruklu hakem veya hakemler tarafından verilen kararın Türkiye’de icrası mümkün olmasa bile, bu durum yapılan tahkim ve hakem sözleşmelerini geçersiz kılmaz (Dayınlarlı, *İç Tahkim*, s.43).

## D) UNSURLARI

### 1- Bir İşin Görülmesi

Hakem sözleşmesi niteliği itibariyle bir işgörme sözleşmesi olup<sup>[72]</sup>, sözleşmenin unsurlarından biri olan işgörme edimi, hakem veya hakemlerin hakem sözleşmesi ile üstlendiği aslî edim yükümlülüğünü oluşturur. Buna göre, hakem sözleşmesi kapsamında tek hakem veya hakem kurulu tarafından görülecek olan iş, davacı ve davalı taraf arasındaki Türk hukukuna göre tahkime elverişli bir hukukî uyumsuzluğun, tahkim yargılaması yapılması ve bu yargılama sonucunda bir karar verilmesi suretiyle çözülmesidir.

### 2- Ücret

Hakem sözleşmesinin unsurlarından biri de ücrettir<sup>[73]</sup>. Uygulamada kural olarak hakem veya hakemlerin üstlendikleri tahkim yargılaması görevi için bir miktar ücret kararlaştırılmakla birlikte<sup>[74]</sup>, ücret unsuru, hakem sözleşmesinin zorunlu bir unsurunu teşkil etmez<sup>[75]</sup>. TBK m. 502/II uyarınca vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde isimsiz bir işgörme sözleşmesi olan hakem sözleşmesine de uygulanacağından, TBK m. 502/III'ün, “*Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.*” şeklindeki ücreti sözleşmenin zorunlu unsuru olmaktan çıkaran hükmü, kanımızca burada da uygulama bulur. Nitekim, HMK m.

[72] Bacanlı, s.123; Tanrıver, s.381.

[73] Kemal Dayınlarlı, “İhtiyarî Tahkimde Hakem Ücreti”, *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998, s.540; Dayınlarlı, İç Tahkim, s.58; Özbay ve Korucu, s.51.

[74] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.41.

[75] Begüm Hande Ertürk, “Milletlerarası Tahkimde Yeni Gelişmeler: Tahkim Yargılaması Süreci ve Masraflarının Azaltılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan)*, İstanbul, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s.1598-1599; Çenberci, *Tayin Usulü*, s.136; Bacanlı, s.112; Konuralp, *Hukukî Sorumluluk*, s.103-104.

440/1 uyarınca hakemlerin ücretinin hakem veya hakem kurulu ile taraflar arasında kararlaştırılması mümkündür. Bu kapsamda hakem veya hakemlere herhangi bir ücret ödenmeyeceğinin kararlaştırılmasına da bir engel bulunmamaktadır<sup>[76]</sup>. Bununla birlikte hakem sözleşmesinde ücrete ilişkin herhangi bir anlaşmaya varılmamış olması hâlinde ise hakem, teamül gereğince ücrete hak kazanır<sup>[77]</sup>.

HMK m. 440/I uyarınca, “*Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakemlerin ücreti, dava konusu alacağın miktarı, uyuşmazlığın niteliği ve tahkim yargılamasının süresi dikkate alınarak, hakem veya hakem kurulu ile taraflar arasında kararlaştırılır*”. Buna göre hakemler, yaptıkları hakemlik görevi karşılığında alacakları ücretin miktarını kendi başlarına belirleyemezler<sup>[78]</sup>. Hakemler tabii ki sözleşme görüşmeleri sırasında alacakları ücret ile ilgili müzakerelerde bulunabilir ve talep ettikleri ücretin miktarını belirtebilir; ancak hakem ile uyuşmazlığın tarafları arasında akdedilen hakem sözleşmesinde hakem ücretine ilişkin herhangi bir anlaşmaya varılmamış olması

[76] Ertürk, s.1599.

[77] Bacanlı, s.137; Ömer Faruk Petek, *Hakem Sözleşmesi Uyarınca Hakemin Hak ve Yükümlülükleri*, Yüksek Lisans Tezi, Danışman Güray Erdönmez, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2015 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 415728), s.19; Murat Güney, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İç (Ulusal) Tahkimde Hakemlik”, *Bursa Barosu Dergisi*, Sayı 115, 2021, s.93.

[78] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.788; Dayınlarlı, İç Tahkim, s.57; Bıçkın, s.383; Konuralp, *Hukukî Sorumluluk*, s.104. Aksi yöndeki görüş için bkz. Reyhani-Yüksel, s.2447. Yazar, HMK m. 440’ın, Yargıtay’ın hakemlerin kendi ücretlerini tayin ve tespit edemeyeceklerine ilişkin içtihadı birleştirme kararını etkisiz hâle getirdiğini ileri sürmektedir. Kanımızca yazarın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Nitekim anılan Kanun hükmü ile içtihadı birleştirme kararının içerikleri birbirinden farklıdır. Buna göre HMK m. 440, hakem ile uyuşmazlığın tarafları arasında hakem ücretine ilişkin bir anlaşma sağlanamaması hâlinde hakem ücretinin ne şekilde belirleneceğini öngörmekteyken; Yargıtay’ın ilgili içtihadı birleştirme kararı ise, hakemin alacağı ücreti tek başına takdir ederek bu ücrete ilişkin hüküm vermesini yasaklamaktadır [Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 13 Mayıs 1964 Tarih ve E.1964/1, K.1964/3 (<https://legalbank.net/arama>)].

hâlinde, hakemin uyuşmazlığa ilişkin karar verirken hakem ücretinin miktarına da karar vermesi söz konusu değildir<sup>[79]</sup>. Bu hususa ilişkin olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 1964 tarihli içtihadı birleştirme kararı ile, hakem ücretinin taraflarca belirlenmemiş olması hâlinde hakemlerin kendi ücretlerini belirleyemeyeceklerine ve emeklerinin karşılığı olan alacaklarının ödetilmesi için genel hükümler uyarınca yetkili mahkemelere başvurarak karar almaları gerektiğine hükmedilmiştir<sup>[80]</sup>. Kararda hakemlerin kendi ücretlerini belli edememelerinin, bir kimsenin kişisel alacağı hakkında hâkim olamayacağı ve hüküm veremeyeceği kuralına dayandığı; hakemin kendi emeğinin karşılığı için hâkim durumuna girerek hüküm vermesinin hakemin tarafsızlığı kuralı ile de bağdaşmayacağı ifade edilmiştir.

Hakem ücretinin belirlenmesine ilişkin sözleşme iş görülmeden önce, iş görülürken veya iş görüldükten sonra yapılabilir<sup>[81]</sup>. Ücret sözleşmesi, hakemler ile uyuşmazlığın iki tarafı arasında yapılabileceği gibi bir tarafı

[79] Konuralp, *Hukukî Sorumluluk*, 104. Buna göre kendi ücretini belirlemesi durumunda, hakemin kendi yetkisi dışında kalan bir konuda karar vermiş olması sebebiyle HMK m. 439/2(d) ve m. 439/3 uyarınca hakem kararının hakem ücretine ilişkin kısmı iptal edilebilecektir (Çenberci, *Tayin Usulü*, s.144). Bununla birlikte YİBGK'nın hakemlerin kendi ücretlerini belirleyemeyeceklerine ilişkin içtihadı birleştirme kararını isabetli bulmayan görüş uyarınca, hakkaniyet ve adaletten ayrılarak aşırı miktarlara karar vermeleri tehlikesi önlenerek tedbirlerin alınması şartıyla, hakemlerin kendi ücretlerini bizzat belirlemelerinde açık yarar bulunmaktadır (Çenberci, *Tayin Usulü*, s.143-144, 160). Hakem ücretine ilişkin daha ayrıntılı açıklama için bkz. III no'lu başlık altındaki uyuşmazlığın taraflarının borçlarından, "1. Hakem Ücretini Ödeme".

[80] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 13 Mayıs 1964 Tarih ve E.1964/1, K.1964/3 (<https://legalbank.net/arama>). Aynı yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 11 Eylül 1974 Tarih ve E.1970/4-969, K.1974/908 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi, 13 Mart 2006 Tarih ve E.2005/2780, K.2006/2567 (<https://kazanci.com.tr/>).

[81] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 11 Eylül 1974 Tarih ve E.1970/4-969, K.1974/908 (<https://kazanci.com.tr/>).

arasında da yapılabilir<sup>[82]</sup>. Uyuşmazlığın bir tarafı ile ücret sözleşmesi yapılması hâlinde bu sözleşme yalnız o tarafı bağlar; ücret sözleşmesi yapmayan taraf bu sözleşme ile belirlenen miktardan sorumlu olmaz<sup>[83]</sup>. Uyuşmazlığın tarafları aralarında aksini kararlaştırılmamışlarsa hakemlerin ücreti, hakem veya hakem kurulu ile davacı ve davalı taraflar arasında serbestçe kararlaştırılabileceği gibi, yerleşmiş kurallara veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yapılması sureti ile de belirlenebilir. Eğer taraflar arasında ücretin belirlenmesi konusunda anlaşmaya varılamaz ya da tahkim sözleşmesinde ücretin belirlenmesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmaz yahut taraflarca bu konuda yerleşmiş kurallara veya kurumsal tahkim kurallarına yollama da yapılmamışsa, hakem veya hakem kurulunun ücreti, her yıl Adalet Bakanlığınca hazırlanan ücret tarifesine<sup>[84]</sup> göre belirlenir (HMK m. 440). Hakem kurulu başkanının ücreti ise, taraflarca aksinin kararlaştırılmamış olması şartıyla, hakemlerden her birine ödenecek hakem ücretinin yüzde on fazlası olarak hesaplanır (HMK m. 440/4).

### 3- Anlaşma

#### a) Hukukî İşlem Ehliyeti

Davacı ve davalının gerek iradî tahkimde gerekse mecburî tahkimde

[82] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 11 Eylül 1974 Tarih ve E.1970/4-969, K.1974/908 (<https://kazanci.com.tr/>).

[83] Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi'nin 21 Şubat 2005 Tarih ve E.2004/4252, K.2005/870 Sayılı kararında, somut olaydaki ücret anlaşmasında uyuşmazlığın taraflarından biri yer almadığı için bu kişinin imzalamadığı bir sözleşmede kararlaştırılan ücretten sorumlu tutulamayacağı; bu sebeple de hakem ücretinin mahkemece belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir (<https://legalbank.net/arama>). Aynı yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 11 Eylül 1974 Tarih ve E.1970/4-969, K.1974/908 (<https://kazanci.com.tr/>).

[84] Bkz. Adalet Bakanlığınca hazırlanarak 32701 sayılı ve 23.10.2024 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hakem Ücret Tarifesi, <https://higm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/23102024164219HMK%20Hakem%20%C3%9Ccret%20Tarifesi.pdf> (Erişim Tarihi: 07.12.2024).

aralarındaki uyuşmazlığın hakem veya hakemler tarafından çözülmesini sağlayabilmeleri için seçilen hakem veya hakemler ile hakem sözleşmesi yapmaları gerekir. Böyle bir hakem sözleşmesinin kurulabilmesi, bu kişilerin aralarında anlaşmasına bağlıdır. Başka bir anlatımla, uyuşmazlığın taraflarınca uyuşmazlığın hakem tarafından çözülmesine yönelik olarak hakem veya hakemlere yapılan icabın, bu hakem veya hakemler tarafından kabul edilmesi<sup>[85]</sup>; bu şekilde geçerli bir hakem sözleşmesinin vücuda getirildiğinden bahsedilebilmesi için de her şeyden önce taraflardan her birinin bu sözleşmeyi akdetmeye ehil olması gerekir.

Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz olmasının hakem kararının iptali sebebini teşkil ettiği Kanun'da açıkça düzenlenmiş olsa da [HMK m. 439/2(a)], hakem sözleşmesi bakımından böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte bir kişinin kendisine borç yükleyen bir sözleşmeyi akdedebilmesi ve böyle bir sözleşmenin geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için o kişinin hukukî işlem ehliyetine sahip olması gerektiğinden (TMK m. 9), hakem sözleşmesinin geçerliliği de hem uyuşmazlığın taraflarının hem de hakemlerin fiil ehliyetine sahip olmasına bağlıdır<sup>[86]</sup>. Buna göre hakem sözleşmesine taraf olan davacı, davalı ve hakemlerin, tam ehliyetli olması; daha açık bir anlatımla ergin ve ayırt etme gücüne sahip olup kısıtlı olmaması gerekmektedir (TMK m. 10, 14). Dolayısıyla, tam ehliyetsiz ve sınırlı ehliyetsizlerin tek başlarına yaptıkları hakem sözleşmesi geçersizdir (TMK m. 15; 16/I, c. 1). Buna göre, tam ehliyetsizler adına bu sözleşmenin bu kişilerin yasal temsilcileri; başka bir ifade ile veli veya vasileri tarafından bizzat yapılması gerekir. Sınırlı ehliyetsizlerin yapacakları hakem sözleşmesinin geçerliliği ise yasal temsilcilerinin bu işleme rızasının mevcudiyetine bağlıdır (TMK m. 16/I, c. 1)<sup>[87]</sup>. Hakem

[85] Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.191.

[86] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.786; Belgesay, s.51.

[87] TMK m. 462, b. 8'de, "*Acele hâllerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması,*" vesayet makamının iznini gerektiren hâllerden sayılmıştır. Her ne kadar tahkime gidilmesi

sözleşmesine konu uyumsuzluk, karşılıksız kazanma elde ettiği için sınırlı ehliyetsizin tek başına yapabildiği bir hukukî işlemde kaynaklanıyor olsa bile (TMK m. 16/I, c. 2), hakem sözleşmesi uygulamada genellikle ücret karşılığı yapılmakta ve bu sebeple tam iki tarafa borç yüklemekte olduğundan, geçerli bir hakem sözleşmesi için yine yasal temsilcinin rızası gerekir. Buna karşılık vesayet altındaki sınırlı ehliyetsize vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmişse, sınırlı ehliyetsiz kendisine bahşedilen faaliyet alanına ilişkin olmak şartıyla tek başına hakem sözleşmesi yapabilir (TMK m. 453)<sup>[88]</sup>. Kendisine yönetim

in için yasal temsilcinin rızası yeterli görülmemiş ve vesayet makamının; başka bir ifade ile sulh hukuk mahkemesinin izni aranmış olsa da hakem sözleşmesi yapılması bu kapsamda sayılmadığından, vesayet altındaki sınırlı ehliyetsizlerin yapacakları hakem sözleşmesinin geçerliliği için vasilerinin rızası yeterlidir. Nitekim tahkimde dava açılması ile hakem sözleşmesi yapılması, birbirinden ayrı işlemlerdir. Her ne kadar HMK m. 426/1'de, "*Taraflar aksini kararlaştırmadıkça tahkim davası, hakemlerin seçimi için mahkemeye veya tarafların sözleşmesine göre hakem seçecek olan kişi, kurum veya kuruluşa başvurulduğu ve eğer sözleşmeye göre hakemlerin seçimi iki tarafa ait ise davacının hakemini seçip kendi hakemini seçmesini diğer tarafa bildirdiği; sözleşmede hakem veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise uyumsuzluğun tahkim yoluyla çözülmesi talebinin karşı tarafça alındığı tarihte açılmış sayılır.*" hükmü yer alsa da bu, davanın hakem sözleşmesinin kurulması ile açıldığı anlamına gelmemektedir. Gerçekten de tahkim davası, hakemler tamamen belli olup hakem kurulu oluştuktan sonra davacının, taraflarca kararlaştırılan veya hakem tarafından belirlenecek süre içinde, tahkim şartını veya sözleşmesiyle birlikte varsa esas sözleşme ile iddiasını dayandırdığı vakıaları ve talebini dilekçeyle hakem veya hakem kuruluna sunması ile açılır (HMK m. 428/I). Kanun koyucunun davanın açılma anını daha önceki bir tarih olarak kabul etmesinin sebebi, hakem kurulunun oluşmasının uzun zaman alması ve bu süre zarfında dava sürelerinin geçme ihtimalinin söz konusu olmasıdır (Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin, 25. Baskı, 2014, s.969).

- [88] TMK m. 453, "*Vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, o kişi bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir ve bu tür işlemlerden dolayı bütün malvarlığı ile sorumludur.*" hükmünü içermektedir. Anılan hüküm kapsamında verilen iznin sonucu olarak vesayet altındaki sınırlı ehliyetsiz, yürüttüğü meslek ve sanata ilişkin işlemler yönünden tam ehliyetli sayıldığından ve TMK m. 449'da sayılan yasak işlemleri (kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak) bile tek başına yapabileceği kabul edildiğinden (Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper

veya oy danışmanı atanmış sınırlı ehliyetli kişiler de hakem sözleşmesini tek başlarına yapabilir<sup>[89]</sup>. Tüzel kişiler yönünden ise hakem sözleşmesinin, tüzel kişiyi temsile yetkili organ veya kişiler tarafından yapılması gerekir (TMK m. 50/I).

Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz, 13. Baskı, 2018, s.432, par. 2084), hakem sözleşmesini tek başına evleviyetle yapabilir. Aksi yöndeki görüş için bkz. Sedat Sezgin, “Vesayet Altındaki Kişinin Vasi Rızası Gerektirmeksizin Bizzat Yapabileceği İşlemler”, *Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2022, s.63-64. Yazar, TMK m. 449 hükmünde sayılan işlemlerin hem vesayet altındaki kişi hem de yasal temsilcisi tarafından yapılmasının yasaklandığını ve ayrıca yasaklanan işlemlerin, TMK m. 453’te yapılması için yetki verilen olağan işlemlerden sayılamayacağı kanaatindedir. Kanımızca bu görüşün kabulü hâlinde dahi sınırlı ehliyetsiz TMK m. 453 uyarınca tek başına hakem sözleşmesi yapabilir; çünkü bu işlem TMK m. 449 kapsamındaki yasak işlemlerden değildir.

- [89] Selçuk, s.89-90. Yazar, sınırlı ehliyetlilerin tahkimde dava açabilmesinin TMK m. 429/I, b. 1 gereği yasal danışmanın görüşünün alınmasına bağlı olduğunu; ancak bu kişilerin kendi hakemini tayin edip tahkim yargılamasına başlama ehliyetinin tam olduğunu ve anılan işlemleri bizzat yapabileceğini ifade etmektedir. Yazarın, sınırlı ehliyetlilerin tek başına hakem sözleşmesi yapabileceğine ilişkin görüşüne katılıyor; ancak tahkimde dava açabilmesi için yasal danışmanın görüşünün gerektiğini düşünmüyoruz. Dikkat edilecek olursa, TMK m. 462’de vesayet altındaki kişilerin vesayet makamının; yani sulh hukuk mahkemesinin iznini gerektiren işlemler sayılırken 8. bent, “*dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması*,” şeklinde kaleme alınmıştır. Anılan bentte “dava açma”nın yanında “tahkim yapılması”na da ayrıca yer verilmiş olması kanımızca göstermektedir ki, şayet kanun koyucunun iradesi oy danışmanlığı altındaki kişilerin tahkimde dava açması için danışmanın görüşünün gerekmesi yönünde olsaydı, TMK m. 462, b. 8 olduğu gibi TMK m. 429/I, b. 1’de de bu işlemi ayrıca belirtirdi. Sınırlı ehliyetlilerin tek başına hakem sözleşmesi yapamayacağına ilişkin görüş için bkz. Elif Asena Aslan, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Hakem Sözleşmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Danışman Fikret Eren, Ankara, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 610790), s.20. Yazar, TMK m. 429/I, b. 1’de, “*Dava açma ve sulh olma*,” işlemlerinin, kendisine oy danışmanı atanan kişinin yasal danışmanının görüşünü alarak yapması gereken işlemlerden sayıldığını ve bu hükmün hakem sözleşmesi hakkında kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Anılan hükümdeki işlemler sınırlı sayıda sayılmış olduğundan, kanımızca yasal danışmanlık altındaki kişilerin ehliyetinin kıyas yoluyla daha da sınırlandırılması mümkün değildir. Hâl böyle olunca, sınırlı ehliyetlilerin hakem sözleşmesi yapmasının oy danışmanının görüşüne bağlanması kanımızca kabul edilemez.

## b) Şekil

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda davacı ile davalı arasındaki tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin adı yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlı olduğu açıkça düzenlenmiş olup (HMK m. 412/3)<sup>[90]</sup>, uyuşmazlığın tarafları ile hakem veya hakemler arasındaki anlaşmanın; yani hakem sözleşmesinin şekline ilişkin ise herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Tahkim sözleşmesinin aksine herhangi bir kanunî şekle tâbi olmadığından, hakem sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlı değildir (TBK m. 12/I). Dolayısıyla bu sözleşmenin taraflarca sözlü şekilde yapılması da mümkündür<sup>[91]</sup>. Bununla birlikte yazılı şekilde yapılmış olan hakem sözleşmesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında belge niteliğini taşıdığından, taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkması hâlinde ispat kolaylığı sağlayacaktır (HMK m. 199)<sup>[92]</sup>. Uyuşmazlığın taraflarının, hakem sözleşmesinin şeklinin yanında, örneğin hakemlerin sayısı ve seçim usulü, tahkim yeri, uygulanacak hukuk, yargılama masrafları ve avansın nasıl ödeneceği, yargılamanın hangi dilde yapılacağı veya yargılama süresi gibi hakem sözleşmesinin içeriğine ilişkin hususların bir kısmını, tahkim sözleşmesi içinde serbestçe belirlemesi de mümkündür<sup>[93]</sup>.

Hakem sözleşmesi, bir kimsenin davacı veya davalı tarafından hakem olarak tayin edilmesi ile değil<sup>[94]</sup>, bu kişinin hakemliği kabulü ile kurulur

[90] Dayınlarlı, İç Tahkim, s.15.

[91] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.785; Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.44, 51; Biçkin, s.381-382; Kuru ve Aydın, *İstinaf*, s.701; Kuru ve Aydın, *Cilt II*, s.1882; Tanrıver, s.380; Buluttekın, s.275; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, s.727.

[92] Bersun Sarıgül-Ata, "Belge ve Belgenin Delil Kuvveti", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2020, s.9 vd.

[93] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.51.

[94] Bu bağlamda davacı, davalı, seçilen hakemler, üçüncü kişiler veya mahkeme tarafından hakemin belirlenmesi, öneri (icap) niteliğindeki irade açıklamasını teşkil

(TBK m. 1/I)<sup>[95]</sup>. Hakemin görevi kabul ettiğine ilişkin beyanı açık olabileceği gibi, örtülü şekilde de olabilir (TBK m. 6, 503). Buna göre, hakemin kendisini seçen tarafa görevi kabul ettiğini sözlü veya yazılı olarak açıkça beyan etmesi veya böyle bir beyan olmaksızın göreve ilişkin faaliyette bulunması, örneğin davaya ilişkin belgeleri istemesi, taraflardan avans talep etmesi veya duruşma günü tayin etmesi, hakemin görevi kabul ettiğini gösterir<sup>[96]</sup>; dolayısıyla bu kişi ile hakem sözleşmesi kurulmuş olur. Hatta TBK m. 6'nın, “Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.” ve m. 503'ün, “Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.” şeklindeki hükümleri karşısında, hakemlik yaptığı bilinen bir kişinin, somut uyuşmazlıkta hakem olarak seçilmesi hâlinde uygun bir süre içinde görevi reddetmemesi; yani susması, kabul beyanı olarak değerlendirilir ve bu kişi ile uyuşmazlığın tarafları arasında hakem sözleşmesi kurulmuş olur<sup>[97]</sup>.

Davacı veya davalı tarafından bir hakemin seçilmesi hâlinde hakemin görevi kabulü ile bu hakem ve uyuşmazlığın diğer tarafı arasında da hakem sözleşmesi kurulmuş olur<sup>[98]</sup>. Hakem heyeti başkanının, davacı ve dava-

---

eder (Dayınlarlı, İç Tahkim, 43; Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.44-46).

[95] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.786; Dayınlarlı, İç Tahkim, s.43; Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.44; Bıçkın, s.381-382; Kuru ve Aydın, *İstinaf*, s.701; Kuru ve Aydın, *Cilt II*, s.1882; Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2689; Tanrıver, s.380; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, s.728; Özbay ve Korucu, s.53.

[96] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.44, 47, 51; Süral, s.230-231.

[97] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.47-48; Konuralp, *Hukukî Sorumluluk*, s.124-125.

[98] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.785; Dayınlarlı, İç Tahkim, s.43; Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.44-45.

lı taraflarca seçilmiş hakemlerce belirlenmesi hâlinde ise hakemin görevi kabulü ile bu hakem ve uyuşmazlığın her iki tarafı arasında hakem sözleşmesi kurulmuş olur<sup>[99]</sup>. Aynı şekilde hakemin mahkeme tarafından seçilmiş olması durumunda da hakem sözleşmesi, bu hakem ile uyuşmazlığın tarafları arasında yine hakemin görevi kabul ettiği anda kurulmuş olur<sup>[100]</sup>.

## II. HAKEM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ VE DİĞER BAZI SÖZLEŞME TÜRLERİNDEN AYIRT EDİLMESİ

### A) HUKUKÎ NİTELİĞİ

Hakem sözleşmesi, bir işgörme sözleşmesi olup, bu sözleşmenin kurulması ile taraflar arasında bir borç ilişkisi meydana geldiği için hukukî niteliği itibariyle bir borç sözleşmesidir<sup>[101]</sup>. Bununla birlikte hakem sözleş-

[99] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.45.

[100] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.785; Dayınlarlı, İç Tahkim, s.43.

[101] Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 27. Baskı, 2022, s.215-216, s.218-par. 588; Tanrıver, s.380; Buluttekın, s.275; Özbay ve Korucu, s.52. Buna göre, hakem sözleşmesinin kurulması ile hakem veya hakemler, hakem sözleşmesine konu somut uyuşmazlığı tahkim yargılaması yapmak ve nihayetinde bir karar vermek suretiyle çözmeyi borçlanırken, uyuşmazlığın tarafları da uygulamada bunun karşılığında kararlaştırılan hakem ücretini ödemeyi borçlanırlar. Dolayısıyla hakem sözleşmesi uygulamada, tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşme olarak karşımıza çıkar. Bununla birlikte, hakem sözleşmesinin taraflarının kendi aralarında akdettikleri sözleşmenin usul kanunlarında düzenlenmiş olması ve usul hukuku alanında sonuç doğurmasını, bu sözleşmenin salt bir usul hukuku sözleşmesi olarak kabulü için yeterli saymayıp, aksine, hakem sözleşmesinin kurulması ve uygulanması borçlar hukuku ilkelerinin hakimiyeti altında gerçekleştiğinden, bunu salt bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak nitelendiren bir görüş de mevcuttur (Tekinalp, s.17-18, 29). Kanımızca yoğun olarak maddî hukuku ilgilendirmekle birlikte sonuçlarını usul hukukunda da doğurmakta olduğundan, hakem sözleşmesini salt bir borçlar hukuku sözleşmesi veya salt bir usul hukuku sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün değildir. Kurulması ve geçerliliği borçlar hukuku ilkelerine tâbi olmakla birlikte, hüküm ve sonuçları bakımından usul hukuku ilkelerinin baskın olması sebebiyle hakem sözleşmesinin, maddî hukuk yönü ağır basan bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul

mesinin ne tür bir borç sözleşmesi olduğu konusunda doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Söz konusu fikir ayrılığı hem hakem sözleşmesinin isimli mi yoksa isimsiz bir sözleşme mi olduğu hem de ne tür bir isimli ya da isimsiz sözleşme olduğu konusunda ortaya çıkmaktadır. Bazı kaynaklarda hakem sözleşmesinin isimli bir borçlar hukuku sözleşmesi olup; vekâlet sözleşmesi<sup>[102]</sup>, hizmet sözleşmesi<sup>[103]</sup> veya eser sözleşme-

edilebileceği görüşündeyiz. Aynı yöndeki görüş için bkz. Tekinalp, s.30; Pekcanıtez ve Yeşilirmak, s.2690; Buluttekin, s.275.

- [102] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası'na göre hakem sözleşmesi, ücretsiz olarak yapıldığı istisnai hâllerde vekâlet sözleşmesi niteliğindedir (Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.785, dipnot 12). *Dayınlarlı* ise, hakem sözleşmesi kapsamındaki uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasındaki özel hukuk ilişkisinin vekâlet sözleşmesine dayandığını ileri sürmektedir (Dayınlarlı, İç Tahkim, s.42, 52-53; Dayınlarlı, *Hakem Ücreti*, s.540). *Belgesay*, hakemlerin, uyuşmazlığın taraflarının müşterek vekilleri olduğu görüşündedir (Belgesay, s.45-46). *Çenberci*, hakemin herhangi bir vekil gibi olmamakla birlikte, uyuşmazlığın taraflarının “bir çeşit vekili” olduğunu ifade etmektedir (Çenberci, *Tayin Usulü*, s.123, 125, 136, 161-162). Hakem sözleşmesinin hukukî niteliği itibarıyla bir vekâlet sözleşmesi olduğunu savunan diğer yazarlar için bkz. Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, 41; Bıçkın, s.381; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s.742; Reyhani-Yüksel, s.2439; Özbay ve Korucu, s.52. Anılan görüş yalnız doktrindeki hâkim görüş olmakla kalmayıp uygulamada da kabul görmektedir. Buna göre, Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi'nin 15 Haziran 1989 Tarih ve E.1989/1023, K.1989/2841 Sayılı kararında, “özel borç ilişkileri içinde taraf iradelerine dayanan tahkim sözleşmesinin herhangi bir akit tipine tâbi olduğu [kanunlarda] belirtilmemiş olduğundan, kural olarak uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında bir vekâlet akdi oluştuğunun” kabulü gerektiği vurgulanmıştır (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>). Aynı yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 6 Aralık 1969 Tarih ve E.1969/1110, K.1969/886; Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 18 Haziran 2003 Tarih ve E.2003/2780, K.2003/3307 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi, 28 Haziran 2012 Tarih ve E.2012/11165, K.2012/16370 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 20 Haziran 2019 Tarih ve E.2018/5543, K.2019/2891 (<https://kazanci.com.tr/>). Hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin isabetsiz olduğuna ilişkin karşı görüşün ayrıntılı açıklaması için bkz. II no'lu başlık altında hakem sözleşmesi ile farkları tartışılan, “5. Vekâlet Sözleşmesi”.

- [103] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası'na göre hakem sözleşmesi, ücretli olarak yapıldığı hâllerde; yani kural olarak, hizmet sözleşmesi niteliğindedir

si<sup>[104]</sup> niteliğinde olduğuna dair yaklaşımlar söz konusudur. Bununla birlikte bir sözleşmenin isimli bir sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için bu sözleşmenin herhangi bir kanunda tanımı, esaslı unsurları, varsa çeşitleri, tarafları, tarafların hak ve borçları, sona erme sebepleri yönünden az veya çok düzenlenmiş olması gerekir<sup>[105]</sup>. Buna karşılık bir sözleşme, bazen sadece isim olarak, bazen de sadece belli birtakım yönleri itibarıyla kanunda düzenlenmişse, sırf kanunda ismen yer aldığı veya bazı noktalarına değinildiği için isimli sözleşme sayılmaz<sup>[106]</sup>. Dolayısıyla ismi kanunda geçmesine rağmen hakkında özel ve ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemiş, bir uyuşmazlık doğduğu zaman bu uyuşmazlığa uygulanacak kanun hükümleri belirli olmayan bir sözleşme de isimsiz bir sözleşmedir<sup>[107]</sup>.

Türk hukukunda hakem sözleşmesi ile ilgili iki yasal kaynak mevcut

(Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.785, dipnot 12). Buna ek olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 13 Mayıs 1964 Tarihli ve E.1964/1, K.1964/3 Sayılı içtihadı birleştirme kararında, hâkimlerin neden hakemlik görevini üstlenemeyeceklerine ilişkin olarak yapılan açıklamada kullanılan, "... *taraflarla hakem arasındaki ilişkinin, özel hukuk anlamına giren hizmetle ilgili bir akit olması ve bu yüzden ücreti kapsamı ...*" ifadesi de Çenberci tarafından, Yargıtay'ın uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasındaki ilişkiyi bir hizmet sözleşmesi çerçevesinde nitelendirdiği yönünde yorumlanmaktadır (Çenberci, *Tayin Usulü*, s.123). Hakem sözleşmesinin hizmet veya iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin isabetsiz olduğuna ilişkin karşı görüşün ayrıntılı açıklaması için bkz. II no'lu başlık altında hakem sözleşmesi ile farkları tartışılan, "4. Hizmet ve İş Sözleşmesi".

[104] Hakem sözleşmesinin neden bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. II no'lu başlık altında hakem sözleşmesi ile farkları tartışılan, "3. Eser Sözleşmesi".

[105] Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 10. Baskı, 2022, s.947-948, par. 3207; Eren, *Genel Hükümler*, s.219-220, par. 591-592.

[106] Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt 1, **İstanbul**, Vedat, 3. Baskı, 2013, s.4; Eren, *Özel Hükümler*, s.947-948, par. 3207; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin, 17. Baskı, 2024, s.79; Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Turhan, 19. Baskı, 2019, s.11.

[107] Zevkliler ve Gökyayla, s.11.

olup bunlar 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'dur (HMK m. 407-444). Milletlerarası Tahkim Kanunu, yabancı unsur içeren ve tahkim mahalli Türkiye olan uyuşmazlıklardaki milletlerarası tahkimi düzenleyen bir kanundur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise, m. 415'te hakemlerin sayısı, m. 416'da hakemlerin seçimi, tarafların hakem seçmedeki durumları ve hakem seçilmezse ne olacağı, m. 417'de hakemin reddi sebepleri, m. 418'de ret usulü, m. 419'da hakemlerin sorumluluğu, m. 420'de hakemlerin görevini yerine getirmemesi, m. 421'de yeni hakem seçilmesi, m. 422'de hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar vermesi, m. 431'de hakem veya hakem kurulunca bilirkişi seçimi, m. 433'te hakem kurulunun karar vermesi, m. 440'ta hakemlerin ücreti düzenlenmektedir. Görüldüğü gibi Kanun'da hakemlerle ilgili oldukça geniş hükümlere yer verilmiş olması, hakem sözleşmesinin isimli bir sözleşme olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Nitekim bazı önemli noktaları Kanun'da düzenlenmiş olmakla birlikte, yine de sözleşmenin tanımı, şekli, unsurları, tarafların borçları, sona erme sebepleri ve bu sözleşmeden bir uyuşmazlık doğduğu zaman uygulanacak hükümler gibi hususlarda birçok eksiklik vardır.

Yukarıda açıklanan sebeplerle hakem sözleşmesi, yoğun olarak maddî hukuka giren bir isimsiz sözleşmedir<sup>[108]</sup>. Bu sözleşmenin ne tür bir isimsiz sözleşme olduğunun tespiti için de öncelikle hakem sözleşmesinin içerdiği unsurların kanunlarda düzenlenmiş sözleşmelerde bir aslî edim unsuru olarak bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir<sup>[109]</sup>. Hakem sözleşmesi, yukarıda da belirtildiği üzere, bir işin görülmesi unsuru, anlaşma unsuru ve kanımızca zorunlu olmayan ücret unsurunu içermektedir.

[108] Tekinalp, s.30; Pekcanıtez ve Yeşilırmak, s.2690; Buluttekin, s.275. Hakem sözleşmesi, oldukça yoğun bir uygulama alanı bulduğundan, doktrinde "tipikleşmiş" bir isimsiz sözleşme olarak nitelendirilmektedir (Eren, *Özel Hükümler*, s.949-par. 3209).

[109] İsimsiz sözleşme türlerine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Eren, *Genel Hükümler*, s.219 vd.-par. 592 vd.; Eren, *Özel Hükümler*, s.952 vd.-par. 3216 vd.; Aral ve Ayrancı, s.79 vd.

Hakem sözleşmesindeki bir işin görülmesi unsurunun, ilk bakışta vekâlet sözleşmesinin aslî edimini teşkil eden “bir başkasına ait işin görülmesi veya işlemin yapılması” unsuru ile benzeştiği düşünülebilir; ancak hakem sözleşmesinde görülecek olan iş bir yargılama faaliyeti olduğundan, kanımızca hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinin aslî edim unsurunu içerdiğinden bahsedilemez.

İsimsiz bir sözleşmenin karma sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için tarafların bu sözleşmede kanunda düzenlenmiş isimli sözleşme tiplerinden iki veya daha fazlasının içerdiği unsurları kanunun öngörmediği bir biçimde kısmen veya tamamen bir araya getirmiş olmaları aranmakta olup<sup>[110]</sup>, bu bağlamda hakem sözleşmesinin bir karma sözleşme olmadığı kanısındayız<sup>[111]</sup>. Tarafların anlaşmalarıyla iki veya daha fazla sayıdaki bağımsız isimli ve/veya isimsiz sözleşmenin bir bütün hâlinde, niteliklerini koruyarak, varlık ve geçerlilikleri birbirine bağlı olacak şekilde kanunun öngörmediği bir biçimde aynı sözleşme içinde bir araya getirilmesiyle meydana gelen bir sözleşme olmaması sebebiyle<sup>[112]</sup>, hakem sözleşmesinin bileşik sözleşme olarak nitelendirilmesi de isabetli değildir.

Kanımızca hakem sözleşmesi, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurları dışında tarafların öngördükleri yeni unsurları, yeni bir sözleşme yaratmak amacıyla bir araya getirdikleri kendine özgü yapısı olan (*sui generis*)

[110] Eren, **Özel Hükümler**, s.953 vd.-par. 3218 vd.; Eren, *Genel Hükümler*, s.220-par. 593; Gümüş, Cilt 1, s.6 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Turhan, 3. Baskı, 2021, s.25; Zevkliler ve Gökyayla, s.18; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersler (Özel Hükümler)*, İstanbul, Beta, 16. Baskı, 2019, s.14; Murat Aydoğdu ve Nalan Tuncer, *Türk Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Ankara, Adalet, 6. Baskı, 2023, s.40.

[111] Hakem sözleşmesinin hukukî niteliği itibarıyla bir karma sözleşme olduğuna ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. Ebru Yılmazsoy, “Tahkim ve Hakem Sözleşmeleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 41, Yıl 11, 2020, s.413, 422.

[112] Eren, **Özel Hükümler**, s.966 vd.-par. 3248 vd.; Eren, *Genel Hükümler*, s.222-par. 600; Gümüş, Cilt 1, s.5-6; Kılıçoğlu, s.30; Zevkliler ve Gökyayla, s.21; Yavuz, s.14; Aydoğdu ve Tuncer, s.42.

bir sözleşmedir<sup>[113]</sup>. Bu durumda hakem sözleşmesinde, davacı ve davalı ile hakem veya hakemler, kendi iradeleriyle özgün bir kural koymuşlarsa bu kuralın uygulanması gerekir<sup>[114]</sup>. Aksi hâlde; başka bir anlatımla, hakem sözleşmesinde bir boşluk bulunması hâlinde sözleşmenin tamamlanması, TBK m. 506/II'nin açık hükmü uyarınca vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerden hakem sözleşmesinin niteliğine uygun düşen hükümlerin, Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümlerinin, örf ve âdet hukuku ile oluşmuş teamüllerin uygulanması; uygulanacak hiçbir kuralın bulunmaması hâlinde ise, hâkimin hukuk yaratması (TMK m. 1/II) suretiyle gerçekleşmelidir<sup>[115]</sup>.

## A) DİĞER BAZI SÖZLEŞME TÜRLERİNDEN AYIRT EDİLMESİ

### 1- Tahkim Sözleşmesi

Tahkim yargılamasının ana unsurlarından biri tahkim sözleşmesi, diğeri ise hakem sözleşmesidir. Tahkim sözleşmesi, hakem sözleşmesinin temelini oluşturan<sup>[116]</sup>; hakem sözleşmesi ise tahkim sözleşmesini yürürlüğe sokan

[113] Aynı yöndeki görüş için bkz. Eren, *Genel Hükümler*, s.222-par.599; Eren, **Özel Hükümler**, s.964-par. 3246; Bacanlı, s.111, 150; Yavuz, s.16; Pekcanitez ve Yeşilırmak, s.2690; Buluttekın, s.275; Süral, s.231; Konuralp, *Hukukî Sorumluluk*, s.96; Özlem Burdurlu, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakem Sözleşmesi*, **Yüksek Lisans Tezi**, Danışman Rıfat Erten, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü **Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Milletlerarası Hukuk Bilim Dalı**, 2016 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 437294), s.31; Petek, s.17.

[114] Eren, **Özel Hükümler**, s.965-par. 3247.

[115] Eren, **Özel Hükümler**, s.965-par. 3247, 970 vd.-par. 3257 vd.; Gümüş, Cilt 1, s.11-12; Aral ve Ayrancı, s.91-92, 529-530, 537; Zevkliler ve Gökyayla, s.12; Yavuz, s.16; Pekcanitez ve Yeşilırmak, s.2691; Tanrıver, s.383; Petek, s.17-18.

[116] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.50; Buluttekın, s.288.

sözleşmedir<sup>[117]</sup>. Bunun yanında anılan sözleşmeler konusu, tarafları, kurulması, unsurları, hüküm ve sonuçları bakımından birbirinden ayrı iki farklı sözleşmedir. Dolayısıyla uygulama ve doktrinde zaman zaman “tahkim sözleşmesi” ve “hakem sözleşmesi” terimlerinin birbiri yerine kullanılması yanıltıcı ve isabetsizdir<sup>[118]</sup>.

[117] Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2691; Özbay ve Korucu, s.52.

[118] Tekinalp, s.15, dipnot 1; Buluttekin, s.275, 288; Reyhani-Yüksel, s.2437. Uygulamada “hakem sözleşmesi” terimi, “tahkim sözleşmesi”ni ifade eder şekilde de kullanılmakta olup bu şekildeki kullanımın örnekleri için bkz. Yargıtay On Üçüncü Hukuk Dairesi, 23 Ocak 1976 Tarih ve E.1975/2208, K.1976/314; Yargıtay On Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 3 Haziran 2003 Tarih ve E.2002/4868, K.2003/5909 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 7 Eylül 2005 Tarih ve E.2005/24043, K.2005/28886 (<https://legalbank.net/arama>); Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 18 Haziran 2007 Tarih ve E.2007/2680, K.2007/4137 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 20 Eylül 2011 Tarih ve E.2011/215, K.2011/955 (<https://www.kararara.com/forum/>); Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 28 Haziran 2012 Tarih ve E.2012/11, K.2012/14852 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 18 Haziran 2003 Tarih ve E.2003/2780, K.2003/3307 (<https://kazanci.com.tr/>). Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 28 Ocak 1994 Tarih ve E.1993/4, K.1994/1 Sayılı **İçtihadı birleştirme kararında**, “... gerçek veya tüzel kişilerin, kamu düzenine ilişkin olmayan ve fakat, doğmuş veya doğacak olan hukuki uyumsuzlukların çözümünü, hakem veya hakemlere bıraktıkları sözleşmeye, hakem veya tahkim sözleşmesi adı verilir.” ifadelerine yer verilmiştir (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>). Yargıtay’ın “tahkim sözleşmesi” ile “hakem sözleşmesi” terimlerini birbiri yerine kullandığı diğer karar örnekleri için bkz. Bacanlı, s.121, dipnot 31. Doktrinde, tarafların hukuki uyumsuzlukların çözümü için hakeme başvuracaklarına dair aralarında yaptıkları sözleşmenin “hakem mukavelesi” veya “hakem şartı” olarak ifade edildiği ve bu sözleşme için “tahkim mukavelesi” teriminin de kullanılabileceğinin belirtildiği görülmektedir (Rabi Koral, “Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 13, Sayı 3, 1947, s.194-195, 200, 203-204, 210, 212-213; Koral, **İç Tahkim**, s.1042-1043, 1050. Yazar, tarafların hakemle olan anlaşmasını ise “tahkim akti” olarak ifade etmektedir. Bkz. Koral, **İç Tahkim**, s.1056). Benzer şekilde doktrinde, tarafların aralarındaki sözleşme ile ilgili çıkacak bir anlaşmazlığın mahkemeye başvurulmaksızın hakem veya hakemlerce çözülmesini kabul ettikleri sözleşmeyi, “tahkim anlaşması” veya “hakemlik sözleşmesi” olarak ifade eden yazarlar da mevcuttur (Zevkliler ve Gökyayla, s.12-13). Yine bazı yazarlar, aralarındaki sözleşmeye dair bir anlaşmazlık çıkması hâlinde tarafların mahkemeye başvurmaksızın anlaşmazlığın

HMK m. 412 uyarınca tahkim sözleşmesi, “ *tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünü hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.*” Dolayısıyla hukukî uyuşmazlığın tarafları olan davacı ve davalı, tahkim sözleşmesi ile aralarında çıkmış veya çıkacak hukukî uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının hakem veya hakemler tarafından çözülmesi hususunda anlaşmakta; tahkim sözleşmesi yalnız davacı ve davalı taraf arasında akdedilmektedir<sup>[119]</sup>. Tahkim yargılama-  
masının mümkün olduğu yerde böyle bir tahkim sözleşmesini yürürlüğe sokan sözleşme ise, hakem sözleşmesidir<sup>[120]</sup>. Hakem sözleşmesi, davacı ve davalı ile hakem veya hakemler arasında akdedilmekte olup, tahkim yargılama-  
sını yapacak hakem veya hakemler, davacı ve davalı tarafından bu sözleşme ile yetkilendirilmektedir.

## 2- Hakem-Bilirkişi Sözleşmesi

Hakem-bilirkişilerin tayinine ve bu kişilerin raporlarının; yani tespit-  
lerinin davacı ve davalı tarafından kabul edileceğine ilişkin anlaşma<sup>[121]</sup>; başka bir ifade ile hakem-bilirkişi sözleşmesi, hukukî niteliği itibarıyla  
usul hukukuna özgü bir münhasır delil sözleşmesidir (HMK m. 193)<sup>[122]</sup>.

---

hakem veya hakemlerce çözülmesini kabul ettiklerine ilişkin yaptıkları sözleşmeyi,  
“tahkim (hakem) sözleşmesi” olarak nitelendirmektedir (Aydoğan ve Tuncer, s.35).

[119] Selçuk, s.95; Koral, *Tahkim*, s.199; Buluttekin, s.275; Ceren Eyuboğlu, “Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 3, 2017, s.233.

[120] Pekcanitez ve Yeşilırmak, s.2691.

[121] Duygu Demirel, “Hakem-Bilirkişi Sözleşmesi ve Uygulama Esasları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 93, 2014, s.26; Ali Yeşilırmak, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Bilirkişilik”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Özel Sayı, 2009, s.699.

[122] Sebük, s.77; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s.743. Hakem-bilirkişi sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin farklı görüşler için bkz. Yeşilırmak, s.701.

Hakem-bilirkişilerin hukukî statüsü de hakemlerinkinden tamamen farklı olup, hakemlerin aksine bu kişilerin görevi, haklar ve hukukî ilişkiler hakkında karar vermek değil, kendilerine havale edilen hususu, örneğin meydana gelen bir zararın miktarını, bir şeyin değerini veya niteliğini veya uzmanlık alanlarına giren bir konuda kusurun mevcudiyetini, mahkemeyi ve tarafları bağlayacak şekilde tespitle sınırlıdır<sup>[123]</sup>. Hakem-bilirkişilerin kararları ancak hâkimin hükmüne esas teşkil edebilecek olup onlar tarafından yapılan tespit doğrudan doğruya icra edilemeyeceği gibi, bunlara karşı kanun yoluna da başvurulamaz<sup>[124]</sup>. Buna karşılık hakem sözleşmesi ile hakemler, yargısal nitelikteki bir kamu görevini üstlenmekte olup<sup>[125]</sup>, verdikleri kararlar da uyuşmazlığın tarafları için bağlayıcıdır ve doğrudan icra edilir<sup>[126]</sup>.

### 3- Eser Sözleşmesi

Hakem sözleşmesi, doktrindeki aksi yöndeki görüşlere rağmen<sup>[127]</sup>, kanımızca bir eser sözleşmesi değildir. İşgörme sözleşmelerine ait bir unsur

[123] Işıl S.Tekdoğan-Bahçıvancı, “Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk”, *Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, İstanbul, On İki Levha, 2020, s.360, 368; Sebük, s.66, 77; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.782; Demirel, s.24 vd.; Yeşilirmak, s.694, 699; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s.743.

[124] Yeşilirmak, s.703; Sebük, s.64, 77; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.782.

[125] Dayınlarlı, İç Tahkim, s.19.

[126] Sebük, s.64; Yeşilirmak, s.702-703; Yılmaz ve Çavuşoğlu, *Tahkime Elverişlilik*, s.595-596; Koral, *Hukuki Mahiyet*, s.87-88; Buluttekin, s.255-256; Konuralp, *Hukuki Sorumluluk*, s.24; Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.175, 179; Kurtulan, s.240; Selçuk, s.48-49.

[127] Hakem sözleşmesini bir eser sözleşmesi olarak nitelendiren görüşün gerekçesi, sözleşmenin taraflarının sadece yargılama faaliyetinin değil, hukukî uyuşmazlığın sonucunun; başka bir ifadeyle, uyuşmazlığın kesin bir biçimde sona erdirilmesine yönelik hakem kararına ulaşılmasının amaçlandığı ve dolayısıyla da hakemin bir karar vermeyi borçlandığı düşüncesidir (Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.29).

olan işgörme unsuru, her ne kadar hukukî niteliği gereği hem hakem sözleşmesinin hem de eser sözleşmesinin bir unsurunu teşkil etse de bahsi geçen iki sözleşme üstlenilen aslî edimlerin niteliği ile tarafların hak ve borçları gibi çok önemli hususlarda birbirinden farklılık göstermektedir.

Öncelikle eser sözleşmesinde yüklenici, iş sahibine sözleşmede belirlenen nitelikte ve nicelikte bir eser meydana getirmeyi; yani işgörme faaliyetini değil, işgörme faaliyetine dayalı edim sonucunu üstlenir (TBK m. 470)<sup>[128]</sup>. Meydana getirilen bu eser, iş sahibinin isteğine uygun olmadığı takdirde iş sahibi bu eseri kabul etmek zorunda olmadığı gibi, yüklenicinin ayıptan sorumluluğu da doğar (TBK m. 474 vd.)<sup>[129]</sup>. Bununla birlikte yükleniciden istenilen eserden başka bir şeyin teslimi ise yanlış ifayı (*aluid*) oluşturur<sup>[130]</sup>. Hakem sözleşmesindeki işgörme ediminin içeriğini ise, yapılacak tahkim yargılaması sonucunda bir kararın verilmesi oluşturur; ancak bu karar, Türk Borçlar Kanunu kapsamında düzenlenen eser sözleşmesinin konusu anlamında bir eser değildir<sup>[131]</sup>. Hakem sözleşmesinde hakem veya hakemler, davacı ve/veya davalı tarafça istenen belirli bir yönde verilecek kararı değil<sup>[132]</sup>, önüne gelen hukukî uyuşmazlığın çözümüne ilişkin kararı vermeye giden faaliyeti; yani yargılama yapmayı ve bunun sonucunda tarafsız ve bağımsız şekilde bir karar vermeyi borçlanmaktadır. Dolayısıyla hakem kararı bakımından eserde olduğunun aksine, tarafların isteği doğ-

[128] Eren, *Özel Hükümler*, s.611-par. 2035; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt 2, **İstanbul, Vedat**, 3. Baskı, 2014, s.2, 4 vd.; Aral ve Ayrancı, s.443; Kılıçoğlu, s.454; Zevkliler ve Gökyayla, s.468; Aydoğdu ve Tuncer, s.767, 771-772.

[129] Eren, *Özel Hükümler*, s.645 vd.-par.2156 vd.; Zevkliler ve Gökyayla, s.521 vd.; Yavuz, s.564; Aydoğdu ve Tuncer, s.780 vd.

[130] Gümüş, Cilt 2, s.10, 55.

[131] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.30-31; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s.742; Tanrıver, s.383. Eser sözleşmesinin konusunu teşkil eden maddî ve manevî esere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Eren, *Özel Hükümler*, s.600 vd.-par. 2012 vd.

[132] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.26.

rultusunda belirli yönde ve içerikte bir kararın verilmesi söz konusu dahi olamaz.

Ayrıca eser sözleşmesinde, hakem sözleşmesinde olduğunun tam aksine, yüklenici, işsahibinin talimatlarına uymak, talimat yanlışa bunu işsahibi-ne ihtar etmek (TBK m. 476) ve işsahibinin menfaatlerini gözetmek (TBK m. 471/I) zorundadır<sup>[133]</sup>. Hakem sözleşmesinde ise, daha önce de ifade edildiği üzere, kanun gereği tarafsız ve bağımsız olmaları gerektiğinden (HMK m. 416/2, 417/1), hakem veya hakemlerin davacı ve/veya davalıdan yargılamaya ya da verilecek karara ilişkin herhangi bir talimat alması veya onlara karşı sadakat<sup>[134]</sup> borcu söz konusu değildir. Ayrıca TBK m. 471/III, c. 2'nin yükleniciye tanıdığı işi başkasına yaptırma yetkisi hakemler bakımından mümkün değildir.

Yukarıda ifade edilen farklılıklara ek olarak, eser sözleşmesinde işsahibinin tazminat karşılığında sözleşmeyi dilediği zaman sona erdirmeye hakkı söz konusudur (TBK m. 484)<sup>[135]</sup>. Buna karşılık hakem sözleşmesinin sona erdirilmesi açısından davalı ve davacı taraflara, mülga HUMK m. 522/I'de düzenlendiğinin aksine, böyle bir imkân tanınmış değildir. Açıklanmış olan tüm bu sebeplerden ötürü hakem sözleşmesinin, bir eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesini isabetli bulmuyoruz<sup>[136]</sup>. Ayrıca Türk Borçlar

[133] Gümüş, Cilt 2, s.47 vd.; Aral ve Ayrancı, s.465 vd.; Eren, *Özel Hükümler*, s.637 vd.-par. 2128 vd.; Kılıçoğlu, s.456; Zevkliler ve Gökyayla, s.495-496; Yavuz, s.591-592; Aydoğdu ve Tuncer, s.774.

[134] Kanımızca hakemler, yargılamanın taraflarına karşı kural olarak sadakat yükümlülüğü altında değildir; ancak bu yükümlülük kapsamındaki sır saklama yükümlülüğü hakemler bakımından da söz konusudur. Aynı yöndeki görüş için bkz. Reyhani-Yüksel, s.2442. Hakemlerin uyuşmazlığın taraflarına karşı sadakat yükümlülüğünün bulunduğu ile ilgili aksi yöndeki görüş için bkz. Yılmazsoy, s.417-418; Petek, s.60-61.

[135] Gümüş, Cilt 2, s.101 vd.; Aral ve Ayrancı, s.517-519; Eren, *Özel Hükümler*, s.695 vd.-par. 2328 vd.; Kılıçoğlu, s.495-496; Zevkliler ve Gökyayla, s.573 vd.; Yavuz, s.586 vd.

[136] Aynı yöndeki görüş için bkz. Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.31.

Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri niteliği itibarıyla hakem sözleşmesine uygulanmaya uygun da olmadığından, söz konusu hükümlerin kıyasen dâhi olsa hakem sözleşmesine uygulanması kanımızca söz konusu olamaz.

#### 4- Hizmet ve İş Sözleşmesi

Hakem sözleşmesi de hizmet ve iş sözleşmeleri gibi bir işgörme sözleşmesi olmakla birlikte, bir hizmet veya iş sözleşmesi değildir<sup>[137]</sup>. Nitekim hakem sözleşmesi, hizmet ve iş sözleşmelerinden çok temel farklılıklar taşımaktadır. Söz konusu farklılıklardan belki de en ön planda olanı, hizmet ve iş sözleşmelerinde işçinin işverene hem ekonomik hem kişisel hem de hukukî yönden bağımlılığının bulunmasıdır (TBK m. 393/I; İş Kanunu m. 8/I)<sup>[138]</sup>. Buna karşılık hakem sözleşmesinde hakem, asla taraflara bağlı ve bağımlı değildir<sup>[139]</sup>. Aksine hakem, kanun gereği tarafsız ve bağımsız olmak zorundadır (HMK m. 416/2, 417/1).

İşçi, işverene karşı işgörme edimini sözleşme devam ettiği sürece sürekli şekilde yerine getirmekte ve bunun karşılığında işverenden düzenli olarak belirli aralıklarla ücretini almakta (TBK m. 406), bu şekilde elde ettiği

[137] Koral, *İç Tahkim*, s.1059; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s.742; Tanrıver, s.382-383. Bu sebeple Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun verdiği bir içtihadı birleştirme kararında uyuşmazlığın tarafları ile hakem arasındaki ilişkiyi, “*özel hukuk alanına giren hizmetle ilgili bir akit*” olarak tanımlaması kanımızca isabetli olmamıştır [Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 13 Mayıs 1964 Tarih ve E.1964/1, K.1964/3 (<https://legalbank.net/arama>)]. Hakem sözleşmesinin ücretli olarak yapıldığı hâllerde; yani kural olarak, hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğuna ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.785, dipnot 12.

[138] Eren, *Özel Hükümler*, s.547-548-par. 1825-1826; Gümüş, Cilt 1, s.381, 384; Bacanlı, s.123-124; Kılıçoğlu, s.399, 455, 547; Zevkliler ve Gökyayla, s.431; Yavuz, s.481-482; Aydoğdu ve Tuncer, s.748-749; Tanrıver, s.382-383.

[139] Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s.742; Tanrıver, s.383.

ücret ile geçimini sağlamaktadır<sup>[140]</sup>. Buna karşılık hakem, sadece davacı ve davalı arasındaki somut uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak yerine getirdiği işgörmeye edimi karşılığında, davacı ve davalıdan aralarında kararlaştırılan hakem ücretini almaktadır. Dolayısıyla, hakemin davacı ve davalıya, işçinin işverene olduğunun aksine, ekonomik bir bağımlılığı yoktur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir hakem her ne kadar davacı veya davalı tarafından seçilse de önüne gelen hukukî uyuşmazlığa ilişkin karar verirken davacı veya davalının hakemi yönlendirmesi veya yargılamaya ilişkin işlemlerin ne zaman ve ne şekilde yapılıp sonuçlandırılacağı gibi konularda ona herhangi bir emir veya talimat vermesi ya da hakemin kendini seçen kişinin menfaatini gözetmesi söz konusu değildir<sup>[141]</sup>. Buna karşılık, hizmet sözleşmesinde işverene kişisel bağımlılığı gereği işçinin, işverenin haklı menfaatini gözetme (TBK m. 396/I), onun talimatlarına uyma (TBK m. 399), işverene hesap verme (TBK m. 397/I) ve işveren ile rekabet etmeme (TBK m. 396/III, 444-446) borçları; buna karşılık işverenin de işçiyi gözetme borcu (TBK m. 417-418) bulunmaktadır. Buna göre işçi, işverenin menfaatlerini korumak için gereken olumlu ve olumsuz her türlü davranışı gerçekleştirmek zorundadır<sup>[142]</sup>. Yine işçinin, işverenin denetimine katılma borcu da bulunmaktadır<sup>[143]</sup>. Ayrıca işçi, çalışma süresini ve bütün çalışma gücünü işverenin emrine amade tutma yükümlülüğü altındayken; hakemler yalnız davacı ve davalı arasındaki somut bir uyuşmazlığın çözümünü için yargılama faaliyetini yürüttüğünden, onların bütün çalışma süresi ve çalışma gücünü bu tahkim prosedürüne özgülemesi düşünülemez<sup>[144]</sup>. Açıklanan sebeplerle, hakem sözleşmesinin bir hizmet veya iş sözleşmesi

[140] Gümüş, Cilt 1, s.384.

[141] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.27; Bacanlı, s.123-124.

[142] Gümüş, Cilt 1, s.400; Kılıçoğlu, s.401-402; Yavuz, s.495.

[143] Yavuz, s.493-494.

[144] Taşkın, s.27-28; Bacanlı, s.123-124.

olarak nitelendirilmesi ve hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin hakem sözleşmesine kıyasen de olsa uygulanmasında kanımızca hiçbir isabet bulunmamaktadır<sup>[145]</sup>.

## 5- Vekâlet Sözleşmesi

Doktrin ve uygulamadaki hâkim görüş, hakem sözleşmesinin hukukî niteliği itibariyle bir vekâlet sözleşmesi olduğu yönündedir<sup>[146]</sup>. Hakem sözleşmesi, yine bir işgörme sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesinin de bir unsuru olan “bir işin görülmesi” unsurunu içermektedir<sup>[147]</sup>. Buna göre vekâlet sözleşmesinde vekâlet veren, kendisine ait bir işin görülmesini veya bir işlemin yapılmasını vekile bırakırken (TBK m. 502/I); hakem sözleşmesinde uyumsuzluğun tarafları, hakem veya hakemlere yetki vermek suretiyle

[145] Aynı yöndeki görüş için bkz. Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.33-34.

[146] Dayınlarlı, İç Tahkim, s.42, 52-53; Dayınlarlı, *Hakem Ücreti*, s.540; Belgesay, s.45-46; Mustafa Çenberci, “Hakem Ücretlerinin Belli Edilmesine İlişkin Meseleler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 3, Sayı 2, 1965, s.284-285; Çenberci, *Tayin Usulü*, s.123, 125, 136, 161-162; Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.41; Bıçkın, s.381; Belbez, s.355; Özbay ve Korucu, s.52. *Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası*’na göre ise, hakem sözleşmesi, ücret karşılığı yapılmamışsa vekâlet sözleşmesi niteliğindedir (Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.785, dipnot 12). Bu hususa ilişkin olarak Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi tarafından verilmiş olan 18 Haziran 2003 Tarih ve E.2003/2780, K.2003/3307 Sayılı kararda, Daire’nin yerleşen uygulamalarına göre, özel borç ilişkileri içinde taraf iradelerine dayanan tahkim sözleşmesinin herhangi bir sözleşme tipine tabi olduğu kanunlarda belirtilmemiş olduğundan, TBK m. 386/II gereğince kural olarak uyumsuzluğun tarafları ile hakemler arasında bir vekâlet sözleşmesi oluştuğunun kabulü gerektiği ifade edilmiştir (<https://kazanci.com.tr/>). Aynı yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 6 Aralık 1969 Tarih ve E.1969/1110, K.1969/886; Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 15 Haziran 1989 Tarih ve E.1989/1023, K.1989/2841 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>); Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi, 28 Haziran 2012 Tarih ve E.2012/11165, K.2012/16370 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/>); Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 20 Haziran 2019 Tarih ve E.2018/5543, K.2019/2891 (<https://kazanci.com.tr/>).

[147] Gümü, Cilt 2, s.122, 124 vd.

aralarında çıkan hukukî uyuşmazlığın çözümünü onlara bırakmaktadır. Bununla birlikte hakem sözleşmesi, aşağıda ayrıntılı şekilde açıklanacağı üzere oldukça önemli hususlarda vekâlet sözleşmesinden ciddi farklılıklar göstermektedir.

Vekâlet sözleşmesinin hakem sözleşmesinden en önemli farkı, vekalet sözleşmesinde vekâlet verenin, vekile talimat verebilmesi ve vekilin, vekâlet verenin iradesine ve menfaatine uygun hareket etmek, vekâlet verenin talebi hâlinde ona hesap vermek zorunda olmasıdır (TBK m. 505/I, 506/II, 508/I)<sup>[148]</sup>. Buna göre vekil, gördüğü işi vekâlet verenin çıkarına ve iradesine uygun olarak yapmalı<sup>[149]</sup>; vekâlet verenin vekâlet vermekle amaçladığı sonuçları gerçekleştirmeye ve en üst düzeyde korumaya yönelik her türlü olumlu ve olumsuz faaliyette bulunmalıdır<sup>[150]</sup>. Başka bir anlatımla vekil, vekâlet veren aleyhine sonuç doğuracak her davranıştan kaçınmak, lehine sonuç doğuracak her türlü davranışı ise yapmak zorundadır<sup>[151]</sup>. Vekâlet veren ise, vekilden kendisi adına yapılan işe veya işleme ilişkin hesap vermesini, sözleşme devam ettiği sürece her zaman isteyebilir<sup>[152]</sup>. Buna karşılık hakemler, tarafsız ve bağımsız olmak zorunda olduklarından (HMK m. 416/2, 417/1), ne kendisini seçen davacı veya davalıdan talimat alabilir ne de yargılama faaliyetini onu seçen kişi lehine karar verecek şekilde gerçek-

[148] Eren, *Özel Hükümler*, s.741 vd.-par. 2493 vd.; Bacanlı, s.129; Belbez, s.354; Aral ve Ayrancı, s.545 vd.; Kılıçoğlu, s.552; Yavuz, s.666 vd.; Tanrıver, s.381; Şebnem Akipek-Öcal, “Dokuzuncu Bölüm – Vekalet İlişkileri”, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Prof. Dr. Turgut Öz (Ed.), Ankara, Seçkin, 2023, s.710 vd.

[149] Aydoğdu ve Tuncer, s.812.

[150] Eren, *Özel Hükümler*, s.743-par. 2499, s.745-746, par. 2508-2509; Gümüş, Cilt 2, s.126, 154 vd.; Zevkliler ve Gökyayla, s.619; Akipek-Öcal, s.711.

[151] Eren, *Özel Hükümler*, s.746-par. 2509; Aral ve Ayrancı, s.546; Yavuz, s.670; Akipek-Öcal, s.711.

[152] Eren, *Özel Hükümler*, s.747-748, par. 2515-2519; Gümüş, Cilt 2, s.176-177; Zevkliler ve Gökyayla, s.625; Yavuz, s.672; Aydoğdu ve Tuncer, s.820-821; Akipek-Öcal, s.714.

leştirebilir<sup>[153]</sup>. Ayrıca vekilin aksine, hakemlerin uyuşmazlığın taraflarına karşı sadakat yükümlülüğünden kanımızca kural olarak bahsedilemez<sup>[154]</sup>. Dolayısıyla hakemler uyuşmazlığın taraflarının, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekâlet sözleşmesi anlamında vekilleri değildir<sup>[155]</sup>.

Vekâlet sözleşmesi ile hakem sözleşmesi arasındaki bir diğer fark ise, vekil ile hakemin aslî edim yükümlülüklerinin ifası bakımından ortaya çıkmaktadır. Buna göre vekil, üstlenmiş olduğu edimi, bu işgörmenin sonucuna bakılmaksızın borçlanmakta; objektif özen yükümlülüğüne uygun şekilde üstlendiği işi görmesi ve vekâlet verenin beklediği amaca ulaşmak için gereken her şeyi yapması hâlinde borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılmaktadır<sup>[156]</sup>. Buna karşılık hakem, yapacağı yargılamanın sonucunda bir karar vererek davacı ve davalı arasındaki hukukî uyuşmazlığı çözmeyi borçlanmakta olduğundan, edimini gereği gibi ifasından bahsedilebilmesi için hakemin nihaî kararını vermesi gerekmektedir<sup>[157]</sup>.

Vekâlet sözleşmesi karşılıklı güvene dayalı bir sözleşme olduğundan<sup>[158]</sup>, vekâlet veren her zaman vekili azlederek vekâlet yetkisini geri alabilirken,

[153] Aksi yöndeki görüş için bkz. Petek, s.110 vd. Yazar, hakemin tarafların talimatına uyma borcunun yargı yetkisi ile sınırlandırılmış olduğunu ve münhasıran hakemin takdiri dışında kalan konularda uyuşmazlığın taraflarının ortak iradesi ile hakeme talimat verme hakkının kullanılabileceğini ileri sürmektedir.

[154] Bununla birlikte sadakat yükümlülüğünün kapsamında bulunan sır saklama yükümlülüğünün hakemler bakımından da söz konusu olduğu düşüncesindeyiz. Bu hususa ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. III no'lu başlık altındaki hakemlerin borçlarından, "5. Sır Saklama".

[155] Sebük, s.66; Tanrıver, s.381.

[156] Eren, *Özel Hükümler*, s.722-723, par. 2427; *Gümüş*, Cilt 2, s.130; Zevkliler ve Gökyayla, s.600-601; Aral ve Ayrancı, s.533-534; Yavuz, s.643; Kılıçoğlu, s.455, 523, 548; Aydoğdu ve Tuncer, s.813.

[157] Konuralp, *Hukukî Sorumluluk*, s.76.

[158] *Gümüş*, Cilt 2, s.127-128; Zevkliler ve Gökyayla, s.599-600, 633; Aydoğdu ve Tuncer, s.818; Akipek-Öcal, s.708.

vekil de her zaman istifa ederek vekâlet yetkisini iade edebilmektedir (TBK m. 512). Vekâlet sözleşmesinin taraflarının sahip olduğu bu fesih hakkı, sözleşmenin emredici nitelikte bir yapısal unsurunu teşkil etmektedir<sup>[159]</sup>. Hakem sözleşmesinde ise, bu şekilde sözleşmeyi tek taraflı sona erdirmeye imkânı bulunmayıp; aksine, burada hakemlere verilen yetkinin geri alınması suretiyle hakem sözleşmesinin davacı ve/veya davalı tarafından diledikleri zaman sona erdirilmesi söz konusu değildir<sup>[160]</sup>. Buna göre davacı ve davalı tarafın, hakemi, vekâlet sözleşmesindeki yetkili taraf avukatı gibi görevden almaları mümkün değildir<sup>[161]</sup>. Hakem sözleşmesinde uyuşmazlığın tarafları, hakemler seçildikten sonra ret sebepleri bulunmadıkça veya hakem, hukuki veya fiili sebeplerle görevini hiç ya da zamanında yerine getirememiş olmadıkça hakemi görevden alamaz (HMK m. 417, 420/1). Ayrıca hakemin reddedilebilmesi veya görevine son verilebilmesi de uyuşmazlığın taraflarından birinin tek taraflı iradesi ile gerçekleşmez (HMK m. 418, 420/1). Dolayısıyla, vekil her zaman istifa edebilir veya azledilebilirken, hakem sözleşmesi bakımından anılan şartlar bulunmadıkça davacı ve davalı anlaşarak da olsa seçtiği hakemi görevden alamaz<sup>[162]</sup>. Benzer şekilde

[159] Buna göre, tipik (şahsa sıkı sıkıya bağlı) vekalette, söz konusu fesih hakkını doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıcı veya sınırlayıcı nitelikteki, örneğin hakkın kullanılması hâlinde ceza koşulu ödenmesi veya hakkın belli bir süre için kullanımının yasaklanması ya da kullanımın herhangi bir şarta bağlanması yönündeki anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür (Gümüş, Cilt 2, s.197; Eren, *Özel Hükümler*, s.728-par. 2443; Zevkliler ve Gökyayla, s.634; Aral ve Ayrancı, s.562; Yavuz, s.681; Aydoğdu ve Tuncer, s.822; Akipek-Öcal, s.707).

[160] Bacanlı, s.129.

[161] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.28.

[162] Uyuşmazlığın taraflarının aralarında anlaşarak hakemi azledebileceklerine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. Elif Irmak Büyük, “Tahkim Sözleşmesinde İsmen Belirlenen Hakem veya Hakemlerin Görevinin Sona Ermesinin Tahkim Yargılamasına Etkisi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2021, s.138; Özbay ve Korucu, s.72; Reyhani-Yüksel, s.2449. Hakem sözleşmesini hukukî niteliği itibarıyla bir vekâlet sözleşmesi olarak kabul eden *Reyhani-Yüksel*, uyuşmazlığın

tahkim yargılaması görevini üstlenmiş olan hakemler de vekilin aksine, uyuşmazlığın taraflarına zarar vermemek koşuluyla diledikleri zaman değil<sup>[163]</sup>; ancak davacı veya davalı tarafından reddedildiklerinde ya da hukuki veya fiilî sebeplerle görevini hiç ya da zamanında yerine getiremediği takdirde çekilebilir (HMK m. 418/2, 420/1).

Yukarıda açıklanan sebeplerden ötürü hakem sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesini isabetli bulmuyoruz. Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu'nun açık hükmü uyarınca vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde TBK'da düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır (TBK m. 502/II)<sup>[164]</sup>. Dolayısıyla vekâlet sözleşmesi hükümleri (TBK m. 502-514), isimsiz bir işgörme sözleşmesi olan hakem sözleşmesine de niteliğine uygun düştüğü

---

taraflarından biri seçmiş olsa bile artık tarafların müşterek hakemi sayılması sebebiyle, uyuşmazlığın taraflarının ancak birlikte karar vererek hakemi azledebileceğini ileri sürmektedir. Bu hususta mülga HUMK m. 522/I'nin, *“Tahkim müddeti zarfında iki tarafın muvafakati olmadıkça hakemler azlolunamaz.”* şeklindeki hükmü uyarınca, HMK'nın yürürlüğünden önce davacı ve davalı tarafların aralarında anlaşmak suretiyle hakemleri azletmesi mümkündü. Yine mülga HUMK m. 522/II, c. 1'in, *“Hakemlerden biri ret veya istifa sebebiyle ayrılırsa yerine diğeri intihap olunur.”* hükmü, hakemlerin istifasını da mümkün kılmaktaydı. Buna karşılık yürürlükteki HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri uyarınca davacı ve davalının anlaşması ile hakemlerin azli veya hakemlerin diledikleri zaman istifası mümkün olmayıp, ancak hakemin reddi ve çekilmesi sebeplerinin mevcudiyeti hâlinde bu müesseselerin işletilmesi söz konusu olabilir (HMK m. 417, 420). Buna göre HMK m. 419 uyarınca, *“Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim yargılamasında görevi kabul eden hakem, haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçındığı takdirde, tarafların bu nedenle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür”*. Dolayısıyla haklı bir nedene dayanmayan istifa, hakemin hukukî sorumluluğunu doğurur.

[163] Bacanlı, s.130. Aksi yöndeki görüş içi bkz. Büyük, s.137-138.

[164] 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu, isimsiz işgörme sözleşmelerine vekâlet sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanacağına ilişkin m. 386/II hükmünü içermektedir. 6098 sayılı TBK m. 502/II ise, isimsiz işgörme sözleşmelerine vekâlet sözleşmesi hükümlerinin doğrudan değil, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağını ifade etmekle kanımızca daha isabetli bir düzenlemeyi içermektedir.

ölçüde uygulanır. Bu husus, en çok vekilin vekâlet verene karşı objektif özen borcunun (TBK m. 506/II) hakemler için de söz konusu olması yönünden önem taşımaktadır<sup>[165]</sup>.

## I. HAKEM SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

### A) TAHKİME KONU UYUŞMAZLIĞIN TARAFLARININ BORÇLARI

#### 1- Hakem Ücretini Ödeme

Her ne kadar ücret, hakem sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değilse de uygulamada bu sözleşmenin genellikle ücret karşılığında yapıldığı görülmektedir. Bu şekilde akdedilen bir hakem sözleşmesinde uyuşmazlığın taraflarının aslî edim borcunu, hakem ücretinin ödenmesi oluşturur<sup>[166]</sup>. Davacı ve davalının, örneğin üç kişilik bir hakem kurulunun varlığı durumunda her bir tarafın kendi belirlediği hakemin ücretini ödeyeceği ve üçüncü hakemin ücretinin yarı yarıya ödeneceğini kararlaştırmaları ya da bu hususta diledikleri başka bir anlaşma yapmaları mümkündür<sup>[167]</sup>. Nitekim uygulamada genellikle her bir tarafın kendi tayin ettiği hakemin

[165] Hakemlerin objektif özen borcuna ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. III no'lu başlık altındaki hakemlerin borçlarından, “2. Objektif Özen Gösterme”.

[166] Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s.742; Pekcanıtez ve Yeşilırmak, s.2689; Tanrıver, s.380, 382. Hakem ücretinin vekalet ücreti niteliğinde olduğuna ilişkin görüş için bkz. Çenberci, *Hakem Ücreti*, s.285, 289; Dayınlarlı, *Hakem Ücreti*, s.40-41; Ertürk, s.1600. Hakem ücretinin belirlenmesine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. I no'lu başlık altındaki hakem sözleşmesinin unsurlarından, “2. Ücret”.

[167] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.187. Hakem ücretinin sözleşme ile belirlenmesine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Ertürk, s.1600-1601.

ücretini ödediği görülmektedir<sup>[168]</sup>. Uyuşmazlığın tarafları arasında hakem ücretinin nasıl ve kim tarafından ödeneceği konusunda herhangi bir anlaşma bulunmaması durumunda tarafların hakem ücretinden müteselsilen sorumlu olduğu kabul edilir (TBK m. 511/I)<sup>[169]</sup>.

Hakem kararındaki hesap, yazı ve benzeri maddî hataların düzeltilmesi [HMK m. 437/1(a)] veya karara ilişkin belirli bir konunun veya kararın bir bölümünün tavihi [HMK m. 437/1(b)] ya da uyuşmazlığın taraflarından birinin yargılama sırasında ileri sürmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesi (HMK m. 437/4) gerekirse, bunu da yine söz konusu kararı veren hakem kurulu yapar; ancak hakem veya hakem kurulu, düzeltme, yorumlama ve/veya tamamlama kararı için ek ücret almaz (HMK m. 440/5). Bununla birlikte hakemlerin ücrete hak kazanmaları için hakem yargılamasının tamamlanması şart olmayıp, hakem yargılamasının kendi kusurlarından kaynaklanmayan bir sebeple, örneğin sulh, kabul veya feragatle sona ermesi hâlinde de hakem veya hakemler, gördükleri işin karşılığına hak kazanırlar<sup>[170]</sup>. Hakem ücretinin taraflar arasında kararlaştırılmamış olması hâlinde de hakem tarafından ücretin tespitine ilişkin dava açılabilmesi için tahkim yargılamasının sona ermesinin beklenmesine gerek yoktur<sup>[171]</sup>.

Hakem ücretinin davacı ve/veya davalı tarafça ödenmemesi hâlinde hakem ve/veya hakemlerin, hakem sözleşmesine dayanarak açacakları dava ile bu ücretin kendilerine ödenmesini talep etmeleri mümkün olup<sup>[172]</sup>, sözleşmeden doğan söz konusu alacak on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir (TBK m. 146). Bu bağlamda, Türk Borçlar Kanunu'nun vekâlet

[168] Ertürk, s.1599.

[169] Çenberci, *Hakem Ücreti*, s.285.

[170] Çenberci, *Tayin Usulü*, s.138-139, 161; Bacanlı, s.139.

[171] Çenberci, *Tayin Usulü*, s.149; Çenberci, *Hakem Ücreti*, s.289.

[172] Çenberci, *Tayin Usulü*, s.145.

ücreti alacağının tabi olduğu zamanaşımını düzenleyen hükmü, vekâlet sözleşmesinin düzenlendiği ayırmada değil genel hükümler altında yer aldığından, kanımızca TBK m. 147, b. 5, TBK m. 502/II uyarınca kıyasen hakem sözleşmesine uygulanacak hükümlerden değildir. Ayrıca bizim de katıldığımız, hakem ücretinin vekâlet ücreti niteliğinde olmadığına ilişkin görüş de bu alacağın, TBK m. 146 gereği on yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmasını gerektirmektedir. Buna karşılık hakem sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi, hakem ücretinin de vekâlet ücreti niteliğinde olduğu yönündeki hâkim görüş uyarınca ise, hakemlerin ücret alacağının TBK m. 147, b. 5 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulması gerekecektir. Uygulamada da bu sözleşme bir vekâlet sözleşmesi olarak kabul edildiğinden, uyuşmazlık hâlinde Yargıtay'ın, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren beş yıl içinde talep edilmemiş olan hakem sözleşmesinden doğan hakem ücreti alacağını, zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi hâlinde eksik borç olarak değerlendirmesi kaçınılmaz görünmektedir<sup>[173]</sup>.

## 2- Yargılama Giderlerine Katlanma

Tahkim yargılaması için yapılan giderlere katlanma borcu yine uyuşmazlığın taraflarına düşer. Buna göre, uyuşmazlığın tarafları aralarında aksini kararlaştırmış olmadıkça, yargılama giderlerine tahkim yargılaması sonunda haksız çıkan taraf katlanır (HMK m. 442/4, c. 1). Bununla birlikte davada, davacı ve davalının her ikisinin de kısmen haklı çıkması hâlinde, yargılama giderleri haklılık durumuna göre taraflar arasında paylaşılır (HMK m. 442/4, c. 2). Yine örneğin tek hakem seçilecekse ama davacı ve davalı hakemi birlikte seçemezse ve aksi de kararlaştırılmamışsa, uyuşmazlığın her iki tarafının da mahkemeye başvurarak hakem tayini istemi hakları bulunmakta olup [HMK m. 416/1(b)], mahkemece bu yönde verilecek kararın uyuşmazlığın esası ile bir ilgisi olmadığından, davanın

[173] Eren, *Genel Hükümler*, s.94.

özelliği ile hak ve nesafet kuralı dikkate alınarak yargılama giderleri ile vekalet ücretinden dolayı taraftarın eşit olarak sorumlu tutulması gerekir<sup>[174]</sup>.

Hakem veya hakem kurulu, esasa ilişkin kararında veya yargılamayı sona erdiren ya da taraflar arasındaki sulhü tespit eden kararında, tahkim yargılamasının giderlerini de gösterir (HMK m. 440/6, 442/5). Bu bağlamda kararda gösterilecek ve uyuşmazlığın taraflarınca karşılanması gereken yargılama giderleri; hakemlerin ve hakemlerce belirlenen hakem sekreterliği ücreti, hakemlerin seyahat giderleri ve yaptıkları diğer masraflar, hakem veya hakem kurulu tarafından atanan bilirkişilere ve yardımına başvuru için diğer kişilere ödenen ücretler ve keşif giderleri, hakem veya hakem kurulunun onayladığı ölçüde tanıkların seyahat giderleri ve yaptıkları diğer masraflar, hakem veya hakem kurulunun, davayı kazanan tarafın varsa vekili için avukatlık asgari ücret tarifesine göre takdir ettiği vekâlet ücreti, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre mahkemelere yapılacak başvurularda alınan yargı harçları ve son olarak da tahkim yargılamasına ilişkin tebligat giderlerinden ibarettir (HMK m. 441).

### 3- Avans Yatırma

Hakem veya hakem kurulu tarafından yargılama giderleri için gereken hâllerde avans yatırılmasının uyuşmazlığın taraflarının her birinden istendiğinde bu avans, aralarında aksini kararlaştırmış olmadıkça, taraflarca eşit miktarda ödenir (HMK m. 442/1). Avansın, hakem veya hakem kurulu kararında öngörülen süre içinde ödenmemesi hâlinde hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını durdurabilir (HMK m. 442/2, c. 1). Bununla birlikte, yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden itibaren bir ay içinde avans ödenirse yargılamaya devam olunur; aksi hâlde tahkim yargılaması sona erer (HMK m. 442/2, c. 2). Hakem kararının verilmesinin ardından hakem veya hakem kurulu, yatırılan avansın ne için ve

[174] Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi, 18 Aralık 2006 Tarih ve E.2005/12970, K.2006/13464 (<https://kazanci.com.tr/>).

ne miktarda harcandığına ilişkin bir belgeyi uyuşmazlığın taraflarına verip varsa avanstan artan miktarı ödeyene iade eder (HMK m. 442/3).

## B) HAKEMLERİN BORÇLARI

### 1- Taraflar Arasındaki Uyuşmazlığın Çözümüne İlişkin Karar Verme

Hakem sözleşmesinin kurulması ile hakem veya hakemler, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözme borcu altına girer<sup>[175]</sup>. Nitekim HMK m. 419 uyarınca, “*Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim yargılamasında görevi kabul eden hakem, haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçındığı takdirde, tarafların bu nedenle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.*” Ayrıca Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde isimsiz bir işgörme sözleşmesi olan hakem sözleşmesine de uygulandığından (TBK m. 502/II), hakem veya hakemler, hakemlik görevini şahsen ifa etmekle yükümlüdür (TBK m. 506/I, c. 1)<sup>[176]</sup>. Gerçekten de kendilerine yetki verilmesi veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde hakemlik görevinin başkasına yaptırılması (TBK m. 506/I, c. 2), hem uyuşmazlığın taraflarının iradesi ile bağdaşmadığı için<sup>[177]</sup> hem de hakem sözleşmesi ile üstlenilen işgörme ediminin yargısal niteliği gereği mümkün değildir. Ayrıca hakem veya hakem kurulunun, kararı tahkim süresi içinde vermesi de

[175] Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s.742; Pekcanitez ve Yeşilırmak, s.2689; Tanrıver, s.380; Süral, s.232.

[176] Süral, s.235; Konuralp, *Hukukî Sorumluluk*, s.119, 133 vd.; Reyhani-Yüksel, s.2440.

[177] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.162.

gerekmekte olup tahkim sözleşmesinde belirlenen veya Kanun'da öngörülen süre içinde verilmeyen kararlar iptal yaptırımına tabidir (HMK m. 439/2, c)<sup>[178]</sup>.

Uyuşmazlığın tarafları hakem kurulunun oybirliğiyle karar alacağını kararlaştırmış olmadıkça, hakem kurulu oy çokluğuyla da karar verebilir (HMK m. 433/1). Bu hususta Yargıtay, nihai ve kesin hakem kararının verilmiş sayılabilmesi için hakem heyetinin eksiksiz toplanmış olması şartını aramakta ve eksik üye ile toplanılarak alınan kararı yok hükmünde saymaktaydı<sup>[179]</sup>. Yakın zamanda verdiği bir kararında ise Yargıtay, eksik üye ile toplanılsa bile, toplantıya katılmayan üye veya üyeler bu toplantıya usulüne uygun olarak çağırılmışsa, oyçokluğu ile alınan hakem kararının iptal edilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>[180]</sup>. Anılan karar uyarınca, tüm hakemlerin usulüne uygun olarak toplantıya davet edilmeleri zorunlu olup örneğin üç hakemin bulunduğu bir tahkim yargılamasında, üç hakem de usulüne uygun olarak çağırılmasına rağmen hakemlerden birinin toplantı-

[178] Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 4 Mart 1976 Tarih ve E.1975/5159, K.1976/920 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 2 Temmuz 1997 Tarih ve E.1997/2567, K.1997/3420 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 13 Aralık 2010 Tarih ve E.2010/4207, K.2010/6858 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi, 4 Haziran 2014 Tarih ve E.2014/4167, K.2014/10468 (<https://kazanci.com.tr/>).

[179] Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi'nin 21 Aralık 2005 Tarih ve E.2005/7443 K.2005/6981 Sayılı kararına konu somut olayda nihai ve kesin kararın, üç kişiden oluşan hakem kurulundaki her üç hakemin de katılımı ile yapılan toplantı ve müzakere sonunda verilmediği anlaşılmış olduğundan Yargıtay, hakemler oyçokluğuyla karar verebilirlerse de, bu oyçokluğunun hakem kurulunun tam olarak toplanması üzerine meydana gelen oyçokluğu olduğuna; üç hakemden ikisinin birleşmesi ve üçüncü hakemin yokluğu ile eksik kurulla verilen kararın oyçokluğuyla verilmiş bir karar sayılmasının hukuken ve kanunen mümkün olmadığına; böyle bir durumda, ortada hukuken geçerli bir hakem kurulu kararı mevcut olmayıp kararın yokluk ifade ettiğine hükmetmiştir (<https://kazanci.com.tr/>). Aynı yönde bkz. Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 8 Aralık 1983 Tarih ve E.1983/2519, K.1983/485 (<https://kazanci.com.tr/>).

[180] Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi, 12 Eylül 2023 Tarih ve E.2023/2416, K.2023/2676 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>).

ya katılmaması durumunda diğer iki hakemin aynı yönde oyu ile alınan karar geçerli olacak; buna karşılık yalnız iki hakemin çağrıldığı toplantıda oy çokluğuyla ile karar alınması durumunda ise geçerli bir karar alınmış olmayacaktır. Dolayısıyla Yargıtay'ın bu kararına göre oy çokluğu ile alınmış bir hakem kararı, tüm hakemlerin usulüne uygun olarak çağrılmadığı bir toplantıda alınmışsa geçerli sayılmayacaktır. Kanımızca da Yargıtay'ın bu yaklaşımı, tahkim kurumunun amacına daha uygun düşmektedir. Bununla birlikte uyuşmazlığın taraflarının veya hakem kurulunun diğer üyelerinin yetki vermiş olması hâlinde, hakem kurulu başkanı, yargılama usulü ile ilgili belirli konularda tek başına da karar verebilir (HMK m. 433/2).

Hakem veya hakem kurulunun kararını, hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla vermesi de mümkündür; ancak bunun için uyuşmazlığın taraflarınca bu hususta açıkça<sup>[181]</sup> yetkili kılınmış olması gerekir (HMK m. 433/3)<sup>[182]</sup>. Bununla birlikte hakem veya hakem kuru-

[181] Uyuşmazlığın taraflarının, hakem kararının hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre verilebileceğini açık veya zımni bir şekilde istemeleri hâlinde kararın bu şekilde verilebileceğine ilişkin görüş için bkz. Özbay ve Korucu, s.171. HMK m. 433/3'ün, *“Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılınmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar verebilir.”* şeklindeki hükmü karşısında, anılan hususun zımni şekilde kararlaştırılabileceğinin kabulü kanımızca doğru değildir.

[182] Mülga HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde ise ne mülga HUMK'ta ne de diğer kanunlarda hakemlerin hangi kurallar çerçevesinde karar verecekleri hakkında bir hüküm bulunmadığı için yerleşik Yargıtay içtihatları uyarınca hakemler, uyuşmazlığın tarafları arasında aksine anlaşma olmaması hâlinde adalet ve nasafet esaslarına göre karar verebilmekteydi. Örnek kararlar için bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 28 Ocak 1994 Tarih ve E.1993/4, K.1994/1 (<https://www.lexpera.com.tr/> ictihat); Yargıtay On Sekizinci Hukuk Dairesi, 25 Aralık 2001 Tarih ve E.2001/10468, K.2001/11792 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay On Sekizinci Hukuk Dairesi, 21 Ocak 2002 Tarih ve E.2001/10470, K.2002/365 (<https://legalbank.net/arama>); Yargıtay On Sekizinci Hukuk Dairesi, 16 Eylül 2002 Tarih ve E.2002/7882, K.2002/8071 (<https://legalbank.net/arama>); Yargıtay On Sekizinci Hukuk Dairesi, 30 Mayıs 2005 Tarih ve E.2005/2681, K.2005/5662 (<https://kazanci.com.tr/>). Aynı yöndeki Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi'nin 15 Haziran 1989 Tarihli ve E.1989/1023, K.1989/2841 Sayılı kararında, tarafların ister tahkimnamede

lunun kararı, kamu düzenine aykırılık teşkil etmemelidir; aksi hâlde bu husus, verilen kararın iptaline sebep olur [HMK m. 439/2(ğ)]. Aynı şekilde tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verilmesi veya talebin tamamı hakkında karar verilmemesi ya da hakem veya hakem kurulunun kararı verirken yetkisini aşması da söz konusu kararın iptaline sebep teşkil eder [HMK m. 439/2(d)]<sup>[183]</sup>.

## 2- Objektif Özen Gösterme

Yukarıda açıklandığı üzere hakem sözleşmesi, hakemin hakemliği kabulü ile kurulur ve bu durumda hakem, kanunen kendisine yüklenen diğer sorumlulukları da üstlenmiş olur<sup>[184]</sup>. Buna göre, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler, uygun düştüğü ölçüde isimsiz bir işgörme sözleşmesi olan hakem sözleşmesine de uygulandığından (TBK m. 502/II), vekil için öngörülen objektif özen borcu (TBK m.

---

ister daha sonraki bir aşamada hakemlerin uymaları gerekli hukuk kurallarını ve yargılama usulünü tespit ve tayin yetkisine sahip olduğu; tahkim sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılan maddi hukuka uyma koşulunun hem tarafları hem de hakemleri bağlayacağı; ancak tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde böyle bir kayıt bulunmadığında hakemlerin maddi hukuk kurallarından ayrılarak adalet ve nasafet esaslarına göre karar verebileceği ifade edilmiştir (<https://www.lexpera.com.tr/icitihat>).

[183] Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi'nin 25 Ocak 1996 tarihli ve E.1996/84, K.1996/364 Sayılı kararında, hakemlerin uyumazlığın iki tarafının taleplerinden her biri hakkında karar vermek zorunda oldukları; aksi halde hakemlerin anlaşmazlığı çözmelerinden değil, çözümsüz bıraktıklarından söz edileceği belirtilmiştir (<https://legalbank.net/arama>). Aynı dairenin 25 Kasım 2008 Tarihli ve E.2008/4676, K.2008/7011 Sayılı kararında da davalının yaptığı yargılama giderleri ile ilgili olarak faiz yürütülmesi konusunda herhangi bir talebi olmadığı hâlde davalının yaptığı yargılama giderlerinin davanın açıldığı tarihten itibaren reeskont faizi oranında faiz yürütülerek tahsil kararı verilmesi, usul ve yasaya aykırı bulunmuştur (<https://legalbank.net/arama>). Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi'nin 29 Kasım 2022 Tarihli ve E.2022/4469, K.2022/9039 Sayılı kararında ise, karara konu somut olayda hakem kurulunun talep olmadan ve dava konusu dışında karar vermesi hem yetki aşımı hem de kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirilmiştir (<https://kazanci.com.tr/>).

[184] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.786; Dayınlarlı, İç Tahkim, s.43.

506/II, III), hakemler bakımından da mevcuttur<sup>[185]</sup>. Bu kapsamda hakemin, hakem sözleşmesinden kaynaklanan aslî edim yükümlülüğünü kötü ifa etmeme borcu bulunmaktadır<sup>[186]</sup>.

Hakemin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer bir tahkim yargılamasında hakemlik görevini üstlenen basiretli bir hakemin göstermesi gereken davranış esas alınır (TBK m. 506/III). Her ne kadar tahkim yargılamasında hakemler, bu görevi mesleki faaliyetleri kapsamında gerçekleştiriyor olsalar da kanımızca burada bir yargılama faaliyeti yapılmasının öneminden ötürü hakemlere yüklenilen özen borcu, basiretli bir hakemden beklenen basiretli davranışın üstünde olmalıdır<sup>[187]</sup>. Dolayısıyla hakemin, yetenek, nitelik, bilgi, uzmanlık ve tecrübe sahibi bir hakem, hatta hâkimden beklenen özen ölçüsüne uygun bir özenle bu yargılama faaliyetini yürütmesi gerekir. Buna göre hakemin, tahkim konusu somut uyuşmazlığın çözümüne göre ideal bir hakemden beklenebilecek en yüksek derecedeki özenli davranıştan sapması, objektif özen yükümlülüğünün ihlalini oluşturur<sup>[188]</sup>. Örneğin, objektif özen borcu kapsamında önüne gelen hukukî bir uyuşmazlığı çözecek olan hakemden, böyle bir uyuşmazlığı çözen bir hakemin bilmesi gereken doktriner ve yargısal tüm

[185] Doktrindeki bazı yazarlarca hakemlik görevini iyi bir şekilde yerine getirmeyen hakemin, işçilerin sorumluluğu kapsamında TBK m. 396 ve 400 uyarınca sorumlu olacağı ifade edilmektedir (Belgesay, s.53-54; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.786). Bahsi geçen maddeler, işçinin özen ve işverene karşı sadakat borcu ile işçinin işverene kusuruyla verdiği zararlardan sorumluluğuna ilişkin olduğundan ve kanımızca hakem sözleşmesi hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğinden, hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin hakem sözleşmesine doğrudan veya kıyasen uygulanması isabetli değildir. Bu sebeple hakemlerin sorumluluğu, TBK m. 502/II'nin açık düzenlemesi sebebiyle, uygun düştüğü ölçüde TBK'nın vekilin sorumluluğuna ilişkin hükümleri kapsamında değerlendirilmelidir.

[186] Gümüş, Cilt 2, s.159 vd.; Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.41; Bacanlı, s.129, 135-136.

[187] Aksi yöndeki görüş için bkz. Yılmazsoy, s.418.

[188] Gümüş, Cilt 2, s.159-160.

bilgileri ve kuralları araştırması; başka bir anlatımla, hukuk teorisinin ve hukuk uygulamasının vardığı son gelişmelere hâkim olması beklenmelidir. Yine dosyaya yeterince ilgi ve zaman ayırma, yargılamayı etkin biçimde yürütme, yetkisi dâhilinde hareket etme, duruşma ve müzakerelere katılma, masrafların önüne geçme, yargılama sonucunda gecikmeksizin kararı yazma gibi hususlar da hakemin özen borcu kapsamında gerçekleştirmesi gereken davranış şekilleridir<sup>[189]</sup>.

Doktrinde ileri sürülen bir görüş, objektif özen borcuna aykırı davranışı karşısında davacı ve/veya davalı tarafından hakemin reddedilebileceği yönündedir<sup>[190]</sup>. Buna karşılık HMK’da ret sebeplerini düzenleyen, “*Hakem, taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcut bulunduğu veya tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşullar gerçekleştiği takdirde reddedilebilir.*” şeklindeki m. 417/2’nin açık hükmü karşısında özen borcuna aykırılık sebebiyle hakemin reddinin, ancak bu hususun taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde bir ret sebebi olarak öngörülmesi hâlinde mümkün olacağı görüşündeyiz. Bununla birlikte hakemin özen borcuna aykırı davranışı hakemin hukukî sorumluluğunu doğuracak olup, böyle bir davranıştan zarar gören tarafın uğradığı zararın tazmini için dava yoluna başvurması söz konusu olabilir.

Davacı ve davalı taraflar ile hakem veya hakemler arasında önceden yapılacak bir sorumsuzluk anlaşması ile hakemin objektif özen borcundan doğan sorumluluğunun sınırlandırılması veya tamamen kaldırılması, hakemin ağır kusurlu olmadığı; başka bir deyişle hafif veya orta ihmalinin bulunduğu hâller bakımından mümkündür (TBK m. 115/I). Bu bağlamda, hakem sözleşmesinde hakemin kastından veya ağır ihmalden sorumlu olmayacağına dair yapılan anlaşma kesin hükümsüzdür; başka bir ifa-

[189] Bacanlı, s.135-136, 137-138.

[190] Bacanlı, s.136.

deyle, hakem sözleşmesinin bu tür bir sorumsuzluk kaydı yönünden kısmî geçersizliği söz konusudur (TBK m. 27/I, c. 1)<sup>[191]</sup>.

### 3- Tarafsız ve Bağımsız Olma

Hakemler, hâkimler gibi yargı görevi yapmakta ve hakem kararı, bir mahkeme kararı gibi sonuç doğurmakta olduğundan, hakemlerin de aynı hâkimler gibi tarafsız ve bağımsız olmaları gerekmektedir (HMK m. 416/2, 417/1)<sup>[192]</sup>. Hakemlerin tarafsız olmasından kasıt, hakem veya hakemlerin haksız olarak davacı veya davalı lehine ya da aleyhine hareket etmemesidir<sup>[193]</sup>. Hakemlerin bağımsız olması ise, hakem ile uyuşmazlığın taraflarından veya onlara yakın bulunan kişilerden biri arasında ekonomik, siyasi, sosyal, ailevi, profesyonel veya hukukî yönden herhangi bir bağım-

[191] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.229.

[192] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.787; Sebük, s.64, 66; Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.76; H. Akif Karaca, “Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 21, Sayı 1, 2015, s.206-207; Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2691; Tanrıver, s.381-382; Ertağ, s.91.

[193] Yavuz Kaplan, “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı 1-2, 2001, s.43; Didem Kayalı, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Ankara, Seçkin, 2015, s.22; Didem Kayalı, “Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesinin İngiliz Tahkim Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Legal Hukuk Dergisi – Özel Sayı (Prof. Dr. Rona Aybay’a Armağan)*, İstanbul, Legal, Cilt 2, 2014, s.1487; Karaca, s.207-208; Âlim Taşkın, “Hakemlerin Bağımsızlığının ve Tarafsızlığının Denetimi, Beyan Yükümlülüğü ve Referans Kriterler”, *Social Sciences Studies Journal*, Cilt 4, Sayı 22, 2018, s.3995; Pekcanitez ve Yeşilirmak, s.2691; Süral, s.234.

lılık olmamasını ifade eder<sup>[194]</sup>. Başka bir anlatımla hakemlerin, davacı ve/veya davalı ile karar verme özgürlüğünü etkileyebilecek veya etkiliyormuş izlenimi yaratabilecek mevcut ya da geçmiş bir ilişkilerinin olmaması ve uyuşmazlığın her iki tarafına da eşit muamelede bulunmaları gerekmektedir<sup>[195]</sup>. Hakem veya hakemlerin bağımsızlığının, uyuşmazlığın taraflarının yanında tahkim yargılamasına katılacak avukatlar ve kurumsal tahkimde tahkim kurumu bakımından da sağlanması şarttır<sup>[196]</sup>. Bu bağlamda, kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulları açıklamak zorunda olup, tarafların önceden bilgilendirilmemiş olmaları hâlinde, daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirmekle yükümlüdür (HMK m. 417/1). Dolayısıyla hakemlerin tarafsız ve bağımsızlıklarının, sadece tahkim yargılamasının başında değil, tahkim

[194] Kaplan, s.43, 45; Kayalı, *Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, s.20; Kayalı, *Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesi*, s.1485-1486; Özge Tosun, “Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 8, Sayı 84, 2013, s.97; Pekcanıtez ve Yeşilirmak, s.2691; Süral, s.234; Selçuk, s.222. Bu hususta Yargıtay On Üçüncü Hukuk Dairesi, 26 Eylül 1974 Tarihli ve E.1974/2385, K.1974/2161 Sayılı kararında, hakemin dava konusu çekişmeli işle ilişkisi olmayan üçüncü kişilerden olmasının şart olduğunu, hakemin uyuşmazlığa konu olan sözleşmenin taraflarından olmaması kuralının kamu düzeni ile ilgili olduğunu; bunun aksinin ise sözleşmeden çıkan uyuşmazlığın, uyuşmazlığı çıkaranın hakemliği ile onun yararına çözümleneceğinin peşinen kabulü anlamına geleceğini ve bunun da hakemlik ödevi ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>). Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi de 18 Ocak 2006 Tarihli ve E.2005/5778, K.2006/93 Sayılı kararında, uyuşmazlığın taraflarından biri olan anonim şirkette genel müdür olarak görev yapan bir kişinin, o şirketin temsilcisi ve davanın tarafı sayılması gerektiğinden, aynı şirketin davasında hakem olarak görev almasının, tarafsız olması gereken hakemlik müessesisiyle bağdaşmayacağına hükmetmiştir (<https://kazanci.com.tr/>). Aynı yönde bkz. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, 28 Mart 2002 Tarih ve E.2002/1955, K.2002/2791 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>).

[195] Kayalı, *Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, s.20; Kaplan, s.43; Taşkın, *Hakemlerin Bağımsızlığı*, s.3995.

[196] Taşkın, *Hakemlerin Bağımsızlığı*, s.4013.

prosedürü sonuçlanana kadar sürmesi gerekmektedir<sup>[197]</sup>.

Her ne kadar davacı ve davalının seçtiği hakemler uygulamada “taraf hakemi” olarak nitelendirilse de hem davacının hem de davalının seçtiği hakem, artık her iki tarafın da hakemi hâline gelir<sup>[198]</sup>. Nitekim hakem sözleşmesi kapsamında hakemlerin üstlendikleri işgörme ediminin konusunu bir yargılama faaliyetinin oluşturması dolayısıyla onların verdiği karar da aynı bir hâkimin verdiği karar gibi taraflar için bağlayıcı<sup>[199]</sup> olduğundan ve Kanun gereği tarafsız ve bağımsız olmaları gerektiğinden (HMK m. 416/2, 417/1), davacı veya davalı tarafından seçilen hakem, her ikisinin de hakemidir. Nitekim gerek Yargıtay ve doktrin gerek bazı yabancı hukuk sistemleri<sup>[200]</sup> de bu görüştedir. Kaldı ki hakem, tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşullar gerçekleştiği takdirde reddedilebileceğine göre (HMK m. 417/2, c. 1), kendisini seçen tarafın hakemi gibi hareket etmesi, hakemin reddedilme sebebini teşkil etmektedir. Bu kapsamda uyuşmazlığın tarafları veya onların yakınları ya da kanunî temsilcileri yahut vekilleri hakem olamayacağı gibi, taraflardan herhangi birine daha önce hukukî bir yardımda bulunmuş bir kişi de hakem olarak seçilemez<sup>[201]</sup>. Yine uyuşmazlığın taraflarından birinin şirketinde yönetici-

[197] Kaplan, s.44; Bacanlı, s.134; Tosun, s.95.

[198] Sebük, s.66; Dayınlarlı, İç Tahkim, s.56-57, Çenberci, *Tayin Usulü*, s.161-162; Güney, s.92.

[199] Dayınlarlı, İç Tahkim, s.51.

[200] Hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığına ilişkin yabancı hukuk sistemleri ve uluslararası düzenleme örneklerine ilişkin olarak bkz. Alman Tahkim Kanunu m. 1036; Uluslararası Tahkime İlişkin İsviçre Kuralları m. 9; Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanun m. 12; Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Tahkim Kuralları m. 6(2); Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları m. 14-1.

[201] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.786; Dayınlarlı, İç Tahkim, s.43; Çenberci, *Tayin Usulü*, s.124-125; Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.76; Kayalı, *Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, s.20-21; Kayalı, *Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesi*, s.1486.

lik yapan veya herhangi başka bir konumda çalışan, hissesi veya iş ortaklığı bulunan bir kişi de bağımsız sayılamayacağı için somut uyuşmazlıkta hakem olarak görev yapamaz<sup>[202]</sup>.

Hakemin tarafsız ve bağımsız olma borcu bakımından dikkat edilmesi gereken husus, bu borca aykırılığın yaptırımının HMK m. 417 kapsamında hakemin reddinden ibaret olması; buna karşılık bir hakemin, tarafsız ve bağımsız olmaması sebebiyle HMK m. 418 uyarınca usulüne göre reddedilmemiş olması hâlinde ise, hakem yargılamasının söz konusu hakemle sürdürülerek tamamlanacak olmasıdır. Bu durumda hakemin tarafsız ve bağımsız olmaması, hakem sözleşmesinin geçersizliğine sebep olmayacak veya yargılama sonucunda verilen kararının iptali sonucunu doğuramayacaktır<sup>[203]</sup>.

#### 4- Taraflara Hukuki Dinlenilme Haklarını Kullanma İmkânı Tanınma

Davacı ve davalı tarafın, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sa-

[202] Kayalı, *Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, s.20; Kayalı, *Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesi*, s.1486. Yargıtay Yirminci Hukuk Dairesi, 28 Mart 2002 Tarihli ve E.2002/1955, K.2002/2791 Sayılı kararında, davalı şirket yönetim kurulu başkanının tahkim sözleşmesinde hakem olarak tayin edilmesinin, aralarında yarar çatışması bulunan taraflardan birinin temsilcisi olması itibarıyla kanuna aykırı olduğuna hükmetmiştir (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>).

[203] Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi, 23 Kasım 2021 Tarihli ve E.2021/5566, K.2021/1702 Sayılı kararında, tahkim yargılamasında bilirkişinin hakemlerden birinin yanında staj yapmış olmasının hakemlerin tarafsızlığına gölge düşürdüğü yönündeki bir itirazı tahkim yargılaması sırasında ileri sürmemiş olan davacının, bu itiraz hakkından feragat etmiş sayılacağını; dolayısıyla da davacının sonradan ileri sürdüğü bu iddiasının kanun tarafından iptal nedenleri arasında gösterilen tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmiş; hakem kararının iptalini uygun bulmamıştır (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>). Aynı yönde bkz. Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi, 28 Mart 2023 Tarih ve E.2023/989, K.2023/1241 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>).

hip olduğu ve her iki tarafa da hukuki dinlenilme<sup>[204]</sup> hakkını kullanma

- [204] HMK m. 27’de düzenlenen hukukî dinlenilme hakkı, “*yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını; açıklama ve ispat hakkını; mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini kapsar*” (HMK m. 27/2). Bu hak, yargılamaya ilişkin temel bir hak olmasının yanında esasen adil yargılanma hakkının da bir parçası ve unsurudur (Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku – Cilt I*, Ankara, Yetkin, 2018, s.392; Gökçen Durmuş, “Tahkim Müessesesinde Usul İlkeleri”, *Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2016, s.90-91; Demirkol, s.1344). Şöyle ki, Anayasa’nın hak arama özgürlüğüne ilişkin, “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” şeklindeki hükmünde (A.Y. m. 36/I), karşılıklı iddia ve savunma hakkının davacı ve davalı yönünden eşit düzenlenmesi, aslında hukukî dinlenilme hakkını ifade etmektedir (Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı*, Ankara, Yetkin, 2003, s.29). Dolayısıyla anılan hükümde hukukî dinlenilme hakkı ile adil yargılanma hakkı bir arada kaleme alınarak, bu iki hak arasındaki sıkı ilişki de ortaya konulmuş olmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) ise adil yargılanma hakkının unsurları arasında; yasa ile kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma, makul süre içinde yargılanma, aleni olarak yargılanma ve hakkaniyete uygun yargılanmaya yer verilmiştir (AİHS m. 6). Bu unsurlardan hakkaniyete uygun yargılanmanın, yargılama boyunca eşitlik temeline dayalı olarak hukukî dinlenilme hakkının kullanılmasının sağlanmasını esas alması, adil yargılanma hakkının bünyesinde hukukî dinlenilme hakkının da bulunduğu bir başka göstergesidir (Tanrıver, *Cilt I*, s.404, 411). Hakkaniyete uygun yargılanmadan söz edebilmek içinse, yargılama süresi boyunca taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması gerekmekte olup (Hakan Pekcanitez, “Medeni Yargıda Adil Yargılanma”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı 2, 1997, s.45), Anayasa’nın 10. maddesinde, “Kanun önünde eşitlik” başlığı altında yer verilen bu ilke, “silahların eşitliği” olarak da ifade edilmektedir. Kanunî hâkim ve hukukî dinlenilme hakkı yanında bir usulî temel hak olarak nitelendirilebilecek olan bu ilke (Hakan Pekcanitez ve Güray Erdönmez, “§ 8. Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkeler”, *Medeni Usul Hukuku - Cilt I*, İstanbul, On İki Levha, 2017, s.854; Selçuk, s.210), tarafların mahkeme önünde sahip oldukları hak ve yükümlülükler açısından eşitliğin gözetilmesini ve taraflar arasındaki mücadelenin eşit silahlarla yürütülmesini öngörür (Pekcanitez ve Erdönmez, s.854). Bu bağlamda tahkimde silahların eşitliğinin sağlanması ise, yalnız hakem veya hakem kurulunun önünde değil, yargılamanın hiçbir evresinde bir tarafın diğerine göre ayrıcalıklı ve üstün konumda olmamasını gerektirmekte olup; buna göre örneğin, taraflardan birine tek başına hakem seçme hakkının tanınması da silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil eder (Emel Hanağası, *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Ankara, Yetkin, 2016, s.206 vd.; Selçuk, s.219-220).

imkânının tanınacağı Kanun'da açıkça hükme bağlanmıştır (HMK m. 423). Uyuşmazlığın taraflarının hakem önünde eşit konumda olup her türlü savunma hakkından eşit ölçüde yararlandırımları gerekliliği, aslında hakemlerin tarafsız ve bağımsız olma; başka bir deyişle, davacı ve davalı tarafa eşit muamelede bulunma borcunun doğal bir sonucudur<sup>[205]</sup>. Davacı ve davalı tarafın dâhi, aralarında anlaşarak da olsa, kendilerinin hakemlerce sorgulanmasına ve dinlenilmesine engel olmaları mümkün değildir<sup>[206]</sup>. Bu bağlamda, hakem veya hakemlerce tarafların eşitliği ilkesi ve hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmemesi hâlinde, bu sebebe dayanılarak uyuşmazlığın taraflarından birinin iptal davası açması üzerine söz konusu hakem veya hakem kurulu kararı iptal edilebilir [HMK m. 439/2(f)]. Dolayısıyla, hakemlerin tahkim yargılaması boyunca iki tarafa eşit işlem yapmaması, örneğin davalıya tebligat yapılmadan ve/veya onun savunması alınmadan karar verilmesi hukuka aykırılık; başka bir deyişle hakem kararının iptaline sebep teşkil eder<sup>[207]</sup>.

## 5- Sır Saklama

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de ifade ettiğimiz üzere hakemliğin niteliği gereği hakemlerin, uyuşmazlığın taraflarına karşı kural olarak sadakat yükümlülüğü bulunmadığı kanaatindeyiz. Buna karşılık TBK m. 502/II uyarınca vekalet sözleşmesi hükümlerinin hukukî niteliğine uygun düştüğü ölçüde hakem sözleşmesine de uygulanması, TBK m. 506/II'de düzenlenen vekilin sadakat borcu kapsamında yer alan sır saklama yüküm-

[205] Kaplan, s.43; Bıçkın, s.386; Bacanlı, s.133; Özbay ve Korucu, s.239.

[206] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.28; Ertabak, s.89-90; Özbay ve Korucu, s.84, 248; Selçuk, s.223. Bu durumda örneğin, davalının davaya cevap vermeyeceği veya uyuşmazlığın taraflarının birbirinin iddialarına karşı beyanda bulunma ve delil sunma hakkının olmayacağına dair tahkim sözleşmesinde yer alan düzenlemeler, iddia ve savunma hakkını kısıtlayıcı nitelik taşıdığından, geçerli değildir.

[207] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.789; Selçuk, s.218-219, 230.

lülüğünün hakemler bakımından da söz konusu olmasını zorunlu kılar. Nitekim uyuşmazlığın tarafları arasında akdedilen tahkim sözleşmesinde yargılamanın gizli olacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmasa veya taraflar akdettikleri hakem sözleşmesinde hakem veya hakemleri ayrıca ve açıkça sır saklama yükümlülüğü altına sokmamış olsalar bile, tahkim kurumunun niteliği gereği tahkim yargılamasının gizli yapılması gerekir<sup>[208]</sup>. Bunun doğal sonucu olarak hakemler, tarafların açıkça aksini kararlaştırmamış olmaları hâlinde, tahkim sürecinde öğrendikleri bilgileri<sup>[209]</sup> üçüncü kişiler

[208] Taşkın, *Hakemlerin Bağımsızlığı*, s.4017; Sarısözen, s.109; Süral, s.235; Petek, s.83, 87; Özbay ve Korucu, s.85-86, 109. Tahkim yargılamasının gizli yapılacağına ilişkin olarak HMK'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte kurumsal tahkim merkezlerince yayınlanan tahkim kurallarında gizliliğe ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir. Örneğin İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Tahkim Kuralları uyarınca, *“Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması gizlidir. Taraflardan birinin talebi üzerine Tek Hakem veya Hakem Kurulu, tahkimin ve yargılamanın gizliliği ile ilgili her türlü emri verebilir ve ticari sırlar ile diğer gizli bilgilerin korunması için gerekli önlemleri alabilir”* (ISTAC Tahkim Kuralları, m. 21 – “Gizlilik”). İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları uyarınca, *“1. Hakem kurulu, tahkim yargılaması sırasında, ticari sırların ve gizli bilgilerin korunması için gerekli önlemleri alır. 2. Taraflar, hakemler, Divan üyeleri ve Sekreterlikte görevli olup tahkim yargılamasıyla ilgisi bulunan kişiler, tahkim yargılamasına katılanlar, tanıklar, bilirkişiler tahkimin gizliliğini korumakla yükümlüdür. Yargılamada, taraflar adına hareket eden kişiler de gizliliği korumakla yükümlüdür”* (İTOTAM Tahkim Kuralları, m. 53 – “Ticari Sırların Korunması ve Gizlilik”). Türkiye Barolar Birliği (TBB) Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca, *“Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması gizlidir. Taraflardan birinin talebi üzerine Hakem / Hakem Heyeti, tahkimin ve yargılamanın gizliliği ile ilgili her türlü emri verebilir ve ticari sırlar ile diğer gizli bilgilerin korunması için gerekli önlemleri alabilir”* (TBB Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları, m. 17 – “Gizlilik”). Ankara Barosu Tahkim Merkezi Kuralları uyarınca ise, *“(1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması gizlidir. (2) Taraflardan birinin talebi üzerine Hakem veya Hakem Kurulu, tahkimin ve yargılamanın gizliliği ile ilgili her türlü emri verebilir ve ticari sırlar ile diğer gizli bilgilerin korunması için gerekli önlemleri alır”* (Ankara Barosu Tahkim Merkezi Kuralları, m. 8 – “Yargılamanın Gizliliği”).

[209] Sır saklama yükümlülüğünün kapsamında, uyuşmazlığın taraflarınca kamunun bilgisine sunulmayan ve tahkim yargılaması sebebiyle hakem veya hakem kuruluna

ile paylaşmamalarını gerektiren sır saklama yükümlülüğü altındadırlar<sup>[210]</sup>. Hatta hakemlerin sır saklama yükümlülüğünün doğması için hakem sözleşmesinin kurulmuş olması dahi gerekmez<sup>[211]</sup>. Buna göre hakemin bu yükümlülüğü, uyuşmazlığın ayrıntılarına vakıf olduğu andan itibaren başlar, tahkim yargılaması boyunca ve yargılama sona erdikten sonra da devam eder<sup>[212]</sup>. Bununla birlikte uyuşmazlığın tarafları aralarında anlaşmak suretiyle hakemin sır saklama borcunun içeriğini ve sınırlarını belirleyebilecekleri gibi, hakemin bu borçtan kısmen veya tamamen muaf tutulması ya da hakeme basın açıklaması ile kanaatini belirtmesi yahut hakem kararını yayımlaması için yetki verilmesi mümkündür<sup>[213]</sup>.

## II. HAKEM SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİ EDEN HÂLLER VE HAKEM SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

### A) GEÇERLİLİĞİNE ETKİ EDEN HÂLLER

#### 1- Hakem Sözleşmesinin Geçerliliğinin Tahkim Şartının veya Müstakil Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği ile İlişkisi

---

açıklanan her türlü bilgi yer almaktadır (Cemre Tüysüz, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 37, Sayı 2, 2017, s.851).

[210] Orhan Emre Konuralp, “Hakemlerin Sır Saklama Yükümlülüğünün Suçu Bildirmeme Suçu ile İlişkisi”, *Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi*, Cilt 13, Sayı 38, 2017, s.760-761; Bacanlı, s.134; Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.58; Burdurlu, s.119.

[211] Konuralp, *Sır Saklama*, s.766.

[212] Bacanlı, s.134.

[213] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.58; Konuralp, *Sır Saklama*, s.767.

Davacı ile davalı taraf arasındaki uyuşmazlık bakımından mecburi<sup>[214]</sup> tahkim yolunun söz konusu olmadığı durumlarda, davacı veya davalının bu uyuşmazlığı tahkime götürebilmesi için uyuşmazlığın tahkim yolu ile hakem veya hakemler tarafından çözüme kavuşturulacağı konusunda açıkça<sup>[215]</sup> anlaşmış olmaları; başka bir ifade ile uyuşmazlığın taraflarının

[214] Mecburi tahkim, kanun koyucunun istisnai hâllerde taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için hakemlere başvurulmasını zorunlu tuttuğu tahkim yargılamasıdır (Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.958; Dayınlarlı, *İç Tahkim*, s.10; Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.188-199; Özbay ve Korucu, s.18-19; Delikaya, s.217; Sarı, s.148). Mecburi tahkim yolu ile çözülmesi gereken uyuşmazlıklar, ilgili kanunlarda özel hüküm ile belirlenmiş olup taraflar, bunların çözümü için devlet mahkemelerinde dava açamazlar. Bu kapsamda örneğin, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu m. 68/1, cümle 1 uyarınca, “*Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı kalmak kaydıyla; değeri otuz bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur.*” 3533 sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Aid Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun m. 1’ göre ise, “*Umumi, mülhak ve hususi bütçelerle idare edilen daireler ve belediyelerle sermayesinin tamamı Devlete veya belediye veya hususi idarelere aid olan daire ve müesseseler arasında çıkan ihtilaflardan adliye mahkemelerinin vazifesi dahilinde bulunanlar bu kanunda yazılı tahkim usulüne göre halledilirler.*” Mecburi tahkime bir diğer örnek olarak 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 49/IV uyarınca, “*Noter dairesinde mevcut notere ait eşya ve tesislerin, yeni notere devri halinde, ödenecek miktar üzerinde taraflar anlaşamamışsa, bu miktar oda tarafından tespit edilir.*” Yine 5957 sayılı Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m. 10/5 cümle 1’e göre de, “*Değeri elli bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda, hal hakem heyetlerine başvuru zorunludur.*” 3039 sayılı Çeltik Ekimi Kanunu m. 14 cümle 1 ve 2 uyarınca, “*Çeltik sulamasında kullanılacak olan kurumlandırılmış sular Devletin, hususi idarelerin veya Evkafın ise bunun için çeltik çiftçilerinden on arbaşına alınacak su parası her iki taraf arasında kararlaştırılır. İki taraf anlaşamazlarsa çeltik komisyonları meseleyi hakem sıfatı ile halleder.*”

[215] Yargıtay On Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 3 Haziran 2002 Tarih ve E.2001/9357, K.2002/4209 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay On Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 18 Aralık 2003 Tarih ve E.2003/7270, K.2003/12888 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Yargıtay On Üçüncü Hukuk Dairesi, 12 Nisan 2006 Tarih ve E.2006/521, K.2006/5446 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve

tahkim iradelerinin birbiri ile uyduğu geçerli bir tahkim sözleşmesinin mevcudiyeti gerekmektedir. Böyle bir tahkim sözleşmesinin, uyuşmazlık çıktıktan sonra<sup>[216]</sup> veya uyuşmazlık henüz doğmadan önce yapılması mümkündür (HMK m. 412/1). Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı (tahkim şartı veya tahkim klozu<sup>[217]</sup>) olarak veya ayrı bir sözleşme (tahkimname<sup>[218]</sup> veya müstakil tahkim sözleşmesi<sup>[219]</sup>) şeklinde yapılabilir (HMK m. 412/2).

Tahkim sözleşmesinin geçerliliği ise, bu sözleşmeyi akdeden her iki ta-

---

Hanağası, s.783; Dayınlarlı, *İç Tahkim*, s.20, 30 vd.; Yılmaz ve Çavuşoğlu, *Tahkime Elverişlilik*, s.596, 600; Eyuboğlu, s.234. Buna göre tahkim sözleşmesi zımni irade beyanı ile kurulamaz (Yılmaz ve Çavuşoğlu, *Tahkime Elverişlilik*, s.600). Ayrıca tarafların açık irade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olması gerektiğinden, örneğin davalı tarafından davacıya hitaben yazılmış ve 4773 Sayılı Kanun'dan doğacak ihtilafların özel hakeme götürüleceğine ilişkin özel hakem şartını içeren belgenin, karşılıklı taraf iradeleri ile gerçekleştirildiğini kabul etmenin olanağı olmayıp böyle bir durumda kanuna uygun bir tahkim şartının varlığından bahsedilemez [Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 7 Eylül 2005 Tarih ve E.2005/24043, K.2005/28886 (<https://legalbank.net/arama>)]. Ticari ilişkinin devamı sırasında taraflardan birinin diğer tarafa gönderdiği ve içinde tahkim şartı yer alan tek taraflı belge, e-posta olarak gönderilmiş veya tanzim edilen faturalarda bu belgeye atıf yapılmış olsa da bunlar, belgedeki tahkim şartının diğer tarafça kabul edildiğine dair açık bir tahkim iradesinin varlığını göstermeyecek olup, ortada kesin ve açık bir tahkim iradesinin varlığından söz edilemeyeceğinden, tahkim şartı yine geçerli değildir [Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi, 14 Aralık 2022 Tarih ve E.2021/3725, K.2022/9061 (<https://kazanci.com.tr/>)].

[216] Taraflar arasında çıkan uyuşmazlığa ilişkin yargılamanın devamında dahi taraflarca tahkime gidilmesi kararlaştırılabilir. Böyle bir durumda mahkeme, dava dosyasını ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderir [HMK m. 412/5].

[217] Yılmaz ve Çavuşoğlu, *Tahkime Elverişlilik*, s.596.

[218] Dayınlarlı, *İç Tahkim*, s.15, 23 vd.

[219] Aydemir, s.88 vd.; Yılmaz ve Çavuşoğlu, *Tahkime Elverişlilik*, s.596.

rafın fiil ehliyetinin tam olmasına<sup>[220]</sup>, sözleşmenin yazılı şekilde (HMK m. 412/3) ve tahkime elverişli (HMK m. 408)<sup>[221]</sup> belirli bir uyumsuzluk hakkında yapılmış olmasına bağlıdır. Buna göre yazılı şekil, tahkim sözleşmesinin geçerlilik şeklini teşkil ettiğinden (TBK m. 12/II), yazılı şekilde yapılmamış olan tahkim sözleşmesi geçersizdir<sup>[222]</sup>. Burada aranan, tahkim

[220] Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz olması hâlinde ise verilen hakem kararı, HMK m. 439/2(a) uyarınca iptal yaptırımına tabidir. Buna göre tüzel kişiler yönünden tahkim sözleşmesinin, tüzel kişiyi temsile yetkili organ veya kişiler tarafından yapılması gerekir (TMK m. 50/I). Gerçek kişiler yönünden ise tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetliler tek başlarına veya temsilcileri vasıtasıyla tahkim sözleşmesi yapabilirler. Buna karşılık tahkim sözleşmesinin, tam ehliyetsizlerin yasal temsilcileri tarafından bizzat yapılması gerekirken, sınırlı ehliyetsizlerin ise yasal temsilcilerinin rızası ile yapılması gerekir. Buna karşılık vesayet altındaki sınırlı ehliyetsize vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmişse, sınırlı ehliyetsiz kendisine bahsedilen faaliyet alanına ilişkin olmak şartıyla tek başına tahkim sözleşmesi yapabilir (TMK m. 453). Sınırlı ehliyetsizlerin tahkim anlaşması yapabilmesi için TMK m. 462/1, bent 8 uyarınca vesayet makamının izninin gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Selçuk, s.90. Anılan hüküm ile sınırlı ehliyetsizler için “*acele hâllerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması*”, vesayet makamının iznine tabi kılınmıştır. Kanımızca hükmün kaleme alınışından, vesayet makamının iznini gerektiren işlemin “tahkim sözleşmesi yapılması” değil, “tahkimde dava açılması” olduğu anlaşılmaktadır.

[221] Eyuboğlu, s.239; Uçar, s.78, 91; Sarı, s.151; Kaya, s.4; Deren-Yıldırım, s.51; Özbay ve Korucu, s.7, 97 vd. Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyumsuzluğun Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması hâlinde karar, HMK m. 439/2(g) uyarınca iptal yaptırımına tabidir.

[222] Dayınlarlı, İç Tahkim, s.15, 33 vd.; Aktepe-Artık, s.164, 169; Selçuk, s.100; Hamit DüNDAR, “Tahkim Sözleşmesinin Şekli ve Niteliği Üzerine Bir İnceleme”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 22, 2008, s.28; Banu Şit, “Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 25, Sayı 1-2, 2005, s.415, 435; Özbay ve Korucu, s.47. Tahkim kurumu bakımından taraf iradeleri esas olduğundan, kanunî şekle uyulmadan yapılmış olan tahkim sözleşmelerinin de geçerli sayılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Eker, s.118.

sözleşmesinin adı yazılı şekilde yapılmış olmasıdır<sup>[223]</sup>. Bu şartın sağlanabilmesi için tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartının yer aldığı sözleşmede uyuşmazlığın taraflarının imzalarının bulunması kural olarak zorunludur (TBK m. 14/I)<sup>[224]</sup>. Ancak, “*Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer*” (TBK m. 14/II). Bunlara ek olarak, TBK’nın yazılı şekil şartına ilişkin kuralına tahkim sözleşmesi bakımından istisna öngören özel hüküm niteliğindeki HMK m. 412/3’ün 2. ve 3. cümleleri uyarınca ise, “*Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş<sup>[225]</sup> olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır.*” Buna göre, taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olan tahkim sözleşmesi, taraflarca imzalanmış olmasa da geçerlidir. Anılan düzenlemede kanun koyucu, bilinçli

[223] Selçuk, s.98; Dündar, s.28; Şit, s.411; Ahmet Dülger, “Çevrim İçi Olarak Yapılan Tahkim Anlaşmalarının Hukukî Geçerliliği”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2022, s.338; Uçar, s.78; Özbay ve Korucu, s.47, 98.

[224] Yargıtay On Üçüncü Hukuk Dairesi’nin 12 Nisan 2006 Tarihli ve E.2006/521, K.2006/5446 Sayılı kararına konu somut olayda, uyuşmazlığın taraflarından birinin dayandığı tahkim şartını içeren paket-tur sözleşmesinde, karşı tarafın veya yetkili temsilcisinin imzası bulunmadığından, geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz etmenin mümkün olmadığına hükmedilmiştir (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>).

[225] Cevap dilekçesinde tahkim sözleşmesinin varlığına itiraz etmemesi, davalının, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine zımnî şekilde rıza göstermesi olarak kabul edilmektedir (Aktepe-Artık, s.171).

olarak iletişim araçlarını örnek kabildinden saymış olup, yeni teknolojilerin gelişmesi ile daha farklı iletişim araçlarının kullanılması ihtimalinde de yazılı şekil şartı sağlanabilecektir<sup>[226]</sup>. Görüldüğü üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yazılı şekil şartı, tahkim sözleşmesi bakımından Türk Borçlar Kanunu'ndakinden daha geniş yorumlanarak uyuşmazlığın taraflarının imzaları bulunmamasına rağmen bazı istisnai hâllerde de şart yerine getirilmiş sayılmakta; başka bir anlatımla, yumuşatılmış olmaktadır<sup>[227]</sup>. Bu kapsamda duruşma sırasında sözlü olarak yapılmış tahkim sözleşmesinin zapta geçirilip uyuşmazlığın her iki tarafınca imzalanması şartıyla geçerli sayıldığı kabul edilmektedir<sup>[228]</sup>. Yine taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi bulunmasa bile, davacının hakemini seçip davalıya yazılı bildirimde bulunduktan sonra onun da kendi hakemini seçmesi ve uyuşmazlığın taraflarının hakemde açılan davayı takip etmesi hâlinde de aralarında geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığı kabul edilmektedir<sup>[229]</sup>. İnternet üzerinden ticari işlemler yapılırken doldurulan formların ya da kabul edilen sözleşmelerin kapsamında yer alan çevrim içi (*online*)<sup>[230]</sup> tahkim anlaşmaları da geçerli sayılmaktadır<sup>[231]</sup>. Buna karşılık uyuşmazlığın taraflarından birinin tahkim şartı içeren yazılı bir metni göndermesine ve diğer tarafın buna yazılı olarak yanıt vermemesine rağmen gönderilen sözleşmeye uygun hare-

[226] Selçuk, s.102.

[227] Ceylan, s.89-90; Aktepe-Artık, s.164, 169, 171; Eker, s.105; Dülger, s.339; Selçuk, s.98-99.

[228] Başar, s.285; Aktepe-Artık, s.171.

[229] Aktepe-Artık, s.171.

[230] Çevrim içi (*online*) tahkim anlaşmaları, “*çevrimiçi yöntemler kullanılarak yapılan; ... [başka bir anlatımla] tarafların yan yana gelmeden, kablosuz iletişim aracılığıyla ve internet ya da blockchain protokolleri benzeri iletişim araçlarıyla bilgi alıp göndererek, elektronik, manyetik, ışık dalgaları ya da benzer yollarla aynı anda veya farklı zamanlarda yaptıkları, var olan tahkim şartlarına onay verdikleri sözleşmeler,*” şeklinde tanımlanmaktadır (Dülger, s.320-321).

[231] Dülger, s.320-321, 340.

ket etmesi hâlinde ise uygulamada, tahkim şartı hakkında sessiz kalınması tahkim iradesinin yokluğu olarak değerlendirilerek taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>[232]</sup>. Doktrindeki bazı yazarlar, HMK m. 412/3'ün 3. cümlesi uyarınca geçerli bir tahkim sözleşmesinden bahsedilebilmesi için ise tahkim şartını içeren belgedeki tahkim şartına özel olarak yollama yapılması gerekmediğini, bu hususta sözleşmeye yapılan atfın, sözleşme içerisinde düzenlenmiş olan tahkim şartı üzerinde de taraflarca anlaşıldığı anlamına geldiğini savunmaktadır<sup>[233]</sup>.

Tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar için yapılmış tahkim sözleşmeleri geçersiz olacağı gibi<sup>[234]</sup>, hangi hukukî ilişkiden doğmuş veya doğacak uyuşmazlıklar için yapıldığı belirli veya belirlenebilir olmayan tahkim sözleşmeleri de geçersizdir<sup>[235]</sup>. Buna göre, örneğin taraflar arasında akdedilmiş olan bir satış veya eser sözleşmesinden doğacak olan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğinin kararlaştırıldığı bir tahkim şartı geçerliyken; tarafların aralarında çıkacak bütün uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yolunu öngördükleri bir tahkim şartı ise, sözleşmenin konusunun belirli veya belirlenebilir olmaması sebebiyle geçersizdir<sup>[236]</sup>.

[232] İlgili Yargıtay kararı için bkz. Aktepe-Artık, s.171-172. Aksi yöndeki görüş için bkz. Eker, s.106.

[233] Pekcanitez ve Yeşilırmak, s.2744; Selçuk, s.106-107, dipnot 188; Aktepe-Artık, s.177.

[234] Dayınlarlı, İç Tahkim, s.36; Yılmaz ve Çavuşoğlu, *Tahkime Elverişlilik*, s.600-601; Uçar, s.78, 91; Sarı, s.151; Kaya, s.4; Deren-Yıldırım, s.51; Özbay ve Korucu, s.7. Tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklara ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. I. no'lu başlık altındaki hakem sözleşmesinin, "B. Konusu".

[235] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.784; Dayınlarlı, İç Tahkim, s.37 vd.; Koral, *İç Tahkim*, s.1046-1047; Salim Yunus Lokmanoğlu, "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesinin Kurucu Unsurları ve Geçerlilik Şartları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 41, Yıl 11, 2020, s.358-359; Buluttekin, s.271; Eyuboğlu, s.237; Topcan, s.107; İnanç, s.205-206.

[236] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, s.784; Yılmaz ve Çavuşoğlu, *Tahkime Elverişlilik*, s.600; Lokmanoğlu, s.358-359; Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.204;

Tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının geçerli olabilmesi için ortaya konan tahkim iradesinin hiçbir tereddüde yer vermeyecek kesinlikte ve kayıtsız şartsız olması da gerekir<sup>[237]</sup>. Dolayısıyla taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünde hakem veya hakemlerin yetkili olduğunu kabul etmiş ve bu kişilere, uyuşmazlığı kesin olarak çözme ve kendilerini bağlayıcı karar verme yetkisini tanımış olmaları gerekmektedir<sup>[238]</sup>. Buna göre örneğin, uyuşmazlığın tarafları arasındaki sözleşmenin bir maddesinde sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların hakem tarafından çözüleceği öngörülmüş, diğer bir maddesinde ise yetkili mahkeme belirlenmişse, böyle bir durumda tarafların tahkim iradesi kesin olmadığından sözleşmedeki tahkim şartı uygulamada geçersiz sayılmaktadır<sup>[239]</sup>. Benzer şekilde, sözleşmenin tarafla-

Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.197-198; Delikaya, s.217; Topcan, s.107; İnanç, s.206; Özbay ve Korucu, s.9; Selçuk, s.112.

[237] Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 18 Haziran 2007 Tarih ve E.2007/2680, K.2007/4137 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>); Yargıtay On Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 08 Haziran 2016 Tarih ve E.2016/1164, K.2016/10350 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>).

[238] Ertaabak, s.76.

[239] Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi'nin 18 Haziran 2007 Tarihli ve E.2007/2680, K.2007/4137 Sayılı kararında, ortada kesin bir tahkim iradesinin varlığından söz edilemeyen hâllerde hakemlerce dava dilekçesinin görevsizlik nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini belirtilmiştir (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>). Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi'nin 14 Aralık 2022 Tarihli ve E.2021/3725, K.2022/9061 Sayılı kararına konu somut olayda da, tahkim şartını içeren “Şirketin Satış Şart ve Hükümleri” başlıklı belgenin 12. maddesinin 12.3 bendinde, “İşbu Şart ve Hükümlerin esas teşkil ettiği akdi ilişkiden kaynaklı olarak veya akdi ilişkiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan her türlü uyuşmazlık, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları'na göre tayin edilmiş bir veya birden fazla hakemin bu Kurallar çerçevesinde vereceği hakem kararıyla kesin çözüme kavuşturulacaktır.” denilmesine rağmen, “EK 2 Satış Genel Şartları” başlıklı belgenin 12. maddesinde ise, “İş bu sözleşmedeki tüm teslimat ve hizmetlerin ifa yeri ve ayrıca, işbu sözleşme ile ilgili her türlü uzlaşmazlık konusunda yetkili yargı mahalli SCHWING'in ana ticari faaliyet merkezinin yahut SCHWING'in ilgili teslimat veya hizmeti yürüten iştirakinin bulunduğu yerdir. SCHWING, Müşterinin ticari faaliyet merkezinde veya ifa yerinde dava açma hakkını da haizdir.” düzenlemesine ve “Dağıtımıcı Sözleşmesi”

rının uyuşmazlık hâlinde tahkim yoluna başvurabileceğini belirtmekle birlikte tahkime gidilmesini zorunlu tutmayacak şekilde düzenlenen şartlar da kesinlik taşımadığı gerekçesiyle uygulamada geçersiz sayılmaktadır<sup>[240]</sup>. Yine tahkim yargılaması esnasında hakem veya hakemlerce verilen ara karara taraflardan birinin uymaması hâlinde tahkim yargılamasının sona ereceği ve uyuşmazlığın mahkemede çözüleceği şeklindeki şartlar da geçersizdir<sup>[241]</sup>. Bununla birlikte uyuşmazlığın hakemlerce çözülememesi hâlinde

---

başlıklı sözleşmenin “Uyuşmazlıkların Çözümlemesi” başlıklı 28. maddesinde de, “Yetkili mahkeme mahalli Tedarikçinin tescilli merkezinin bulunduğu şehir olacaktır. Ayrıca, Tedarikçi Dağıtımının tescilli merkezinin bulunduğu şehirde bir mahkeme seçme hakkında da sahip olacaktır.” düzenlemesine yer verilmiştir. Yargıtay, anılan üç düzenlemeyi birlikte dikkate alarak uyuşmazlık hâlinde mahkemeye de başvurulacağı öngörülmüş olduğundan, ortada kesin ve açık bir tahkim iradesinin varlığından söz edilemeyeceğini ve bu sebeple de tahkim şartının geçerli olmadığını ifade etmiştir (<https://kazanci.com.tr/>). Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi’nin 13 Nisan 2009 Tarihli ve E.2009/1438, K.2009/2153 Sayılı kararına konu somut olayda ise, uyuşmazlığın tarafları arasında akdedilen sözleşmenin 15. maddesinde uyuşmazlık hâlinde ihtilafların hakem kurulunda çözümlenmesi öngörülmüş olmasına rağmen aynı maddenin sonunda, ihtilaflar hâlinde İstanbul mahkemelerinin yetkili bulunduğu da kabul edilmiştir. Yargıtay, bu durumda kesin bir tahkim iradesinden söz edilemeyeceğinden ve kural olarak mahkemelerin ihtilafı çözmesi gerektiğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ile işin esasının incelenip davanın sonuçlandırılması yerine, dava dilekçesinin görev yönünden reddini doğru görmemiştir (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>).

[240] Aksi yöndeki görüş için bkz. Ertabak, s.75 vd. Bu hususa ilişkin olarak Yargıtay On Dokuzuncu Hukuk Dairesi’nin 29 Mayıs 2012 Tarihli ve E.2012/4065, K.2012/9080 Sayılı kararına konu somut olayda, taraflar arasındaki 26.07.2011 tarihli Sistem Kullanım Anlaşması’nın “Anlaşmazlıkların Çözümü” başlıklı 14. maddesi, “*TEİAŞ ile kullanıcının bu anlaşmanın hükümleri üzerinde mutabakata varamamaları halinde, anlaşmazlığın çözümü konusunda kuruma yazılı olarak başvuruda bulunabilir. Anlaşmazlıklar kurum tarafından çözüme kavuşturulur. Anlaşmazlıklar hakkındaki Kurul kararları bağlayıcıdır.*” biçiminde düzenlenmiştir. Yargıtay, anılan sözleşme maddesindeki, “*Tarafların anlaşmazlığın çözümü konusunda kuruma yazılı olarak başvuruda bulunabilir.*” ifadesinin kesin bir tahkim iradesini yansıtmadığına ve bu yüzden de geçerli tahkim şartının varlığından söz edilemeyeceğine hükmetmiştir (<https://kazanci.com.tr/>).

[241] Ertabak, s.73-74.

mahkemelerce çözüleceğinin kararlaştırıldığı tahkim şartları da uyuşmazlık taraflarının açık ve kesin tahkim iradesini içermemesi sebebiyle Yargıtay tarafından geçersiz sayılmaktadır<sup>[242]</sup>. Ancak tahkim şartına ilaveten,

[242] Dayınlarlı, İç Tahkim, s.32; Aydemir, s.160 vd.; Yılmaz ve Çavuşoğlu, *Tahkime Elverişlilik*, s.599-600; Lokmanoğlu, s.359-360. Bu hususa ilişkin olarak Yargıtay On Üçüncü Hukuk Dairesi'nin 7 Kasım 1977 Tarihli ve E.1977/4360, K.1977/4867 Sayılı kararına konu olayda ise taraflar arasındaki sözleşmede yer alan “Ortaklar arasındaki anlaşmazlıkların halli önce aynı meslekten müşterek bir dost önünde çözümlenecektir.” şeklindeki şart, “önce” hakeme gidilmesinin öngörülerek sonrasında mahkeme yolunun açık tutulmuş olması sebebiyle geçerli bir tahkim şartı sayılmamıştır (<https://kazanci.com.tr/>). Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi'nin 9 Nisan 1990 Tarihli ve E.1990/361, K.1990/1677 Sayılı kararında da Yargıtay, uyuşmazlığın tarafları arasındaki sözleşmenin 11. maddesindeki, “İşbu anlaşmanın tatbikinden doğacak ihtilaflar, tarafların tayin edecekleri birer hakem marifeti ile hallolacaktır. Hakemler aralarında anlaşamadıkları takdirde, İstanbul mahkemeleri yetkili olacaktır.” şeklindeki tahkim şartını, kesin nitelikte olmadığı gerekçesiyle geçersiz saymıştır (<https://kazanci.com.tr/>). Yine Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi'nin 31 Mart 2003 Tarihli ve E.2003/1050, K.2003/3012 Sayılı kararına konu somut olayda, taraflar arasındaki İhracat Birliği Anlaşması'nın “Müteferrik Hükümler” başlığı altında, “Anlaşmazlık vukuunda taraflar önce mali danışman Kemal B. 'ın hakemliğine müracaat edecekler ve hakemin yazılı bildirim ve kararı anlaşmazlığı çözemez ise yargıya gideceklerdir. Bu durumda yetkili mercii İstanbul Adli Mercileri olacaktır.” hükmüne yer verilmiştir. Yargıtay, taraflar arasında kararlaştırılan tahkim şartının, taraflara hakemden sonra mahkemeye gitme yetkisi vermekle uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem kararını öngörmemesi sebebiyle geçersiz olduğuna hükmetmiştir (<https://kazanci.com.tr/>). Benzer şekilde Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi'nin 13 Mart 2007 Tarihli ve E.2007/769, K.2007/1572 Sayılı kararına konu somut olayda da taraflar arasındaki sözleşmenin “Uyuşmazlıkların Halli” başlıklı 13. maddesinde, uyuşmazlık halinde bu uyuşmazlığın tarafların seçeceği hakemlerce çözümleneceği, hakem heyetinin çalışmalarından sonuç alınamaz ise Isparta Mahkeme ve İcra Dairelerinin yetkili olduğu kararlaştırılmıştır. Yargıtay, hakem yoluyla halledilemeyen uyuşmazlıkların mahkemeye çözümleneceğine dair konulan kaydın tahkim sözleşmesini hükümsüz kılacağına; çünkü bu hükümden tarafların ihtilafların kesin olarak hakemde çözülmesini istemiş olduklarını çıkarmanın mümkün olmadığına hükmetmiştir (<https://kazanci.com.tr/>). Yargıtay On Dokuzuncu Hukuk Dairesi'nin 8 Haziran 2016 Tarihli ve E.2016/1164, K.2016/10350 Sayılı kararına konu olayda ise, uyuşmazlığın tarafları arasındaki sözleşmenin tahkim şartının düzenlendiği 9.1 numaralı maddesinde, “Taraflar arasında doğacak ihtilafların birlikte çözüme ulaşılamaması halinde belirlenecek bir yeminli mali müşavir ile ... Barosunca seçilecek bir avukattan

hakem yoluyla çözümünü mümkün olmayan uyuşmazlıklar bakımından yetkili olacak mahkeme ve icra dairelerinin kararlaştırılması durumunda ise tahkim şartının geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>[243]</sup>. Nitekim bir kara-

*oluşan iki kişilik hakeme başvurmaya tarafların kabul ettikleri, bu yolla da makbul bir çözüm yolu bulunmadığı takdirde kanun yollarının taraflar için açık olduğu*”, sözleşmenin 9.2 numaralı maddesinde ise, “*sözleşmenin hallinde ... mahkemelerinin ve icra dairelerinin yetkili olduğu*” belirtilmiştir. Yargıtay’ın kararında, somut olayda kesin bir tahkim iradesinin varlığından söz edilemeyeceği gibi tarafların hakemden sonra mahkemeye müracaat etme hakları olduğu da belirtildiğinden, uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili merci olarak hakemin öngörülmemiş olması karşısında sözleşmedeki tahkim hükmünün geçersiz olduğuna hükmedilmiştir (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>). Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi ise, 27 Nisan 2015 Tarihli ve E.2014/12342, K.2015/6885 Sayılı kararında, somut olayda taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin 16. maddesindeki, “*Anlaşmazlıklar öncelikle tahkim yoluyla çözümlenmeye çalışılacaktır.*” ifadesi sebebiyle tarafların sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların halli hususunda ortaya koydukları tahkim iradesinin açıklık ve kesinlik unsurlarından yoksun olduğuna hükmetmiştir (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>). Uyuşmazlık taraflarının açık ve kesin tahkim iradesini içermemesi sebebiyle Yargıtay tarafından geçersiz sayılan tahkim anlaşmalarına ilişkin başka karar örnekleri için bkz. Yargıtay On Üçüncü Hukuk Dairesi, 12 Aralık 1996 Tarih ve E.1996/10769, K.1996/11189 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19 Mart 1997 Tarih ve E.1996/15-923, K.1997/206 (<https://kazanci.com.tr/>). Bu tür tahkim şartlarının geçerli sayılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Ertabak, s.67-68. Yazar, bir tahkim şartının bu şekilde kaleme alınmasının, esasen uyuşmazlığın hakem veya hakemlerce çözülememesi hâlinde doğacak hukukî sonucun sözleşmeye yazılmasından ibaret olduğunu ifade etmektedir. Aksi yöndeki bir diğer görüş için bkz. Ceylan, s.86. Yazar, hakemlerin aralarında anlaşamaması hâlinde uyuşmazlığın mahkemede çözümleneceğinin kararlaştırılmasının, tahkim şartının kesinliğini bertaraf etmediğini; bu sebeple tarafların şarta bağlı olarak tahkim yolunu seçmelerinin mümkün sayılması gerektiğini ileri sürmektedir.

[243] Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi’nin 23 Şubat 2015 Tarihli ve E.2014/2153, K.2015/918 Sayılı kararına konu somut olayda, taraflar arasında akdedilen 13.05.2008 tarihli sözleşmenin 24. maddesinde, bu sözleşmenin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların hakem marifetiyle çözümleneceği, hakem yoluyla çözümünü mümkün olmayan uyuşmazlıklarla, sözleşme ve eklerinde belirtilen durumlarda Zonguldak mahkemeleri ve icra dairelerinin yetkili olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay, sözleşme hükmü dikkatlice incelendiğinde taraflar arasında bir ihtilaf doğduğunda bu ihtilafın hakem kurulunca çözümlenmesi konusunda iradelerinin birleştiğinin anlaşıldığına ve sözleşmenin 24. maddesinde düzenlenen tahkim şartının kayıtsız, şartsız ve açık olduğu sonucuna ulaşıldığına hükmetmiştir (<https://kazanci.com.tr/>).

rında Yargıtay, bu şekilde yapılan bir düzenlemenin tahkim şartının kesin olma özelliğini ortadan kaldırmadığını ifade etmektedir<sup>[244]</sup>. Anılan karara göre böyle bir düzenleme, niteliği itibariyle hakem yargılamasına konu edilemeyecek işler ile hakem yargılamasına konu edilse bile hakem kurulca yapılamayıp yalnızca mahkemece yapılacak işler bakımından yetkili mahkemenin belirlenmesine dair bir yetki şartı olarak değerlendirilmelidir. Yine tahkim sözleşmesinde yetkilendirilen hakemin bu görevi yapmasının mümkün olmadığı istisnai hâllerde yetkili mahkemeye gidileceğine ilişkin tahkim sözleşmesi, tahkim iradesinden açıkça vazgeçilmiş olmadığı için geçerli sayılmaktadır<sup>[245]</sup>. Sözleşmede yer alan, tarafların uyuşmazlığı kendi aralarında çözemedikleri takdirde hakeme başvuracaklarına dair düzenleme de geçerli bir tahkim şartı olarak kabul edilmektedir<sup>[246]</sup>. Bu bağlamda,

[244] Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 23 Şubat 2015 Tarih ve E.2014/2153, K.2015/918 (<https://kazanci.com.tr/>).

[245] Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi'nin 12 Aralık 2019 tarihli ve E.2019/2824, K.2019/5139 Sayılı kararına konu somut olayda, 20.08.2007 tarihli asıl sözleşmenin 12. maddesinde, *“İşbu sözleşmeden doğan veya sözleşmeyle ilişkili olan tüm uyuşmazlıkları İstanbul Ticaret Odası'nın tahkim kuralları uyarınca tahkim yoluyla çözüme bağlamayı taraflar kabul ederler.”* hükmü kabul edilmiş; 14.10.2010 tarihli düzenleme şeklinde ek sözleşmenin XIV. maddesinde ise tahkime ilişkin hüküm, *“Çözümlemeyen uyuşmazlıkların hallerinde İstanbul Ticaret Odası Tahkim Kuralları çerçevesinde İstanbul Ticaret Odası'nın Tahkim Kurullarının görevli ve yetkili oldukları, ... tahkim kurullarının bu görevi yapmasının mümkün olmadığı hâlde, ... Mahkeme ve İcra Müdürlüklerinin yetkili olduğunu, taraflar gayri kabili rücu kabul, beyan ve taahhüt ederler.”* şeklinde düzenlenmiştir. Yargıtay, ek sözleşmedeki düzenlemede tahkim iradesinden açıkça vazgeçilmeyip istisnai olarak İstanbul Ticaret Odası Tahkim Kurullarının bu görevi yapmasının mümkün olmaması hâlinde ... Mahkeme ve İcra Müdürlüklerinin yetkili olduğu kabul edildiğinden, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasını geçerli saymıştır (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>).

[246] Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi, 13 Şubat 2001 Tarihli ve E.2000/10659, K.2001/1904 Sayılı kararında, somut olayda taraflar arasındaki sözleşmenin hakem şartını içeren maddesindeki, *“İşbu mukavele dolayısıyla taraflar arasında zuhur edebilecek her nevi ihtilaflar kendi aralarında halledilemediği takdirde hakeme*

önce bilirkişilere veya uzlaştırma yoluna başvurulması; bundan sonuç alınamaması hâlinde ise tahkime gidilmesinin öngörüldüğü tahkim şartı da geçerli sayılmaktadır<sup>[247]</sup>.

Mülga HUMK döneminde, tahkim sözleşmesinde ismen gösterilen tek hakemin davaya bakma imkânı kalmazsa, örneğin bu kişi vefat eder, istifa eder veya hakemliği kabul etmezse, tahkim sözleşmesinin hükümsüz kaldığı ve taraflar arasındaki uyuşmazlıklara artık mahkemede bakılması gerektiği kabul edilmekteydi<sup>[248]</sup>. Bu hususta doktrindeki bir görüş ise, tahkim sözleşmesinde ismen ve şahsen belirlenmiş olan hakemin ölüm veya hakemlik görevini kabul etmeme gibi sebeplerle hakemlik yapamaması hâlinde ne olacağına dair bir açıklığın sözleşmede bulunmaması ve sözleşmenin yorumundan, uyuşmazlık taraflarının ismen belirlenmiş hakemlerin görev yapamamaları hâlinde dâhi tahkim sözleşmesinin yürürlükte kalmasını istediklerinin anlaşılmaması durumunda, tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğunun kabulünün gerektiği yönündeydi<sup>[249]</sup>. Anılan görüşün gerekçesi, böyle bir durumda uyuşmazlığın taraflarının tahkim yoluna, aralarındaki uyuşmazlığın ismen belirledikleri hakemler tarafından çözüleceği düşüncesi ile başvurmuş olmaları olarak gösterilmekteydi (TBK m. 27/II, c. 2). Buna karşılık HMK m. 421/3'te bu husus, *“Tahkim sözleşmesinde hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi*

---

*gidilecektir.”* hükmünün geçerli bir tahkim şartı olduğuna karar vermiştir (<https://kazanci.com.tr/>).

[247] Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.196.

[248] Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 10 Nisan 2009 Tarih ve E.2009/1393, K.2009/2082 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>). Aynı yöndeki görüş için bkz. Ertabak, s.70-71, 82-83.

[249] Çenberci, *Tayin Usulü*, s.128-129.

*hâlinde, tahkim de sona erer.*” şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla yürürlükteki Kanun bakımından sayılan hususlar, taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça sadece tahkim yargılamasını sona erdirir. Başka bir ifade ile tahkim sözleşmesinde ismen gösterilen tek hakemin davaya bakma imkânının kalmaması, tahkim sözleşmesini kendiliğinden hükümsüz kılmaz<sup>[250]</sup>. Nitekim tahkim sözleşmesinin sona ermesi ile tahkim yargılamasının sona ermesi, aynı şey değildir. Kanımızca, böyle bir durumda tahkim sözleşmesinin geçersiz olacağına dair açık bir kaydın sözleşmede yer almaması veya tahkim sözleşmesinin yorumundan bu sonucun çıkarılamaması hâlinde, uyuşmazlığın taraflarının HMK m. 416/1(b) uyarınca

[250] Aksi yöndeki görüş için bkz. Özbay ve Korucu, s.61-63. Yazarlara göre, hakem tahkim sözleşmesinde ismen belirlenmişse, bu husus artık sözleşmenin vazgeçilmez (esaslı) unsurunu oluşturduğundan, belirlenen kişinin hukuken ve fiilen bu görevi yerine getirmesinin mümkün olmaması, tahkim sözleşmesini veya tahkim şartını geçersiz kılar. Bu durumda uyuşmazlığın hakemde değil, mahkemede çözülmesi gerekir. Hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise, tahkimin sona ermesi için HMK m. 421/3 uyarınca “*kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin*” görevinin herhangi bir sebeple sona ermesinin aranmasını hatalı bir düzenleme olarak nitelendiren görüş için bkz. Cengiz Serhat Konuralp, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*, Doktora Tezi, Danışman Timuçin Muşul, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2011 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 303773), s.175. Yazara göre, tahkim sözleşmesinde hakem kurulu için birden fazla hakem ismen gösterilmişse, bunlardan birinin hakemliği kabul etmemesi, istifa etmesi veya ölmesi üzerine tahkim sözleşmesinin hükümsüz kalması ve tahkimin sona ermesi gerekir. Bu bağlamda uyuşmazlığın tarafları, hakemleri ismen belirlerken her bir hakemin kişiliği ve bilgisiyle o kurulda yer alması yönünde iradelerini ortaya koyduğundan, bu hakemlerden birinin bile kurulda yer almaması, tahkim sözleşmesine ve tarafların iradelerine aykırılık oluşturur. Böyle bir durumda tahkim yargılaması için yeni bir hakem seçilerek tahkime devam edilebilmesi içinse tarafların, ismen belirlenen hakemlerden birinin görev yapamaması hâlinde o kişi yerine yeni bir hakem seçebileceklerini tahkim sözleşmesinde kararlaştırmış olması gerekir. Aynı şekilde tahkim sözleşmesinde ismen belirlenen hakemin herhangi bir sebeple görev yapamaması hâlinde o kişi yerine mahkemenin yeni bir hakem seçebilmesi için de yazara göre, bu gibi hâllerde mahkemenin yeni bir hakem seçebileceğinin tahkim sözleşmesinde öngörülmüş olması gerekir.

yeni hakem seçerek tahkim prosedürünü yeniden başlatmaları gerekir<sup>[251]</sup>.

Bunlardan başka tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığının tespitinde, Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmeler bakımından aranan, başta genel işlem koşulları (TBK m. 20 vd.), kesin hükümsüzlük sebepleri (TBK m. 27/I) ve irade bozuklukları (TBK m. 30 vd.) olmak üzere, diğer geçerlilik şartları da göz önünde tutulur<sup>[252]</sup>. Bu kapsamda örneğin,

[251] Aksi yöndeki görüş için bkz. Büyük, s.143, 145-146. Yazara göre, tahkim sözleşmesinde ismen ve şahsen belirlenmiş olan hakemin herhangi bir nedenle görev yapamaması hâlinde tahkim sözleşmesinin ve tahkim yargılamasının sona ereceğine dair özel bir kayıt bulunmuyorsa, hakemin görevi yerine getirememesi tahkim yargılamasını etkilememelidir. Kanımızca ise, ancak tahkim sözleşmesinde ismen ve şahsen belirlenmiş olan tek hakemin görev yapamaması hâlinde tahkim yargılamasının sona ermeyeceğine dair bir kayıt bulunuyor veya tahkim sözleşmesinin yorumundan taraflarının iradesinin bu yönde olduğu anlaşılıyorsa, tahkim yargılamasının ayakta tutulması ve yeni bir hakem seçilerek yargılamaya devam edilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim HMK m. 421/3 hükmü, tahkim sözleşmesinde hakemin ad ve soyadları belirtilmiş ise hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi hâlinde tahkimin de sona ereceğini açıkça düzenlemektedir. Ayrıca yazarın ifade ettiğinin aksine biz, kanun koyucunun ismen belirlenen tek hakemin görevini yerine getirememesi hâlinde kural olarak yeni hakem atanmasının mümkün olmadığı yönünde tavır aldığını da düşünmüyoruz. Zira kanun koyucu HMK m. 421/3'te mevcut tahkim prosedürünün sona ereceğini düzenlemekle, tarafların yeni bir hakem seçmek suretiyle yeni bir tahkim prosedürünü işletmelerine engel olmamaktadır.

[252] Dayınlarlı, *İç Tahkim*, s.16; Aydemir, s.116 vd., 352 vd.; Yılmaz ve Çavuşoğlu, *Tahkime Elverişlilik*, s.598; Koral, *İç Tahkim*, s.1044-1045; Lokmanoğlu, s.364-365; Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.166; Dünder, s.28; Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.207-208, 220; Ertabak, s.47; Dülger, s.354-355; Uçar, s.78; Sarı, s.149, 151-152; İlhan, s.260; Başar, s.285; Aktepe-Artık, s.181; Topcan, s.99, 101, 112; İnanc, s.204; Yılmaz ve Çavuşoğlu, *Asimetrik Tahkim Klotları*, s.1478, 1481-1482; Ayşegül Polat, "Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği", *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2019, s.17 vd. Bu hususta Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi'nin 26 Eylül 2016 Tarihli ve E.2016/27462, K.2016/21049 Sayılı kararında, tahkim sözleşmesi veya tahkim şartının borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olması sebebiyle, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesi veya tahkim şartında da bulunması ve aranması gerektiği ifade edilmiştir (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>). Aynı yönde bkz. Yargıtay On Üçüncü Hukuk Dairesi, 25 Nisan 1991 Tarih ve E.1990/8778, K.1991/4492 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 20 Ocak 2009 Tarih ve E.2008/44630, K.2009/537

davacı ve/veya davalının bu hususta özel olarak yetkilendirmiş olmadığı vekili tarafından akdedilen tahkim sözleşmesi geçersizdir (TBK m. 504/III)<sup>[253]</sup>. Benzer şekilde, taraflardan birinin ehliyetsizliği de tahkim sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurur<sup>[254]</sup>. Buna göre, örneğin ayırt etme gücü bulunmayan bir kişi tarafından bizzat yapılan (TMK m. 15) veya ayırt etme gücüne sahip ancak vesayet altındaki bir davacı ve/veya davalı tarafından kanunî temsilcisinin rızası olmaksızın yapılan bir tahkim sözleşmesi de geçersizdir (TMK m. 16/I, c. 1). Yine ahlaka aykırı, örneğin hakem seçiminin tamamen ekonomik ve sosyal güce sahip olan tarafın tekeline bırakıldığı bir tahkim sözleşmesi de geçersizdir<sup>[255]</sup>. Bu bağlamda, tahkime başvurma hakkını taraflardan yalnız birine vermek, taraflardan birine mahkemeye de başvurabilme seçimlik hakkını tanımak veya hakem

(<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 26 Eylül 2016 Tarih ve E.2016/27461, K.2016/21048 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

[253] Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi, 16 Mart 2001 Tarih ve E.2000/10635, K.2001/2020 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi, 23 Mart 2010 Tarih ve E.2008/5901, K.2010/3203 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22 Şubat 2012 Tarih ve E.2012/742, K.2012/82 (<https://www.kararara.com/forum/>).

[254] Yılmaz ve Çavuşoğlu, *Tahkime Elverişlilik*, s.598; Koral, İç Tahkim, s.1043; **İlhan**, s.254.

[255] Yargıtay Yirminci Hukuk Dairesi, 28 Mart 2002 Tarihli ve E.2002/1955, K.2002/2791 Sayılı kararında, tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması hâlinde geçerliliğinden söz edilemeyeceğine ve özellikle bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususları kabul ettirmesi veya o tarafa hakemi seçme olanağının verilmesi hâllerinde, sözleşmedeki tahkim şartının kesin olarak geçersiz olduğunun kabulünün gerektiğine hükmetmiştir (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>). Aynı yönde bkz. Yargıtay On Üçüncü Hukuk Dairesi, 25 Nisan 1991 Tarih ve E.1990/8778, K.1991/4492 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 12 Şubat 1992 Tarih ve E.1991/13-606, K.1992/56 (<https://legalbank.net/arama>); Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 25 Şubat 2013 Tarih ve E.2013/1773, K.2013/6664 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 18 Nisan 2016 Tarih ve E.2016/6529, K.2016/11095 (<https://kazanci.com.tr/>); Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 26.09.2016 Tarih ve E.2016/27462, K.2016/21049 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

seçimini tamamen taraflardan birine bırakmak suretiyle uyumsuzluğun bir tarafını, diğeri karşısında üstün hâle getiren asimetrik tahkim kayıtlarının, hem ahlaka aykırı bulunduğu hem tahkim iradesini açık ve kesin şekilde yansıtmadığı hem de hak arama özgürlüğü ile adil yargılanma hakkına ve dolayısıyla kamu düzenine aykırılık taşıdığından, uygulamada geçersiz sayıldığı görülmektedir<sup>[256]</sup>. Tahkim şartının genel işlem koşulları içinde yer alması hâlinde ise bunun TBK m. 21 uyarınca karşı tarafın menfaatine aykırı veya sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı ya da TBK m. 25 uyarınca dürüstlük kurallarına aykırı olarak konulmuş karşı tarafın aleyhine olan veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelik arz eden bir şart

[256] Yılmaz ve Çavuşoğlu, *Asimetrik Tahkim Klotları*, s.1477, 1482, 1484 vd. Bununla birlikte yazarlar, tahkim sözleşmesinin taraf iradesine dayanan bir sözleşme olduğunu ve bu kapsamda taraflarca anlaşılacak taraflardan birine birtakım imtiyazlar tanınabileceğini; bu sebeple uyumsuzluğun tarafları arasındaki eşitliği bozan her durumun tahkim sözleşmesini geçersiz hâle getirdiğinin kabulünün, sözleşme serbestisi ve sözleşmeyi ayakta tutma ilkelerine aykırılık teşkil edeceğini öne sürmektedirler. Aynı yöndeki görüş için bkz. İlhan, s.262. Yazara göre, asimetrik tahkim sözleşmeleri sadece edimler arasındaki eşitsizlik sebebine dayanarak peşinen geçersiz kabul edilmemeli ve her asimetrik tahkim sözleşmesi, ilgili olduğu somut olayın özellikleri kapsamında ayrıca değerlendirilmelidir. Emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmedikçe asimetrik tahkim sözleşmesinin, salt eşit olmayan hak ve yükümlülükler içermesi sebebiyle kendiliğinden geçersiz sayılmaması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Polat, s.9. Bununla birlikte Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi'nin 15 Şubat 2011 Tarihli ve E.2009/3257, K.2011/1675 Sayılı kararına konu uyumsuzlukta taraflar arasındaki kurtarma-yardım sözleşmesinin 6. maddesinde, kurtarma-yardım ücretinden doğan uyumsuzluklarla ilgili olarak tahkim yoluna başvurma hakkı, sadece anılan hizmeti veren Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'ne tanınmıştır. Yargıtay, bu şartın geçerli sayılmasının, öncelikle kurtarma-yardım hizmetinden yararlanan ilgililerin hak arama özgürlükleri açısından hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayacağını; çünkü taraflar arasında bir uyumsuzluk meydana geldiğinde, hizmeti alan ilgililerin mahkemeye başvurusunun davalı kurumca süresinde tahkim itirazında bulunulmak suretiyle engelleneceğini; buna karşılık davalı kurumun tahkim yoluna başvurmaması hâlinde ise, hizmeti alan ilgililerin başvurabileceği bir başka yasal yolun kalmayacağını ifade edilmiştir (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>).

olduğunun peşinen kabulü söz konusu değildir<sup>[257]</sup>. Buna karşılık, somut olaydaki tahkim şartı karşı tarafın menfaatine aykırı nitelik taşıyorsa ve sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyen, bunun varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verip içeriğini öğrenme imkânı sağlamamış veya karşı taraf bu şartı kabul etmemişse, bu durumda tahkim şartı yazılmamış sayılacaktır (TBK m. 21)<sup>[258]</sup>. Tahkim şartının yürürlük denetiminden geçmesi; ancak açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde ise bu şart, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır (TBK m. 23). Yürürlük denetimi ve yorum denetiminde öngörülen yaptırımlara tabi olmayan genel işlem koşulu niteliğindeki tahkim şartı, somut olayın özelliklerine göre dürüstlük kurallarına aykırı olarak konulmuş karşı tarafın aleyhine olan veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelik arz eden bir şart niteliğindeyse, örneğin genel işlem şartlarını düzenleyen taraf, karşı taraf için çok pahalı bir tahkim mekanizmasını yetkilendirmiş veya hangi hakemlerin uyuşmazlığı çözeceğini belirlemişse, tahkim şartının TBK m. 25 uyarınca içerik denetimine tabi tutulması; başka bir deyişle geçerliliğinin denetlenmesi gerekliliği doğar<sup>[259]</sup>. Bu durumda ancak içerik denetimi

[257] Berk Demirkol, “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması”, *Public and Private International Law Bulletin (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan)*, Cilt 40, Sayı 2, 2020, s.1338, 1341; Zengin, *Tahkim Şartı*, s.142; İlhan, s.261.

[258] Zengin, *Tahkim Şartı*, s.143. Yazar, sözleşme ilişkisi ne olursa olsun, genel işlem koşulları içinde yer alan tahkim şartının, “şaşırtıcı şart” sayılmaması gerektiği görüşündedir. Aksi yöndeki görüş için bkz. Polat, s.24-25. Yazara göre asimetrik tahkim şartının genel işlem koşulu şeklinde düzenlenmiş olması hâlinde TBK m. 21 uyarınca yazılmamış sayılması gerekmektedir.

[259] Demirkol, s.1339; Zengin, *Tahkim Şartı*, s.145; İlhan, s.262. Genel işlem koşulu niteliğinde hükümler içeren iş sözleşmelerindeki tahkim şartının geçerliliğine ilişkin olarak bkz. Sargın, s.925-926. Yazara göre, işçi tarafından kabul edilmemiş olan genel işlem koşulu niteliğindeki tahkim şartın, TBK m. 21 uyarınca yazılmamış sayılır. Buna karşılık böyle bir tahkim şartı işçi tarafından kabul edilmişse, bu sefer işçinin tahkim yoluna gidilmesine ilişkin gerçek iradesinin araştırılması gerekir.

sonucu dürüstlük kuralına aykırı bulunan tahkim şartının, kesin hüküm-süzlük yaptırımını ile sakatlığından bahsedilebilir<sup>[260]</sup>.

Tahkim sözleşmesinin yokluğu hâlinde<sup>[261]</sup>, uyuşmazlığın taraflarından biri ile hakem arasında yapılan hakem sözleşmesi, doğal olarak geçersiz olur. Kanımızca tahkim sözleşmesinin herhangi bir sebeple geçersiz olması da buna dayanılarak yapılan hakem sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurur. Nitekim hakemin önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin yargılama yapıp karar verme yetkisi esasen hakem sözleşmesinden önce uyuşmazlığın tarafları arasındaki tahkim sözleşmesinin varlığından kaynaklanır<sup>[262]</sup>. Hakem sözleşmesinin geçerli bir tahkim şartına veya müstakil tahkim sözleşmesine dayanılarak akdedilmesi gerekliliği karşısında tahkim sözleşmesinin geçersizliği, doğal olarak hakkında ayrıca bir hüküm verilmesi gerekmeksizin kendiliğinden hakem sözleşmesini de hukuka aykırılık sebebiyle geçersiz hâle getirir (TBK m. 27/I). Bununla beraber tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin hakem kararının iptali sebebi teşkil ettiği Kanun'da açıkça düzenlenmiş olduğundan [HMK m. 439/2(a)], böyle bir tahkim sözleşmesine dayanılarak akdedilen hakem sözleşmesi sebebiyle verilen hakem kararı, iptal yaptırımına tabidir.

Doktrinde, tahkim sözleşmesinin herhangi bir sebeple geçersiz olmasının buna dayanılarak yapılan hakem sözleşmesinin de geçersizliği sonu-

[260] Demirkol, s.1341, 1345-1346. Aynı yöndeki görüş için bkz. Polat, s.25. Yazara göre, genel işlem koşulları içinde düzenlenen bir hüküm ile sözleşmenin taraflarından yalnız birine tahkime başvurma imkânının tanınması hâlinde, ancak hak arama özgürlüğünün dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kısıtlanması söz konusuysa genel işlem koşulu niteliğindeki tahkim şartı geçersiz sayılmalıdır.

[261] Tahkim sözleşmesinin kurucu unsurunu teşkil eden tahkim iradesinin, uyuşmazlığın taraflarından biri veya her ikisi tarafından beyan edilmemiş olması hâlinde tahkim sözleşmesi yok hükmündedir.

[262] Tanrıver, s.381; Buluttekin, s.256.

cunu doğuracağına ilişkin görüşümüzün aksini savunan yazarlar da mevcuttur<sup>[263]</sup>. Bu yazarlara göre, tahkim sözleşmesi geçersiz olsa bile hakem sözleşmesinin geçerli olması gerekir; aksi hâlde, tahkim sözleşmesinin geçersizliğine hükmedildiğinde hakemin ücret alacağının sözleşmesel temeli ortadan kalkmış olur. Bizim görüşümüz ise, geçersiz bir tahkim sözleşmesine dayanılarak akdedilen hakem sözleşmesinin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı ve bu durumda hakem veya hakemlerin, caiz vekâletsiz işgörme kapsamında ücret talep edebileceği yönündedir. Buna göre, her ne kadar görülen iş için ücret ödenmesi TBK m. 529'da<sup>[264]</sup> öngörülmüş olmasa da görülen iş, sözleşme gereği veya teamüle göre ücret karşılığında görülecek işlerden olduğu için doktrinde kabul gören görüş uyarınca, TBK m. 502/II'ye kıyasen hakem veya hakemlere uygun bir ücret verilmesi gerekir<sup>[265]</sup>.

## 2- Hakem Sözleşmesinin Geçerliliğinin Asıl Sözleşmenin Geçerliliği ile İlişkisi

Borçlar hukukunda kural, asıl sözleşmenin geçersizliğinin, bu sözleşmenin fer'î niteliğindeki şartların da geçersizliği sonucunu doğurmasıdır (TBK m. 27). Buna karşılık, müstakil tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı

[263] Pekcanıtez ve Yeşilırmak, s.2691.

[264] Vekâletsiz işgörmenin, iş sahibinin menfaatine yapıldığı durumlara ilişkin TBK m. 529 uyarınca, “[1] İş sahibi, işin kendi menfaatine yapılması hâlinde, işgörenin, durumun gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan işgören hakkında da uygulanır. [2] İşgören, yapmış olduğu giderleri alamadığı takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ayırıp alma hakkına sahiptir”.

[265] Eren, *Özel Hükümler*, s.921-922, par. 3115; Elif Ceren Türkoğlu, “Türk Hukukunda Hakem Sözleşmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2017, s.383.

herhangi bir sebeple geçersiz olsa bile, asıl sözleşme geçerli olduğu gibi, asıl sözleşmenin geçersiz olması da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun açık hükmü gereği, sözleşmedeki tahkim şartının veya müstakil tahkim sözleşmesinin geçersizliği sonucunu kendiliğinden doğurmaz (HMK m. 422/1, c. 3)<sup>[266]</sup>. Şöyle ki, hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mev-

[266] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22 Şubat 2012 Tarihli ve E.2011/11-742, K.2012/82 Sayılı kararında, tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşma olduğu; tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliğinin, asıl sözleşmede yer alan tahkim şartı için de geçerli olduğu; bu sebeple tahkim şartının geçerliliğinin, esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı olmadığı; asıl sözleşmenin geçersiz olmasının tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemeyeceği veya tahkim anlaşmasının herhangi bir sebeple geçersiz olmasının asıl sözleşmeyi etkilemeyeceği ve onu geçersiz kılmayacağı belirtilmiştir (<https://kazanci.com.tr/>). Bununla birlikte mülga HUMK'ta ayrılabilirlik ilkesi benimsenmemiş olduğundan, 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğünden önceki uygulamada anılan kararın aksi yönde kararlar verilmekteydi. Örneğin Yargıtay On Üçüncü Hukuk Dairesi'nin 17 Kasım 1994 Tarihli ve E.1994/7536, K.1994/10153 Sayılı kararında, sözleşmenin geçersizliğine yönelik bir savın tahkim şartının da fonksiyonunu ortadan kaldırabilecek nitelikte ve güçte bir sav olarak kabul edilmesi gerektiği; esas sözleşmenin hükümsüz kılınmasının tahkim şartını da etkisiz ve fonksiyonsuz, bir anlamda ölü hale getireceğinden kuşku ve duraksamaya yer olmaması gerektiği; sözleşmenin hükümsüzlüğüne dayanan sözleşmenin iptali davasının olumlu olarak hükme bağlanması hâlinde hakem kurulu kararının konusuz kalacağının çok açık olduğu; bu sebeple de mahkemede açılan bu davayı hakem kurulunun ön sorun yaparak asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne dair çıkan uyuşmazlığın mahkemece çözümlenmesine kadar hakemlerin davayı bekletmesi gerektiği ifade edilmiştir (<https://kazanci.com.tr/>). Yargıtay On Dokuzuncu Hukuk Dairesi de 3 Haziran 2003 Tarihli ve E.2002/4868, K.2003/5909 Sayılı kararında, geçersiz olan sözleşmede yer alan tahkim şartının da sonuç doğurmayacağına hükmetmiştir (<https://kazanci.com.tr/>). Mülga HUMK'ta ayrılabilirlik ilkesi kabul edilmemiş olduğundan, davacı tahkim prosedürünü başlattığında davalı, asıl sözleşmenin ve dolayısıyla da tahkim şartının geçersizliğini ileri sürerek tahkim prosedürünü bertaraf edebiliyor; davacı ise tahkim yargılamasının devamını sağlayabilmek için mülga HUMK m. 519 uyarınca uzun ve masraflı bir prosedüre tabi oluyordu. Buna göre davacının, tahkim şartının geçerli olduğuna ilişkin tespit davası açarak bu yönde bir karar alması; kararın temyiz edilmiş olması hâlinde ise, temyiz sonucunda, yine tahkim şartının geçerli olduğuna ilişkin bir karar çıkması gerekiyordu (Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.172-173; Hendem, *İtiraz*, s.1373-1374; Mustafa Erkan, "Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s.540-541). Dolayısıyla, HMK'da ayrılabilirlik ilkesinin kabulü ile daha

cut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar hakkında karar verirken, asıl sözleşmede yer alan tahkim şartını, Kanun'un açık hükmü gereği, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirir (HMK m. 422/1, c. 2) ve bu husus, tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığını; başka bir ifade ile "ayrılabilirlik ilkesi"ni ifade eder<sup>[267]</sup>. Dolayısıyla, hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin geçersizliğine karar vermesi, kendiliğinden tahkim sözleşmesinin de geçersizliği sonucunu doğurmaz (HMK m. 422/1, c. 3).

Bazı hâllerde, örneğin taraflardan birinin ehliyetsizliği veya iradesinin sakatlanmış olması ya da sözleşmeyi yapan kişinin temsil yetkisinin bulunmaması sebebiyle, asıl sözleşme ile birlikte tahkim şartı da geçersiz olabilir<sup>[268]</sup>; ancak böyle bir durumda dahi tahkim sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam etmemesi için bunun geçersizliğine ayrıca hükmedilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar verilmiş olsa bile, asıl sözleşmenin bir parçası olan tahkim şar-

---

önce bu ilkenin benimsenmemiş olmasından kaynaklanan sorunlar aşılacak Türk hukukuna, tahkim kurumunun amacını gerçekleştirmesine hizmet eden bir düzenleme kazandırılmıştır. Nitekim tarafların tahkime başvurmayla ilişkin iradeleri, esasen asıl sözleşmeden ayrı ve bağımsız bir sözleşme niteliğindedir (Ertabak, s.35).

[267] Erkan, s.539; Aydemir, s.103 vd.; Lokmanoglu, s.355; Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.169; Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.213; Ayhan, s.98; Başar, s.285; Topcan, s.110; İnanç, s.206-207, 210-211; Mustafa Serdar Özbek, "Tahkim Şartının Asıl Sözleşmeden Ayrılabilirliği İlkesinin Hukukî Sonuçları ve Sınırları", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Sayı 1, 2020, s.44, 47, 49, 55-56; Özbay ve Korucu, s.45-47; Selçuk, s.113.

[268] Aydemir, s.118; Özbek, *Tahkim Şartı*, s.69, 71; Polat, s.26-27; Özbay ve Korucu, s.46, 228; Selçuk, s.115. Buna göre, tahkim şartını içeren esas sözleşmeyi sakatlayan sebep, aynı zamanda tahkim şartını da sakatlamakta ise, aynı sakatlık sebebiyle hem esas sözleşme hem de tahkim şartının geçerliliği etkilenmiş olur. Örneğin esas sözleşme korkutma sonucu imzalanmışsa (TBK m. 37-38), aynı irade sakatlığı doğal olarak tahkim şartını da geçersiz kılar. Bun karşılık, esas sözleşmenin belirli hükümlerine ilişkin yanıltma veya aldatma söz konusuysa (TBK m. 30-36), bu durumda tahkim şartı geçerliliğini korur (Özbek, *Tahkim Şartı*, s.72, 99).

tının veya asıl sözleşmeden bağımsız şekilde akdedilmiş olan tahkim sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin ayrıca hüküm verilmemiş olması hâlinde, böyle bir tahkim sözleşmesine dayanılarak akdedilen bir hakem sözleşmesi de geçerli bir sözleşme olarak hüküm ve sonuçlarını doğurmaya devam eder. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı itirazında bulunulamayacağı hususu da açıkça hükme bağlanmıştır (HMK m. 412/4). Dolayısıyla, asıl sözleşmenin geçersizliğinin hakem sözleşmesinin geçersizliğine doğrudan bir etkisi bulunmamakla birlikte, asıl sözleşmedeki tahkim şartının veya asıl sözleşmeye dayanılarak yapılan müstakil tahkim sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin ayrıca bir karar verilmesi durumunda, kanımızca böyle bir tahkim sözleşmesine dayanılarak akdedilen hakem sözleşmesi de geçersiz olur.

Yukarıda açıklandığı üzere, HMK m. 412/4'te tahkim sözleşmesine karşı asıl sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceğini düzenlenmiştir. Buna karşılık asıl sözleşmenin yokluğu; yani kurucu unsurlarında sakatlık bulunması hâlinde ise, tahkim sözleşmesinin akıbetinin ne olacağına dair herhangi bir hüküm Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almamaktadır. Bu hususa ilişkin olarak doktrindeki bir görüş, ayrılabilirlik ilkesinin asıl sözleşmenin yokluğu hâlinde de kabulünün gerektiği yönündedir<sup>[269]</sup>. Buna göre, tahkim anlaşması asıl sözleşmenin içinde tahkim şartı olarak yer almamaktaysa, asıl sözleşme ile tahkim sözleşmesi farklı kurucu unsurlara sahip olduğundan; tahkim sözleşmesi, asıl sözleşmenin geçersizliğinden etkilenmediği gibi yokluğundan da etkilenmemeli; tahkim sözleşmesinin kurucu unsurlarında bir eksiklik olmadığı sürece bu sözleşme hukukî varlığını sürdürmelidir<sup>[270]</sup>. Bir başka görüş uyarınca ise, esas sözleşmeden ayrı şekilde akdedilen tahkim sözleşmesi de esas sözleşmenin içinde düzen-

[269] Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.176-177; İnanc, s.211.

[270] Hendem, *Tahkime Elverişlilik*, s.176-177.

lenen tahkim şartı da esas sözleşmenin yokluğundan etkilenmez<sup>[271]</sup>. Bu görüşlerin kabulü hâlinde, asıl sözleşmenin yokluğu tahkim sözleşmesini etkilemeyeceğinden, buna dayanılarak akdedilen hakem sözleşmesinin de asıl sözleşmenin yokluğundan etkilenmediği kabul edilecektir. Buna karşılık kanımızca, tahkim sözleşmesinin konusunun belirli veya belirlenebilir olması gerekliliği karşısında, asıl sözleşmenin yokluğu, tahkim sözleşmesinin geçersizliğine sebep olur. Bu durumda geçersiz bir tahkim sözleşmesine dayanılarak akdedilmiş olan hakem sözleşmesinin de geçersiz olduğunun kabulü gerekir. Bununla birlikte eğer uyuşmazlık hâlinde tahkime gidileceği hususu bir tahkim şartı olarak asıl sözleşmenin içinde yer almaktaysa, asıl sözleşmenin yokluğu, doğal olarak onun bir parçası olan tahkim şartının da yokluğu anlamına gelecektir<sup>[272]</sup>.

### 3- Hakem Sözleşmesinin Geçersizliği

Hakem sözleşmesinin geçerliliğinin, konusunun kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmemesine bağlı olduğu yukarıda da ifade edilmişti (TBK m. 27/I)<sup>[273]</sup>. Buna göre, tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlığın çözümünü konu edinen<sup>[274]</sup>, taraflarından birinin fiil ehliyetine sahip olmadığı<sup>[275]</sup> ya da mevcut olmayan veya geçersiz bir tahkim sözleşmesine dayanılarak akdedilen bir hakem sözleşmesi, kesin olarak geçersizdir. Yine hakem sözleşmesinin, uyuşmazlığın taraflarından birinin bu hususta özel olarak yetkilendirmiş olduğu vekili dışında, bu sözleşmeyi

[271] Özbek, *Tahkim Şartı*, s.46.

[272] Erkan, s.547-548, 553. Yazar, böyle bir durumda tahkim şartının yokluğunun aksi her zaman ispat edilebilecek bir karine olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir.

[273] Bkz. I no'lu başlık altında açıklanan hakem sözleşmesinin, "B. Konusu".

[274] Bu durumda hakem sözleşmesinin konusu bakımından objektif imkânsızlık söz konusudur (Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.227-228; Reyhani-Yüksel, s.2448).

[275] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.228.

yapmaya yetkisi olmayan biri tarafından yapılmış olması hâlinde hakem sözleşmesi geçersizdir (HMK m. 74). Benzer şekilde, vesayet altındaki bir davacı ve/veya davalının, kanunî temsilcisinin rızası hilafına yapılan hakem sözleşmesi de geçersizdir. Bununla birlikte irade sakatlığının söz konusu olduğu hâllerde (TBK m. 30 vd.), hakem sözleşmesinin iptali söz konusu olabilir<sup>[276]</sup>.

Davacı ve davalı taraflarca tahkim sözleşmesinin mevcut ve geçerli olmadığına dair bir itirazda bulunulması hâlinde hakem veya hakem kurulunun, bu tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığı hakkında karar verme yetkisine sahip olduğuna ilişkin açık bir hüküm Kanun'da yer almaktayken (HMK m. 422/1, c. 1); hakem sözleşmesinin mevcut ve geçerli olmaması ile ilgili bir hüküm ise mevcut değildir. Bununla birlikte HMK m. 422/1'in ilk cümlesinde yer alan, "*Hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir.*" hükmünden<sup>[277]</sup>, davacı ve/veya davalının hakem sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin itirazları hakkında da hakem veya hakem kurulunun karar verme yetkisine sahip olduğu sonucu çıkmaktadır. Hakemler kendi yetkileri hakkında karar verebildiklerine göre, yetkilerinin kaynağı olan hakem sözleşmesinin geçerli olup olmadığını da pek tabii ki inceleyebilirler.

Tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin hakem kararının iptali sebebini teşkil ettiği de açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte [HMK m. 439/2(a)], hakem sözleşmesinin geçersizliğinin sonuçlarına ilişkin bir düzenleme ise Kanun'da bulunmamaktadır. Hakem kararının iptal sebepleri HMK

[276] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.232 vd.

[277] Mülga HUMK m. 519 ise, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar veremeyecekleri ve bir uyuşmazlığın hakemler tarafından çözümlü çözülemeyeceğine mahkemelerce karar verilmesi gerektiği düzenlenmekteydi. Bununla birlikte anılan hüküm, tahkimin esasları ile bağdaşmaması ve uluslararası hukukta kabul edilen düzenlemeler ile çelişmesi sebebiyle doktrinde eleştirilmekteydi (Âlim Taşkın, "Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 1988, s.182-183).

m. 439/2'de sınırlı sayıda sayılmış olduğundan<sup>[278]</sup>, kanımızca HMK m. 439/2(a)'nın hakem sözleşmesinin geçersizliği hakkında kıyasen uygulanarak, bu durumda da hakem kararının bu hüküm kapsamında iptal edilebileceğinin kabulü söz konusu değildir. Bu hususta hakem sözleşmesinin ne tür bir geçersizlik yaptırımına tabi olduğu önem taşır. Eğer hakem sözleşmesi TBK m. 27/I'e aykırı ise, bu hâlde sözleşme baştan itibaren kesin olarak hükümsüzdür. Bu durumda kanımızca, eğer verilmişse hakem kararının, herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacağı kabul edilmelidir; ancak bunun için hakem sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğünün dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırı şekilde ileri sürülmemiş olması gerekir. Bunun yanında, eğer hakem sözleşmesinin yokluğu söz konusuysa, bu durumda hakem kararı da yok hükmünde olacaktır. Hakem sözleşmesinin irade bozukluğu sebebi ile sakat olması hâlinde ise, sözleşme TBK m. 39/I uyarınca iptal edildiğinde, artık hakem sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyeceği için yine hakem kararının da yok hükmünde olduğunun kabulü gerekecektir. Sözleşmenin süresi içinde iptal edilmemesi hâlinde ise kanımızca hakem kararına dair herhangi bir sorun söz konusu olmayacaktır.

## B) SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

### 1- Tahkim Sözleşmesinin Sona Ermesi

Tahkim sözleşmesinin herhangi bir sebeple sona ermiş olması, hakem sözleşmesini de kendiliğinden sona erdirir<sup>[279]</sup>. Nitekim daha önce de önemle belirtildiği üzere hakem sözleşmesinin dayanağını, tahkim sözleşmesi oluşturmaktadır.

### 2- Tek Hakemin veya Hakem Kurulunun Yetkisiz Olması

[278] Selçuk, s.79 vd.; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, s.746; Başar, s.284.

[279] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.239-240.

Tahkim yargılamasını gerçekleştirecek olan hakem veya hakem kurulu, bu yargılama yetkisini uyuşmazlığın taraflarının kendi aralarında yaptığı tahkim sözleşmesinden almakta olup<sup>[280]</sup>, hakem veya hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi veya yetkisini aşması, verilen hakem kararının iptali sebebini teşkil eder [HMK m. 439/2(ç, d)]. Bununla birlikte davacı veya davalı tarafça hakem veya hakem kurulunun yetkisiz olduğuna dair bir itirazda bulunulması hâlinde hakem veya hakem kurulu, kendi yetkisi veya yetkisizliği hakkında karar verme yetkisine sahiptir (HMK m. 422/1, c. 1)<sup>[281]</sup>. Bunun için söz konusu itirazın, en geç cevap dilekçesinde yapılması gerekmekte olup, tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış olmaları, hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz etme haklarını ortadan kaldırmaz (HMK m. 422/2). Hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itirazın ise derhâl ileri sürülmesi gerekir (HMK m. 422/3). Bununla birlikte hakem veya hakem kurulu, gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varırsa, süresinde ileri sürülmeyen itirazı kabul edebilir (HMK m. 422/4).

Uyuşmazlığın taraflarından birinin, kendi seçtiği veya karşı tarafın seçtiği hakemlerin yetkisine itiraz etmesi durumunda, bu itiraz hakem veya hakem kurulu tarafından ön sorun olarak ele alınıp karara bağlanır (HMK m. 422/5). Bunun sonucunda hakem veya hakem kurulu yetkili olduğuna karar verirse, tahkim yargılamasına devam eder ve davayı karara bağlar (HMK m. 422/5). Buna karşılık yetkisizliğe karar verirse, dosyadan el çekerek dosyayı mahkemeye gönderir. Bu durumda davacı ve davalı ile hakem veya hakem kurulu arasındaki hakem sözleşmesi de kendiliğinden sona erer.

[280] Dayınlarlı, İç Tahkim, s.49.

[281] Mülga HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde bu tür kararların alınması için mahkemeye başvurulmaktaydı; başka bir anlatımla, hakem veya hakemler kendi yetkileri hakkında karar verememekteydi (Dayınlarlı, İç Tahkim, s.49-50).

### 3- Hakemin Çekilmesi veya Reddedilmesi

Hakem sözleşmesinin tarafı olan hakemin çekilmesi veya davacı ya da davalı tarafça reddedilmesi hâlinde, bu hakem ile uyumsuzluğun tarafları arasında akdedilmiş olan hakem sözleşmesi kendiliğinden sona erer<sup>[282]</sup>. Bu bağlamda, hukukî veya fiilî bir sebeple görevini hiç veya gereği gibi yerine getiremeyen hakem çekilebilir (HMK m. 420/1). Hakemin davacı ve davalı tarafından kararlaştırılmış olan nitelikleri taşımaması veya yine davacı ve davalı tarafından tahkim usulünde öngörülmüş olan bir ret sebebinin mevcudiyeti ya da hakemin tarafsızlığından şüphe edilmesini haklı gösteren durum ve koşulların gerçekleşmesi hâlinde ise hakemin reddedilmesi mümkündür (HMK m. 417/2, c. 1). Bununla birlikte taraflardan birinin bizzat atadığı veya atanmasına katıldığı hakemi reddetmesi, yalnızca hakemin atanma tarihinden sonra öğrenilen ret sebeplerine dayanılarak yapılabilir (HMK m. 417/2, c. 2). Bu durumda davacı veya davalının bizzat atadığı veya atanmasına katıldığı bir hakemi, atanma tarihinde zaten bildiği ret sebeplerine dayanarak sonradan reddetmesi söz konusu değildir<sup>[283]</sup>.

### 4- Görevin Yerine Getirilememesi

Hukukî veya fiilî bir sebeple görevini hiç veya gereği gibi yerine getiremeyen hakem çekilebilir veya taraflar anlaşmak suretiyle hakemin görevine son verebilir (HMK m. 420/1). Davacı ve davalı taraf bu hususta anlaşmadığı takdirde ise taraflardan her biri, mahkemeye başvurarak hakemin yetkisinin sona erdirilmesine ilişkin bir karar alabilecek olup, bu durumda mahkemenin vereceği karar kesindir (HMK m. 420/2). Hakemin görevine bu şekilde son verilmesi, bu hakem ile davacı ve davalı arasındaki hakem sözleşmesinin de kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurur<sup>[284]</sup>.

[282] Bacanlı, s.138.

[283] Nitekim bunun aksi bir davranış, TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağına da aykırılık teşkil eder.

[284] Bacanlı, s.138.

Kanun'da bahsi geçen fiilî sebeplerden birini hakemin fiil ehliyetini kaybetmesi, bir diğerini de ölmesi oluşturur<sup>[285]</sup>. Buna göre, tahkim yarılması henüz devam ederken fiil ehliyetini kaybeden veya ölen hakem ile davacı ve davalı taraf arasındaki hakem sözleşmesi kendiliğinden sona erer (TBK m. 513/I, c. 1). Bunun sebebi hakemin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini şahsen ifa etme borcu altında olmasıdır<sup>[286]</sup>. Bu durumda hakemin ölmesi; başka bir ifade ile hak ehliyetinin ölüm veya ölüme denk tutulan hâllerden biri (ölüm karinesi veya gaiplik) sebebiyle sona ermesi, taraf olduğu hakem sözleşmesini de kendiliğinden sona erdirir<sup>[287]</sup>. Yine hakemin fiil ehliyetini sonradan kısmen veya tamamen kaybetmesi, örneğin ayırt etme gücünü kaybetmesi, kısıtlanması ya da yasal danışmanlık altına konulması hâllerinde de bu hakem sözleşmesi kendiliğinden sona erer<sup>[288]</sup>. Uyuşmazlığın taraflarının aralarında anlaşarak bir tüzel kişiyi hakem olarak seçtiği hâllerde tüzel kişiliğin, kanunda belirtilen sebeplerin gerçekleşmesi, infisah veya mahkeme kararı ile fesih sonucu sona ermesi de taraf olduğu hakem sözleşmesini kendiliğinden sona erdirir (TBK m. 513/1, c. 2).

Davacı veya davalı taraflar bakımından ise fiil ehliyetinin kaybı veya ölüm, kanımızca kural olarak hakem sözleşmesini sona erdirmez<sup>[289]</sup>. Nitekim, işin niteliğinin gerektirdiği hâllerde sözleşme, ehliyet kaybı veya

[285] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.237.

[286] Konuralp, *Hukukî Sorumluluk*, s.97.

[287] Gümüş, Cilt 2, s.201; Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.249; Konuralp, *Hukukî Sorumluluk*, s.97.

[288] Kısıtlanma ve yasal danışmanlık altına alınma hâlleri, vekâlet sözleşmesini kendiliğinden sona erdiren hâller arasında sayıldığından (Gümüş, Cilt 2, s.202), kanımızca bu hususu düzenleyen TBK m. 513/I, c. 1, hakemler bakımından da TBK m. 502/II uyarınca kıyasen uygulanmalıdır.

[289] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.249.

ölüm ile sona ermez (TBK m. 513/1, c. 1)<sup>[290]</sup>. Nasıl ki dava açıldıktan sonra taraflardan birinin ölümü hâlinde mirasçılarının malvarlığı haklarını etkileyen davaya ölen tarafın mirasçılarına karşı veya mirasçıları tarafından devam edilebiliyorsa<sup>[291]</sup>, aynı sonucun tahkim yargılaması bakımından da kabulü gerekir. Ayrıca uygulama ve doktrinde, tahkim anlaşmasının nispiliğinin bir istisnası olarak tahkim sözleşmesinin taraflarının külli ve cüz'î haleflerinin de bu sözleşme ile bağlı olduğu kabul edilmektedir.<sup>[292]</sup> Dolayısıyla uyuşmazlığın taraflarından birinin ölümü hâlinde mirasçıları, fiil ehliyetini kaybı hâlinde ise yasal temsilcisi tahkim yargılamasına devam edecek olup, anılan durumların hakem sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmeyeceği kanaatindeyiz. Buna karşılık uyuşmazlığın taraflarının, davacı veya davalı taraftan birinin fiil ehliyetini kaybı ya da ölümü hâlinde tahkim yargılamasının sona ereceğini aralarındaki tahkim sözleşmesinde düzenlemeleri ise mümkündür<sup>[293]</sup>.

### 5- Tahkim Yargılamasının Sona Ermesi

Yargılamanın sona ermesi ile hakem veya hakem kurulunun yetkisi de hakem kararının tazyihi, düzeltilmesi ve tamamlanmasına ilişkin HMK m. 437 hükmü saklı kalmak üzere ortadan kalkar (HMK m. 435/2). Dolayısıyla tahkim yargılamasının sona ermesi, davacı ve davalı taraf ile somut uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmeyi üstlenen bütün hakemler arasındaki hakem sözleşmesini de kendiliğinden sona erdirir<sup>[294]</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise, taraflar arasındaki borç ilişkisinin kaynağı olan hakem sözleşmesi sona ererken, örneğin hakem ücretinin ödenmesi gibi

[290] Zevkliler ve Gökyayla, s.637.

[291] Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.211.

[292] Güllüoğlu-Altun ve Bilen, s.215 vd.; Ayhan, s.99 vd.; Akkanat ve Çekin, s.105 vd.; İlhan, s.257 vd.; Selçuk, s.95.

[293] Ertabak, s.73.

[294] Bacanlı, s.138.

henüz ifa edilmemiş veya hakemlerin sır saklama yükümlülüğü gibi daimî suretle ifası gereken borçların sona ermeyeceğidir.

Tahkim yargılaması; nihai hakem kararının verilmesi, davalının itirazı üzerine hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlığın kesin olarak çözümünde davalının hukukî yararı bulunduğunu kabul etmesi hâli hariç olmak üzere, davacının davasını geri alması, uyuşmazlığın taraflarının tahkim yargılamasının sona erdirilmesi konusunda anlaşması, hakem veya hakem kurulunun başka bir sebeple yargılamanın sürdürülmesini gereksiz veya imkânsız bulması<sup>[295]</sup>, tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talebin mahkemece reddedilmesi<sup>[296]</sup>, davacı ve davalı tarafından kararın oybirliğiyle verilmesinin öngörülmesine rağmen hakem kurulunun oybirliğiyle karar verememesi<sup>[297]</sup> ve yargılama giderleri için avans yatırılmaması<sup>[298]</sup>

[295] Bu kapsamda örneğin, uyuşmazlığın konusunu bir taşının teslimi teşkil etmekten tahkim yargılaması sırasında bu taşınır teslim edilmiş veya yok olmuşsa; dava şartlarından biri yoksa, tahkim sözleşmesi mevcut veya geçerli değilse ya da asıl sözleşmenin hükümsüzlüğü saptanmışsa, yargılamanın sürdürülmesinin gereksiz veya imkânsız olduğundan bahisle, tahkim yargılamasının sona ermesi söz konusu olabilir (Mustafa Serdar Özbek, “Tahkim Yargılamasında Hakem Kararı”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Sayı 2, 2019, s.187; Özbay ve Korucu, s.168).

[296] Hakem veya hakem kurulu kararının, tahkim süresi içinde verilmemesi ise, hakem kararının iptali sebebini teşkil eder [HMK m. 439/2(c)].

[297] Hakem kurulu, ancak uyuşmazlığın tarafları aralarında kararın oybirliğiyle alınacağını kararlaştırmamışlarsa, oy çokluğuyla karar verebilir (HMK m. 433/1). Dolayısıyla, tahkim sözleşmesinde oybirliği ile karar verileceği şartı olmasına rağmen karar oy çokluğu ile verilmişse ve sonradan uyuşmazlığın tarafları buna rıza göstermezlerse, tahkim yargılaması, dolayısıyla da hakem sözleşmesi, nihai hakem kararı verilmeden sona ermiş olur (Özbek, *Hakem Kararı*, s.188).

[298] Hakem veya hakem kurulu tarafından yargılama giderleri için gereken hâllerde avans yatırılmasının uyuşmazlığın taraflarının her birinden istendiği hâllerde bu avansın, hakem veya hakem kurulu kararında öngörülen süre içinde ödenmemesi hâlinde, hakem veya hakem kurulu tahkim yargılamasını durdurabilir (HMK m. 442/2, c. 1). Tahkim yargılamasının bu şekilde durdurulması hâlinde yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden itibaren bir ay içinde avans ödenmezse, tahkim yargılaması sona erer (HMK m. 442/2, c. 2). Bu durumda uyuşmazlığın

hâllerinde sona erer (HMK m. 435/1).

HMK m. 435'te sayılan durumlara ek olarak davacının, geçerli bir neden göstermeksizin dava dilekçesini süresi içinde vermediği veya verdiği dava dilekçesinin usulüne uygun olmaması durumunda söz konusu eksikliği hakem veya hakem kurulunca belirlenecek süre içinde gidermediği takdirde tahkim yargılamasına son verilir [HMK m. 430/1(a)]<sup>[299]</sup>. Bunlardan başka, tahkim sözleşmesinde hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi hâlinde de tahkim sona erer (HMK m. 421/3)<sup>[300]</sup>.

Taraflar aksini kararlaştırmadıkça tahkim süresi, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl olup, hakem veya hakem kurulunun bu süre içinde

---

tarafı ile hakem veya hakemler arasında akdedilmiş olan hakem sözleşmesi de kendiliğinden sona ermiş olur. Bununla birlikte eksik gider avansını ödeme yükümlülüğü olmayan tarafın, bu miktarı yatırarak yargılamanın devamını sağlaması mümkün olduğu gibi uyuşmazlığın taraflarının gider avansını HMK'da öngörülen bir aylık sürenin geçmesinden sonra ödemelerine rağmen hakem veya hakemlerin tahkim yargılamasını sürdürmesi de kararın esasına etkili bir usule aykırılık teşkil etmediğinden [HMK m. 439/2(e)], hakem kararın iptaline tek başına sebep olmaz (Özbek, *Hakem Kararı*, s.188).

[299] Buna karşılık davalının, cevap dilekçesini vermemesi hâlinde ise, bu durum davacının iddialarının ikrarı veya davanın kabulü olarak değerlendirilmeyip, yargılamaya devam edilir [HMK m. 430/2(b)].

[300] HMK m. 421/3, “*Tahkim sözleşmesinde hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi hâlinde, tahkim de sona erer.*” şeklinde kaleme alınmıştır. Anılan hükmün lafzından, böyle bir durumda sadece davacı ve davalı taraflarca başlatılan mevcut tahkim prosedürünün sona ereceği; buna karşılık, somut uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünü imkânının ortadan kalkmayacağı anlaşılmaktadır.

esas hakkında karar vermesi gerekir (HMK m. 427/1). Tahkim süresinin, tarafların anlaşmasıyla, anlaşamamaları hâlinde ise taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkeme tarafından uzatılması mümkün olup, mahkemenin bu konudaki kararı kesindir (HMK m. 427/2). Bununla birlikte tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talebin mahkemece reddedilmesi tahkim yargılamasını sona erdirecek olup, bu durumda taraflar arasındaki hakem sözleşmesi de kendiliğinden sona erer.

Hakem veya hakem kurulu nihai kararını verdikten sonra dosyadan el çeker ve dosya, görevli ve yetkili mahkemeye<sup>[301]</sup> gönderilir (HMK m. 436/3); çünkü tahkim yargılamasının sona ermesiyle, hakem veya hakem kurulunun yetkisi de hakem kararının tavrı, düzeltilmesi ve tamamlanması hâlleri (HMK m. 437) saklı kalmak üzere, ortadan kalkar (HMK m. 435/2). Bu durumda hakem sözleşmesinden doğan yükümlükler sözleşmeye uygun olarak ifa edilmiş olduğundan, taraflar arasındaki hakem sözleşmesi de buna bağlı olarak sona erer<sup>[302]</sup>. Bununla birlikte tahkim yargılaması sırasında uyuşmazlığın tarafları uyuşmazlık konusunda sulh olurlarsa, tahkim yargılamasına son verilir ve tarafların talebi, ahlâka veya kamu düzenine aykırı değilse ya da tahkime elverişli olan bir konuya iliş-

[301] HMK m. 410 uyarınca, “*Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye’deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir.*”

[302] Taşkın, *Hakem Sözleşmesi*, s.237-238. Hakem kararları kamu düzenine aykırı şekilde veya talep edilmeyen konularda verilmişse ya da HMK m. 439/2’de (a-ğ) bentleri arasında öngörülen hususlardan biri söz konusuysa, bu kararın iptali için dava açılabilir. Görülen dava sonunda hakem kararı bozulursa, uyuşmazlığın çözümü için yeni bir hakem kurulu oluşturulur; ancak eski kuruldaki hakemler veya bunlardan biri ya da birkaçı bu yeni kurula tekrardan seçilebilir (HMK m. 439/7). Bu durumda yeni bir hakem yargılaması söz konusu olup davacı ve davalı taraf ile önceki yargılamada görev yapan hakem veya hakemler arasında yapılan sözleşme, önceki hakem sözleşmesinden bağımsız yeni bir hakem sözleşmesidir.

kin ise sulh, hakem kararı olarak tespit edilir (HMK m. 434). Bu durumda yine davacı ve davalı ile hakem veya hakemler arasında akdedilmiş olan hakem sözleşmesi sona erer.

## SONUÇ

Uygulamada sıklıkla akdedilen hakem sözleşmesini konu alan çalışmamızda, bu sözleşmeyi, tanımı, konusu, tarafları, unsurları, hukukî niteliği, tarafların borçları, geçersizlik hâlleri ve sona erme nedenleri bakımından ayrıntılı şekilde incelemeyi ve tartışmalı hususlara ilişkin fikirlerimizi ifade etmeyi amaçladık. Bu incelemenin genel değerlendirmesi kapsamında önem arz eden hususlar ile varılan sonuçları özetlemek gerekirse, öncelikle hakem sözleşmesinin hukukî niteliğinden bahsetmek gerekir. Doktrinde ve uygulamada herhangi bir görüş birliğinin bulunmadığı hakem sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin görüşümüz, bu sözleşmenin kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) bir sözleşme olduğu yönündedir. Bir işgörme sözleşmesi olduğu konusunda herhangi bir şüphe bulunmamakla birlikte, bu sözleşmenin neden özellikle Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan sözleşmelerden biri olarak nitelendirilemeyeceğine çalışmamızın içeriğinde detaylı olarak değinmiş bulunuyoruz<sup>[303]</sup>. Dolayısıyla, isimli bir sözleşme olarak nitelendirilebilecek derecede kanunda düzenlenmiş olmayan hakem sözleşmesi, isimsiz bir sözleşme olup, isimsiz sözleşmelerden de yine çalışmamızda açıklanan gerekçelerle, kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) sözleşme grubuna dâhildir. Bu durumda hakem sözleşmesinin yorumlanması ve tamamlanmasında uygulanacak hukuk kuralları yönünden sözleşmenin bu hukukî niteliğinin göz önünde tutulması gerekmektedir. Buna göre hakem sözleşmesine uygulanacak hukuk kurallarını, TBK m. 502/II'nin açık hükmü uyarınca vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerden hakem sözleşmesinin niteliğine uygun düşen hükümler, Türk Borçlar

[303] Bkz. II. no'lu başlık altındaki hakem sözleşmesinin, "B. Diğer Bazı Sözleşme Türlerinden Ayırt Edilmesi".

Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, örf ve âdet hukuku ile oluşmuş teamüller oluşturmakta olup; uygulanacak hiçbir kuralın bulunmaması hâlinde ise, hâkimin hukuk yaratması (TMK m. 1/II) suretiyle sözleşmenin yorumlanma ve tamamlanması faaliyetinin gerçekleştirilmesi söz konusudur.

Hakem sözleşmesine ilişkin olarak değinilmesi önem arz eden bir diğer husus, özellikle uygulamada “hakem sözleşmesi”nin “tahkim sözleşmesi” ile eş anlamlı olarak kullanılmasının sakıncalı olmasıdır. Nitekim bu iki sözleşme; konusu, tarafları, unsurları ile hüküm ve sonuçları bakımından birbirinden apayrı iki sözleşmedir ve bu sebeple, bu sözleşmeleri ifade etmek için kullanılan terminolojinin de birbirinden kesin olarak ayrıştırılması gerekmektedir.

Üzerinde durulması gereken başka bir husus ise, hakem sözleşmesine taraf olarak tahkim yargılamasını gerçekleştirecek olan hakemlerin mesleki sıfatına ilişkin herhangi bir belirliliğin bulunmaması sorunudur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, hakem yargılamasında yargılama faaliyetini gerçekleştirecek hakemlerin niteliklerine ilişkin bazı düzenlemeleri içermekle birlikte, mesleki sıfatları hakkında yalnız birden fazla hakemden oluşan bir hakem kurulunun söz konusu olması hâlinde bu hakemlerden en az birinin kendi alanında beş yıl veya daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olması gerektiğini hükme bağlamıştır [HMK m. 416/1(d)]. İlgili Kanun hükmü emredici nitelik taşımadığından, davacı ve davalı tarafından bunun aksi kararlaştırılabilmekte; bu da hukukî bir uyuşmazlığın hukukçu olmayan kişi veya kişilerce çözülmesi sonucunu doğurabilmektedir. Her ne kadar tahkim, uygulanacak esaslar yönünden davacı ve davalı tarafların iradelerinin ön plânda olduğu bir uyuşmazlık çözüm yolu olsa da sonuçta bir yargılama faaliyeti gerçekleştiğinden, uyuşmazlığın hukuk nosyonunu haiz kişilerce çözülmesinde davacı ve davalıların özel yararı olduğu düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, hakemlerin hepsinin arabuluculukta olduğu gibi hukukçu olması mecburiyeti getirilmese bile, kanımızca hakem kurulunun

çoğunluğunun hukukçulardan oluşması veya en azından konuya ilişkin HMK m. 416/1(d) hükmünün, tek hakemin söz konusu olduğu hâlleri de içine alarak emredici şekilde düzenlenmesi gerekirdi.

Son olarak ifade etmek istediğimiz husus, tahkim sözleşmesinin geçersizliğine veya tahkim yargılamasının sona ermesine bağlı olarak hakem sözleşmesi açısından doğacak sonuçlar bakımından da bir açıklığın bulunmamasıdır. Tahkim sözleşmesi ile hakem sözleşmesi her ne kadar birbirinden ayrı iki sözleşme olsa da hakem sözleşmesinin geçerli bir tahkim şartına veya müstakil tahkim sözleşmesine dayanılarak akdedilmesi mecburiyetinden yola çıkıldığında, tahkim sözleşmesinin geçersizliğine hükmedilmesinin, hakkında ayrıca bir hüküm verilmesi gerekmeksizin kendiliğinden hakem sözleşmesini de geçersiz hâle getireceği kanısındayız. Benzer şekilde, tahkim yargılaması her ne sebeple sona ererse ersin, bunun doğal bir sonucu olarak mevcut hakem sözleşmelerinin de sona ereceğinin kabulü gerekir. Nitekim hakem yargılamasının sona ermesi ile hakem veya hakem kurulunun yetkisinin de hakem kararının tavrı, düzeltilmesi ve tamamlanmasına ilişkin HMK m. 437 hükmü saklı kalmak üzere ortadan kalkacağı hususu Kanun'da açıkça yer almaktadır (HMK m. 435/2). Hakem veya hakem kurulunun yetkisinin sona ermesi, kanımızca hakem sözleşmesinin de sona erdiği anlamına gelmektedir. Böyle bir durumda taraflar arasındaki borç ilişkisinin kaynağı olan hakem sözleşmesi yargılamanın sona ermesi suretiyle sona ererken, taraflar arasında örneğin hakem ücretinin ödenmesi gibi henüz ifa edilmemiş veya hakemlerin sır saklama yükümlülüğü gibi sözleşme sona erdikten sonra da ifası gereken borçlar ise devam edecektir.

## KAYNAKÇA

- Akipek-Öcal, Şebnem, “Dokuzuncu Bölüm – Vekalet İlişkileri”, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Prof. Dr. Turgut Öz (Ed.), Ankara, Seçkin, 2023.
- Akkanat, Halil ve Mesut Serdar Çekin, “Borçlar Hukuku Perspektifinden Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşmelerde Tahkim Koşulunun Üçüncü Şahsa Etkileri”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 2, 2016, s.103-116.
- Aktepe-Artık, Sezin, *Medeni Usûl Hukukunda Hakem Kararlarının İptali Sebepleri (HMK m. 439)*, İstanbul, On İki Levha, 2023.
- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin, 17. Baskı, 2024.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin, 9. Baskı, 2023.
- Arslan-Durmuş, Seda ve Ebru Erener-Yılmaz, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği Sorunu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 211, 2024, s.80-93.
- Aslan, Elif Asena, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Hakem Sözleşmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Danışman Fikret Eren, Ankara, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2020 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 610790).
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara, Yetkin, 5. Baskı, 2022.
- Aybay, Aydın, “Tapu Kütüğüne İşlenmiş Şerhin Terkini Davası ve Tahkim Şartı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Köksal Bayraktar’a Armağan)*, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayını No: 70, Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No: 49, Cilt 1,

2010, s.121-123.

Aydemir, Fatih, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, İstanbul, On İki Levha, 2017.

Aydın, Buğra, “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Tahkim”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı (Mehmet Akif Aydın’a Armağan)*, İstanbul, Cilt 21, Sayı 2, 2015, s.839-863.

Aydoğdu, Murat ve Nalan Tuncer, *Türk Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*, Ankara, Adalet, 6. Baskı, 2023.

Ayhan, Feyza Eker, “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişi Lehbara Teşmili”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Atâ Sakmar’a Armağan)*, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayını No: 72, Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No: 51, Cilt 10, Sayı 1, 2011, s.95-119.

Bacanlı, Mehmet Rifat, “Hakem Sözleşmesinde Esasa Uygulanacak Hukuk”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 10, 2017, s.111-156.

Başar, Ömer, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca Tahkim Kararlarının İptali”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 95, Sayı 1, 2021, s.280-296.

Belgesay, Mustafa Reşit, “Hakem Kararlarının Hukuki Mahiyeti”, *Tahkim: IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası - 29 Kasım - 4 Aralık 1965 – Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965, s.41-55.

Belbez, Hikmet, “Hakemlerin Mesuliyeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 3, 1950, s.353-358.

Biçkin, İnci, “Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 67, 2006, s.380-397.

- Bozkurt-Yüksel, Armağan Ebru. “Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıklarında Tahkim”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2009, s.335-402.
- Buluttekin, Derya, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Tahkimin Değerlendirilmesi (HMK m. 407-444)”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 27, Sayı 46, 2022, s.251-294.
- Burdurlu, Özlem, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakem Sözleşmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Danışman Rıfat Erten, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Milletlerarası Hukuk Bilim Dalı, 2016 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 437294).
- Büyük, Elif Irmak, “Tahkim Sözleşmesinde İsmen Belirlenen Hakem veya Hakemlerin Görevinin Sona Ermesinin Tahkim Yargılamasına Etkisi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2021, s.135-149.
- Ceylan, Nurgün, “Tahkim Şartının Geçerliliği”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı 150, 2015, s.67-101.
- Çenberci, Mustafa, “Hakem Ücretlerinin Belli Edilmesine İlişkin Meseleler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 3, Sayı 2, 1965, s.281-289 (*Hakem Ücretleri*).
- Çenberci, Mustafa, “Hakemlerin Tayin Usulü ve Ücreti”, *Tahkim: IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası - 29 Kasım - 4 Aralık 1965 – Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965, s.121-149 (*Tayin Usulü*).
- Dayınlarlı, Kemal, “İhtiyarî Tahkimde Hakem Ücreti”, *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998, s.539-564 (*Hakem Ücreti*).
- Dayınlarlı, Kemal, *HUMK’da Düzenlenen İhtiyarî İç Tahkim (m. 516-536)*,

- Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2. Baskı, 2004 (*İç Tahkim*).
- Delikaya, Zeki, “Tahkimin Niteliği”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 91, Sayı 5, 2017, s.213-232.
- Demirel, Duygu, “Hakem-Bilirkişi Sözleşmesi ve Uygulama Esasları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 93, 2014, s.24-42.
- Demirkol, Berk, “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması”, *Public and Private International Law Bulletin (Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan)*, Cilt 40, Sayı 2, 2020, s.1313-1350.
- Deren-Yıldırım, Nevhis, “Tahkim ve Objektif Açıdan Tahkime Elverişlilik”, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*, İstanbul, Beta, 2007, s.47-61.
- Dural, Mustafa, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III – Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz, 13. Baskı, 2018.
- Durmuş, Gökçen, “Tahkim Müessesesinde Usul İlkeleri”, *Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2016, s.73-95.
- Dülger, Ahmet, “Çevrim İçi Olarak Yapılan Tahkim Anlaşmalarının Hukukî Geçerliliği”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2022, s.317-364.
- Dündar, Hamit, “Tahkim Sözleşmesinin Şekli ve Niteliği Üzerine Bir İnceleme”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 22, 2008, s.27-32.
- Eker, Ece Ayça, “Tahkim Sözleşmesinin Şekle Yönelik Şartları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 94, Sayı 6, 2020, s.103-119.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 27. Baskı, 2022 (*Genel Hükümler*).

- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Yetkin, 10. Baskı, 2022 (*Özel Hükümler*).
- Erkan, Mustafa, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s.535-562.
- Ertabak, Ünal, *Tahkim Sözleşmesi ile İlgili İhtilaflar*, İstanbul, Legal, 2009.
- Ertürk, Begüm Hande, “Milletlerarası Tahkimde Yeni Gelişmeler: Tahkim Yargılaması Süreci ve Masraflarının Azaltılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan)*, İstanbul, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s.1595-1619.
- Eyuboğlu, Ceren, “Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 3, 2017, s.227-242.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin, 12. Baskı, 2023.
- Güllüoğlu-Altun, Yasemin ve Elif Bilen, “Tahkim Sözleşmesi”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı 29, 2021, s.173-226.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt 1, **İstanbul, Vedat**, 3. Baskı, 2013.
- Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt 2, **İstanbul, Vedat**, 3. Baskı, 2014.
- Güney, Murat, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İç (Ulusal) Tahkimde Hakemlik”, *Bursa Barosu Dergisi*, Sayı 115, 2021, s.90-94.
- Hanağası, Emel, *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Ankara, Yetkin, 2016.

Hendem, Burcu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Tahkime Elverişlilik*, Doktora Tezi, Danışman Emel Hanağası, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2023 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 810834) (*Tahkime Elverişlilik*).

Hendem, Burcu, “Tahkime Elverişliliğin İtiraz Üzerine İncelenmesine İlişkin Bazı Değerlendirmeler (HMK m. 422/1)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 72, Sayı 3, 2023, s.1359-1388 (*İtiraz*).

Huysal, Burak, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, İstanbul, Vedat, 2010.

İlhan, Hüseyin Afşın, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, Ankara, Adalet, 2016.

İnanç, Adnan, “Tahkim Sözleşmesinin Ana Sözleşmeden Bağımsızlığı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 91, Sayı 5, 2017, s.203-212.

Kaplan, Yavuz, “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı 1-2, 2001, s.43-73.

Karaca, H. Akif, “Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 21, Sayı 1, 2015, s.205-238.

Kaya, Serkan, *Milli Tahkim Kapsamında Tahkime Elverişlilik*, İstanbul, On İki Levha, 2022.

Kayalı, Didem, “Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesinin İngiliz Tahkim Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Legal Hukuk Dergisi – Özel Sayı (Prof. Dr. Rona Aybaya Armağan)*, İstanbul,

Legal, Cilt 2, 2014, s.1483-1512 (*Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesi*).

Kayalı, Didem, *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Ankara, Seçkin, 2015 (*Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*).

Kayıklık, Abdurrahman, “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü İhtilaflarında Tahkim”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 36, Sayı 4, 2020, s.133-176.

Kılıçoğlu, Ahmet M, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Turhan, 3. Baskı, 2021.

Konuralp, Cengiz Serhat, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*, Doktora Tezi, Danışman Timuçin Muşul, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2011 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 303773).

Konuralp, Orhan Emre, “Hakemlerin Sır Saklama Yükümlülüğünün Suçu Bildirmeme Suçu ile İlişkisi”, *Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi*, Cilt 13, Sayı 38, 2017, s.759-781 (*Sır Saklama*).

Konuralp, Orhan Emre, *Hakemlerin Hukuki Sorumluluğu*, Doktora Tezi, Danışman Murat Atalı, Ankara, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı, 2018 (<https://yok.tez.gov.tr>, Tez No: 489114) (*Hukukî Sorumluluk*).

Koral, Rabi, “Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 13, Sayı 3, 1947, s.193-218 (*Tahkim*).

Koral, Rabi, “İç Hukukumuzda Tahkim”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 13, Sayı 3, 1947, s.1038-1081(*İç Tahkim*)

Koral, Rabi, “Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 48, Sayı 1-4, 1982-1983, s.75-98 (*Hukuki Mahiyet*).

Kurtulan, Gökçe, “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 131, 2017, s.239-260.

Kuru, Baki ve Burak Aydın, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt II, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, 2021 (*Cilt II*).

Kuru, Baki ve Burak Aydın, *İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, Yetkin, 7. Baskı, 2022 (*İstinaf*).

Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin, 25. Baskı, 2014.

Lokmanoglu, Salim Yunus, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesinin Kurucu Unsurları ve Geçerlilik Şartları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 41, Yıl 11, 2020, s.347-368.

Özbay, İbrahim ve Yavuz Korucu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444)*, Ankara, Adalet, 2016.

Özbek, Mustafa Serdar, “Tahkim Yargılamasında Hakem Kararı”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Sayı 2, 2019, s.117-198 (*Hakem Kararı*).

Özbek, Mustafa Serdar, “Tahkim Şartının Asıl Sözleşmeden Ayrılabilirliği İlkesinin Hukukî Sonuçları ve Sınırları”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Sayı 1, 2020, s.41-114 (*Tahkim Şartı*).

Özbek, Mustafa Serdar, *Tahkim Hukuku*, Cilt 2, Ankara, Yetkin, 2022.

Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara, Yetkin, 2003.

- Pekcanıtez, Hakan, “Medeni Yargıda Adil Yargılanma”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı 2, 1997, s.35-55.
- Pekcanıtez, Hakan ve Mine Akkan, “§ 4. Yargı Görevlileri”, *Medeni Usul Hukuku - Cilt I*, İstanbul, On İki Levha, 2017.
- Pekcanıtez, Hakan ve Güray Erdönmez, “§ 8. Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkeler”, *Medeni Usul Hukuku - Cilt I*, İstanbul, On İki Levha, 2017.
- Pekcanıtez, Hakan ve Ali Yeşilırmak, “§ 22. Tahkim”, *Medeni Usul Hukuku - Cilt III*, İstanbul, On İki Levha, 2017 (Cilt III).
- Petek, Ömer Faruk, *Hakem Sözleşmesi Uyarınca Hakemin Hak ve Yükümlülükleri*, Yüksek Lisans Tezi, Danışman Güray Erdönmez, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, 2015 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No: 415728).
- Polat, Ayşegül, “Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2019, s.3-65.
- Reyhani-Yüksel, Sera, “Tahkim Tarafları ve Hakem Arasında Yapılan Hakemlik Sözleşmesinin Maddi Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan)*, İstanbul, Legal, 2. Baskı, 2012, s.2445-2461.
- Sargın, Bengi, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Tahkime Elverişlilik”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 16, Sayı 177, 2021, s.915-930.
- Sarı, Mehmet, “Tahkime Elverişlilik”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 32, 2009, s.145-172.
- Sarıgül-Ata, Bersun, “Belge ve Belgenin Delil Kuvveti”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2020, s.1-40.

- Sarıgül-Ata, Bersun, “Milletlerarası Tahkim Kanununun, ICC ve ICSID Tahkiminin Uygulama Alanı”, *Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu’na Armağan*, Ankara, Yetkin, 2023, s.1107-1130 (*Tahkim*).
- Sarısözen, Serhat, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Hakem Yargılaması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 12, Sayı 132, 2017, s.105-119.
- Sebük, M. Tahir, “Hakem, Hakem-bilirkişi ve Kanuni Hakem Kararlarının Mukayesesi ve Tahkim Şartı”, *Tahkim: IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası - 29 Kasım - 4 Aralık 1965 – Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1965, s.63-70.
- Selçuk, Seyhan, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Hakem Kararlarının İptali*, Ankara, Yetkin, 2018.
- Sezgin, Sedat, “Vesayet Altındaki Kişinin Vasi Rızası Gerektirmeksizin Bizzat Yapabileceği İşlemler”, *Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2022, s.55-86.
- Süral, Ceyda, “Hakemin Sorumluluğu”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2011, s.229-254.
- Şit, Banu, “Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 25, Sayı 1-2, 2005, s.411-436.
- Tanrıver, Süha, *Medenî Usûl Hukuku – Cilt I*, Ankara, Yetkin, 2018 (*Cilt I*).
- Tanrıver, Süha, *Medenî Usûl Hukuku – Cilt II*, Ankara, Yetkin, 2022 (*Cilt II*).
- Tarman, Zeynep Derya, “Tahkim Klotunun Üçüncü Kişilere Teşmili Konusundaki İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 40, 2009, s.121-125.

- Taşkın, Âlim, “Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 1988, s.169-183.
- Taşkın, Âlim, *Hakem Sözleşmesi*, Ankara, Turhan, 2. Baskı, 2005 (*Hakem Sözleşmesi*).
- Taşkın, Âlim, “Hakemlerin Bağımsızlığının ve Tarafsızlığının Denetimi, Beyan Yükümlülüğü ve Referans Kriterler”, *Social Sciences Studies Journal*, Cilt 4, Sayı 22, 2018, s.3993-4021 (*Hakemlerin Bağımsızlığı*).
- Tekdoğan-Bahçivancı, Işıl S., “Hakem-Bilirkişilik Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk”, *Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, İstanbul, On İki Levha, 2020, s.359-391.
- Tekinalp, Ünal, “Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler”, *Tahkim: IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası - 29 Kasım - 4 Aralık 1965 – Bildiriler-Tartışmalar*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.13-39.
- Topcan, Utku, “Uluslararası ve Ulusal Tahkim Düzenlemeleri Işığında Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, *İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - EconJURA*, Cilt 1, Sayı 1, 2022, s.97-113.
- Tosun, Özge, “Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 8, Sayı 84, 2013, s.93-104.
- Türkoğlu, Elif Ceren, “Türk Hukukunda Hakem Sözleşmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2017, s.379-396.
- Tüysüz, Cemre, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 37, Sayı 2, 2017, s.846-873.

Uçar, Mehmet, “Tahkime Elverişlilik”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 97, Sayı 2, 2023, s.76-94.

Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersler (Özel Hükümler)*, İstanbul, Beta, 16. Baskı, 2019.

Yeşilirmak, Ali, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Birlikçilik”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Özel Sayı, 2009, s.693-738.

Yılmaz, Süleyman ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu, “Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik Kavramı ve Taşınmaz Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2019, s.594-613 (*Tahkime Elverişlilik*).

Yılmaz, Süleyman ve Gökçe Filiz Çavuşoğlu, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Asimetrik ve Patolojik Tahkim Kızları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 69, Sayı 3, 2020, s.1475-1504 (*Tahkim Kızları*).

Yılmazsoy, Ebru, “Tahkim ve Hakem Sözleşmeleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 41, Yıl 11, 2020, s.389-426.

Zengin, Burcu, “Tahkim Şartının, Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısındaki Durumu”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, 2013, s.129-153 (*Tahkim Şartı*).

Zengin, Burcu, “Şirketler Hukukunda Tahkime Elverişlilikle İlgili Temel Meseleler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 95, 2014, s.101-113 (*Tahkime Elverişlilik*).

Zevkilier, Aydın ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Turhan, 19. Baskı, 2019.



# Çokyönlü Gerçeklikler: Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Arasındaki İhtilaf Üzerine Bir Değerlendirme

Mehmet Nuri GÜZEL\*

---

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Dr. Öğretim Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, E-mail: [m.nuriguzel@hotmail.com](mailto:m.nuriguzel@hotmail.com), ORCID ID: 0000-0003-1467-8587.

**Makale geliş tarihi:** 16 Ekim 2024 **Makale kabul tarihi:** 5 Şubat 2025

**Atıf önerisi:** Güzel, Mehmet Nuri, “Çokyönlü Gerçeklikler: Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Arasındaki İhtilaf Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 2, Nisan 2025, s. 278-347. DOI: 10.30915/abd.1568595.

# Çokyönlü Gerçeklikler: Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Arasındaki İhtilaf Üzerine Bir Değerlendirme

## ÖZ

Atalay vakası Türkiye’de devlet otoritesi ile bireysel haklar arasındaki gerilimin bir tezahürüdür. Atalay vakası hukuki ve siyasi olmak üzere genellikle iki farklı perspektiften ele alınmaktadır. Oysa bu vaka farklı bakış açılarıyla da incelenebilir. Bu çerçevede Upendra Baxi’nin “çokyönlü anayasacılık” görüşü farklı mercekten konuyu ele alabilecek yaklaşımlardan biridir. Baxi, çeşitli bakış açılarının anayasal ve toplumsal tartışmaları nasıl şekillendirdiğine dair bir analiz sunmakta ve bu bağlantıların karmaşık doğasını vurgulamaktadır. Bu çalışmada, Atalay vakası merceğinden Türkiye’deki anayasa yorumunun dinamiklerini inceleyen nitel analitik bir yaklaşım izlenmektedir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay arasındaki ihtilaf gözden geçirilmekte ve siyasi çevrelerin, resmi ideolojinin ve sivil toplum katılımının etkisi ele alınmaktadır. *Çokyönlü anayasacılık* fikrinden yola çıkarak farklı yorumların, anayasa yorumunun karmaşık çok yönlü doğasından kaynaklandığı, gelecekte de bu gibi gerilimlerle karşılaşılacağı sonucuna varılmaktadır.

### Anahtar Kelimeler:

çokyönlü anayasacılık

anayasa yorumu

Şerafettin Can Atalay

Anayasa Mahkemesi

Yargıtay

## Multitudinous Realities: An Evaluation On The Dispute Between The Constitutional Court And The Court Of Cassation

### ABSTRACT

The case of Atalay is a manifestation of the tension between state authority and individual rights in Turkey. The Atalay case is usually analyzed from two different perspectives: legal and political. However, this case can be analyzed from different perspectives. Within this framework, Upendra Baxi's view of "*multitudinous constitutionalism*" is one of the approaches that can address the issue through a different lens. Baxi provides an analysis of how various perspectives shape constitutional and social debates and emphasizes the complex nature of these connections. The study follows a qualitative analytical approach that examines the dynamics of constitutional interpretation in Turkey through the lens of the case of Atalay. The dispute between the Constitutional Court and the Court Cassation is reviewed and the impact of political influences, official ideology and civil society involvement is addressed. Drawing on the idea of *multitudinous constitutionalism*, it concludes that different interpretations stem from the complex multifaceted nature of constitutional interpretation and that such tensions will continue to be encountered in the future.

#### Keywords:

Şerafettin Can Atalay

Court of Cassation

Constitutional Court

multitudinous  
constitutionalism

constitutional interpretation

## GİRİŞ

Şerafettin Can Atalay, davası temyiz incelemesindeyken milletvekili seçilmiş, yasama dokunulmazlığına sahip olduğunu belirterek davası hakkında durma kararı verilmesini ve tahliye edilmesini talep etmiş, talebi reddedildikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Konumuza ilişkin birçok önemli husus Anayasa Mahkemesi'nin verdiği hak ihlali sonrasında meydana gelmiştir. Bu durum yürütme organı ve iktidar bloğundaki partilerin açıklamalarıyla çok daha karmaşık bir hal almıştır.

Atalay vakası farklı bakış açılarından ele alınmaktadır. Hukuki bir perspektife ağırlık vererek olaya yaklaşanlar, Anayasa Mahkemesi'nin ve Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin rolü ve işlevi ile ilgili hukuki normlar üzerinde durmakta, hukukun üstünlüğü ve yargı denetiminin önemini ortaya koymaya çalışmaktadır.<sup>[1]</sup> Ancak analizlerinde hukuki kavramlarla ilgilenmelerine

[1] Örneğin: İbrahim Ö. Kaboğlu, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin Anayasa Mahkemesi'nin kararına uyulmaması gerektiği yönündeki görüşünün birçok Anayasa maddesini ihlal ettiğini ve kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanma girişiminde bulunduğunu belirtmektedir. Bu durumu “*siyasal denge ve denetim düzeneklerinden arındırılmış bulunan anayasal düzeni yargısal denetimden de arındırma tasarımı*” olarak değerlendirmekte ve bu çerçevede Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerine müdahale etmeyi öngörecektir. Anayasa değişikliğine kesinlikle itiraz edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. İbrahim Ö. Kaboğlu, “Yargıtay Kararı ve Anayasal Yokluk Hali”, [https://legal.com.tr/blog/anayasa-hukuku/yargitay-karari-ve-anayasal-yokluk-hali/#\\_ftn9](https://legal.com.tr/blog/anayasa-hukuku/yargitay-karari-ve-anayasal-yokluk-hali/#_ftn9) (Y.T.: 16.11.2023, E.T.: 01.09.2024). Siyasi partilerin, demokratik kitle kuruluşlarının ve sivil toplum örgütlerinin Anayasa Mahkemesi'nin kararını uygulamak amacıyla anayasal haklarını kullanmaları gerektiğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda, anayasal düzen hakkında doğru bilgi yaymanın önemini belirtmekte ve medyanın bu süreçte kritik bir rol oynaması gerektiğini ifade etmektedir. İbrahim Ö. Kaboğlu, “3. Ceza Dairesi Ve Kesin Hüküm Yokluğu”, <https://ibrahimkaboglu.org/3-ceza-dairesi-ve-kesin-hukum-yoklugu.html/> (Y.T.: 05.01.2024, E.T.: 01.09.2024).

Sibel İncooğlu da Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin kararını eleştirmektedir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin Anayasa Mahkemesi'nin anayasa hükümlerinin nihai yorumlayıcısı olduğunu göz ardı ettiğine dikkat çekerek Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin kendi

rağmen, konuya ağırlıklı olarak siyasi bir bakış açısıyla yaklaşanlar, hukuk sistemi ile siyasi bağlam arasındaki ilişkiyi vurgulamakta özellikle de rejim değişikliğinin etkilerine odaklanmaktadır. Hükümet sistemi (parlamenter sistem/başkanlık sistemi) tartışmalarının ötesinde, yeni siyasal rejime (otriter/totaliter) yönelik devam eden geçişe ağırlık vermektedir. Yeni kurulan rejimin hedefleri ile hukuk ilkeleri arasındaki gerginliği vurgulamakta ve bu durumun yargı kararlarını ve yapılarını etkilediğini öne sürmektedir.<sup>[2]</sup>

bakış açısının Anayasa Mahkemesi'ni gereksiz kıldığı anlamına geldiğini vurgulamaktadır. "Milletvekili Av. Can Atalay'ın dokunulmazlığı üzerine", <https://bianet.org/yazi/milletvekili-av-can-atalay-in-dokunulmazligi-uzerine-281508> (Y.T.: 14.07.2023, E.T.: 02.09.2024).

Tolga Şirin Yargıtay 3. Ceza Dairesi kararının sorunlu olduğu ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda haklı bir yaklaşım sergilediği görüşündedir. Ayrıca kararın kalitesiz bir biçimde hazırlandığını ve bu durumun bir yüksek mahkeme için kabul edilemez olduğunu vurgulamaktadır. Tolga Şirin, "8 Kasım skandalı ve "yargısal aktivizm" meselesi", *T24*, 10 Kasım 2023 (<https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/8-kasim-skandalı-ve-yargısal-aktivizm-meselesi,42196>). (E.T.: 02.09.2024). Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin hatalarının düzeltilmesi gerektiğini ve bu hataların, Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay arasındaki gerilimi daha da derinleştirebileceğini ifade etmektedir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin, Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş bir kararı yasal bir dayanağa sahip olmaksızın reddetmesinin hukuki bir sorun teşkil ettiğini vurgulamaktadır. Tolga Şirin, "Yargıtay'ın basın açıklamasındaki üç hata", *T24*, 15 Kasım 2023 (<https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/yargıtay-in-basin-aciklamasındaki-uc-hata,42261>) (E.T.: 02.09.2024).

Verilen örneklerden hareketle Anayasa Mahkemesi'nin ve Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin rolü ve işlevi şöyle özetlenebilir: Anayasa Mahkemesi, anayasa hükümlerinin nihai yorumlayıcısı, anayasal düzenin korunmasını sağlamakla yükümlü olan bir yargı organıdır. Yargıtay 3. Ceza Dairesi ise anayasa hükümlerine ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına uyması gereken bir yargı organıdır. Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin, Anayasa Mahkemesi'nin kararına saygı duymaması ve onu göz ardı etmesi, anayasal denetim ve hukukun üstünlüğü ilkeleriyle çelişen bir tutumdur, anayasanın ihlal edilmesidir. Hukuki bir dayanağı olmaksızın Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin ve diğer yargı organlarının buna benzer tutumları anayasal düzeni tehlikeye atar, ciddi hukuki sorunlar yaratır.

[2] Örneğin:

Ali Duran Topuz, Anayasa Mahkemesi'nin hedef olmasının sebebinin; yasanın gözetilmesi, hukukun üstünlüğünden sapmaması ve hukuka hizmet etmesi olmadığını, asıl meselenin yeni kurulan rejimin özellikleriyle ilgili olduğunu vurgulamaktadır.

Yeni rejim için hukukun bir tehdit oluşturduğunu veya en azından rejimin kurulmasını geciktiren bir unsur olarak görüldüğünü belirtmektedir. Ali Duran Topuz, “Yargıtay hukuk tehlikesini savuşturdu, şükür!”, *Artı Gerçek*, 9 Kasım 2023 (<https://artigercek.com/makale/yargitay-hukuk-tehlikesini-savusturdu-sukur-272237>) (E.T.: 03.09.2024). Kriz olarak adlandırılan durumun aslında bir kriz olmadığını, bunun yerine eski yapıların ortadan kaldırılması ve yeni yapıların inşa edilmesi sürecinin doğal bir sonucu olduğunu ifade etmektedir. Ali Duran Topuz, “Yüksek yüksek külliyelere mahkeme kurmasınlar”, *Artı Gerçek*, 10 Kasım 2023 (<https://artigercek.com/makale/yuksek-yuksek-kulliyelere-mahkeme-kurmasinlar-272442>) (E.T.: 03.09.2024).

Dinçer Demirkent, Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin aldığı kararın, devletin yeniden yapılandırılması yönünde atılan adımlardan biri olduğu ifade etmektedir. Yaşanan krizin temelini yeni bir devlet yapısına ve rejime geçişle ilgili olduğunu belirtmektedir. Bu geçiş sürecinin bir parçası olarak, yargı organlarının yeniden tasarlanmasının planlandığını ifade etmektedir. Yani, mevcut çatışmanın ve kriz durumunun, daha farklı bir yönetim biçimine ve devlet düzenine geçişin bir yansıması olduğunu vurgulamaktadır. Dinçer Demirkent, “Yargı darbesi mi?”, *Gazete Duvar*, 10 Kasım 2023 (<https://www.gazeteduvar.com.tr/yargi-darbesi-mi-makale-1646560>) (E.T.: 04.09.2024).

Murat Sevinç, Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin aldığı kararı anayasasızlaştırma sürecinin bir aşaması olarak değerlendirmektedir. Oluşturulan parti-devlet rejiminin belirli politikaları ve uygulamaları çok önceden hayata geçirdiğini vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin aldığı kararlara yönelik olumsuz algının temel nedeninin, denetim ve hükümete getirilen kısıtlamalar konusundaki huzursuzluktan kaynaklandığını belirtmektedir. Anayasa ve Anayasa Mahkemesi’ni savunmanın önemine vurgu yaparken, bu savunmanın tarihsel bağlamda ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin varlığının sadece herhangi bir mahkeme olarak değil, belirli niteliklere sahip bir mahkeme olarak savunulması gerektiği belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin etkili olabilmesi için demokratik bir sistemde, eşitlikçi bir anayasal düzende ve bağımsız kararlar alabilen nitelikli hâkimlerden oluşması gerektiğini vurgulamaktadır. Murat Sevinç, “Bir adım, bir adım daha... Bir ‘dip’ olmayabilir!”, *Diken*, 12 Kasım 2023 (<https://www.diken.com.tr/bir-adim-bir-adim-daha-bir-dip-olmayabilir/>) (E.T.: 04.09.2024).

Oya Aydın ve Özlem Kaygusuz, Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin aldığı kararın, Türkiye’de siyasetle tetiklenen bir anayasal krize işaret ettiğini vurgulamaktadırlar. Türkiye’nin anayasal düzeninin giderek anayasasızlaşma sürecine girdiğini ifade etmektedirler. Yargıtay ile Anayasa Mahkemesi arasındaki çatışmayı, sadece bir yargı krizi olarak değil, mevcut siyasi düzenin çöküşünü gösteren bir devlet krizi olarak değerlendirmektedirler. Bu durumun siyasi bir anayasasızlaştırma süreci olduğunu ifade etmektedirler. Oya Aydın Özlem Kaygusuz, “Yargıtay Kararı ve Türkiye’de Siyasi Anayasasızlaştırma”, *Birikim*, 14 Kasım 2023 (<https://birikimdergisi>).

Atalay vakası nedeniyle gün yüzüne çıkan gerilimlerin nasıl çözüleceği ve Türkiye’de hukukun üstünlüğü ile insan haklarına ne gibi etkileri olabileceği, anayasa yorumu, yargısal aktivizm, yargı bağımsızlığı ve toplumsal ihtiyaçlar arasındaki etkileşim konusunda farklı perspektiflerden araştırmalara ihtiyaç vardır. Bu çerçevede farklı bir değerlendirme yapabilmeye imkân verecek bir yaklaşım da Upendra Baxi’nin “çokyönlü anayasacılık” (*multitudinous constitutionalism*) görüşüdür. Bu kavramla Baxi, anayasacılık ve toplumsal hareketler çerçevesinde anayasacılığın çok boyutlu bir görünümünü savunmayı amaçlamaktadır. Güç dinamiklerinin, yasal uygulamaların, kavramların ve çeşitli yorumların, anayasal ilkeleri ve toplumsal sorunları nasıl etkilediğini, bunlarla nasıl etkileşime girdiğini göstermeyi hedeflemektedir. Genel olarak Baxi, çeşitli bakış açılarının anayasal ve toplumsal tartışmaları nasıl şekillendirdiğine dair derinlemesine bir analiz sunmakta ve bu bağlantıların karmaşık doğasını vurgulamaktadır.

Bu çalışmada ilk olarak Baxi’nin anayasacılık görüşü ve çokyönlü anayasacılık fikri ele alınmış ve Baxi’nin fikirlerinin Atalay vakasına uygulanabilirliği tartışılmıştır. Ardından Atalay vakası kronolojik olarak sıralanmış; Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin belli başlı argümanları, Anayasa Mahkemesi’nin bunlara yanıtları anlatılmıştır. Akabinde söz konusu argümanların hukuki bir perspektif ile kısa bir analizi yapılmaya çalışılmıştır. Son bölümde ise Atalay vakası çokyönlü anayasacılık çerçevesinde değerlendirilmiş ve bu vaka üzerinden anayasacılığın farklı boyutlarının (“C”ler) ne şekilde birbirleriyle etkileşime girdikleri analiz edilmiştir.

---

com/guncel/11548/yargitay-karari-ve-turkiyede-siyasi-anayasasizlastirma)  
(E.T.: 05.09.2024).

## I. UPENDRA BAXİ VE ÇOKYÖNLÜ ANAYASACILIK

Upendra Baxi<sup>[3]</sup>, hukuk teorisi ve insan hakları alanına yaptığı katkılarıyla tanınan Hindistanlı seçkin bir hukuk profesörüdür. Baxi'nin eserlerinde üçüncü dünya hareketleri, insan hakları, karşılaştırmalı anayasacılık, yargısal aktivizm, hukukun küreselleşmesine ilişkin eleştirel çalışmalar ağırlıklı olarak yer almaktadır.

Sosyolojik bir perspektif benimseyen Baxi özellikle “madun” (*subaltern*) olarak adlandırdığı kişilerle (yoksullar, ezilenler, dezavantajlı gruplar vb.) ilgilenmekte her türlü emperyalizme, sömürgeciliğe, ırkçılığa ve ataerkilliğe karşı çıkmaktadır.<sup>[4]</sup> Belirli tarihsel dönemlerde ve şartlarda yaşanan deneyimler ile verilen mücadeleler, Baxi'nin çalışmalarının ana temalarından birini oluşturur. Bu bağlamda anayasacılık görüşleri ve çok yönlü anayasacılık fikri okuyuculara farklı değerlendirme yapabilme imkânı sunmaktadır.

### A) GENEL HATLARIYLA BAXİ’NİN ANAYASACILIK GÖRÜŞÜ

Baxi’ye göre anayasacılık, yönetim yapılarının ve mekanizmalarının oluşturulmasını ve düzenlenmesini kapsar. Bu, gücün bir toplum içinde nasıl dağıtıldığını ve meşrulaştırıldığını belirlemeyi içerir. Ancak anayasacılık sadece bir hükümetin işleyişiyle ilgili değildir. Aynı zamanda adalet, haklar, kalkınma ve bireysel özgürlükler ile kolektif ihtiyaçlar arasındaki denge gibi daha derin ve sıklıkla tartışılan konuları da ele alır. Anayasacılık hem iktidar hem de ona karşı muhalefet/direnış hakkında çerçeveler sunar.

[3] Upendra Baxi hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://upendrabaxi.in/prof-upendrabaxi/> (E.T.: 17.08.2024). Görüşleri hakkında detaylı bilgi için bkz. William Twining, *Human Rights: Southern Voices - Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, Yash Ghai, Upendra Baxi*, New York, Cambridge University Press, 1. Baskı, 2009.

[4] Twining, *op. cit.*, s.159-160.

Bu, anayasacılığın sadece iktidarın nasıl kullanıldığını değil, aynı zamanda insanların bu iktidara nasıl meydan okuyabileceğini veya direnebileceğini de tanımladığı anlamına gelir. Resmi metin genellikle gerçek hayattaki siyasi ve sosyal uygulamaları ve dinamikleri tam olarak yakalayamaz veya açıklayamaz. Resmi metinlerde yazılı olmayan ancak bir anayasanın pratikte nasıl işlediğine dair önemli olan yönleri vardır. İktidarın gayri resmi, yazılı olmayan pratikleri yazılı anayasanın hükümlerini gölgede bırakabilir veya bunlarla çelişebilir. Modern anayasal ilkelerin ve sistemlerin zaman içindeki gelişiminin tarihi, artan güç dengesizliklerinin ve bu dengesizliklere direnme yollarının bir anlatısıdır.<sup>[5]</sup> Bu bağlamda Baxi, egemen (*dominant*) ve madun (*subaltern*) anayasacılık kavramlarını ileri sürer.<sup>[6]</sup>

Egemen liberal demokratik anayasa teorisi, yönetme yetkisine, bunun sınırlarına ve gerekçelendirilmesine odaklanır. Söz konusu husus, bu teorilerin yönetme yetkisinin kimde olduğu, bu yetkinin ne kadar geniş veya sınırlı olduğu ve neden haklı olduğu ile ilgilendiği anlamına gelmektedir. Egemen anayasacılık, hedeflerine iktidar yapısı aracılığıyla ulaşır. Egemen anayasacılık sadece kurallar yaratmak ve uygulamakla kalmaz aynı zamanda normal anayasal prosedürleri askıya alarak acil durumlarla başa çıkma mekanizmalarını da içerir. Özellikle yürütme organı tarafından normları askıya alma yetkisi, uygulamada farklı bağlamlarda değişiklik gösterse de bu sistemin temel bir özelliğidir.<sup>[7]</sup>

[5] Upendra Baxi, “Postcolonial Legality”, in Henry Schwarz ve Sangeeta Ray (Ed.), *A Companion to Postcolonial Studies*, Oxford, Blackwell Publishing, 1. Baskı, 2005, s.540-555. Upendra Baxi, “Postcolonial Legality: A Postscript From India”, *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, Cilt 45, Sayı 2, 2012, s.180-181.

[6] Upendra Baxi, “The Promise and Peril of Transcendental Jurisprudence: Justice Krishna Iyer’s Combat with the Production of Rightlessness in India”, in C. Raj Kumar ve K. Chockalingam (Ed.), *Human Rights, Justice, and Constitutional Empowerment*, New Delhi, Oxford University Press, 1. Baskı, 2007, s.3-25.

[7] Baxi, “The Promise and Peril...”, *op. cit.*, s.19.

Madun anayasacılık ise, anayasacılığa aşağıdan veya egemen hukuki ve siyasi çerçevelerin dışından gelen bir yaklaşımı ifade eder. Sıradan vatandaşların anayasal ilkeleri anlama, yorumlama ve bunlarla etkileşime geçme biçimlerinin çeşitliliğini vurgular. Madun anayasacılık, vatandaşların anayasanın resmi yorumlarının ötesine geçen çok çeşitli uygulama ve yorumlarını tanır ve bunlara değer verir. Buna taban hareketleri, marjinal gruplar ve diğer ana akım olmayan perspektifler de dahildir. Anayasanın resmi yorumlarına sıkı sıkıya bağlı kalmaya odaklanan egemen görüşün aksine, madun anayasacılık bu resmi perspektiflerin ötesine geçer. Bir anayasanın ne olduğu ve ne anlama gelmesi gerektiğine dair geleneksel kavramlara meydan okur ve bunları genişletir. Madun anayasacılık genellikle anayasanın, baskın resmi yorumlarına meydan okumayı ve hatta bunları geçersiz kılmayı amaçlar. Bu yaklaşım, anayasal anlam ve otoriteye yönelik daha kapsayıcı ve çoğulcu bir yaklaşımı yansıtır.<sup>[8]</sup>

Geleneksel devlet sistemlerinde, devlet güç kullanma ya da güç kullanımına izin verme hakkını münhasıran elinde tutar. Bu güç yoğunlaşması, devletin şiddeti kontrol etme ve düzeni sağlamada tek meşru otorite olarak görüldüğü egemen anayasacılığın temel bir özelliğidir. Madun anayasacılık genellikle devletin güç kullanma tekeline ilişkin baskın anayasal ilkeye meydan okur. Devlet dışı aktörlerin de düzeni sağlama ve güç kullanma konusunda meşru bir role sahip olabileceğini öne sürerek otorite ve güce yönelik daha adem-i merkezîyetçi ve çoğulcu bir yaklaşımı savunur.<sup>[9]</sup>

Baxi iki anayasacılık yaklaşımı arasındaki karşıtlığı ortaya koymaya çalışmaktadır. Her bir yaklaşımın iktidar, otorite ve anayasa yorumu kavramlarını nasıl algıladığı ve bunlarla nasıl etkileşime girdiği konusundaki farklılıkların altını çizmektedir. İnsanların deneyimleri ve mücadeleleri ise kavramsallaştırmasının temel noktasıdır. Tam da bu noktada Baxi'nin anayasacılık konusundaki kullandığı bazı kavramların ele alınması, onun

[8] Baxi, "The Promise and Peril...", *op. cit.*, s.19.

[9] Baxi, "The Promise and Peril...", *op. cit.*, s.20.

anayasacılık görüşlerini anlamamıza yardımcı olacaktır. Burada değinilmesi gereken ilk kavram “anayasacılığın diyalektiği” (*dialectics of constitutionalism*) kavramıdır. Baxi’ye göre anayasacılıkta bir dizi ideolojik, normatif ve kurumsal çelişki mevcuttur.<sup>[10]</sup> Anayasacılığın diyalektiği kavramıyla anayasal sistemlerin incelenmesinde çeşitli zorluklara ve tartışmalara yol açabilen bu üç yön arasındaki dinamik ve genellikle çelişkili ilişkiye atıfta bulunur. Felsefi temeller, hukuki yorumlar ve bir anayasanın asıl metni arasındaki etkileşim, anayasacılık analizinde anlaşılması önemli olan karmaşık çelişkiler ve çatışmalar içerir. Bir diğer kavram olan “anomi” (*anomie*) ile anayasal düzenin sağladığı normatif çerçeve ve toplumsal gerçeklikler arasındaki kopukluğu, “çelişki” (*contradiction*) kavramıyla da anayasa metinlerinin idealleri ile uygulamadaki gerçeklikler arasındaki uyumsuzlukları kasteder. Bu iki kavramın anayasal gelişim ve deneyimin neredeyse kalıcı unsurları olduğunu ifade eder. Anayasacılığın kavranmasının bir çelişkiler teorisiyle ve çelişkilerin çeşitli düzlemlerde incelenmesiyle mümkün olacağını belirtir.<sup>[11]</sup> Bu noktada da karşımıza çokyönlü anayasacılık fikri/teorisi çıkmaktadır.

[10] Upendra Baxi, “Preliminary Notes on Transformative Constitutionalism”, in Oscar Vilhena, Upendra Baxi ve Frans Viljoen (Ed.), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, Johannesburg, The Pretoria University Law Press, 1. Baskı, 2013, s.25. Upendra Baxi, “Nihilism, Contradictions, and Anomie In New Constitutionalism: A View from India”, in Boaventura de Sousa Santos, Sara Araújo ve Orlando Aragón Andrade (Ed.), *Decolonizing Constitutionalism Beyond False or Impossible Promises*, New York, Routledge, 1. Baskı, 2024, s.65. İdeolojik çelişkilere, demokratik idealler ile devletçi otoriter yaklaşım arasındaki gerilimler ve çelişkiler; normatif çelişkilere, anayasa tarafından ortaya konulan ilkelerin nasıl yorumlanacağı veya uygulanacağı hususunda ortaya çıkan gerilimler ve çelişkiler; kurumsal çelişkilere ise anayasa tarafından oluşturulan yapıların (yürütme, yasama, yargı vb. gibi) anayasanın öngördüğü biçimde uyum içinde çalışmaması durumunda meydana gelen gerilimler ve çelişkiler örnek verilebilir.

[11] Baxi, “Nihilism, Contradictions,...”, *op. cit.*, s.62-63.

## B) BAXİ’NİN ÇOKYÖNLÜ ANAYASACILIK FİKRİ/TEORİSİ

Baxi anayasacılık kavramını, “C1”, “C2” ve “C3” olarak adlandırdığı birbirine bağlı üç boyuta/düzleme ayırarak incelemekte ve bunu konuyla ilgili ilk çalışmasında “Üç C Dünyası (*The World Of Three “Cs”*)” olarak adlandırmaktadır.<sup>[12]</sup> Baxi ilk olarak “Üç C Dünyası” olarak tanımladığı yaklaşımına sonraki çalışmalarında beş boyut/düzlem daha ekleyerek anayasacılık hakkındaki görüşlerini “çokyönlü anayasacılık” kavramıyla ifade etmektedir.<sup>[13]</sup>

“C1”, yazılı bir belge olarak anayasayı veya bir anayasayı başlangıçta tanımlayan tarihi metinleri temsil eder.<sup>[14]</sup> Bu, anayasanın hazırlandığı ve yürürlüğe girdiği haliyle fiziksel veya orijinal şeklidir. Yazılı olsun ya da

[12] Upendra Baxi, “Constitutionalism as a Site of State Formative Practices,” *Cardozo Law Review*, Cilt 21, Sayı 4, Şubat 2000, s.1187. “C”, constitution/constitutionalism kavramının baş harfi.

[13] Baxi, “Preliminary Notes ...”, *op. cit.*, s.26. Baxi’den yaklaşık beş yıl sonra David Singh Grewal ve Jedediah Purdy de “çokyönlü anayasacılık” kavramını kullanmıştır. Onlara göre “çokyönlü anayasacılık” (*multitudinous constitutionalism*) anayasal nitelikteki yasaların oluşturulması ve yorumlanmasının, genellikle birbiriyle çelişen veya karşıt görüşlere sahip olabilen çeşitli sosyal hareketler ve siyasi gruplardan geldiği bir süreci ifade eder. Burada söz konusu olan, birlikte karar alan tek ve uyumlu bir grup insan değil, anayasal gelişime katkıda bulunan çok sayıda bireysel ses ve perspektiftir. David Singh Grewal, Jedediah Purdy, “The Original Theory of Constitutionalism”, *The Yale Law Journal*, Cilt 127, Sayı 3, Ocak 2018, s.688. Kullandıkları “çokyönlü anayasacılık” terimi, bir siyasi sistem içindeki anayasal düzlemlerin ve yorumların çeşitliliğini ve çoğulluğunu vurgulamaktadır. Upendra Baxi ise bu kavramı geleneksel anayasacılığın daha geniş bir eleştirisinin parçası olarak ele almaktadır. Her iki bakış açısı da anayasacılığın doğasında var olan çoğulculuğa dikkat çekmekle birlikte, tarihsel bağlama, teorik çıkarımlara ve pratik uygulamalara yaptıkları vurgu bakımından farklılık göstermektedir.

[14] Baxi, “Constitutionalism...”, *op. cit.*, s.1188. Baxi, “Preliminary Notes ...”, *op. cit.*, s.25.

olmasın anayasayı oluşturan unsurlar bütünüdür.<sup>[15]</sup> Anayasa metni, belirli bir hukuk sistemindeki diğer tüm hukuk normlarının geçerliliği için zemin hazırlayan temel yasal otorite olarak kabul edilir.<sup>[16]</sup> Anayasaların yazılı ve yazılı olmayan yönleri bazen birbirleriyle çatışma veya gerilim içinde olabilir.<sup>[17]</sup>

“C2”, anayasal metinleri uygulama ve yorumlama çalışması ile ilgilidir.<sup>[18]</sup> Anayasanın hukuki ve siyasi bağlamlarda nasıl yorumlandığını ve uygulandığını anlamayı içerir. Hukuk sisteminin gündelik işleyişi ve istikrarında oldukça önemli bir rol oynar.<sup>[19]</sup> Başka bir ifadeyle “C2” yasal süreçlerin rutin ve etkili yönetimi için kritik bir öneme sahiptir. Kısaca anayasanın yorumlanması hukukun etkin işleyişi için hayati önem taşır. Bu çerçevede hukuk sisteminin istikrarı, anayasal metinlerin ne kadar iyi yorumlandığına ve uygulandığına bağlıdır. “C2”yi anlamak, aynı zamanda yasal süreçlerin etkin bir şekilde yönetilmesini sağlamaya da yardımcı olur.

“C3”, anayasanın temelini oluşturan ve anayasayı destekleyen ideolojik çerçeveler ve teorik gerekçeler de dâhil olmak üzere daha geniş anlamda anayasacılığı içerir. Bu düzlem, anayasa teorisi ve pratiğinin gerekçelendi-

[15] Baxi bu unsurları “anayasasal metinler” (*constitutional texts*) kavramıyla ifade etmektedir. Baxi, “anayasal metinler” kavramıyla anayasayı oluşturan yazılı ve yazısız unsurların tamamını kastetmektedir. Bu, yalnızca bir anayasanın yazılı metni gibi resmi belgeleri değil, aynı zamanda anayasanın zaman içinde anlamını ve uygulamasını etkileyen ve şekillendiren teamülleri, yorumları, değişiklikleri ve ideolojik çerçeveleri de içerir. Baxi’ye göre çoğu zaman teamüller olarak adlandırılan yazılı olmayan unsurlar, yazılı olanın üzerinde baskınlık kurabilir ve bazen de yazılı olanın yerini alabilir. Baxi, “Constitutionalism...”, *op. cit.*, s.1187.

[16] Baxi, “Preliminary Notes ...”, *op. cit.*, s.26. Baxi, “Nihilism, Contradictions...”, *op. cit.*, s.65.

[17] Baxi, “Nihilism, Contradictions...”, *op. cit.*, s.65.

[18] Baxi, “Constitutionalism...”, *op. cit.*, s.1188. Baxi, “Preliminary Notes ...”, *op. cit.*, s.25.

[19] Baxi, “Preliminary Notes ...”, *op. cit.*, s.27.

rildiği veya rasyonelleştirildiği yolları kapsar ve genellikle anayasaya anlam veren siyasi ve ideolojik anlatıları da içerir. Anayasa fikrinin makul veya kabul edilebilir görünmesini sağlayan sebepler veya rasyonalizasyonlar sunar. Aynı zamanda karmaşıklık veya belirsizlik ekleyerek fikrin daha esrareniz veya tam olarak anlaşılmasının zorlaştırılmasını sağlar.<sup>[20]</sup>

Baxi “Üç C Dünyası”nda, anayasa metninin tüm yasaların geçerliliğinin esasını oluşturan temel hukuki belge olduğunu, ancak anlam ve önemnin anayasacılığın ideolojik çekirdeği ve normatif teoriler tarafından şekillendirildiğini savunmaktadır. İdeolojik çekirdek anayasanın anlaşılmasını haklı çıkaran veya şekillendiren temel inançları sağlarken, normatif teori bir anayasanın içermesi gereken temel ilkeleri tartışır. Bu unsurların, anayasaların nasıl anlaşıldığını ve uygulandığını etkilemek için karmaşık şekillerde etkileşime girdiğini belirtir.

“C4” resmi ya da kurumsal kanalların dışından gelen yorumlar ya da analizlerdir.<sup>[21]</sup> Çeşitli konularda halkla etkileşim içinde olan akademisyenlerin ve düşünürlerin çalışmalarını ve insan hakları ve toplumsal konulara odaklanan hareketleri kapsar. “C4”, bu alanlardaki uzmanlar, kamusal entelektüeller ve aktivistler tarafından sağlanan resmi olmayan yorum ve analizleri içeren bir pratikler kategorisine atıfta bulunur. Bu uygulamalar, resmi olarak onaylanmayan ancak kamusal anlayış ve söylemin şekillenmesinde etkili olan perspektifler ve eleştiriler sunar.

“C5”, özellikle kendi stratejik çıkarlarını ilerletmek için “C2”ye itiraz

[20] Baxi, “Constitutionalism...”, *op. cit.*, s.1188. Baxi “C3”ün bir anayasanın var olabilmesi için gerekli ideolojik çekirdek (*ideological core*) olduğunu ifade etmektedir. Baxi, “Preliminary Notes ...”, *op. cit.*, s.26. Baxi, “Nihilism, Contradictions,...”, *op. cit.*, s.65. Başka bir ifadeyle “C3”, belirli bir anayasanın temelini oluşturan inanç ve ilkeleri içerir. Bir anayasa fikrinin anlamlı olabilmesi için, insanların anayasayı nasıl anlayıp yorumlayacaklarını şekillendiren belirli temel inançların mevcut olması gerekir.

[21] Baxi, “Preliminary Notes ...”, *op. cit.*, s.27. Baxi, “Nihilism, Contradictions,...”, *op. cit.*, s.66.

eden hakim konumdaki tüm kişileri (kurumsal, finansal, piyasa ve tüketici) belirler.<sup>[22]</sup> Başka bir ifadeyle “C5”, güçlü veya etkili pozisyonlardaki bireyleri veya grupları ifade eder. İş dünyasından veya şirketlerden temsilciler veya kuruluşlar, yatırımcılar veya finansörler gibi önemli finansal güce veya etkiye sahip olanlar, büyük piyasa oyuncularını veya başlıca ekonomik aktörler gibi piyasa faaliyetlerinde yer alan bireyler veya gruplar, satın alma güçleri veya kolektif tüketici davranışları nedeniyle önemli etkiye sahip sıradan tüketiciler hakim konumdaki kişilerdir. Bu, hakim konumdakilerin kendi gündemleri veya avantajları doğrultusunda “C2” tarafından temsil edilen ilkelere, politikalara veya unsurlara karşı çıktıkları veya bunları zorladıkları anlamına gelmektedir.

“C6”, sosyal veya siyasi meseleleri anlamaya ve yorumlamaya yönelik yöntem veya yaklaşımları ifade eder. “C6” ciddi şekilde dezavantajlı olan veya hakları reddedilen insanların deneyimlerinden ve iddialarından ortaya çıkan yorumlayıcı uygulamalara atıfta bulunur. Bu uygulamalar genellikle insan hakları ve adalet için mücadele eden topluluklar ve toplumsal hareketler tarafından temsil edilir ve geliştirilir. “C6”da kullanılan yöntemlerin “C2”yi anlamlı bir şekilde etkileyebilmesi için aktivist yaklaşımlara açık olan veya bunları destekleyen yargıçların varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. “C7” ise aktivist yaklaşımlara açık olan veya bunları destekleyen yargıçlara işaret etmektedir.<sup>[23]</sup>

[22] Baxi, “Preliminary Notes ...”, *op. cit.*, s.27. Baxi, “Nihilism, Contradictions, ...”, *op. cit.*, s.66.

[23] Baxi, “Preliminary Notes ...”, *op. cit.*, s.27. Baxi, “Nihilism, Contradictions, ...”, *op. cit.*, s.66. Baxi, tam olarak “aktivist yargıçlar” (*activist justices*) ifadesini kullanmaktadır. Olumlu bir anlam yükleyerek kullandığı “aktivist yargıçlar” kavramıyla, geleneksel yasal yorumların ötesine geçerek, toplumsal hareketlerin ve insan hakları çabalarının bakış açılarını kararlarına dahil eden yargıçları kastetmektedir. Baxi’nin makalesinde “aktivist yargıçlar” kavramı, toplumsal meselelerle aktif olarak ilgilenen ve ötekileştirilmiş bireylerin ve toplulukların haklarını savunan yargıçları tanımlamaktadır. Hakların korunmasının ve teşvik edilmesinin sağlanmasındaki sorumluluklarının farkında olan yargıçlara gönderme yapmaktadır.

“C8” ise anayasaları askıya alma yetkisi ile ilgili belirli bir kavram ya da kategoriye ifade eder.<sup>[24]</sup> Baxi, silahlı isyanlar veya dış tehditler gibi acil durumlarda anayasayı askıya almaya yönelik yasal yetkiyi içeren “C8”i dikkate almamız gerektiğine işaret etmektedir.

“C”ler arasındaki ilişkiler basit veya tek boyutlu değildir. Etkileşimler dinamiktir ve karşıt fikirlerin veya güçlerin birbirini etkileyip dönüştürdüğü bir çatışma ve çözüm sürecini içerir. Bu unsurlar birbirleriyle hem iş birliği hem de çatışma halinde dinamik bir etkileşim içindedir.<sup>[25]</sup>

Baxi çok yönlü anayasacılık fikriyle anayasacılık ve toplumsal hareketler bağlamında farklı etki ve otorite kategorilerini anlamlandırmaya çalışmak-tadır. Çeşitli yorum biçimlerinin, iktidar yapılarının, yorumsal pratiklerin ve hukuki kavramların anayasal ilkeler ve toplumsal meseleler üzerinde nasıl bir etkileşim yarattığını aktarmayı amaçlamaktadır. Bu kategoriler arasındaki etkileşimlerin karmaşık olduğunu, aralarındaki ilişkileri şekillendiren ve dönüştüren çatışmaları ve çözümleri içerdiğini vurgulamaktadır. Özetle Baxi farklı güçlerin ve perspektiflerin anayasal ve sosyal söylemi nasıl şekillendirdiğine dair kapsamlı bir analiz sunmayı ve bu etkileşimle-rin karmaşıklığını vurgulamayı amaçlamaktadır.

### **C) BAXİ’NİN FİKİRLERİNİN ATALAY VAKASINA UYGULANABİLİRLİĞİ**

Anayasallık, genel olarak anayasaya uygun olma durumunu ifade eder. Başka bir ifadeyle anayasada belirtilen hüküm ve ilkelere uygunluğunu, bunlara uyulmasını veya tutarlılığını belirtir. Nitekim Atalay vakası özelinde Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay arasındaki ihtilaf, belirli eylemlerin veya kararların Anayasa’ya uygun olup olmadığıyla ilgili oldukları için ana-

[24] Baxi, “Preliminary Notes ...”, *op. cit.*, s.27. Baxi, “Nihilism, Contradictions,...”, *op. cit.*, s.66.

[25] Baxi, “Nihilism, Contradictions,...”, *op. cit.*, s.66.

yasallıkla ilişkilidir. Bu açıdan anayasallık, anayasaya uygun olma durumunu değerlendirmek için olay odaklı bir işlev görür.<sup>[26]</sup> Baxi, anayasacılık kavramını iktidarı sınırlamanın ötesine uzanan karmaşık ve çok yönlü bir olgu olarak ele alır. Anayasacılığın diyalektiği kavramıyla ideoloji, normatif çerçeveler ve kurumsal uygulamalar arasındaki gerilimleri ve çelişkileri vurgular. Baxi, anayasacılığı birbirine bağlı sekiz boyuta sahip çok katmanlı bir yapı olarak kavramsallaştırır. Baxi, bu boyutlar aracılığıyla anayasal olayları ve olguları teorisine dâhil eder. Söz konusu gerilimlerin ve çelişkilerin karmaşık ve dinamik bir biçimde birbirleriyle nasıl etkileşime girdiklerini anlatır.

Baxi'nin çokyönlü anayasacılık fikrinde, anayasal olaylar ve olgular, anayasacılığın nasıl anlaşılacağı ve uygulanacağı konusunda merkezi bir rol oynar. Bunları anayasacılığın pratikte nasıl işlediğini anlamak için önemli olarak görür. Olayların ve olguların ideolojik, normatif ve kurumsal çelişkilerle nasıl etkileşime girdiğini belirtir. Anayasallıkla ilgili olaylar ve olgular üzerinden gerçekleşen tartışmalar/mücadeleler, resmi olmayan yorumlar ("C4") aracılığıyla, resmi anayasa yorumu ("C2") içinde yer alan rekabet halinde olan yaklaşımlar arasındaki gerilimlerin ortaya çıkmasını sağlar. Aktivist yaklaşımlar ve yargıçlar ("C6" ve "C7"), anayasallıkla ilgili olayları ve olguları geleneksel yasal yorumların ötesine geçerek resmi anayasa yorumunu ("C2") etkilemeye çalışıp anayasanın ideolojik çekirdeğine ("C3") baskı uygular. Söz konusu tartışmaların, kendi stratejik konumlarını güçlendirmeye hizmet edip etmediğine bakarak, iş/finans dünyasından resmi anayasa yorumuna itirazlar ("C5") da resmi anayasa yorumunu ("C2") etkilemek ister. Özetle; Baxi'nin anayasacılık teorisi, anayasallığın nasıl işlediği konusunda daha geniş bir perspektif sağlar. Dolayısıyla Baxi'nin geniş teorik çerçevesi, Atalay davası gibi ihtilafların temelinde yatan güç

[26] Olgusal gerçeklikler de anayasal ilkelerin ve değerlerin yorumlanması konusunda referans noktaları oluşturur. Semih Batur Kaya, "Anayasa Mahkemeleri Norm Denetiminde "Olgu"yu Ölçü Alabilir Mi?", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2024, s.1035.

dinamikleri, ideolojik çelişkiler ve yorumlama pratiklerine ışık tutarak tartışmalar için değerli araçlar sunar.

Baxi'nin fikirleri, özellikle de madun kavramı etrafında, sömürge sonrası bağlamlar için derin bir öneme sahiptir. Ancak Baxi'nin yaklaşımı sömürge geçmişi olmayan devletlere de uygulanabilir. Baxi'den örnek vermek gerekirse; kendisi, Amerika Birleşik Devletleri'nde başlayan ve dünya geneline yayılan “İşgal Hareketi/*Occupy Movement*” olarak bilenen olayı ele almış ve bu hareketi apolitik olarak değerlendirerek hareketin anayasal düşünceye/teoriye pek bir katkısı olmadığını ifade etmiştir.<sup>[27]</sup> Bununla birlikte toplumsal hareketlerin doğasının anlaşılması için Çek Devriminden bahsetmiş, bu devrimin büyük ölçüde sivil ve siyasi haklarla ilgili olduğunu belirtmiş ve bunun başarısını siyasi muhalefetin ve halk direnişlerinin ortak çabasına bağlamıştır.<sup>[28]</sup> Bu örnekler, sosyal hareketlerin yönlendirdiği sürecin, daha önce sömürgeleştirilmemiş devletlere de uygulanabileceğini göstermektedir. Başka bir deyişle Baxi, fikirlerinin uygulanabilirliğini eski sömürge devletleriyle sınırlı tutmamaktadır.

Türkiye'nin anayasal evrimi bağlamında Baxi'nin çok yönlü yaklaşımı, iktidar, haklar ve ideolojik gerilimlerin kesişim noktalarını keşfetmek için bir mercek sağlamaktadır. Şüphesiz Osmanlı İmparatorluğu ve Türkiye Devleti için post-sömürgecilik bağlamı mevcut değildir. Türkiye sömürge sonrası bir devlet olarak sınıflandırılmasa da Baxi'nin fikirleri yararlı bakış

[27] Baxi, “Nihilism, Contradictions,...”, *op. cit.*, s.68, 70.

[28] Baxi, “Nihilism, Contradictions,...”, *op. cit.*, s.70. Ayrıca Baxi, her ikisi de sömürge geçmişine sahip Mısır ve Tunus örneklerini de vermiştir. Ancak Arap Baharı bu devletlerin bağımsızlıklarını kazandıktan çok daha sonra, bağımsız ulus devletler bağlamında, sömürgeciliğin deneyiminden kaynaklanmayan halk hareketleridir. Baxi Arap Baharı'nı büyük ölçüde sosyal, ekonomik ve kültürel hakların bir ifadesi olarak el almıştır. Baxi, “Nihilism, Contradictions,...”, *op. cit.*, s.70. Bunların haricinde “sosyalist C3” ve “post ideolojik C3” kavramlarını kullanması da Baxi'nin yaklaşımını salt sömürge geçmişi olan devletlere yönelik olarak oluşturmadığına işaret etmektedir. Baxi, “Nihilism, Contradictions,...”, *op. cit.*, s. 65.

açıları sunabilir ve analiz için uyarlanabilir. Osmanlı'nın çöküşü ve modern bir ulus-devlete dönüşümü, Osmanlı'nın (siyasal, toplumsal, hukuksal, ekonomik) mirası, Avrupa sömürgeci güçleriyle kurduğu etkileşimler tarafından derinden şekillendirilmiştir. İmparatorluktan modern bir ulus-devlete geçiş, egemenliği yeniden ele almayı gerektirmiştir.<sup>[29]</sup> Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulması sonrasında Türk ulusal kimliğinin inşası homojen milliyetçi bir projeyi içermiştir.<sup>[30]</sup> Ayrıca Türkiye'nin çağdaşlaşma yolundaki kapsamlı yolculuğu anayasal çerçeve ve ilkelerin evrimiyle derinden bağlantılıdır. Osmanlı'dan miras kalan otoriter, devlet odaklı siyaset ve toplum anlayışı,<sup>[31]</sup> anayasal çerçeve ve ilkelerin gelişimde önemli rol oynamıştır. Baxi'nin iktidar ve hakların, egemen devlet çıkarlarına hizmet etmek üzere nasıl inşa edildiğine yönelik eleştirisi, Türkiye'nin devlet öncülüğündeki modernleşme tarihi boyunca otoriterlik ile demokrasi arasında yaşanan gerginlikle örtüşmektedir. Türkiye'de anayasaların demokratik olmayan yapılış usulleri de dikkate alınması gereken hususlardan biridir. Ayrıca Türkiye'nin yakın tarihinde, özellikle 1980 darbesi sonrası hukuk toplumunun muhtelif kesimleri için bir mücadele alanı olmuştur. Bu dinamik, Baxi'nin kavramsallaştırmasının temel noktasını oluşturan mücadele ve insan deneyimiyle uyumludur. Baxi'nin ortaya koyduğu teorik çerçeve, anayasa yorumu konusundaki tartışmaları incelemek için araçlar sunar. Bu açılardan Baxi'nin fikirleri, anayasanın yorumlanmasına ilişkin tartışmalara ışık tutmak için de kullanılabilir.

[29] Örneğin, Rumi 20 Kanun-i Sani 1337 (Miladi 20 Ocak 1921) Tarih ve 85 Sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu 1'inci maddesinde egemenliğin kayıtsız şartsız milletin olduğu yer almıştır.

[30] Örneğin Rumi 20 Nisan 1340 (Miladi 20 Nisan 1924) Tarih ve 491 Sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu 88'inci maddesinde vatandaşlık bakımından herkes Türk olarak nitelendirilmiştir.

[31] Mustafa Erdoğan, *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*, Ankara, Liberte, 8. Baskı, 2012, s.153.

## II. ANAYASA MAHKEMESİ VS YARGITAY

### A) ŞERAFETTİN CAN ATALAY VAKASI

Şerafettin Can Atalay, kamuoyunda Gezi Parkı Davası olarak bilinen ceza davasının sanıklarından biridir. Söz konusu davada 25 Nisan 2022 tarihinde hakkında *Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs* suçundan hüküm verilmiş ve hükümle birlikte tutuklanmasına karar verilmiştir. Bu karara yönelik istinaf başvurusu reddedildikten sonra Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nde temyiz incelemesine gidilmiştir.<sup>[32]</sup> Temyiz süreci devam ederken Atalay, 14 Mayıs 2023 tarihinde yapılan 28. dönem milletvekili genel seçimlerine Türkiye İşçi Partisi (TİP) adayı<sup>[33]</sup> olarak katılıp milletvekili<sup>[34]</sup> seçilmiştir.

Atalay, yasama dokunulmazlığına sahip olduğunu belirterek ilgili Ceza Dairesi'nden Anayasa'nın 83'üncü maddesi gereğince durma kararı verilmesini ve tahliye edilmesini talep etmiştir.<sup>[35]</sup> Atalay'ın bu talebi de redde-

[32] Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 25.10.2023 Tarih ve 2023/53898 Başvuru Numaralı Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 7-9. (Diğer dipnotlarda “Şerafettin Can Atalay (2) Kararı” şeklinde zikredilecektir.)

[33] 28. Dönem milletvekili genel seçimine ilişkin kesin aday listeleri için bkz. Yüksek Seçim Kurulu, 19 Nisan 2023 Tarih ve 2023/643 Sayılı karar, *RG*, 19 Nisan 2023, Sayı 32168 (Mükerrer).

[34] 28. Dönem milletvekili genel seçimi kesin sonuçları için bkz. Yüksek Seçim Kurulu, 30 Mayıs 2023 Tarih ve 2023/1255 sayılı karar, *RG*, 30 Mayıs 2023, Sayı 32206 (Mükerrer).

[35] Anayasa'nın 83'ün maddesi “Yasama dokunulmazlığı” başlığını taşımakta ve beş fıkradan oluşmaktadır. Anayasa'da yer alan yasama dokunulmazlığı ifadesi hem yasama sorumsuzluğunu hem de yasama dokunulmazlığını içerecek şekilde kullanılmaktadır. Yasama sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığı kavramları doktrinde yasama bağışıklıkları olarak adlandırılmaktadır. Yasama sorumsuzluğu milletvekillerinin yasama görevlerini hiçbir endişe duymadan özgürce yapmalarına imkân sağlamaktadır. Yasama dokunulmazlığı ise milletvekillerinin yasama görevlerini yerine getirirken keyfi ve asılsız suç isnatlarıyla geçici olarak da olsa

dilmiştir.<sup>[36]</sup> Red kararına yönelik Yargıtay 4. Ceza Dairesi'ne yapılan itiraz da ilgili daire tarafından kesin olarak reddedilmiştir.<sup>[37]</sup> Kesin ret kararı üzerine Atalay 20 Temmuz 2023 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuş ve bireysel başvurusu inceleme aşamasındayken Yargıtay 3. Ceza Dairesi 28.09.2023 tarihli kararıyla başvurucu hakkındaki mahkûmiyet hükmünü onamıştır.<sup>[38]</sup>

25.10.2023 tarihinde Anayasa Mahkemesi, Atalay'ın seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğine oy çokluğu ile karar vermiş ve *“kararın bir örneğinin hak ihlallerinin ortadan kaldırılması için başvurunun yeniden yargılanmasına başlanması, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması, ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanması ve yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi şeklindeki işlemlerin yerine*

alınkonulmalarını önlemektedir. Ergun Özbudun, “Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt Yok, Sayı: 59, 2005, s.109. Anayasa'nın 83'üncü maddesinin birinci fıkrası yasama sorumsuzluğuna, diğer fıkraları ise yasama dokunulmazlığına yöneliktir. Anayasa'nın 83'üncü maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesi şu şekildedir: “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz.”

[36] Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 9. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Anayasa'nın 83'üncü maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi (“Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır”) doğrultusunda Atalay'ın yasama dokunulmazlığından yararlanamayacağı görüşündedir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 13.07.2023 Tarih ve E.2023/1261, 2023/112 D. İş sayılı Kararı. (Diğer dipnotlarda “2023/112 D. İş sayılı Kararı” şeklinde zikredilecektir.) Atalay'ın milletvekili seçilmesi sonrasındaki tutukluluğun devamı ve ilgili adli süreç hakkında detaylı bilgi için bkz. Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, *Anayasa Mahkemesi Başkanlığına Sunulmak Üzere Türkiye Barolar Birliği Tarafından Şerafettin Can Atalay Bireysel Başvurusu (B.No: 2023/53898) Hakkında Hazırlanmış Olan Görüş (Amicus Curiae)*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Eylül 2023, s.3-5. ([https://d.barobirlik.org.tr/2023/20230922\\_gorus.pdf](https://d.barobirlik.org.tr/2023/20230922_gorus.pdf))

[37] Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 10.

[38] Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 11-12.

*getirilmesi için İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine” hükmetmiştir.*<sup>[39]</sup>

30.10.2023 tarihinde, ilk derece mahkemesi, Yargıtay 3. Ceza Dairesi’ne bir yazı göndermiş, bu yazıda, Anayasa Mahkemesi’nin ihlal kararının, Yargıtay’ın başvurucunun milletvekili seçilmesi nedeniyle durma talebini reddetmesiyle ilgili olduğunu belirtmiştir.<sup>[40]</sup> Ayrıca, bireysel başvuru aşamasındayken mahkûmiyet hükmünün onandığını ve bu yeni durum nedeniyle Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin yeniden değerlendirme yapmasının gerektiğini ifade etmiştir.<sup>[41]</sup>

08.11.2023 tarihinde Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Anayasa Mahkemesi’nin

[39] Şerafettin Can Atalay (2) Kararı. Seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı Anayasa’nın 67’nci maddesinde yer almaktadır. Söz konusu haklar yalnızca vatandaşlara tanınmıştır. Kanunda gösterilen şartlara uygun olarak vatandaşlar bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde bu haklarını kullanabileceklerdir. Seçilme hakkı doğrultusunda milletvekilliği açısından Anayasa’nın 76’ncı maddesine çeşitli kriterler getirilmiştir. Doktrinde “mutlak yetersizlikler” olarak belirtilen durumlar da bu kriterlerden bazılarıdır. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt 1*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, 2020, s.849. Bu çerçevede inancı kötüye kullanma, terör eylemlerine katılma gibi bazı suçlardan mahkûm olmak milletvekili olmaya engeldir. Anayasa’da yasama dokunulmazlığının düzenlendiği Anayasa’nın 83’üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*” ibaresi Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nce terörle bağlantılı suçlar kapsamında ele alınmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre ise Anayasa’nın 14’üncü maddesinin yalnızca yargı kararlarıyla yorumlanması, hangi suçların yasama dokunulmazlığı kapsamında olup olmadığını anlamak için açık ve güvenilir bir çerçeve sağlamamaktadır. Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 28.

[40] İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi’nin, Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen hususları (*infazın durdurulması, Atalay’ın tahliyesi, yargılamada durma kararı verilmesi gibi*) yerine getirmemesi Anayasa’nın 153’üncü maddesinde yer alan Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinlik ve bağlayıcılık kurallarına aykırıdır. Ayrıca kararı yerine getirmeyip, dosyayı Yargıtay 3. Ceza Dairesi’ne göndermesinin de hukuki dayanağı bulunmamaktadır.

[41] Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 21.12.2023 Tarih ve 2023/99744 Başvuru Numaralı Şerafettin Can Atalay (3) Kararı, para. 14. (Diğer dipnotlarda “Şerafettin Can Atalay (3) Kararı” şeklinde zikredilecektir.)

ilgili ihlal kararına uyulmamasına, Atalay'ın milletvekilliğinin düşürülmesine yönelik işlemlere başlanması için kararın bir örneğinin Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanlığı'na gönderilmesine ve hak ihlalinin kabulü yönünde oy kullanan ilgili Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına oybirliği ile karar vermiştir.<sup>[42]</sup>

21.12.2023 tarihinde Anayasa Mahkemesi tekrardan Atalay'ın seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğine oy çokluğu ile karar vermiştir.<sup>[43]</sup> Akabinde Yargıtay 3. Ceza Dairesi de Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararına uyulmasına yer olmadığına karar vermiştir.<sup>[44]</sup>

Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin son kararı doğrultusunda TBMM'de 30.01.2024 tarihinde 54. birleşimde Genel Kurul'da ilgili Dairenin yazısı okunmak suretiyle Şerafettin Can Atalay'ın milletvekilliği düşürülmüştür.<sup>[45]</sup>

Milletvekilliğinin düşürülmesinden sonra bu işleme yönelik Anayasa Mahkemesi'nde iptal davaları açılmış ve bu davalar birleştirilerek Anayasa Mahkemesi oy çokluğuyla “*milletvekilliğinin düşmesinin yok hükmünde olduğunu*” tespit etmiş ve “*bu tespite ilişkin yürürlüğün durdurulması talebi*

[42] Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 08.11.2023 Tarih ve E.2023/1261, 2023/144 D. İş sayılı Kararı. (Diğer dipnotlarda “2023/144 D. İş sayılı Karar” şeklinde zikredilecektir.) Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin bu kararının hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 153'üncü maddesinde yer alan Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinlik ve bağlayıcılık kurallarına aykırıdır.

[43] Şerafettin Can Atalay (3) Kararı.

[44] Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 03.01.2024 Tarih ve E.2023/1261, 2024/1 D. İş sayılı Kararı. (Diğer dipnotlarda “2024/1 D. İş sayılı Karar” şeklinde zikredilecektir.) Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin bu kararının da hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır.

[45] 30 Ocak 2024 tarihindeki TBMM 54. Birleşim Tutanağı için bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Tutanak/28/2/54/Tam/539bfca5-fb3b-4320-9256-4a3dde880d62.html> (E.T.: 04.09.2024).

*hakkında karar verilmesine yer olmadığına” oy çokluğuyla karar vermiştir.*<sup>[46]</sup>

Anayasa Mahkemesi’nin son kararının ardından muhalefet partileri konuyu görüşmek üzere TBMM’nin olağanüstü toplantıya çağırılmasına ilişkin önergeler vermişlerdir. Bu doğrultuda 16 Ağustos 2024 tarihinde TBMM olağanüstü toplanmış, önergeler okunmuş ve genel görüşme açılmasına dair önerge verilmiş ancak yapılan oylama sonucunda genel görüşme açılması kabul edilmemiştir. Böylece olağanüstü toplantı konusundaki görüşmeler tamamlanmıştır.<sup>[47]</sup>

## B) YARGITAY’IN TEMEL ARGÜMANLARI VE ANAYASA MAHKEMESİ’NİN YANITLARI

### 1- Anayasa Madde 14’ün Kapsamının Belirlenmesi

Anayasa’nın 14’üncü maddesi “Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması” başlığını taşımakta ve üç fıkradan oluşmaktadır. İlk fıkra Anayasa tarafından verilen hak ve özgürlüklerin hangi durumlarda kullanılamayacağını belirtir. İkinci fıkra temel hak ve özgürlüklerin Anayasa tarafından açıkça izin verilmeyen şekillerde ortadan kaldırılamayacağını veya kısıtlanamayacağını garanti eder. Bu hakların, yorum veya yasal gerekçe görüntüsü altında bile zayıflatılmasını veya kötüye kullanılmasını önler. Üçüncü fıkra ise önceki fıkralarda belirtilen kısıtlamaları ihlal eden

[46] Anayasa Mahkemesi, 22.2.2024 Tarih ve E.2024/43, K.2024/65 Sayılı Şerafettin Can Atalay Kararı, RG, 1 Ağustos 2024, Sayı 32619. (Diğer dipnotlarda “2024/65 Sayılı Karar” şeklinde zikredilecektir.) Ancak Hasan Tahsin Fendoğlu, 1982 Anayasası’nın Anayasa Mahkemesi’ne böyle bir yetki (yokluk tespiti) vermediğini ve Anayasa Mahkemesi tarafından “yokluk” uygulanamayacağını belirtmektedir. Hasan Tahsin Fendoğlu, “Yasama Dokunulmazlığı Ve Yargısal Aktivizm”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt Yok, Sayı 57, 2024, s.37.

[47] 16 Ağustos 2024 tarihindeki TBMM Olağanüstü Toplantı Tutanağı için bkz. <https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Tutanak/28/2/114/Ham/edb4da16-6ab5-44ce-80b0-5b0fe8fbf78d.html> (E.T.: 04.09.2024).

eylemler için yasal sonuçlar olacağını ve yaptırımların kanun tarafından belirleneceğini belirtir.

Atalay vakasıyla Anayasa'nın 14'üncü maddesi arasındaki ilişki, yasama dokunulmazlığının düzenlendiği Anayasa'nın 83'üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*” ibaresinden kaynaklanmaktadır.

Atalay vakasında ortaya çıkan hukuki sorunlardan biri de Anayasa'nın bu atfının hangi kapsamda ele alınacağı ve “*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*” ibaresinin hangi organ tarafından nasıl belirleneceğidir.<sup>[48]</sup>

Anayasa Mahkemesi Ömer Faruk Gergerlioğlu başvurusunda Anayasa'nın 14'üncü maddesinin yalnızca yargı kararlarıyla yorumlanmasının, hangi suçların yasama dokunulmazlığı kapsamında olup olmadığını anlamak için açık ve güvenilir bir çerçeve sağlamadığını belirtmektedir. Bunun hukuk sisteminde belirsizliğe ve öngörülemezliğe yol açabileceğini vurgulamaktadır. Ayrıca “*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*” ibaresindeki belirliliği sağlama görevinin de yasama organına ait olduğunu ifade etmektedir.<sup>[49]</sup>

Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Anayasa'nın “*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*” atfını özellikle terörle bağlantılı suçlar kapsamında ele almaktadır. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, hangi suçların Anayasanın 14'üncü maddesi kapsamına gireceğinin belirlenmesinin yargı içtihatlarına bırakıldığını ifade etmektedir. Ardından anayasa koyucunun iradesinin, milletvekilinin, devletin varlığına zarar vermeyi amaçlayan faaliyette bulunduğu takdirde dokunulmazlıktan yararlanmaya devam etmemesi gerektiği yönünde oldu-

[48] Bu husus, çalışmanın II. bölümü C başlığı (*Argümanların Hukuki Analizi*) ve III. bölümü C başlığı (İdeolojik Çekirdek) altında detaylandırılmıştır.

[49] Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 01.07.2021 Tarih ve 2019/10634 Başvuru Numaralı Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı, para. 119-134. (Diğer dipnotlarda “Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı” şeklinde zikredilecektir.)

ğunun açık olduğunu ileri sürmektedir.<sup>[50]</sup>

Anayasa Mahkemesi ise *Ömer Faruk Gergerlioğlu* başvurusunda<sup>[51]</sup> tespit ettiği ve karara bağladığı hususları Atalay’ın ikinci başvurusunda da tekrar etmektedir.<sup>[52]</sup> Ayrıca kötüye kullanma yasağına rağmen mahkemelerin yapacağı her yorumun kanunilik ve kıyas yasağı ilkelerine zarar vereceğini belirtmektedir.<sup>[53]</sup>

## 2- Anayasa Mahkemesi’nin Yetkisi/Yetkisizliği

Yargıtay 3. Ceza Dairesi kararında Anayasa Mahkemesi’nin bir anayasa normuna yönelik inceleme ve denetleme yetkisinin sadece şekil bakımından olduğunu belirtmektedir.<sup>[54]</sup> Ayrıca Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvurulara ilişkin kararlarının objektif etkiye sahip olmadığını da iddia etmektedir.<sup>[55]</sup>

[50] 2023/112 D. İş sayılı Kararı.

[51] “Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı.

[52] Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 28.

[53] Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 70.

[54] 2023/112 D. İş sayılı Karar.

[55] 2024/1 D. İş sayılı Karar. Anayasa’nın 148’inci maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında olan ve 1982 Anayasası’nda teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerden herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi durumunda başvurulacak bir hak arama yoludur. Bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesi’nce ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Bkz. 30.03.2011 Tarih ve 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (6216 Sayılı Kanun) madde 50/1. 6216 Sayılı Kanun doğrultusunda Anayasa Mahkemesi yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye gönderebilir, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya başvurucuya genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebilir (6216 Sayılı Kanun madde 50/2). Kanunda yer alan “yapılması gerekenlere hükmedilir” ifadesi açık değildir. Uygulama

## Anayasa Mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargı-

kanununda ve içtüzükte yapılması gerekenlerin tamamı belirtilmemiştir. Ancak bireysel başvuruların incelenmesinde, Kanun ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümleri uygulanacağı belirtilmektedir (6216 Sayılı Kanun madde 49/7). Bu doğrultuda usul kanunlarında yer alan karar türlerinin de Anayasa Mahkemesi tarafından verilmesi mümkündür. Sibel İncoğlu, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2017, s.285. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarının temel işlevleri objektif ve subjektif işlev olarak ele alınmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarının objektif işlevi aynı zamanda hukuk sistemi içinde temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasını ve uygulanmasını yönlendirmektedir. Bkz. *Şerafettin Can Atalay (2) Kararı*, para. 78. Objektif işlev Anayasa Mahkemesi'nin hak ihlali kararlarının hukuk düzeni üzerinde daha geniş etkileri olduğu anlamına gelir. Hasan Tahsin Gökcan, "Anayasal Denetimin Fonksiyonları Bağlamında Türk Anayasa Mahkemesinin Hak İhlali Kararlarının Objektif Etkisinin Anayasal Temelleri Üzerine Bir İnceleme", *Anayasa Yargısı*, Cilt 41, Sayı 1, 2024, s.13. Başka bir ifadeyle objektif etki, bireysel vakaların ötesinde sistemi bir bütün olarak şekillendirme yeteneğine işaret eder. Subjektif işlev ise Anayasa Mahkemesi'nin somut davalardaki hak ihlallerini belirleyerek ve etkilenen taraf için çözümler sağlayarak bireysel başvuruları değerlendirmedeki rolünü vurgular. Bkz. *Şerafettin Can Atalay (2) Kararı*, para. 78. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2024/1 D. İş sayılı Kararı'nda objektif işlev yerine objektif etki ifadesi yer almaktadır. Ancak doktrinde bu iki ifade anlam farkı olmaksızın birbirleri yerine kullanılmaktadır. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, ilginç bir şekilde objektif işlevi, sadece Resmi Gazete'de yayınlanma ile ilişkili olarak ele almakta, Anayasa Mahkemesi'nin iptal ve itiraz başvuruları sonucunda verdiği gerekçeli kararların Resmi Gazete'de yayımlanması ile herkesi bağlayıcı hale geldiğini belirtmektedir. Ancak bireysel başvurular sonucunda vereceği kararların Resmi Gazete'de yayınlanmasına ilişkin Anayasa'da bir hüküm bulunmadığını, bunun İçtüzük'te yer aldığını ifade etmektedir. Dolayısıyla Yargıtay 3. Ceza Dairesi'ne göre "İçtüzük hükmü ile bireysel başvurulara objektif etki sağlanması olanaklı değildir". Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurulara ilişkin kararlarının objektif işleve sahip olması, bu kararların Resmi Gazete'de yayınlanmalarından kaynaklı değildir. Objektif işlev, ihlal kararlarının benzer konularda dikkate alınmasından kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararlarının benzer uyumsuzluklara uygulanmaması halinde Anayasa Mahkemesi'nin yeni bir ihlal kararı vereceği gerçeği de ihlal kararlarının objektif işleve sahip olduğunu göstermektedir. Yılmaz Akçıl, "Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi", *Anayasa Yargısı*, Cilt 39, Sayı 1, 2022, s.39-40. Atalay vakasında (Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı'nda olduğu gibi) objektif işlev, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 83'üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Anayasanın 14 üncü*

lama Usulleri Hakkında Kanun<sup>[56]</sup>un 50'inci maddesinden hareketle Mahkeme'nin “*bireysel başvurular kapsamındaki görev ve yetkisi, hakkın ihlal edilip edilmediğinin tespitiyle sınırlı olmayıp tespit edilen ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlerin belirlenmesini de*” kapsar demektir. İlgili kanunun, Anayasa Mahkemesi'ne ihlalin ve sonuçlarının nasıl ortadan kaldırılacağına ilişkin belirleme yapma bakımından geniş bir takdir yetkisi verdiğini ifade etmektedir.<sup>[57]</sup> Ayrıca Anayasa Mahkemesi, bir kuralın veya işlemin sadece isminin ne olduğuna veya nasıl adlandırıldığına değil, aynı zamanda bu işlemin uygulanma biçimine, hukuki niteliğine, etkilerine ve sonuçlarına da dikkat ettiğini belirtmektedir.<sup>[58]</sup>

Anayasa Mahkemesi, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurulara ilişkin kararlarının objektif etkiye sahip olmadığı yönündeki iddiasını ise kabul etmemektedir. Daha önceki kararlarına atıf yaparak Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarının objektif ve subjektif olmak üzere iki temel işlevi olduğunu belirtmektedir. Kamu otoritelerinin ve yargı organlarının Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın ve temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasıyla ilgili kararlarına uyması gerektiğini vurgulamaktadır. Kamu gücünü kullanan makamların, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruda belirlediği ilkelere, vardığı sonuçlara ve bir ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına ilişkin belirlemelerine göre hareket etmesinin Anayasa Mahkemesi kararının objektif işlevinin gereği olduğunu ifade etmektedir.<sup>[59]</sup>

*maddesindeki durumlar*” ibaresinin, yalnızca yargı kararlarıyla yorumlanmasının, hangi suçların yasama dokunulmazlığı kapsamında olup olmadığını anlamak için açık ve güvenilir bir çerçeve sağlamadığını belirtmesidir.

[56] 30.03.2011 Tarih ve 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun.

[57] Şerafettin Can Atalay (3) Kararı, para. 45.

[58] 2024/65 Sayılı Karar.

[59] Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 79.

### 3- Anayasa Mahkemesi'nin Süper Temyiz Mercii Olarak Hareket Ettiği İddiası

Yargıtay 3. Ceza Dairesi ilgili kararında<sup>[60]</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bir “süper temyiz mercii” olarak hareket ettiğini ileri sürmektedir. “Süper temyiz mercii” kavramıyla kastettiği, “*deliller veya maddi vakıalar hakkında derece ve temyiz mahkemeleri tarafından yapılan değerlendirmelere ilişkin herhangi bir inceleme*” yapabilen, “*hiyerarşik bir üstünlüğe sahip*” ve “*diğer mahkemelerin kararlarını her türlü hukuka aykırılık sorunu yönünden*” inceleyebilen bir makam olmasıdır. Bu çerçevede Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Anayasa Mahkemesi'nin yüksek yargı makamları üzerinde bir denetim makamı olmadığını, aralarında hiyerarşik bir ilişki bulunmadığını birçok defa vurgulayarak ifade etmekte ancak Anayasa Mahkemesi'nin aksi istikamette davrandığını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin derece ve temyiz mahkemeleri tarafından yapılan değerlendirmelere yönelik delillere ve maddi hususlara yönelik incelemelerde bulunduğunu ve bu yargı organlarının kararlarını her türlü hukuka aykırılık yönünden ele aldığını ileri sürmektedir.

Anayasa Mahkemesi, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin Anayasa Mahkemesi'nin bir “süper temyiz mercii” olarak hareket ettiği yönündeki iddiasına yönelik doğrudan bir açıklama yapmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi, anayasa hükümlerinin *nihai* olarak yorumlanma yetkisinin Anayasa Mahkemesi'ne ait olduğunu belirtmekle Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının üstünlüğüne işaret etmiştir.

### 4- Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi

Yargıtay 3. Ceza Dairesi ilgili kararında<sup>[61]</sup>, Anayasa Mahkemesi'nin

[60] 2023/144 D. İş sayılı Karar ve 2024/1 D. İş sayılı Karar.

[61] 2023/144 D. İş sayılı Karar.

şeklen denetleyemediği Anayasa hükmünü uygulanamaz hale getirme, kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamı tüketilmeden bireysel başvuruları kabul etme, soruşturmalara müdahil olma, kovuşturmaları yapılamaz hale getirme gibi davranışlarla “aktivist bir tutum” takındığını ileri sürmektedir.

Anayasa Mahkemesi ise kararında, Anayasa Mahkemesi içtihadının Anayasa’nın 14’üncü maddesinin üçüncü fıkrasını “*ortadan kaldırması*” veya “*işlevsiz bırakması*” durumunun söz konusu olmadığını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre temel bir hak veya özgürlüğünün kötüye kullanıldığı tespit edilse bile *müeyyidenin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir*.<sup>[62]</sup> Ayrıca Anayasa Mahkemesi’ne göre, “*Seçilmiş milletvekillerinin seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarına müdahalenin dayanağı haline gelen yargı içtihatları, Anayasa’nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan “kanunilik şartı”nı taşıyan kurallar olarak kabul edilemez*”.<sup>[63]</sup> Kanunilik ölçütü, “*sınırlamaya ilişkin kuralın erişilebilirliğini ve öngörülebilirliği ile kesinliğini*” ifade eder ve “*sınırlama doğrudan doğruya bir Anayasa kuralına dayanıyorsa söz konusu kuralın da belirli ve öngörülebilir olarak yorumlanıp yorumlanamayacağının değerlendirilmesi*”<sup>[64]</sup> gerekir.

## 5- Anayasa Mahkemesi’nin İlgili İhlal Kararının Yok Hükmünde Sayılması

Yargıtay 3. Ceza Dairesi ilgili kararında<sup>[65]</sup> Anayasa Mahkemesi’nin “*ihlal kararına hukuki değer ve geçerlilik izafi edilemeyeceği*” ve “*bu bağlamda Anayasa’nın 153. maddesi kapsamında uygulanması gereken bir karar*” bu-

[62] Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 68.

[63] Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 72/iv.

[64] Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 34.

[65] 2023/144 D. İş sayılı Karar ve 2024/1 D. İş sayılı Karar.

lunmadığını ileri sürmektedir. Başka bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi'nin kararının yok hükmünde sayılması gerektiği ve bu nedenle de ilgili kararın bağlayıcılığının bulunmadığı iddia edilmektedir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin Anayasa'nın 153'üncü maddesine atıfta bulunmasının nedeni söz konusu maddede Anayasa Mahkemesi kararlarının niteliğine ilişkin belirlemelerin yer almasıdır. Söz konusu madde uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin kararları kesinlik ve herkes için bağlayıcıdır. Kesinlik, kararlarının başka bir mahkeme veya makam tarafından temyiz edilemeyeceği veya bozulamayacağı anlamına gelirken, bağlayıcılık ise kararların herkes tarafından takip edilmesi ve saygı gösterilmesi gerektiği ve herkesin kararlara uymakla yükümlü olduğu anlamına gelir. Dolayısıyla Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Anayasa Mahkemesi kararının yok hükmünde sayılması gerektiği için, kesinleşen ve bağlayıcı olan bir kararının bulunmadığını iddia etmektedir.

Anayasa Mahkemesi ise anayasa hükümlerini nihai olarak yorumlama yetkisinin Anayasa Mahkemesi'ne ait olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bu yetki, norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa Mahkemesi'ne aittir.<sup>[66]</sup> Bununla beraber Mahkeme'nin kararlarının bağlayıcılığına yönelik anayasa normu, *bireysel başvuru kapsamında ihlal edildiğine karar verilen temel hak ve özgürlükler için de geçerli olan ek bir*

[66] Anayasa'nın 6'ncı maddesinin son cümlesinde belirtildiği üzere “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz”. Anayasası'nın 11'inci maddesine göre “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır”. Bu iki madde, Anayasa'nın en yüksek yasal otorite olarak düzenlendiğine işaret etmektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin anayasa normlarını yorumlama yetkisinin hukuki zeminini sağlar. Anayasa'nın 138'inci maddesine göre hâkimler hüküm verirken başta Anayasa'yı dikkate almak zorundadırlar. Anayasa'nın 148'inci maddesine göre Anayasa Mahkemesi “bireysel başvuruları karara bağlar.” Bireysel başvuruların sadece Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilip karara bağlanması da nihai yorumlama yetkisini güçlendirir. Anayasa'nın 153'üncü maddesine göre de Anayasa Mahkemesi'nin kararları “kesindir” ve “yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar”. 153'üncü madde Anayasa Mahkemesi kararları arasında ayırım yapmamıştır.

güvencedir.<sup>[67]</sup> Anayasa Mahkemesi, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin “*Anayasa Mahkemesi kararına uyulmamasına*” şeklindeki kararın hukuka aykırı olduğunu ve mevzuatta böyle bir karar türünün bulunmadığını belirtmektedir. Ayrıca bir hukuk devletinde mahkeme kararlarının (Anayasa Mahkemesi de dahil) bağlayıcı olmamasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre “*Anayasa Mahkemesi kararlarının etkili şekilde uygulanması da bireysel başvuru hakkının ayrılmaz bir parçasıdır*”.<sup>[68]</sup> Kamu gücünü kullanan organların Anayasa Mahkemesi kararlarına uymaları Anayasa'nın üstünlüğü ilkesini de işlevsiz hâle getirir.<sup>[69]</sup>

Anayasa Mahkemesi esas olarak, “*Yargıtayın Anayasa Mahkemesi kararına uyulmaması*” yönünde verdiği karara hukuki değer atfedilmesi mümkün olmadığı” kanaatindedir.<sup>[70]</sup>

## **6- Anayasa Mahkemesi'nin Kararlarının Yargıtay Tarafından Denetlenebilecek Olması**

Yargıtay 3. Ceza Dairesi ilgili kararında<sup>[71]</sup>, Yargıtay'ın Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının hukuki geçerliliğini ve bu kararların Anayasa Mahkemesi'nin yetki sınırları içinde olup olmadığını denetleme yetkisine sahip olduğu yönünde bir açıklama yapmaktadır. Ayrıca Yargıtay'ın Anayasa Mahkemesi'nin anılan ihlal kararının hukuki değerden yoksun olup olmadığı yönünden değerlendirme yapma konusunda da yetkili ve görevli olduğunu ileri sürmektedir.

Anayasa Mahkemesi ise Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin oldu-

[67] Şerafettin Can Atalay (3) Kararı, para.48-49.

[68] Şerafettin Can Atalay (3) Kararı, para.53-56.

[69] Şerafettin Can Atalay (3) Kararı, para.62.

[70] 2024/65 Sayılı Karar.

[71] 2024/1 D. İş sayılı Karar.

ğunu, mevzuatta Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı başvurulabilecek herhangi bir merci öngörülmediğini belirtmektedir. Buna bireysel başvuru yoluyla bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiğine yönelik kararların da dâhil olduğunu ifade etmektedir. Aksi durumun Anayasanın “*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*” hükmüyle bağdaşmayacağını açıklamaktadır.<sup>[72]</sup>

### C) ARGÜMANLARIN HUKUKİ ANALİZİ

Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin hangi suçların Anayasanın 14’üncü maddesi kapsamına gireceğinin belirlenmesine ilişkin değerlendirmeleri ve sonrasında bu suçları belirlemesi hususu eleştiriye açıktır. Yargıtay 3. Ceza Dairesi bir kanun metnini değil, doğrudan doğruya bir anayasa hükmünü yorumlayıp uygulamaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin Ömer Faruk Gergerlioğlu başvurusunda belirttiği üzere “*sınırlama doğrudan doğruya bir anayasa kuralına dayanıyorsa söz konusu kuralın da belirli ve öngörülebilir olarak yorumlanıp yorumlanamayacağının değerlendirilmesi gerekir*”.<sup>[73]</sup> Anayasa Mahkemesi’ne göre Anayasa’nın 14’üncü maddesinin birinci fıkrasının metni “*yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları salt yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir şekilde belirlemeye ve böylece belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamaya elverişli değildir*”.<sup>[74]</sup>

Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin kararı çerçevesinde Anayasa’nın 14’üncü maddesinin muğlaklığından dolayı çoklu yorumlara açık olması, sadece yargı içtihatlarına dayanarak tutarlı veya öngörülebilir bir standart sağlamayı zorlaştırabilir. Ayrıca Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin konuya ilişkin kararında, Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu olayda yargı içtihadı oluşturamayacağı gibi bir anlam çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle Anayasa Mah-

[72] Şerafettin Can Atalay (3) Kararı, para.66.

[73] Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı, para.76.

[74] Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı, para.88.

kemesi yargı içtihadı oluşturabilecek bir kurum olarak görülmemektedir. Bu kararım Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin konuyla ilgili bir diğer kararında “*Anayasa koyucu .... kapsamı belirleme görevini, özellikle soruşturma makamı ile derece ve temyiz mahkemelerinin takdirine bırakmıştır.*”<sup>[75]</sup> demek suretiyle açıkça ifade edilmiştir.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin kararında “*Anayasa Koyucunun iradesi*” şeklindeki ifadesi yorum teorilerinden orijinalizmin bir türü olan anayasa yapıcılarının niyetini anlamaya (orijinal niyet/*original intent*) işaret etmektedir.<sup>[76]</sup> Ancak ilgili kararda neden anayasa koyucunun niyetini ortaya koymanın daha doğru bir yorum olduğu belirtilmemiştir. Ayrıca anayasa koyucunun niyetini ortaya koymanın objektif kriterleri olup olmadığı, kimin veya hangi organın/kurumun bu niyeti ortaya çıkaracağı belli değildir. Kaldı ki yasama dokunulmazlığı kapsamında anayasa koyucunun amacının devlete zarar veren faaliyetlerde bulunan milletvekillerinin dokunulmazlıklarını kaldırmak olduğu bir durumda, bunun anayasa koyucunun amaçladığı diğer ilke veya güvenceleri göz ardı etmesi veya bunlarla çelişmesi halinde nasıl bir yöntem izleneceği de açık değildir. Bu yorumun, devleti koruma görüntüsü altında parlamento üyelerini haksız yere hedef almak veya kovuşturmak için kötüye kullanılma riski bulunmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki tutumu, bu niyetleri yorumlamada kendi sınırlılıklarını vurgulamaktadır.

Anayasa Mahkemesi Ömer Faruk Gergerlioğlu başvurusunda, Anayasa'nın 83'üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*” ibaresinin “*yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları salt yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir şekilde belir-*

[75] 2023/144 D. İş sayılı Karar.

[76] Yargıtay 3. Ceza Dairesi konuyla ilgili bir diğer kararında bu yaklaşımını daha belirgin bir şekilde ortaya koymaktadır. Örneğin ilgili kararda sık sık “*anayasa koyucu*” ifadesi geçmekte, kimi zaman “*anayasa koyucunun bilinçli tercihi*”, “*anayasa koyucunun gerçek iradesi*” gibi kavramlar kullanılmaktadır. Bkz. 2023/144 D. İş sayılı Karar.

*lemeye ve böylece belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamaya elverişli*” olmadığı yönündeki kararı ile Anayasa’nın ilgili hükmünü iptal etmemiştir. Kaldı ki Mahkeme’nin böyle bir yetkisi bulunmamakta ve Mahkeme de böyle bir davranış sergilememektedir. Ancak “14. maddedeki durumlar” kapsamına giren suçların belirlenmesi ve gerekse de usul ve esasa ilişkin güvencelerin bulunduğu bir yasal sistemin kurulması konusunda takdir yetkisi yasama organına aittir.” diyerek ilgili normun uygulanmasına ilişkin rehberlik sağlamak ve mevzuat değişikliğine işaret etmektedir. Bu bağlamda Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından Anayasa Mahkemesi’nin yetkisinin anayasa normlarının sadece şekil bakımından incelemekle sınırlı olmasının vurgulanmış olması, Anayasa Mahkemesi’nin rolünün aşırı basitleştirilmesi, bireysel başvuru yoluyla bir anayasa hükmünü yürürlükten kaldıramayacağını ifade edilmesi ise Anayasa Mahkemesi kararının yanlış yorumlanması olarak değerlendirilebilir.

Anayasa Mahkemesi yüksek yargı mercileri üzerinde bir denetim makamı değildir ve aralarında hiyerarşik bir ilişki bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin kararında görüldüğü kadarıyla, kendisine yöneltilen mahkemelerin delillerini ve maddi meselelerini incelediği iddiası tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi, yargı kararlarının anayasal ilkeler veya haklarla uyumlu olup olmadığına odaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin tutumu; temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi halinde anayasa ve kanunlar çerçevesinde, kanunların ve yargı kararlarının anayasaya uygunluğunu sağlamak için devreye girmesidir. Ayrıca Anayasa’nın 153’üncü maddesi, Anayasa Mahkemesi’nin hukuk sistemindeki nihai rolünü vurgulamakta ve kararlarının Yargıtay da dâhil olmak üzere diğer tüm mahkemeler tarafından izlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Hukuk sistemimizde bu derece bağlayıcı yetkiye sahip başka bir mahkeme yoktur. Anayasa’nın 153’üncü maddesi bu bağlayıcı niteliği, ister norm denetimiyle ister bireysel başvurularla ilgili olsun, Mahkeme’nin tüm kararları için geçerli olduğunu açıklığa kavuşturmaktadır. Ayrıca Anayasa, Anayasa Mahkemesi’nin bu iki görevine dair kararları arasında da ayırım yapmamaktadır. Dolayısı-

la Anayasa'mız yüksek yargı makamları arasında bir hiyerarşi tesis etmese de Anayasa'nın 153'üncü maddesi diğer yargı organları kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi kararlarına normatif üstünlük sağlamaktadır.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Anayasa Mahkemesi'nin beklenen usuli kısıtlamalara uymadığını ve geleneksel olarak diğer adli veya idari organlara ayrılmış alanlara müdahale ettiğini ima etmekte, Anayasa Mahkemesi'nin yetkisinin net ve katı bir sınırı olduğunu varsaymaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin, temel hakları korumak için daha geniş bir yetki çerçevesinde hareket etmesi gerekmektedir. Burada önemli olan husus yargısal kısıtlamalar ile anayasal hakların aktif olarak korunması arasındaki dengenin nasıl sağlanacağıdır.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin ilgili kararında ileri sürdüğü, Anayasa Mahkemesi'nin “aktivist bir tutum” sergilediği konusu tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararında, Mahkeme'nin yasama veya yürütmenin yetkilerine müdahalesi bulunmamaktadır. Aynı zamanda demokratik süreçlere zarar verebilecek veyahut demokratik süreçleri etkisiz kılan bir tutumu da görülmemektedir. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi'nin nasıl bir yargısal aktivizm içinde olduğu anlaşılamamaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararına dayanarak Anayasa Mahkemesi'nin eylemlerini “aktivist” olarak nitelendirmek, mahkemenin anayasal hakların korunmasındaki meşru rolünü itibarsızlaştırmaya neden olabilecektir.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin ilgili kararında Anayasa Mahkemesi kararlarının yetki ve etkisine ilişkin olarak önemli bir ihtilaf bulunmaktadır. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Anayasa Mahkemesi kararının geçerliliğine ve uygulanabilirliğine itiraz etmektedir. Karar, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin Anayasa Mahkemesi'nin kararını yasal olarak bağlayıcı veya geçerli olarak tanımadığını göstermektedir. Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay 3. Ceza Dairesi arasındaki gerilim sadece iki mahkeme arasındaki yorum ya da görüş farkından kaynaklı değildir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'dan aldığı yetkiye dayanarak kararlar vermekte, Yargıtay 3. Ceza

Dairesi ise hukuki dayanağı olmayan kararlar vererek Anayasa'yı ihlal etmektedir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin görüşünün kabul edilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin otoritesini zayıflatabilir ve kararlarının uygulanmasını etkileyerek temel hak ve özgürlüklerin korunmasını zedeleyebilir. Ayrıca bu durum, alt mahkemelerin veya diğer organların Anayasa Mahkemesi kararlarına uymayabileceklerine ilişkin bir emsal oluşturarak hukuki belirsizliğe yol açabilir. Nitekim, ilerleyen süreçteki gelişmeler bu ihtimali teyit eden mahiyette cereyan etmiştir.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin ilgili kararı Yargıtay'ın Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları üzerinde potansiyel bir gözetim veya denetim rolüne işaret etmekte, Anayasa Mahkemesi kararlarının kendi yetki alanına girip girmediğini belirleme yetkisine sahip olduğunu ileri sürmektedir. Bu, Yargıtay'ın, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını verirken yetkisi dâhilinde hareket edip etmediğini değerlendirebileceği anlamına gelmektedir. Sonuç olarak Yargıtay'ın kendisini Anayasa Mahkemesi'nin kararları üzerinde denetleyici bir role sahip olarak gördüğü anlaşılmaktadır.

Resmi bir anayasal denetim sürecine sahip ülkelerde Yargıtay gibi yüksek mahkemeler, Anayasa Mahkemesi kararlarını denetleyemez, Anayasa Mahkemesi kararlarını gözden geçiremez veya bozamaz. Çünkü Anayasa Mahkemeleri anayasal konularda nihai karar mercii olarak tasarlanmıştır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin rolü, anayasal konularda nihai hakem olmak ve anayasanın açık ve tutarlı bir şekilde yorumlanmasını sağlamaktır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi bir anayasal mesele hakkında karar verdiğinde, bu kararın nihai ve bağlayıcı olması gerekir. Bu, anayasal ilkelere tutarlı bir şekilde uygulanmasını sağlar. Kararlarının bir yüksek mahkeme tarafından denetime tabi olması, anayasal hükümlerin çelişkili yorumlanmasına yol açabilir ve anayasal içtihadın tutarlılığını zayıflatabilir.

### III. ŞERAFETTİN CAN ATALAY VAKASININ ÇOKYÖNLÜ ANAYASACILIK ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A) HUKUK NÖRLARININ GEÇERLİLİĞİ İÇİN ZEMİN OLUŞTURAN TEMEL YASAL OTORİTE (C1)

1982 Anayasası'nın 6'ncı maddesine göre Anayasa, egemenliğin nasıl kullanılacağını ana hatlarıyla belirleyen temel ilkeleri sunmakta ve yönetime yasal bir çerçeve sağlamaktadır. "Yetkili organlar"dan bahsedilmesi, demokratik bir çerçevede işleyen bir temsil sistemine ve hukukun üstünlüğünü vurgulayan kurumlara işaret etmektedir. 6'ncı maddenin son cümlesi, hiçbir kişi ya da kurumun, yetkisini Anayasa'dan almadığı sürece devlet gücünü kullanamayacağını ifade etmektedir. Buradan tüm devlet gücünün anayasadan kaynaklanması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Anayasa'nın bu hükmü, yetkiyi Anayasa'da tanımlananlarla sınırlandırarak, bireysel hakların korunmasına yardımcı olmakta ve gücün bireyler veya kurumlar tarafından keyfi veya kötüye kullanılmasını önlemeyi amaçlamaktadır. 1982 Anayasası'nın 11'inci maddesine göre "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*". Bu hükümden Anayasa'nın sadece yönetim için bir kılavuz olmadığı aynı zamanda başta yasama, yürütme ve yargı organları olmak üzere diğer tüm kamu kurum ve kuruluşları için hesap verebilirliği sağlayan bir dizi zorunlu kurallar olduğu sonucu çıkmaktadır. Söz konusu iki madde Anayasa'nın en yüksek yasal otorite ve yönetimin temeli olduğu fikrini güçlendirmektedir. Bu yönüyle yönetim için hem yasal bir çerçeve sunmakta hem de hesap verebilirliğini sağlayan zorunlu kurallar koymaktadır. Aynı zamanda 11'inci madde Anayasa'nın hukuk normlarının geçerliliğini sağlayan bir belge olduğuna da işaret etmektedir. Anayasa şikâyeti olarak da bilinen bireysel başvuru yolu ise 12 Eylül 2010 tarihli halkoylamasıyla onaylanan 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile hukukumıza girmiştir. Anayasa'nın 148'inci maddesinin 3'üncü

fıkrasına göre “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir*”. İlgili anayasa normu temel hak ve özgürlüklerin korunması hususunda anayasal bir vaat/taahhüt olarak değerlendirilebilir.

1982 Anayasası, yukarıda belirtildiği gibi, Türkiye’de hukuk normlarının geçerliliğini sağlayan temel metindir. Bireysel başvuru hakkı da 1982 Anayasası’nda güvence altına alınan haklardan biridir. Ancak 1982 Anayasası’ndan çıkarılacak idealler ve anayasal vaatler ile uygulamadaki gerçeklikler arasında uyumsuzluklar söz konusudur. Atalay’ın Anayasa Mahkemesi’ne yapmış olduğu bireysel başvurular, ilgilinin temel hak ve özgürlüklerin korunması hususundaki anayasal vaadi ciddiye aldığını göstermektedir. Hukuki bir perspektifle, ilgilinin başvuruları sonrasında Anayasa Mahkemesi’nin kararları doğrultusunda yargılamanın durması, ilgilinin tahliye edilmesi ve milletvekilliğine dönmesi gerekmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin kararına uyulmaması, anayasanın yazılı yönlerinde belirtilen ve taahhüt edilen ideallere ve vaatlere direnen pratiklerin varlığının göstergesidir. Örneğin iktidar bloğundaki partilerden Milliyetçi Hareket Partisi genel başkanı Devlet Bahçeli, partisinin TBMM grup toplantısında “*Mahkum Can Atalay’la ilgili kararın da Türkiye Büyük Millet Meclisinde derhal okunmasını istiyoruz*”<sup>[77]</sup> şeklinde açıklama yapmış, yaklaşık iki hafta sonra da Anayasa Mahkemesi’nin kararına rağmen –ki Anayasa Mahkemesi Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin kararının yok hükmünde olduğunu da belirtmiştir- TBMM’de Şerafettin Can Atalay’ın milletvekilliği düşürülmüştür. Milletvekilliğinin düşürülmesinden sonra Anayasa Mahkemesi “*milletvekilliğinin düşmesinin yok hükmünde olduğunu*” tespit etmiş, muhalefet partileri TBMM’yi olağanüstü toplantıya çağırması ve

[77] “MHP Genel Başkanı Bahçeli: Türkiye’nin güvenlik ve geleceği için huzur hattı kurulmalı”, *Anadolu Ajansı*, 16 Ocak 2024, (<https://www.aa.com.tr/tr/politika/mhp-genel-baskani-bahceli-turkiyenin-guvenlik-ve-gelecegi-icin-huzur-hatti-kurulmalı/3109941>) (E.T.: 18.9.2024).

yapılan toplantıda muhalefet partilerinin konuya ilişkin genel görüşme açılması talepleri iktidar bloğundaki partilerin oylarıyla kabul edilmemiştir. Sonrasında ise Devlet Bahçeli “*Cumhur İttifakı’nın kurucularından AK Parti, Milliyetçi Hareket Partisi olmadan da gereğini yapmış, takdire şayan bir duruşla haksızlığa, hukuksuzluğa ve eşkıyalığa müsaade etmemiştir.*”<sup>[78]</sup> şeklinde açıklama yapmıştır. Bu durum Baxi’nin teorisindeki anayasanın, yazılı anayasa metni ve yazılı olmayan pratikleri arasındaki çatışmanın belirgin örneklerinden biridir. Söz konusu olayda, anayasanın anlamını ve uygulamasını etkileyen Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin tutumu ve yorumu, yazılı olmayan pratiklerin yazılı anayasaya üstün gelmesinde büyük bir etki sağlamıştır.

Bu olay, 1982 Anayasası’nın sağladığı normatif çerçeve ile toplumsal gerçeklikler arasındaki kopukluk için de önemli bir örnek oluşturmaktadır. Örneğin 7-18 Şubat 2024 tarihlerinde Türkiye’deki 18-30 yaş arasındaki gençlerle (1864 kişiyle görüşme yapılmıştır) yüz yüze yapılan bir araştırmada “*TİP Milletvekili Can Atalay*’ın milletvekilliğinin düşürülmesi hakkında ne düşünüyorsunuz?” sorusuna gençlerin yüzde 52’si fikri ya da bilgisi olmadığı şeklinde cevap vermiştir. Yüzde 12’si kararı desteklediğini, yüzde 35’i bu kararın hukuksuz ve haksız olduğunu ifade etmiştir.<sup>[79]</sup> Yüzde 35 oranı hukukun üstünlüğü ve adalet konusundaki potansiyel endişelere işaret etmekle birlikte, yüzde 52 oranı ise gençlerin söz konusu olay hakkında bilgisiz veya kayıtsız olduğunu, bunun da siyasi sürece katılım veya farkındalık eksikliğini gösterdiğini ortaya koymaktadır.

Atalay vakasında; Anayasa’ya, ilgili mevzuata ve Anayasa Mahkemesi kararlarına rağmen Atalay’ın tutukluluğunun devam etmesi, milletvekil-

[78] “Bahçeli: Can Atalay konusu tamamıyla kapanmıştır”, *BBC News Türkçe*, 16 Ağustos 2024, (<https://www.bbc.com/turkce/articles/c93p4737rvo>) (E.T.: 18.09.2024)

[79] Gençlik Örgütleri Forumu, *Gençlerin Politik Tercihleri Araştırması*, Mart 2024. (<https://konda.com.tr/uploads/genclerin-politik-tercihleri-arastirmasi-2024-64df8822aead837953c985b7a856bc911a53b8524850b4725246f7b92b74b216.pdf>)

liğinin düşmesi, anayasanın yazılı olan ve olmayan yönlerinin çatışma ve gerilim içerisinde bir arada bulunma haline işaret etmektedir. Yasal metinler belirli haklar ve güvenceler sağlasa da siyasal ve toplumsal gerçeklerin ve yorumların bu hükümleri zayıflatabileceğini göstermektedir. Anayasal ilkelerin yalnızca mevzuatta yer almasını değil, aynı zamanda uygulamada da gerçekleştirilmesini sağlamak gerekmektedir.

## B) RESMÎ ANAYASA YORUMU (C2)

Demokratik toplumlarda anayasa hükümlerinin yorumlanması yetkisi başta bağımsız yargı organlarına, özellikle de anayasa mahkemelerine aittir. Anayasa mahkemeleri tarafından verilen kararların temel rolü, anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri açıklığa kavuşturmasıdır. Başka bir ifadeyle temel hak ve özgürlüklerin yorumlanması anayasa mahkemesi kararlarının temel işlevidir.<sup>[80]</sup> Anayasa mahkemeleri anayasal hükümleri yorumlama sorumluluğunu diğer makamlarla paylaşmaktadır. Anayasa Mahkemesi de kendisinin Anayasa'yı yorumlayabilecek tek organ olmadığını belirtmektedir.<sup>[81]</sup> Buradan çeşitli kurumların anayasanın yorumlanmasında rol alabileceği anlaşılmaktadır. Genel olarak Anayasa Mahkemesi'nin bu ifadesi, bir hukuk sistemi içerisinde anayasa yorumunun çok yönlü doğasına işaret etmektedir.

Atalay vakasında, yürütmenin anayasal hükümlere ilişkin yorumunu anlayabilmek için öncelikle yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanı

[80] Anayasa Mahkemesi'nin de bu yöndeki görüşü için bkz. Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 81.

[81] “Kuşkusuz Anayasa Mahkemesi Anayasa hükümlerini yorumlama konusunda yegâne makam değildir.” Bkz. Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 76. Ayrıca aynı paragrafta “Anayasa’da yer alan kuralların, temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvence ve ölçütlerin yorumlanması bakımından bütün anayasal organların yetkisi” bulunduğu da belirtilmiştir.

nı Recep Tayyip Erdoğan'ın<sup>[82]</sup> açıklamalarına bakmamız gerekmektedir. Cumhurbaşkanı iki yüksek mahkemenin karşı karşıya geldiği olayda Anayasa Mahkemesi'nin kararını eleştirip Yargıtay'ın yetkilerinin ve kararlarının önemini vurgulamıştır.<sup>[83]</sup> Anayasa Mahkemesi kararına karşı çıkan Yargıtay'ın da yüksek mahkeme statüsüne sahip olduğunu belirtmiştir.<sup>[84]</sup> Bu çerçevede Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin Anayasa Mahkemesi'ne yapmış olduğu “*hiyerarşik üstünlük*” eleştirisinde Yargıtay'dan yana tutum sergilemiştir. Bu açıklamalar, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa maddelerinin “*nihai yorum yetkisi*”nin Anayasa Mahkemesi'ne ait olduğu şeklindeki yorumu ve kararıyla birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesi'nin yorumunun yürütme organı tarafından benimsenmediğini göstermektedir. Başka bir ifadeyle yürütme organına göre anayasa maddelerinin yorumu açısından yüksek mahkemeler eşit konumdadır. Anayasa'nın 14'üncü maddesinin kapsamı konusunda da yürütme organı Yargıtay ile aynı düşüncededir. Adalet Bakanı Yılmaz Tunç TBMM 28. Dönem 2. Yasa-Yıl açılışı dolayısıyla düzenlenen resepsiyonda gazetecilerin sorularını yanıtlarken bu hususa dikkat çekmiştir: “*Mahkumiyet verilenlerden bir tanesiyle ilgili olarak, seçilmiş olması nedeniyle acaba 'Dokunulmazlık kapsamında mıdır' tartışması var. Bununla ilgili de Yargıtay gerekli kararı verdi.... Burada Yargıtay bu gerekçelerle dokunulmazlık kapsamında olmadığını, yargılamaya devam edeceğini belirtti ve sonuçta bir karar verdi. Kesin hüküm*

[82] Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan aynı zamanda TBMM'de en fazla milletvekilliğine sahip olan Adalet ve Kalkınma Partisi genel başkanıdır. Bu çerçevede parlamento üzerinde de önemli bir etkiye sahiptir.

[83] “Cumhurbaşkanı Erdoğan: Anayasa yapma yetkisi Yüce Meclis'imizindir ve bu yetkisini devredemez”, *Anadolu Ajansı*, 10 Kasım 2023. (<https://www.aa.com.tr/tr/gundem/cumhurbaskani-erdogan-anayasa-yapma-yetkisi-yuce-meclisimizindir-ve-bu-yetkisini-devredemez/3049275>) (E.T.: 23.09.2024).

[84] “Cumhurbaşkanı Erdoğan: Anayasa yapma yetkisi Yüce Meclis'imizindir ve bu yetkisini devredemez”, *Anadolu Ajansı*, 10 Kasım 2023. (<https://www.aa.com.tr/tr/gundem/cumhurbaskani-erdogan-anayasa-yapma-yetkisi-yuce-meclisimizindir-ve-bu-yetkisini-devredemez/3049275>) (E.T.: 23.09.2024)

*teşkil ediyor.*<sup>[85]</sup>

Atalay vakasında yasama organının anayasal hükümlere ilişkin yorumu için iktidar bloğundaki partilerin ve muhalefetteki partilerin açıklamalarına ve tutumlarına bakmak gerekmektedir. Adalet ve Kalkınma Partisi sözcüsü<sup>[86]</sup> Ömer Çelik, yüksek yargı organları arasında hiyerarşik bir ilişki olmadığını belirterek Yargıtay’dan yana tavır aldıklarını göstermektedir.<sup>[87]</sup> Ayrıca her iki yüksek mahkemenin de anayasanın ilgili hükümleri (153’üncü ve 154’üncü maddeler) doğrultusunda hareket ettiklerini ve bu çelişkinin (Anayasada birbirine muhalif hükümlerin olması) ancak yeni bir anayasa yapılmasıyla çözülebileceğini ifade etmektedir. Milliyetçi Hareket Partisi Genel Başkan Yardımcılarından Feti Yıldız da Anayasa Mahkemesi’nin kararlarının doğru olmadığını belirtmekte ve Anayasa Mahkemesi kararları kadar Yargıtay’ın kararlarının da bağlayıcı olduğunu ifade etmektedir.<sup>[88]</sup> Muhalefette olan partilerin genel başkanları, parti söz-

[85] “Adalet Bakanı’ndan Can Atalay açıklaması: Hükümün Genel Kurul’da okunmasıyla milletvekilliği düşüyor”, *Gazete Duvar*, 01 Ekim 2023. (<https://www.gazeteduvar.com.tr/adalet-bakanindan-can-atalay-aciklamasi-hukmun-genel-kurulda-okunmasiyla-milletvekilligi-dusuyor-haber-1640354>) (E.T.: 23.09.2024)

[86] (<https://www.akparti.org.tr/ak-kadro/baskanliklar/parti-sozcusu/>) (E.T.: 23.09.2024)

[87] “AK Parti Sözcüsü Çelik: Yeni Anayasa yapılmadığı sürece devlet organları arasında çelişkilerin ortaya çıkması mukadderdir”, *Anadolu Ajansı*, 05 Ocak 2024. (<https://www.aa.com.tr/tr/gundem/ak-parti-sozcusu-celikyeni-anayasa-yapilmadigi-surece-devlet-organlari-arasinda-celiskilerin-ortaya-cikmasi-mukadderdir/3100714>) (E.T.: 23.09.2024). Burada bahsedilmesi gereken hususlardan bir diğeri ise Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin Anayasa Mahkemesi kararına uyulmaması yönündeki kararı sonrası bazı Adalet ve Kalkınma Partisi milletvekillerinin ilk etapta Anayasa Mahkemesi’ne destek açıklamalarında bulunmuş olmalarıdır. Ancak aynı zamanda Adalet ve Kalkınma Partisi genel başkanı da olan Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın açıklamaları sonrasında bu çerçevedeki beyanlar son bulmuştur. Bu husus da Cumhurbaşkanının partisi aracılığıyla parlamento üzerindeki etkisine örnektir.

[88] “MHP’li Yıldız, AYM’nin Can Atalay kararını değerlendirdi: Hukuken bir çözüm bulunması lazım”, *Gazete Oksijen*, 21 Aralık 2023. (<https://gazeteoksijen.com.tr/mhp-li-yildiz-aym-nin-can-atalay-kararini-degerlendirdi-hukuken-bir-cozum-bulunmasi-lazim>)

cüleri ve diğer yetkili organlarının açıklamaları ise genel olarak Yargıtay'ın anayasayı ihlal ettiği, Anayasa Mahkemesi'nin kararına uyulması gerektiği yönündedir.<sup>[89]</sup> Atalay'ın milletvekilliğinin düşürülmesinden sonra muhalefet partilerinin TBMM'yi olağanüstü toplantıya çağırmış olması da bunun bir kanıtıdır. Ancak parlamentodaki çoğunluk Atalay vakasında Yargıtay'dan yana tavır sergilemiştir.

Yüksek yargı organları arasında meydana gelen bu ihtilaf, Anayasa'nın 14'üncü maddesi üzerinde cereyan eden ama esasında anayasa hükümlerinin nasıl yorumlanacağı ve nihai yorumun nasıl olacağı hususundaki tartışmalardan ortaya çıkmaktadır. Anayasa hükümlerinin farklı anayasal organlar tarafından, farklı yöntemlerle yorumlanması nedeniyle farklı sonuçlar ortaya çıkması muhakkaktır. Farklı sonuçlar arasında çelişki ve çatışma olma ihtimali de oldukça yüksektir. Ancak hukukun üstünlüğünün sağlanması ve bireylerin haklarının eşit bir biçimde korunması için anayasa

---

com/turkiye/mhpli-yildiz-aymnin-can-atalay-kararini-degerlendirdi-hukuk-en-bir-cozum-bulunmasi-lazim-197802 ) (E.T.: 23.09.2024)

[89] Örneğin:

Cumhuriyet Halk Partisi Genel Başkanı Özgür Özel, Anayasa'nın Yargıtay tarafından yok sayıldığını belirtmiştir. "Özgür Özel: Anayasa'nın bir hükmü Yargıtay tarafından yok sayıldı", *NTV*, 16 Kasım 2023. (<https://www.ntv.com.tr/turkiye/ozgur-ozel-anayasanin-bir-hukmu-yargitay-tarafindan-yok-sayildi,UHKsKICXB0G7iMVhsLmeqA>) (E.T.: 23.09.2024).

Halkların Eşitlik ve Demokrasi Partisi Sözcüsü Ayşegül Doğan, Anayasa Mahkemesi kararının tanınmamasının Anayasa'nın tanınmaması anlamına geldiğini ifade etmiş ve Yargıtay'ın bu tutumunu yargı skandalı olarak nitelendirmiştir. "Doğan: Yargıtay'ın verdiği kararın hukuk en hiçbir değeri yoktur, bu bir yargı skandalıdır", *Dem Parti*, 3 Ocak 2024. (<https://www.demparti.org.tr/tr/dogan-yargitay-in-verdigi-kararin-hukuk-en-hicbir-degeri-yoktur-bu-bir-yargi-skandalidir/17720/>) (E.T.: 23.09.2024).

Demokrasi ve Atılım Partisi Genel Başkan Yardımcısı Mehmet Emin Ekmen de Anayasa kararına uyulması gerektiğini açıklamıştır. "DEVA Partili Ekmen: 'Anayasa Mahkemesinin kararının uygulanmaması anarşizm doğurur' ", *DEVA*, 2 Ocak 2024. (<https://devapartisi.org/parti/e-arsiv/deva-partili-ekmen-anayasa-mahkemesinin-kararnn-uygulanmamas-anarsizm-dogurur>) (E.T.: 23.09.2024).

hükümlerinin tutarlı ve benzer bir şekilde uygulanması gerekir. “Anayasa hükümlerinin tutarlı ve benzer bir şekilde uygulanmasını kim sağlayacaktır?” sorusuna Anayasa Mahkemesi şöyle yanıt vermiştir: “*Anayasa hükümlerinin yeknesak bir biçimde uygulanmasını ve yorumlanmasını sağlama görevi de Anayasa Mahkemesine verilmiştir.*”<sup>[90]</sup> Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, hukuk sisteminde karışıklığa veya adaletsizliğe yol açabilecek farklı yorumların önlenmesinde çok önemli bir rol üstlenmiş olmaktadır. Böylelikle daha öngörülebilir bir yasal ortam sağlanacaktır. Mahkemenin yorumları alt mahkemeler için emsal teşkil ederek yasal uygulamalarda yeknesaklığı daha da artıracaktır. Diğer anayasal organların –yasama, yürütme ve diğer yargı organlarının- anayasayı yorumlama yetkisi bulunmakla birlikte Anayasa Mahkemesi Anayasa maddelerinin “*nihai yorum yetkisi*”nin Anayasa Mahkemesi’ne ait olduğunu belirtmektedir.<sup>[91]</sup> Başka bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi, Anayasa maddelerinin yorumlanmasında nihai mercidir. Buradan herkesin mahkemenin yorumlarına uymak zorunda olduğu sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla da Mahkeme’nin yorumları bağlayıcıdır ve başka hiçbir kurum anayasal konulara ilişkin kararlarını geçersiz kılamamalıdır.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi ise Anayasa Mahkemesi’nin “nihai yorum” hakkındaki açıklamalarına katılmamakta<sup>[92]</sup> ve gerekli görülmesi halinde Anayasa Mahkemesi kararlarına uyulmaması gerektiğini belirtmekte ve Anayasa Mahkemesi’nin anılan ihlal kararının hukuki değerden yoksun olup olmadığı yönünden değerlendirme yapma konusunda da Yargıtay’ın

[90] Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 73.

[91] Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 17.09.2020 Tarih ve 2018/30030 Başvuru Numaralı *Kadri Enis Berberoğlu* (2) Kararı, para. 71. (Diğer dipnotlarda “*Kadri Enis Berberoğlu* (2) Kararı” şeklinde zikredilecektir.)

[92] Yargıtay’ın bu konuda haklı olduğunu belirten görüş için bkz. Fendoğlu, *op. cit.*, s.41. Hasan Tahsin Gökcan ise mahkemelerin kanunu yorumlarken Anayasa Mahkemesi yorumlarını izlemekle yükümlü olduğunu belirtmekte, bu yükümlülüğün kaynağı olarak da başta Anayasa’nın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerini saymaktadır. Bkz. Gökcan, *op. cit.*, s.32.

yetkili ve görevli olduğunu ileri sürmektedir.<sup>[93]</sup> Yargıtay 3. Ceza Dairesi konu hakkında ciddiyetini, “*hak ihlalinin kabulü yönünde oy kullanan ilgili Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında ... suç duyurusunda bulunulması*”<sup>[94]</sup> yönündeki açıklamasıyla ortaya koymaktadır. Ayrıca Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Anayasa Mahkemesi’nin “*kendisini sınırlama eğilimi içinde olmaması halinde*” Anayasa Mahkemesi’ne “*Yargıtay tarafından görev ve yetki sınırları hatırlatılacak ve hatırlatılmaya devam edecektir*” demek suretiyle meydan okumaktadır.<sup>[95]</sup>

Atalay vakası, anayasa normlarının yorumlanması ve mahkeme kararlarının uygulanması konusunda mevcut ve gelecekte de olası bir çatışmaya işaret etmektedir. İki mahkeme arasındaki güç ve yetki dengesine ilişkin önemli sorunları gündeme getirmekte ve potansiyel olarak yargısal roller

[93] Ayşegül Kars Kaynar, Atalay’ın suçunun tespit edilmesi, cezasının belirlenmesi ve milletvekilliği dokunulmazlığının kaldırılması sürecinde, çeşitli yargı organlarının (İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Yargıtay 3. ve 4. Ceza Daireleri) ortak bir görüş içinde hareket ettiğini belirtmektedir. Bu kurumların anayasa hükümlerini benzer şekilde yorumladıklarını ve uyguladıklarını vurgulamaktadır. Yargıtay’ın “*kendi anayasa yorumunu dayatırken*” buradan güç aldığını ifade etmektedir. Yargıtay’ın, “*anayasal hak ve özgürlüklerden faydalanılmasını siyasi bir kriter olan dost-düşman ayırımına dayandırılmasını*” önerdiğini dile getirmektedir. Ayşegül Kars Kaynar, “Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi’nin AYM’nin Can Atalay Hükmünü Uygulamama Kararının Schmittyen Tahlili: Anayasa Nasıl Korunur?”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, 2024, s.375.

[94] 2023/144 D. İş sayılı Karar. Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin, Anayasa Mahkemesi üyelerine karşı suç duyurusunda bulunmasının hukuk sistemimizde çeşitli sorunlara yol açtığına yönelik bir çalışma için bkz. Burak Taş, “Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin 2023/12611 Esas, 2023/Değişik İş Karar Sayılı ve 8.11.2023 Tarihli Kararının Anayasa Mahkemesi Üyeleri Hakkında Suç Duyurusunda Bulunulması Noktasında İncelenmesi”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2024, s.150-171. Burak Taş, Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunulmasının, benzer olaylarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvururken iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğinin ortadan kalkmasına yol açabileceğini belirtmektedir. Taş, *op. cit.*, s.165.

[95] 2024/1 D. İş sayılı Karar.

ve bağımsızlık konusunda çatışmalara yol açılacağını göstermektedir. Atalay vakası özetle, anayasa yorumunun çok yönlü doğasını açığa çıkaran, zaman zaman çatışma, çoğunlukla da birbirleriyle rekabet içinde olan resmi yorumlar arasındaki yarışa dikkat çeken önemli bir örnektir. Atalay davasındaki farklı yorumlar, anayasa yorumunun karmaşık dinamiklerini de göstermektedir.

### C) İDEOLOJİK ÇEKİRDEK (C3)

Türkiye’de anayasal çerçeve ve ilkelerin gelişimi, ülkenin modernleşmeye yönelik daha geniş kapsamlı çabalarıyla iç içedir. Bu anlamda “*Türk anayasacılığı modernleşme sürecinin bir parçası*”<sup>[96]</sup> konumundadır. Modernleşme çabaları sırasında devletin otoritesini ve gücünü pekiştirme, Osmanlı-Türk modernleşmesinin belirgin özelliklerinden biridir. Modernleşme çabaları büyük ölçüde merkezi otorite tarafından yönlendirilmiş ve reformlar, tabandan gelen hareketlerden ziyade seçkinler tarafından gerçekleştirilmiştir. Türk anayasacılık hareketlerinde de tepeden inme, seçkin ve devletçi yaklaşım etkili olmuştur.<sup>[97]</sup> 1982 Anayasası’nın yapılmasında da otorite, düzen ve istikrar fikirleri önemli rol oynamıştır.<sup>[98]</sup> Özgürlük ve otorite dengesinde otoriteye ağırlık verilmiştir.<sup>[99]</sup> 1982 Anayasası’nın bu konuda

[96] Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2008, s.117

[97] Fazıl Hüsnü Erdem, “Türkiye’de Anayasa Sorunu ve Anayasal Arayışların Patolojisi Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, in Fazıl Hüsnü Erdem (Ed.), *1982 Anayasasının Analizi*, Ankara, Orion, 1. Baskı, 2012, s.27-28. Merkezîyetçi, seçkin ve otoriter yapısı Osmanlı anayasacılığının temel nedenleri olarak belirtilmektedir. Bkz. Arslan, *op. cit.*, s.128-130.

[98] Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Orion, 7. Baskı, 2011, s.173. Bülent Tanör 1982 Anayasası’nın oluşturulma biçimiyle beraber içeriğinin de otoriter olduğunu ifade etmiştir. Bülent Tanör, *İki Anayasa 1961-1982*, İstanbul, On İki Levha, 5. Baskı, 2013, s.139.

[99] Fazıl Hüsnü Erdem, “1982 Anayasasının Serüveni”, in Fazıl Hüsnü Erdem (Ed.), *1982 Anayasasının Analizi*, Ankara, Orion, 1. Baskı, 2012, s.168.

yaklaşımı sınırlı özgürlük ve güçlü devlet şeklindedir. Başka bir ifadeyle 1982 Anayasası devleti bireye karşı koruma güdüsüyle hareket etmektedir.<sup>[100]</sup> Devlet odaklı siyaset ve toplum anlayışı 1982 Anayasası'nın felsefi ve ideolojik unsurlarının başında yer almaktadır.<sup>[101]</sup> Bu da anayasanın, genellikle temel haklar ve özgürlükler pahasına, devletin ihtiyaç ve hedeflerine odaklandığı anlamına gelmektedir.

Devlet düzeninin temelini oluşturan bir diğer unsur ise Atatürkçülük olarak adlandırılan devletin resmi ideolojisi.<sup>[102]</sup> Başka bir ifadeyle Atatürkçülük, Türkiye Cumhuriyeti'nin resmi ideolojisi olarak devletin kuruluş felsefesini ve politikalarını yönlendiren bir anlayış olarak karşımıza çıkmaktadır. Özetle devletçi, milliyetçi ve otoriter yaklaşım Türk anayasacılığını, özellikle de bireysel özgürlükler yerine devlet gücünü vurgulayan 1982 Anayasası'nı şekillendirmiştir. Milliyetçi ve otoriter yaklaşımından ötürü 1982 Anayasası'nın meydana getirdiği düzen “güvenlikçi anayasacılık” olarak da adlandırmıştır.<sup>[103]</sup>

1982 Anayasası'nın temelini oluşturan ve anayasayı destekleyen ideolojik çerçeve Anayasa'nın Başlangıç hükümlerinde hemen hemen hiç değişmeyerek yer almaya devam etmektedir. “*Hiçbir faaliyetin, Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının,*

[100] Fazıl Hüsni Erdem, “Hukuk Devleti ve 1982 Anayasası”, in Fazıl Hüsni Erdem (Ed.), *1982 Anayasasının Analizi*, Ankara, Orion, 1. Baskı, 2012, s.84.

[101] Erdoğan, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, op. cit., s.153. 1982 Anayasası'nın felsefi ve ideolojik unsurları olarak Mustafa Erdoğan şunları saymıştır: 1- Siyasi devletçilik, 2- İdeolojik devlet (Resmi ideoloji), 3- Dayanışmacı milliyetçilik ve korporatizm. Erdoğan, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, op. cit., s.153-155. Bülent Tanör 1982 Anayasası'nın “kutsal devlet”e tabi toplum düzeni arzuladığını ifade etmekte ve bu yaklaşımı da “anayasanın görünmeyen katılığı” olarak adlandırmaktadır. Tanör, op. cit., s.154.

[102] Erdoğan, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, op. cit., s.154.

[103] Jean Marcou, “Anayasacılık ve Türkiye’de Anayasal Hareketler”, Çev. Gülden Kurt, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2012, s.15.

*Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı*". Bülent Tanör bu hükmün değiştirilemez kurallar seviyesinde olduğunu belirtmektedir. Ancak değiştirilemez maddelerden farkı, onların aksine sadece devlet organlarına değil tüm toplumsal kesimlere yönelik bir direktif olmasıdır.<sup>[104]</sup>

Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Anayasa'nın "Yasama Dokunulmazlığı" başlıklı 83'üncü maddesinde, Anayasa'nın "Temel Hak Ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılamaması" başlıklı 14'üncü maddesine yapmış olduğu atfı özellikle terörle bağlantılı suçlar kapsamında ele almaktadır. Bu bağlamda 14'üncü maddedeki "*Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozma*" ifadesi Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin yorumunda belirleyici olmaktadır. Bu çerçevede hangi suçların Anayasa'nın 14'üncü maddesi kapsamına gireceğini belirlemeye çalışmaktadır. Bunun için Terörle Mücadele Kanunu'na ve Türk Ceza Kanunu'na başvurmakta, sonuç olarak da Türk Ceza Kanunu'nda yer alan bazı suçların<sup>[105]</sup> Anayasa'nın 14'üncü maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermektedir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi bu kararını gerekçelendirirken bazı kişilerin Türkiye'de iktidar mevkilerine seçilmelerine izin verilmesinin olası sonuçlarına ilişkin güçlü bir endişe dile getirmekte, özel önlemler alınmadığı takdirde, Tür-

[104] Tanör, *op. cit.*, s.155.

[105] Türk Ceza Kanunu'nun 302'nci, 307'nci, 309'uncu, 311'inci, 312'nci, 313'üncü, 314'üncü, 315'inci, 320'nci ve 310/1'inci maddelerinde yazılı suçlar. Yargıtay 3. Ceza Daire'sinin bu görüşüyle aynı doğrultuda olan bakış açısı için bkz. Fendoğlu, *op. cit.*, s.38. Ancak Adem Sözüer'e göre "Anayasanın 14'üncü maddesindeki durumlar" bir ceza davasında gündeme getirilmeye ve ceza davalarına uygulanan olağan hukuk ölçütleriyle yorumlanmaya uygun değildir. Aynı zamanda belirsiz olan bu ifade, dokunulmazlık istisnası suçları belirleyen bir düzenleme de değildir. Adem Sözüer, "Yasama Dokunulmazlığının İstisnasını Oluşturan Suçların Belirlenmesi Bağlamında Anayasa Mahkemesince Verilen İhlal Kararlarının Yerine Getirilmemesi Sorunu", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2023, s.297-298.

kiye Cumhuriyeti'nin bütünlüğünü ve ulusal birliğini tehdit eden terörsel faaliyetlerle bağlantısı olan kişilerin seçilmesine yol açabileceği uyarısında bulunmaktadır.<sup>[106]</sup> Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün” korunmasına vurgu yaparak *istikrar* ve *güvenliğe* olan bağlılığını ortaya koymaktadır. Ayrıca *ulusal güvenliğe* yönelik potansiyel tehditler konusuna dikkat çekmektedir. Yargıtay bu yaklaşımıyla özgürlük ve güvenlik dengesinde güvenliğe ağırlık vermekte, bireysel özgürlükler yerine devletin bekasını öncelemektedir.

Anayasa Mahkemesi ise Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin bu devletçi ve güvenlikçi yaklaşımının aksine Anayasa'nın 14'üncü maddesinin kapsamının terörle ilintili hususlardan daha geniş olduğunu ifade etmektedir. Anayasa'nın 14'üncü maddesinin hangi suçların yasama dokunulmazlığı kapsamı dışında kaldığını açıklığa kavuşturmak için düzenlenmediğini, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bazı genel ilkeleri belirlemek üzere getirildiği belirtmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 14'üncü maddesinin ikinci fıkrasının anayasal hükümlerinin yorumlanmasına yönelik bir yorum kuralı olduğunu dile getirmektedir. Bu kuralın Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri zayıflatmak veya aşırı derecede kısıtlayacak şekilde yorumlanmasını engelleyen bir kural koyduğunu ifade etmektedir. Bu çerçevede söz konusu kural devlete karşı da koruma sağlamaktadır.<sup>[107]</sup> Anayasa'nın 14'üncü maddesi, Anayasa Mahkemesi'ne göre “*ancak demokrasinin korunması bağlamında ve hak eksenli yorumlandıkları takdirde işlevlerini tam*

[106] “*Aksi halde, Türkiye Cumhuriyeti'nin devleti ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne kasteden, pek çok kanlı terör eylemi ile irtibatlandırılan ve haklarında yukarıda sayılan mutlak terör suçlarından soruşturma veya kovuşturma bulunup yakalanması mümkün olmayan ve kırmızı bültenle aranan şahısların milletvekili seçilmesinin ve yemin ederek göreve başlamalarının önü açıktır ki bu durumun hukuken isabetli olduğunu savunmak mümkün değildir.*” 2023/112 D. İş sayılı Karar. Hasan Tahsin Fendoğlu güvenlik ve özgürlük arasında denge sağlanmasının önemi belirtmekle birlikte, güvenliği ön planda tutmanın özgürlükten ödün vermek anlamına gelmediği savunmaktadır. Fendoğlu, *op. cit.*, s.44.

[107] Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 65, 67, 69.

*olarak yerine getirebilir*”.<sup>[108]</sup> Bu konuda Anayasa Mahkemesi, bireysel haklar yerine güvenliğe öncelik veren devlet odaklı yaklaşıma meydan okumaktadır. Odak noktası, temel hak ve özgürlüklerin devletin eylemleri veya yasaların yorumlanmasıyla zayıflatılmamasını sağlamaktır. Açıktır ki Anayasa Mahkemesi’nin bu söylemi ve tutumu 1982 Anayasası’nın temelini oluşturan ideolojik çerçeveye uymamaktadır.

#### D) RESMÎ OLMAYAN YORUMLAR (C4)

Birçok akademisyen ve hukukçu yaptıkları açıklamalarla Atalay vakası hakkında hem toplumsal algının oluşmasında bakış açıları ve eleştiriler sunmakta hem de resmi anayasa yorumunu (“C2”) etkilemeye çalışmaktadır. Görüşlerinin ortak noktaları, hukukun üstünlüğü, anayasanın bağlayıcılığı ve yargı bağımsızlığı konularında güçlü bir kaygı taşımalarıdır. Genel olarak bu kaygıları şöyle özetleyebiliriz: Anayasa Mahkemesi’nin anayasa hükümlerinin nihai yorumcu rolünün Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nce göz ardı edilmesi, hukukun üstünlüğüne zarar verecektir. Yargı organları arasındaki ilişkilerdeki dengesizlik ve bu organlara yapılan siyasi müdahaleler, yargı bağımsızlığını tehdit etmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarının dikkate alınmaması, hukukun temeli olan yasalara ve anayasaya saygısızlık olup, bu durum, yargı sisteminin bütünlüğüne zarar vermektedir. Anayasa Mahkemesi’ni etkisiz hale getirme çabaları, demokratik denetim mekanizmalarının aşınmasına yol açabilecektir. Sonuç olarak birçok hukukçu ve akademisyen, yargı bağımsızlığını ve anayasa hukuku ilkelerini korumak için ortak bir kaygı hissetmekte, analiz ve eleştirileriyle resmi anayasa yorumunu etkilemeye çalışmaktadır.

Akademisyenlerin ve hukukçuların katkılarına ek olarak, barolar da hukukun üstünlüğü ve insan haklarının savunulmasında hayati bir rol oynamakta ve Anayasa Mahkemesi’nin otoritesinin korunmasının önemi-

[108] Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 92

ni daha da vurgulamaktadır. Baroların yasal olarak amaçlarından biri de *hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak*<sup>[109]</sup> şeklinde ifade edilmektedir. Bu ifade demokratik bir hukuk devletinde baroların toplumsal adaletin sağlanması hususunda kritik role sahip olduğunu ve hukuk sisteminin sağlıklı işlemlerini sağlama gayesi güttüğünü göstermektedir. Bu çerçevede birçok baro Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına uyulması çağrısında bulunmuş, yargı organlarını hukuk devleti ilkesine bağlı olmaya davet etmiş ve anayasaya aykırılığın giderilmesini talep etmiştir.<sup>[110]</sup> Bununla birlikte baroların katılımıyla oluşan Türkiye Barolar Birliği de çeşitli basın açıklamaları ve raporlarla resmi anayasa yorumunu etkilemeye çalışmıştır.<sup>[111]</sup> Bunlarla birlikte insan haklarını korumak, savunmak ve geliştirmek amacıyla faaliyet gösteren birçok sivil toplum kuruluşu da benzer açıklamalarda bulunmuşlardır.<sup>[112]</sup>

Sonuç olarak, Atalay vakasında hukukçuların, akademisyenlerin, insan hakları ve toplumsal konulara odaklanan hareketlerin aktif katılımı, hukukun üstünlüğü ve yargı bağımsızlığı ilkelerini desteklemeye yönelik derin bir bağlılığı yansıtmaktadır. Bunlar Anayasa Mahkemesi kararlarının önemini vurgulayarak ve hukuk normlarına bağlılığı teşvik ederek sadece bireysel hakları korumakla kalmamakta, aynı zamanda bir bütün olarak yargı sisteminin bütünlüğüne de katkıda bulunmaya çalışmaktadır. Atalay vakası ve bunun hukukun üstünlüğü üzerindeki etkilerine ilişkin toplumsal anlayışı şekillendirmeyi amaçlamaktadır. Nihayetinde, bu çabalar de-

[109] 19.03.1969 Tarih ve 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu madde 76/1.

[110] Örneğin İstanbul Barosu (<https://istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=18515&Desc=Anayasa-Mahkemesi-Karar%C4%B1-Derhal-Uygulanmal%C4%B1-Av.-Can-Atalay-Serbest-B%C4%B1rak%C4%B1lmal%C4%B1d%C4%B1r>) Ankara Barosu (<https://www.ankarabarusu.org.tr/duyuru/e5762b51-ab8c-11ee-83ee-000c29c9dfce>).

[111] Rapor/görüş örneği için bkz. Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, *op. cit.*

[112] Örneğin İnsan Hakları Derneği (<https://www.ihd.org.tr/hukuka-darbe/>)

mokratik değerlerin güçlendirilmesi ve zorluklar karşısında adaletin üstün gelmesinin sağlanması açısından hayati önem taşımaktadır.

### **E) İŞ/FİNANS DÜNYASINDAN ANAYASA YORUMUNA İTİ- RAZLAR (C5)**

TÜSİAD Onursal Başkanı Tuncay Özilhan doğrudan doğruya Şerafetin Can Atalay hususunda bir açıklama yapmamakla birlikte, hukuk sistemine olan güveni zedeleyebilecek eylemlere karşı uyarıda bulunmakta ve hukukun üstünlüğünün önemine dikkat çekmektedir.<sup>[113]</sup> Ancak söz konusu açıklama sağlam bir piyasa ekonomisinin işleyişine yönelik yapılmıştır. Yabancı yatırımları çekmek için istikrarlı yasal ortamların önemini vurgulamıştır. TÜSİAD Yönetim Kurulu Başkanı Orhan Turan ise doğrudan doğruya Can Atalay hakkında sorulan soruya mahkeme kararlarında çelişki olmaması ve kararların herkes için bağlayıcı olması gerektiği yönünde yanıt vermiştir.<sup>[114]</sup>

Tuncay Özilhan ve Orhan Turan'ın açıklamaları, iş dünyasında hakim konumda bulunan kişilerin yasal ortamda meydana gelen değişikliklere nasıl tepki verebileceklerini anlamak adına iyi bir örnektir. Özilhan'ın hukuk sistemine güvene odaklanması ve Turan'ın tutarlılık ve bağlayıcı mahkeme kararlarına vurgu yapması, kendi stratejik konumlarını güçlendirmeye hizmet eder: Hukuki çerçevede öngörülebilirlik ve adalet, ekonomik büyüme için elzemdir. Ancak burada üzerinde durulması gereken bir konu daha bulunmaktadır. Özilhan ve Turan dışında iş dünyasından, finans camiasından vb. hakim konumdaki kişilerden benzer

[113] Tuncay Özilhan'ın açıklamaları için bkz. (<https://www.tusiad.org/tr/konusma-metinleri/item/11422-tuncay-ozilhan-yuksek-i-stisare-konseyi-toplantisi-konusmasi>) (E.T. 01.10.2024).

[114] Orhan Turan'ın açıklamaları için bkz. (<https://tusiad.org/tr/basin-bultenleri/item/11442-tusi-ad-yonetim-kurulu-baskani-orhan-turan-in-cumhuriyet-gazetesi-soylesisi>) (E.T. 01.10.2024).

açıklamalara rastlanmamış olmasıdır. Bu husus, Anayasa hükümlerinin nasıl yorumlanacağı ve nihai yorumun ne olacağı noktasında yoğunlaşan tartışmaların, iş ve finans dünyası elitlerinin ve piyasa dinamiklerini etkileyecek olanların gündemlerinde pek de önemli bir yere sahip olmadığı- nın göstergesidir. Dolayısıyla bu kesimlerin Atalay vakası üzerinden resmi anayasa yorumunun şekillenmesinde pek bir etkileri -en azından görünür- de- bulunmamaktadır.

## F) AKTİVİST YAKLAŞIMLAR (C6) VE AKTİVİST YARGIÇLAR (C7)

Atalay vakasında da görüldüğü üzere -Resmi Olmayan Yorumlar “(C4)” başlığında bahsedilen- birçok hukukçunun, akademisyenin, insan hakları ve toplumsal konulara odaklanan hareketlerin yaklaşımı geleneksel hukuki anlayışların ötesine geçen bakış açılarını yansıtmaktadır. Söz konusu bakış açıları, hakların geleneksel olarak hukuk sistemleri tarafından tanınanların ötesine geçen daha kapsayıcı bir yorumuna yöneliktir. Haklar ve yasalar yorumlanırken daha geniş bir toplumsal bağlam dikkate alınmalıdır. Bu, hakların korunması ve geliştirilmesi konusunda oldukça önemli bir husustur.

Bu yaklaşımların resmi anayasa yorumunu etkili bir biçimde şekillendirebilmesi için bu yaklaşımları benimsemeye veya desteklemeye istekli yargıçların olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin neredeyse bireysel başvurular hakkında karar vermeye başlamasından itibaren<sup>[115]</sup>, Anayasa’nın 83’üncü maddesindeki 14’üncü maddesine yapmış olduğu atfın “özgürlük lehine” yorum çabaları Anayasa Mahkemesi’nin tutumunu açıklar mahiyettedir. Anayasa Mahkemesi sonraki kararlarında “*hakeksenli yaklaşım*” olarak adlandırdığı yaklaşımın Anayasa yargısına hâkim

[115] Örneğin; Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümü, 04.12.2013 Tarih ve 2012/849 Başvuru Numaralı *Mehmet Haberal* Kararı, para. 99.

olması gereken bir yaklaşım olduğunu ifade etmektedir.<sup>[116]</sup> Bu yaklaşımın yasama dokunulmazlıklarına ilişkin anayasal kuralların yorumlanması için de geçerli olduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi, siyasi faaliyet-te bulunma hakkının da siyasi haklardan biri olduğunu ve demokrasinin uygulanmasıyla doğrudan bağlantılı olduğunu vurguladıktan sonra<sup>[117]</sup>, hak eksenli yaklaşımı “*demokrasinin korunması bağlamında*” ele aldığını göstermeye çalışmaktadır.<sup>[118]</sup> Anayasa’nın 14’üncü maddesini temel hak ve özgürlükleri zayıflatmadan Anayasa’nın yorumlanmasına yarayan bir kural olarak değerlendirmesi ve bunun devlete karşı da koruma sağladığını belirtmesi<sup>[119]</sup>, “hak eksenli yaklaşım” için Türkiye’deki geleneksel hukuki anlayışın ötesine geçen bakış açısını yansıtmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımıyla, hakların sadece korunmasını değil, aynı zamanda geliştirilmesini sağlamaya yönelik bir tutum sergilemektedir. Ancak bu yaklaşımı ve tutumu “yargısal aktivizm” olarak eleştirilebilmektedir.

## G) ATALAY VAKASINDA BOYUTLAR (C’LER<sup>[120]</sup>) ARASI ETKİ-LEŞİM

1982 Anayasası, yani *hukuk normlarının geçerliliği için zemin oluşturan*

[116] Kadri Enis Berberoğlu (2) Kararı, para. 91. “*Temel haklar odaklı*” yorumun anayasal bir yükümlülük olduğu belirtilmiştir. Bkz. Gökcan, *op. cit.*, s.50.

[117] Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı, para. 57.

[118] Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı, para. 133. Bu ifade “yargısal aktivizm” eleştirilerine bir yanıt olarak da değerlendirilebilir.

[119] Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı, para. 100.

[120] Önceki bölümlerde bahsedilen ve Baxi’nin “C” olarak belirttiği/kısalttığı boyutlar şunlardır:

- “C1” hukuk normlarının geçerliliği için zemin oluşturan temel yasal otorite,
- “C2” resmi anayasa yorumu,
- “C3” ideolojik çekirdek,
- “C4” resmi olmayan yorumlar,

temel yasal otorite (C1), kendi içerisinde çelişkiler barındırmaktadır. Bir yandan idealler ve taahhütler<sup>[121]</sup>, bireyler için temel hak ve özgürlükler barındırmakta bir yandan devletçi ve milliyetçi bir yaklaşımla<sup>[122]</sup> *ideolojik çekirdek* (C3) için anayasal koruma ve geçerlilik sağlamaktadır. Bu farklılık, bireysel hakları önceliklendiren veya devlet güvenliğini koruyan yargısal yorumlar için yasal bir temel sağlayarak, *resmi anayasa yorumunu* (C2'yi) etkilemektedir. Aynı zamanda 1982 Anayasası (C1), *ideolojik çekirdekte* (C3'te) yer alan ilkelerin *resmi anayasa yorumunda* (C2'de) öncelik kazanmasına izin veren hukuki çerçeveyi oluşturmaktadır. 1982 Anayasası (C1), bir yandan, *resmi anayasa yorumunun* (C2'nin) taraflarından biri olan Anayasa Mahkemesi'ne bağlayıcı yorum yetkisi vermektedirken, diğer yandan Yargıtay gibi bazı yargı organlarını yüksek mahkeme olarak konumlandırmaktadır.<sup>[123]</sup> Bununla birlikte 1982 Anayasası'nda (C1'de) yer alan idealler, taahhütler ve temel hak ve özgürlükler, *resmi olmayan yorumlar* (C4) için teşvik edici olmakta ve *resmi olmayan yorumları* (C4'ü) harekete geçirebilmektedir. Hukukun üstünlüğü gibi bazı ilkeler de *resmi olmayan yorumlar* (C4) ve *iş/finans dünyasından anayasa yorumuna itirazlar* (C5) için dayanak

- “C5” iş/finans dünyasından anayasa yorumuna itirazlar,
- “C6” aktivist yaklaşımlar,
- “C7” aktivist yargıçlar,
- “C8” istisna halinin anayasal temeli.

[121] Örneğin eşitlik, sosyal adalet, onurlu hayat, toplumsal refah, demokrasi vb.

[122] Örneğin daha önce alıntılanan Başlangıç kısmındaki hükümler.

[123] Anayasa'da, Anayasa Mahkemesi'yle birlikte başka yüksek mahkemelerin bulunması tek başına bir sorun teşkil etmemektedir. Yüksek mahkeme olarak konumlandırılan Yargıtay, Anayasa'da kendisinin de bir yüksek mahkeme olarak düzenlendiğini, Anayasa Mahkemesi ile aralarında hiyerarşik bir ilişkinin bulunmadığını belirtmektedir. Buna gerekçe olarak da Anayasa'da hiyerarşik ilişki hususunda ayrıca ve açıkça bir düzenlemenin olmadığını göstermektedir. Sorun esas olarak Yargıtay'ın bu yaklaşımının devletin diğer organları (yasama organının çoğunluğu ve yürütme organı) tarafından desteklenmesiyle ortaya çıkmaktadır.

olabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi anayasal hükümleri yorumlama sorumluluğunu yasama, yürütme ve diğer yargı organlarıyla paylaşmaktadır.<sup>[124]</sup> Bu açıdan *resmi anayasa yorumu* (C2) çok taraflı bir yapıda olup karmaşık bir nitelik göstermektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi hak eksenli bir tutumla *aktivist yaklaşımlar* (C6) ve *aktivist yargıçlar* (C7) ile, buna karşın Yargıtay devletçi ve güvenlikçi yaklaşımıyla *ideolojik çekirdek* (C3) ile etkileşim kurmaktadır. Yasama organında çoğunlukta olan partiler Yargıtay'ı desteklerken, muhalefet kanadı Anayasa Mahkemesi'nden yana tavır almaktadır. Bu durum *resmi anayasa yorumunun* (C2'nin) monoblok yapıda olmadığına göstergesidir. Birbiriyle rekabet eden farklı yaklaşımlar, *resmi anayasa yorumu* (C2) içinde yer almaktadır. Bu rekabet eden görüşler, *aktivist yaklaşımlar* (C6) ve *aktivist yargıçlar* (C7) tarafından etkilenen hak temelli bakış açısı ile *ideolojik çekirdeğin* (C3'ün) devletçi yönelimi arasındaki gerginlikleri de yansıtmaktadır. Farklı anayasal organların farklı yöntemler kullanarak anayasal hükümleri farklı şekilde yorumlaması kaçınılmaz olarak farklı sonuçlara yol açmakta, bu sonuçlar arasında çelişki ve çatışma olasılığı da artmaktadır. Bu durum, Anayasa'yı yorumlamada yargısal otoritenin meşruiyeti hakkında sorunlar ortaya çıkardığı için *resmi anayasa yorumunu* (C2'yi) zayıflattığı gibi 1982 Anayasası'na (C1'e) olan inancı da etkilemektedir. İş/finans dünyasından anayasa yorumuna itirazlar (C5) da hukuki öngörülebilirlik ve istikrar talepleriyle *resmi anayasa yorumunu* (C2'yi) etkilemek istemektedir.

İdeolojik çekirdek (C3), devlet öncelikli yaklaşımıyla 1982 Anayasası'nın (C1'in) temellerinden birini belirlemektedir. İdeolojik çekirdek (C3), devletçi ve güvenlikçi söylemler yoluyla Yargıtay üzerinden *resmi anayasa yorumuyla* (C2'yle) etkileşim kurmaktadır. İdeolojik çekirdekte (C3'te) devlet gücüne ve güvenliğe vurgu, *iş/finans dünyasından anayasa yorumuna itiraz-*

[124] Şerafettin Can Atalay (2) Kararı, para. 76.

*larda (C5'te) da görülmektedir. Özellikle politik olarak hassas davalarda anayasa yorumlarının iş dünyası için yasal ortamı istikrarsızlaştırma riski taşıdığı durumlarda ideolojik çekirdek (C3) ile iş/finans dünyasından anayasa yorumuna itirazlar (C5) etkileşime girmektedir. Aynı zamanda, ideolojik çekirdek (C3) demokratik değerleri, insan haklarını ve otoriter eğilimlere direnen daha geniş anayasa yorumlarını savunan resmi olmayan yorumlar (C4) ve aktivist yaklaşımlardan (C6'dan) gelen eleştirilerle karşı karşıya kalmaktadır.*

*Resmi olmayan yorumlar (C4), devlet otoritesini, milliyetçiliği ve düzeni vurgulayan "C3"ün ideolojik çerçevesini sorgulamakta, 1982 Anayasası'nın (C1'in) idealleriyle daha uyumlu bir şekilde Anayasa Mahkemesi kararlarına uyulması çağrısında bulunarak ve hak temelli bir yaklaşımı destekleyerek resmi anayasa yorumunu (C2'yi) dönüştürmeye çalışmaktadır. Bu dış eleştiri ve hukuki tartışma süreci, akademisyenler ve barolar tarafından dile getirilen endişelerde vurgulandığı gibi, demokratik değerlere, insan haklarına ve yargı bağımsızlığına öncelik veren daha geniş ve daha kapsamlı bir anayasa yorumunu teşvik etmektedir.*

*İş/finans dünyasından anayasa yorumuna itirazlar (C5), resmi anayasa yorumundaki (C2'deki) farklı ve çelişkili yorumların öngörülemeyen bir hukuki ortam yaratarak -özellikle anayasal ilkelerle ilgili olduğunda- iş dünyasında belirsizlik yaratabileceğinden ve ekonomiye zarar verebileceğinden endişe etmektedir. İş/finans dünyasından anayasa yorumuna itirazların (C5'in), hukuki istikrar konusundaki endişeleri, öngörülebilir ve şeffaf bir hukuki çerçeveye olan ihtiyacı vurgulayan resmi olmayan yorumlarla (C4'le) örtüşmektedir. Ancak iş/finans dünyasından anayasa yorumuna itirazlar (C5), resmi olmayan yorumların (C4'ün) ortaya koyduğu hak temelli zorluklarla o kadar ilgili değildir ve daha çok ekonomik büyümeye odaklıdır. İş/finans dünyasından anayasa yorumuna itirazlar (C5), ideolojik çekirdekle (C3'le) veya resmi anayasa yorumunun (C2'nin) ayrıntılarıyla çok fazla ilgilenmemektedir.*

*Aktivist yaklaşımlar (C6)*, Anayasa Mahkemesi'nin yorumunu doğrudan etkilemektedir. *Aktivist yaklaşımlar (C6)*, insan haklarına, demokrasiye, temel hak ve özgürlüklere daha fazla odaklanarak *ideolojik çekirdeğin (C3'ün)* otoriter eğilimlerini dengelemek için *resmi anayasa yorumunu (C2'yi)* dönüşüme zorlamaktadır. Ancak *aktivist yaklaşımlar (C6)* ve *aktivist yargılar (C7)* daha geniş bir yorum için çabalarken, *resmi anayasa yorumunun (C2'nin)* tüm aktörlerince desteklenmemekte ve etkileri sınırlı olmaktadır.

Yukarıda detaylı olarak açıklanan, Atalay vakası özelinde boyutlar arası etkileşim şöyle özetlenebilir: 1982 Anayasası'nda yer alan eşitlik, adalet, demokrasi gibi idealler, temel hak ve özgürlüklerin korunması gibi taahhütler ve bireysel başvuru yolu gibi anayasal haklar, Anayasa Mahkemesi tarafından dikkate alınmıştır. Hak temelli yaklaşım ve bunu destekleyen hâkimler bu hususta etkili olmuştur. Sivil toplum örgütleri, hukukçular, akademisyenler ve aktivistler, Anayasa Mahkemesi kararlarına uyulması çağrısında bulunmuş ve Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımını desteklemişlerdir. Ekonomik elitler ise anayasa yorumu konusundaki tartışmalarda açık bir şekilde yer almak istememişlerdir. 1982 Anayasası'nın yapısındaki devletçi ve milliyetçi yönün, Yargıtay tarafından ve yasama organında en fazla üyeliğe sahip siyasi partinin genel başkanı olan yürütme organının başı konumundaki Cumhurbaşkanı'nca benimsenmesi ise Atalay açısından sürecin olumsuz sonuçlanmasıyla neticelenmiştir. *İdeolojik çekirdekten (C3'ten)* güç alan, *1982 Anayasası'nın (C1'nin)* çelişkili yapısından beslenen, *resmi anayasa yorumunun (C2'nin)* diğer iki aktörü (yasama organının çoğunluğu ve yürütme organı) tarafından açık ve yoğun bir şekilde desteklenen Yargıtay'ın yaklaşımı, Atalay vakasında belirleyici olmuştur.

Sonuç olarak Atalay vakasının da gösterdiği gibi bu farklı boyutlar ("*C*"ler), dinamik ve birbirine bağımlı bir şekilde etkileşime girmektedir. Anayasal manzara, değişen siyasi, sosyal ve ekonomik bağlamlar karşısında yasal otoriteler, toplumsal değerler ve anayasanın evrimleşen yorumları arasındaki karmaşık bir etkileşim tarafından şekillendirilmektedir. Atalay

davası, her bir boyutun (“C1”den “C7”ye) hem diğer boyutlar tarafından şekillendirildiğini hem de onları şekillendirdiğini göstermektedir. 1982 Anayasası’nın (C1’in) idealleri ve çelişkileri arasındaki gerilimler, *resmi anayasa yorumu* (C2) içindeki farklı yorumlar, *ideolojik çekirdeğin* (C3’ün) katılığı, *resmi olmayan yorumların* (C4’ün) dönüştürücü potansiyeli, (C5’in) *iş/finans dünyasından anayasa yorumuna yönelik* pratik endişeleri ve *aktivist yaklaşımlar* (C6) ile *aktivist yargıçların* (C7’nin) hak eksenli bir yorumuna yönelik teşviki, karmaşık ve dinamik bir çerçeve yaratmaktadır. Bütün bu boyutlar (“C”ler) arasındaki etkileşimler, “anayasacılığın diyalektiği”ni ortaya koymaktadır. Etkileşim halindeki bu dinamik çerçeve, anayasal sistemdeki ideolojik, normatif ve kurumsal yönler arasındaki ilişkilerin gerilimlerini, çelişkilerini göstermekte ve “anayasacılığın diyalektiği” kavramının çok yönlü anayasacılık fikrinde önemli bir yere sahip olduğuna işaret etmektedir.

## SONUÇ

Atalay vakası, anayasa yorumunun karmaşık dinamiklerini ortaya koymaktadır. Özellikle Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay arasında anayasal hükümlerin yorumlanmasında otorite mücadelesi dikkat çeken hususların başında gelmektedir. Bu çatışma, hukukun üstünlüğü ve yargı bağımsızlığı hakkında soruları/sorunları gündeme getirmektedir.

1982 Anayasası bir yandan temel hak ve özgürlüklerin korunmasını öngörürken, diğer yandan da temelinde yatan devletçi, milliyetçi ve otoriter yaklaşımı genellikle bireysel özgürlüklerden çok devlet otoritesine öncelik vermekte ve Anayasal çerçeve içindeki bu ikilik çelişkiler yaratmaktadır. Bireysel haklar 1982 Anayasası tarafından güvence altına alındığında bile pratikte bu korumalar anayasal vaatleri göz ardı eden siyasi eylemler ve yargısal yorumlar tarafından zayıflatılmaktadır. Bürokratik/idari pratikler,

anayasal gerekliliklere meydan okumakta ve anayasanın yazılı ve yazılı olmayan yönleri arasında bir çatışma karşımıza çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi anayasa yorumunda nihai yetkiyi talep ederken, Yargıtay ve siyasi figürler tarafından yapılan rekabetle karşılaşmaktadır. Anayasa Mahkemesi, özellikle siyasi faaliyet ve yasama dokunulmazlıkları gibi konularda bireysel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesine odaklanarak daha fazla hak temelli bir yaklaşım benimserken Yargıtay ile keskin bir tezat oluşturmaktadır. Bu organlar arasındaki ilişki, Anayasa Mahkemesi kararlarına uyulmaması ve kararlarının uygulanmaması gibi anayasayı ihlal durumlarında hukuki bir yaptırımla karşılaşmamış olmaları da anayasa yorumunun tutarlılığında boşluklar yaratmaktadır. Çokyönlü anayasacılık fikrinden hareketle bu durum mevcut ve gelecekte de olası bir çatışmaya işaret etmektedir.

1982 Anayasası temelde devlet merkezli olup bireysel haklar yerine otorite ve güvenliğe öncelik vermektedir. Devletçi, milliyetçi ve otoriter bir yaklaşımı yansıtmakta olan 1982 Anayasası, bireysel özgürlüklerle sık sık çelişmektedir.

Anayasa Mahkemesi özellikle siyasi faaliyet ve yasama dokunulmazlıkları konusunda bireysel özgürlüklerin ve hakların geliştirilmesine öncelik veren hak temelli bir yaklaşımı giderek daha fazla benimsemektedir. Buna karşın Yargıtay ise devletçi ve otoriter bir tutum sergilemektedir. Bu da resmi ideolojinin/ideolojik çekirdeğin anayasa yorumu üzerindeki etkisine iyi bir örnektir.

Sivil toplum örgütleri, hukukçular, akademisyenler ve aktivistlerin katılımı, insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü etrafında dinamik bir söylem olduğunu göstermektedir. Buna karşın gençlerin söz konusu olaya dair ilgisinin düşük olması, Baxi'nin anomi olarak adlandırdığı duruma denk düşmektedir. Ayrıca iş ve finans dünyasının sınırlı katılımı, ekonomik çıkarlar ile anayasal konular arasında potansiyel bir kopukluk

olduğuna işaret etmektedir. İş ve finans liderlerinin anayasa yorumuyla ilgili ihtiyatlı katılımı, hukuki istikrar ile ekonomik çıkarlar arasındaki karmaşık ilişkiyi göstermektedir. Atalay vakası üzerinden anayasa yorumu konusundaki tartışmalar söz konusu ekonomik elitleri önemli ölçüde meşgul etmemektedir. Hukukun üstünlüğü ve demokratik ilkeleri savunmada iş camiasının daha fazla farkındalığına ve katılımına ihtiyaç duyulmaktadır.

Anayasal hükümlerin değişen yorumlarının Türkiye'deki demokratik yönetim için önemli sonuçları bulunmaktadır. Hak temelli yaklaşım sadece bireysel hakları korumayı amaçlamamakta, aynı zamanda demokratik bir toplum içinde bunların gelişimini de teşvik etmeyi hedeflemektedir. Hak temelli bir yaklaşım için gösterilen çaba, sağlıklı bir demokrasi için olmazsa olmaz olan hesap verebilirlik için devam eden bir mücadeleyi yansıtmakta, aynı zamanda hukuk devleti ilkelerine uygun olarak bireysel özgürlükler için süregelen kararlılığı temsil etmektedir. Hakların daha kapsayıcı bir şekilde yorumlanmasına doğru yaşanan gelişme takdire şayan olsa da, "yargısal aktivizm" eleştirileriyle karşı karşıya kalmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından desteklenen hak temelli yaklaşımın, Türkiye'nin anayasal manzarasını dönüştürme potansiyeli olsa da daha geniş siyasi ve toplumsal destek olmadan etkisinin sınırlı olacağı düşünülmektedir.

Sonuç olarak, Atalay davası, Türkiye'de anayasa yorumunun; anayasa, yargı organları, siyasi güçler ve toplumsal hareketler arasındaki dinamik etkileşim tarafından nasıl şekillendirildiğine dair çarpıcı bir örnek teşkil etmektedir.

Anayasa yorumu, yargısal aktivizm, yargı bağımsızlığı ve toplumsal ihtiyaçlar arasındaki etkileşim üzerinde ayrıntılı ve kapsayıcı araştırmalar, farklı bakış açılarıyla ele alınmayı beklemektedir.

## KAYNAKÇA

- Akçil, Yılmaz, “Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 39, Sayı 1, 2022, s.1-45.
- Arslan, Zühtü, *Anayasa Teorisi*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2008.
- Baxi, Upendra, “Constitutionalism as a Site of State Formative Practices,” *Cardozo Law Review*, Cilt 21, Sayı 4, Şubat 2000, s.1183-1210.
- Baxi, Upendra, “Nihilism, Contradictions, and Anomie In New Constitutionalism: A View from India”, in Boaventura de Sousa Santos, Sara Araújo ve Orlando Aragón Andrade (Ed.), *Decolonizing Constitutionalism Beyond False or Impossible Promises*, New York, Routledge, 1. Baskı, 2024, s.60-79.
- Baxi, Upendra, “Postcolonial Legality: A Postscript From India”, *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, Cilt 45, Sayı 2, 2012, s.178-194.
- Baxi, Upendra, “Postcolonial Legality”, in Henry Schwarz ve Sangeeta Ray (Ed.), *A Companion to Postcolonial Studies*, Oxford, Blackwell Publishing, 1. Baskı, 2005, s.540-555.
- Baxi, Upendra, “Preliminary Notes on Transformative Constitutionalism”, in Oscar Vilhena, Upendra Baxi ve Frans Viljoen (Ed.), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, Johannesburg, The Pretoria University Law Press, 1. Baskı, 2013, s.19-47.
- Baxi, Upendra, “The Promise and Peril of Transcendental Jurisprudence: Justice Krishna Iyer’s Combat with the Production of Rightlessness in India”, in C. Raj Kumar ve K. Chockalingam (Ed.), *Human Rights, Justice, and Constitutional Empowerment*, New Delhi, Oxford University Press, 1. Baskı, 2007, s.3-25.

HAKEMLİ

Erdem, Fazıl Hüsnü (Ed.), *1982 Anayasasının Analizi*, Ankara, Orion, 1. Baskı, 2012.

Erdem, Fazıl Hüsnü, “1982 Anayasasının Serüveni”, in Fazıl Hüsnü Erdem (Ed.), *1982 Anayasasının Analizi*, Ankara, Orion, 1. Baskı, 2012, s.163-233.

Erdem, Fazıl Hüsnü, “Hukuk Devlet ve 1982 Anayasası”, in Fazıl Hüsnü Erdem (Ed.), *1982 Anayasasının Analizi*, Ankara, Orion, 1. Baskı, 2012, s.55-98.

Erdem, Fazıl Hüsnü, “Türkiye’de Anayasa Sorunu ve Anayasal Arayışların Patolojisi Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, in Fazıl Hüsnü Erdem (Ed.), *1982 Anayasasının Analizi*, Ankara, Orion, 1. Baskı, 2012, s.9-37.

Erdoğan, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Orion, 7. Baskı, 2011.

Erdoğan, Mustafa, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, Ankara, Liberte, 8. Baskı, 2012.

Fendoğlu, Hasan Tahsin, “Yasama Dokunulmazlığı Ve Yargısal Aktivizm”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt Yok, Sayı 57, 2024, s.1-50.

Gençlik Örgütleri Forumu, *Gençlerin Politik Tercihleri Araştırması*, Mart 2024. (<https://konda.com.tr/uploads/genclerin-politik-tercihleri-arastirmasi-2024-64df8822aead837953c985b7a856bc911a53b8524850b4725246f7b92b74b216.pdf>).

Gökcan, Hasan Tahsin, “Anayasal Denetimin Fonksiyonları Bağlamında Türk Anayasa Mahkemesinin Hak İhlali Kararlarının Objektif Etkisinin Anayasal Temelleri Üzerine Bir İnceleme”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 41, Sayı 1, 2024, s.1-94.

Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt 1, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, 2020.

- Grewal, David ve Singh Jedediah Purdy, “The Original Theory of Constitutionalism”, *The Yale Law Journal*, Cilt 127, Sayı 3, Ocak 2018, s.664-705.
- İnceoğlu, Sibel, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2017.
- Kars Kaynar, Ayşegül, “Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi’nin AYM’nin Can Atalay Hükmünü Uygulamama Kararının Schmittyen Tahlili: Anayasa Nasıl Korunur?”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 4, 2024, s.337-381.
- Kaya, Semih Batur, “Anayasa Mahkemeleri Norm Denetiminde “Olgu”yu Ölçü Alabilir Mi?”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 2, 2024, s.1013-1045.
- Kumar, C. Raj ve K. Chockalingam (Ed.), *Human Rights, Justice, and Constitutional Empowerment*, New Delhi, Oxford University Press, 1. Baskı, 2007.
- Marcou, Jean, “Anayasacılık ve Türkiye’de Anayasal Hareketler”, Çev. Gül-den Kurt, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2012, s.1-50.
- Özbudun, Ergun, “Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt Yok, Sayı: 59, 2005, s.109-115.
- Santos, Boaventura de Sousa, Sara Araújo ve Orlando Aragón Andrade (Ed.), *Decolonizing Constitutionalism Beyond False or Impossible Promises*, New York, Routledge, 1. Baskı, 2024.
- Schwarz, Henry ve Sangeeta Ray (Ed.), *A Companion to Postcolonial Studies*, Oxford, Blackwell Publishing, 1. Baskı, 2005.
- Sözüer, Adem, “Yasama Dokunulmazlığının İstisnasını Oluşturan Suçların Belirlenmesi Bağlamında Anayasa Mahkemesince Verilen İhlal Kararlarının Yerine Getirilmemesi Sorunu”, *Ceza Hukuku ve*

*Kriminoloji Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2023, s.275-303.

Tanör, Bülent, İki Anayasa 1961-1982, İstanbul, On İki Levha, 5. Baskı, 2013.

Taş, Burak, “Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin 2023/12611 Esas, 2023/Değişik İş Karar Sayılı ve 8.11.2023 Tarihli Kararının Anayasa Mahkemesi Üyeleri Hakkında Suç Duyurusunda Bulunulması Noktasında İncelenmesi”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, 2024, s.150-171.

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, *Anayasa Mahkemesi Başkanlığına Sunulmak Üzere Türkiye Barolar Birliği Tarafından Şerafettin Can Atalay Bireysel Başvurusu (B.No: 2023/53898) Hakkında Hazırlanmış Olan Görüş (Amicus Curiae)*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Eylül 2023. ([https://d.barobirlik.org.tr/2023/20230922\\_gorus.pdf](https://d.barobirlik.org.tr/2023/20230922_gorus.pdf)).

Twining, William, *Human Rights: Southern Voices - Francis Deng, Abdullahi An-Na'im, Yash Ghai, Upendra Baxi*, New York, Cambridge University Press, 1. Baskı, 2009.

Vilhena, Oscar, Upendra Baxi ve Frans Viljoen (Ed.), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, Johannesburg, The Pretoria University Law Press, 1. Baskı, 2013.

### **Web içerik/Gazete yazıları**

Aydın, Oya ve Özlem Kaygusuz, “Yargıtay Kararı ve Türkiye’de Siyasi Anayasasızlaştırma”, *Birikim*, 14 Kasım 2023 (<https://birikimdergisi.com/guncel/11548/yargitay-karari-ve-turkiyede-siyasi-anayasasizlastirma>) (E.T.: 05.09.2024).

Demirkent, Dinçer, “Yargı darbesi mi?”, *Gazete Duvar*, 10 Kasım 2023 (<https://www.gazeteduvar.com.tr/yargi-darbesi-mi->

makale-1646560) (E.T.: 04.09.2024).

Kaboğlu, İbrahim Ö., “3. Ceza Dairesi Ve Kesin Hüküm Yokluğu”, <https://ibrahimkaboglu.org/3-ceza-dairesi-ve-kesin-hukum-yoklugu.html/> (Y.T.: 05.01.2024, E.T.: 01.09.2024).

Kaboğlu, İbrahim Ö., “Yargıtay Kararı ve Anayasal Yokluk Hali”, [https://legal.com.tr/blog/anayasa-hukuku/yargitay-karari-ve-anayasal-yokluk-hali/#\\_ftn9](https://legal.com.tr/blog/anayasa-hukuku/yargitay-karari-ve-anayasal-yokluk-hali/#_ftn9) (Y.T.: 16.11.2023, E.T.: 01.09.2024).

Murat Sevinç, “Bir adım, bir adım daha... Bir ‘dip’ olmayabilir!”, *Diken*, 12 Kasım 2023 (<https://www.diken.com.tr/bir-adim-bir-adim-daha-bir-dip-olmayabilir/>) (E.T.: 04.09.2024).

Şirin, Tolga, “8 Kasım skandalı ve “yargısal aktivizm” meselesi”, *T24*, 10 Kasım 2023 (<https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/8-kasim-skandali-ve-yargisal-aktivizm-meselesi,42196>) (E.T.: 02.09.2024).

Şirin, Tolga, “Yargıtay’ın basın açıklamasındaki üç hata”, *T24*, 15 Kasım 2023 (<https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/yargitay-in-basin-aciklamasindaki-uc-hata,42261>) (E.T.: 02.09.2024).

Topuz, Ali Duran, “Yargıtay hukuk tehlikesini savuşturdu, şükür!”, *Artı Gerçek*, 9 Kasım 2023 (<https://artigercek.com/makale/yargitay-hukuk-tehlikesini-savusturdu-sukur-272237>) (E.T.: 03.09.2024).

Topuz, Ali Duran, “Yüksek yüksek külliyelere mahkeme kurmasınlar”, *Artı Gerçek*, 10 Kasım 2023 (<https://artigercek.com/makale/yuksek-yuksek-kulliyelere-mahkeme-kurmasinlar-272442>) (E.T.: 03.09.2024).

### **Web içerik/Haber**

“Adalet Bakanı’ndan Can Atalay açıklaması: Hükümün Genel Kurul’da okunmasıyla milletvekilliği düşüyor”, *Gazete Duvar*, 01 Ekim 2023 (<https://www.gazeteduvar.com.tr/adalet-bakanindan-can-atalay-aciklamasi-hukmun-genel-kurulda-okunmasiyla-milletvekilligi-dusuyor-haber-1640354>) (E.T.: 23.09.2024)

“AK Parti Sözcüsü Çelik: Yeni Anayasa yapılmadığı sürece devlet organları arasında çelişkilerin ortaya çıkması mukadderdir”, *Anadolu Ajansı*, 05 Ocak 2024 (<https://www.aa.com.tr/tr/gundem/ak-parti-sozcusu-celikyeni-anayasa-yapilmadigi-surece-devlet-organlari-arasinda-celiskilerin-ortaya-cikmasi-mukadderdir/3100714>) (E.T.: 23.09.2024).

“Bahçeli: Can Atalay konusu tamamıyla kapanmıştır”, *BBC News Türkçe*, 16 Ağustos 2024, (<https://www.bbc.com/turkce/articles/c93p4737rrvo>) (E.T.: 18.09.2024).

“Cumhurbaşkanı Erdoğan: Anayasa yapma yetkisi Yüce Meclis’imizindir ve bu yetkisini devredemez”, *Anadolu Ajansı*, 10 Kasım 2023 (<https://www.aa.com.tr/tr/gundem/cumhurbaskani-erdogan-anayasa-yapma-yetkisi-yuce-meclisimizindir-ve-bu-yetkisini-devredemez/3049275>) (E.T.: 23.09.2024).

“DEVA Partili Ekmen: ‘Anayasa Mahkemesinin kararının uygulanmaması anarşizm doğurur’”, *DEVA*, 2 Ocak 2024 (<https://devapartisi.org/parti/e-arsiv/deva-partili-ekmen-anayasa-mahkemesinin-kararnn-uygulanmamas-anarsizm-dogurur>) (E.T.: 23.09.2024).

“Doğan: Yargıtay’ın verdiği kararın hukuken hiçbir değeri yoktur, bu bir yargı skandalıdır”, *Dem Parti*, 3 Ocak 2024. (<https://www.demparti.org.tr/tr/dogan-yargitay-in-verdigi-kararin-hukuken-hicbir-degeri-yoktur-bu-bir-yargi-skandalidir/17720/>) (E.T.: 23.09.2024).

“MHP Genel Başkanı Bahçeli: Türkiye’nin güvenlik ve geleceği için huzur

hattı kurulmalı”, *Anadolu Ajansı*, 16 Ocak 2024 (<https://www.aa.com.tr/tr/politika/mhp-genel-baskani-bahceli-turkiyenin-guvenlik-ve-gelecegi-icin-huzur-hatti-kurulmali/3109941>) (E.T.: 18.9.2024).

“MHP’li Yıldız, AYM’nin Can Atalay kararını değerlendirdi: Hukuken bir çözüm bulunması lazım”, *Gazete Oksijen*, 21 Aralık 2023 (<https://gazeteoksijen.com/turkiye/mhpli-yildiz-aymnin-can-atalay-kararini-degerlendirdi-hukuken-bir-cozum-bulunmasi-lazim-197802>) (E.T.: 23.09.2024).

“Milletvekili Av. Can Atalay’ın dokunulmazlığı üzerine”, <https://bi-anet.org/yazi/milletvekili-av-can-atalay-in-dokunulmazligi-uzerine-281508> (Y.T.: 14.07.2023, E.T.: 02.09.2024).

“Özgür Özel: Anayasa’nın bir hükmü Yargıtay tarafından yok sayıldı”, *NTV*, 16 Kasım 2023 (<https://www.ntv.com.tr/turkiye/ozgur-ozel-anayasanin-bir-hukmu-yargitay-tarafindan-yok-sayildi,UHKsKlCXB0G7iMVhsLmeqA>) (E.T.: 23.09.2024).

### **Web içerik/Diğer**

<https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Tutanak/28/2/114/Ham/edb4da16-6ab5-44ce-80b0-5b0fe8fbf78d.html>

<https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Tutanak/28/2/54/Tam/539bfca5-fb3b-4320-9256-4a3dde880d62.html>

<https://istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=18515&Desc=Anayasa-Mahkemesi-Karar%C4%B1-Derhal-Uygulanmal%C4%B1-Av.-Can-Atalay-Serbest-B%C4%B1rak%C4%B1lmal%C4%B1d%C4%B1r>

<https://tusiad.org/tr/basin-bultenleri/item/11442-tusi-ad-yonetim-kurulu-baskani-orhan-turan-in-cumhuriyet-gazetesi-soylesisi>

<https://upendrabaxi.in/prof-upendra-baxi/>

<https://www.akparti.org.tr/ak-kadro/baskanliklar/parti-sozcusu/>

[https://www.ankarabarusu.org.tr/duyuru/e5762b51-ab8c-11ee-83ee-000c29c9dfce\)](https://www.ankarabarusu.org.tr/duyuru/e5762b51-ab8c-11ee-83ee-000c29c9dfce))

<https://www.ihd.org.tr/hukuka-darbe/>

<https://www.tusiad.org.tr/konusma-metinleri/item/11422-tuncay-ozilhan-yuksek-i-stisare-konseysi-toplantisi-konusmasi>

# Yargısal Aktivizm Kavramı ve Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu

Fatmanur Sena EVLİ\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM  
Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Yüksek Lisans Öğrencisi, İdari Yargı Hakim Yardımcısı.

[fatmanursenaevli@gmail.com](mailto:fatmanursenaevli@gmail.com)

**ORCID:** [0009-0002-8473-6658](https://orcid.org/0009-0002-8473-6658)

Makale Geliş Tarihi: 02.11.2024

**Makale Kabul Tarihi:** 12.02.2025

**Atıf Önerisi:** Evli, Fatmanur Sena, “Yargısal Aktivizm Kavramı ve  
Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83,  
Sayı 2, Nisan 2025 s. 348-416. **DOI:** 10.30915/abd.1578206

# Yargısal Aktivizm Kavramı ve Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu

## ÖZ

Tarih boyunca neredeyse tüm toplumlarda siyasi iktidarın egemenlik haklarının sınırının tespiti amacıyla üst bir norm gereği ortaya çıkmış ve buyasa mahkemelerinin verdiği kararlar üzerine yoğunlaşmaktadır. Bu tartışmaların başlıca nedeni ise dünya üzerinde anayasaya uygunluk denetimi yapan mahkemelerin, yasama organının alanına müdahale eden aktivist tutumudur. Anayasa mahkemelerinin aktivist tutumu; hak ve özgürlükleri korumak amacıyla olabileceği gibi kendisini oluşturan kadronun ideolojilerini sağlama amaçlı da olabilmektedir. Anayasa mahkemelerinin aktivist tutumunu pozitif veya negatif olarak nitelemek için karar gerekçeleri büyük önem taşımakta olup; hak ve hürriyetleri koruma amacıyla sergilenen aktivist tutum ne kadar olumlu ise amaç-ideoloji eksenli tutum o derece olumsuz olarak yorumlanabilecektir.

Bu çalışma ise Türk AYM<sup>[1]</sup>'nin önemli görülen ve tartışmalara sebep olan aktivist karar örneklerine yer verilip bu kapsamda AYM'nin yargısal yorumu ve tutumu değerlendirilmiştir.

### Anahtar Kelimeler:

yargısal aktivizm

anayasa yorumu

anayasa yargısı

anayasa yargısının sınırı

kendi kendini sınırlama

[1] AYM: Anayasa Mahkemesinin kısaltmasını ifade etmektedir.

## The Concept Of Judicial Activism And Judicial Interpretation Of The Constitutional Court

### ABSTRACT

Throughout history, a higher norm has been needed in almost all societies in order to determine the limit of the sovereignty rights of political power, and constitutional courts have been needed over time as a mechanism to ensure this control. However, this time, debates on the limits of the constitutional court's control have emerged. While the existence and legitimacy of the constitutional judiciary was the subject of debate in the past, today this debate is more focused on the decisions made by the constitutional courts. The main reason for these discussions is the activist attitude of the courts that control the compliance with the constitution around the world, which interferes with the sphere of the legislative power. The activist attitude of the constitutional courts may be for the purpose of protecting rights and freedoms, as well as for the purpose of ensuring the ideologies of the individuals who constitute it. In order to characterize the activist attitude of the constitutional courts as positive or negative, the decision justifications are of great importance; the more positive the activist attitude exhibited for the purpose of protecting rights and freedoms, the more negative the purpose-ideology-based attitude can be interpreted..

#### Keywords:

judicial activism

self-limitation

judicial behavior

constitutional  
jurisdiction

limit of constitutional jurisdiction

## GİRİŞ

Yargısal aktivizm; yargısal faaliyette bulunan meşru mercilerin yürürlükteki mevzuatın kavramsal anlam sınırlarını aşmak suretiyle toplumun geniş kesimini etkileyecek nitelikte karar vermesi olarak tanımlanabilir. Söz konusu durumda yargıçlar emsal kararlardan ziyade kendi kişisel ve insan olmanın doğası gereği sahip olunan ideolojik görüşleri doğrultusunda hüküm vermektedir. Her ne kadar ilk derece mahkemesinden temyiz mercilerine, istinaf heyetlerinden anayasa mahkemesine kadar her türlü yargı organının aktivist karar verme kabiliyeti olsa da toplumda büyük hak ihlallerine neden olabilecek etkiye sahip olan Anayasa Mahkemesidir. Bu sebeple de çalışma konumuz genel anlamda Anayasa Mahkemesinin aktivist kararları ve bunların gerekçeleri doğrultusunda hak ihlali veya hak koruma eksenli olup olmadığının değerlendirilmesi noktasında yoğunlaşmaktadır.

Toplumun devletler biçiminde örgütlenmeye başlamasına müteakip meşru siyasi iktidarın egemenlik alanının daraltılması ve keyfilğin önüne geçilebilmesi için bir denetim mekanizması ihtiyacı hasıl olmuştur. Bu denetim kurumunun anayasa mahkemeleri şeklinde tezahürü iste tarih sayfalarında çok sonralarda kendine yer bulmuştur. Uygulamada bu sefer de norm denetimi yapan ve başka diğer görevleri de ihtiva eden yüksek mahkemelerin diğer erklerin alanına kontrolsüz müdahalesi sorunu gün yüzüne çıkmış ve denetim kurumlarının sınırlarının ne olacağı meselesi tartışma konusu olmuştur. İşte tam bu noktada iktidarın yetkilerinin anayasaya uygunluğunu denetleyen yargı mercilerinin; denetim yetkilerini aşarak ve farklı saiklerle anayasa hükümlerini, sınırları genişletecek biçimde yorumlayarak vermiş oldukları kararlar neticesinde aktivist tutum sergileme yaf-tasıyla karşı karşıya kalması muhtemel olmaktadır.

Siyasi elitlerin eleştirel yorumlarına kılıf olma özelliğini de haiz olan aktivist tutum metaforunun değerlendirilmesi ve bu nitelikteki Anayasa Mahkemesi kararlarının analiz edilmesi siyasal zeminde kendine yer bul-

maktadır. Bu çalışma konuyu; siyasi tartışmadan olabildiğince uzak tutup hukukilik değerlendirmesi yapmak suretiyle ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Bu çalışma araştırma metodolojisi olarak; öncelikle kavramsal çerçeveler çizilecek, kavramların ve içtihatların karşılaştırmalı hukuk analizi bağlamında farklı ulusal ve uluslararası düzlemlerde ifade ettikleri anlam irdelenecek ve ülkemiz uygulamalarıyla karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılacaktır. Yine çalışmanın üçüncü bölümünde yoğun içtihat analizi yöntemine başvurulacak bu içtihatların toplumsal ve siyasi etkilerine kısaca değinilecektir.

## I. YARGISAL AKTİVİZM KAVRAMI

Yargısal aktivizm; Anayasa Mahkemesi kararlarının değerlendirilmesinde sıkça başvurulan bir tabir olup tartışılan her karar neticesinde AYM aktivist tutum sergilemekle suçlanmaktadır. Yargısal aktivizm kavramını tek başına ele almak onu analiz etmek için yeterli olmayacağından karşıt kavram olan ‘yargısal kendini sınırlama’ ile birlikte değerlendirme yapmak gerekmektedir.

### A. TANIMI, KAPSAMI VE ORTAYA ÇIKIŞI

Günümüz pozitif hukukunda yer alan her türlü ve derece yargı yerinin denetim alanı ve yetki sınırları bellidir. Bu çerçeveye alanı genişleterek verilen kararlar kararı veren yargı organının aktivist olarak nitelenmesi sonucunu doğurmaktadır. Her ne kadar bu tutum olumlu olarak değerlendirilecek olsa da genel manada kendi sınırlarını aşan bir yargı organı başka bir erkin alanına tecavüz etmiş bulunacağından çalışma konusu kavram olumsuz nitelik içermektedir. Bunlara ek olarak ise kararı siyasi organlar veya diğer kuruluşlarca beğenilmeyen mahkemelerin aktivist olarak yaftalanmasının

da ne yazık ki önü açıktır.<sup>[2]</sup>

Önüne gelen uyuşmazlıkta kendi ideolojilerini dayatmak ve hayata geçirmek amacıyla yetki sınırlarını aşan ve kamu politikalarını etkilemek suretiyle meşru iktidarın düzenleme alanına yön vermeyi hedefleyen mahkemelerin de aktivist tutum sergilediği açık olmakla bu durumda yargısal aktivizmin olumsuz olarak değerlendirilmesi olağandır.<sup>[3]</sup> Mahkemelerin bu tutumunun devamında ise yargıçlar hükümeti tehlikesi ile karşı karşıya kalınması muhtemel olacaktır.

Demokratik sistemlerde anayasa yargısının varlığı siyasal iktidarın sınırlanması ve temel hak ve hürriyetler noktasında devletin vatandaşla teması ile müdahalesinin en aza indirgenmesi açısından önem arz etmektedir. Zira *hak ve hürriyet eksenli* olup aktivist niteliğini haiz AYM kararlarının hukuk düzeninde kendine yer bulması toplumun adalete ve hukuka olan inancını tazelemekte, anayasa yargısının ve yargılama sonucunun somut etkilerinin toplum nezdinde meşru zemine oturmasını sağlamaktadır. Demokratik toplumun gözünde meşruiyet sınırının ise (1) Temel hak ve hürriyetleri koruyucu “*bireysel başvuru kararları*” ile (2) Diğer devlet organlarının yetki sınırını daraltan “*norm denetimi kararları*” arasında belirlenmesi gerekmektedir. İlk grup kararlar anayasa yargısının ve sınırlarının aşılmasını meşru kılarken (olumlu anlamda aktivizm), ikinci grup kararlar anayasa yargısının meşruiyetini zedelemekte ve aktivizm kavramına olumsuz anlam yükleyerek Anayasa Mahkemesinin eleştirilmesi sonucu doğurmaktadır.

[2] Arnall Anthony, “Judicial Activism and the European Court of Justice: How Should Academics Respond?”, Judicial Activism at The European Court of Justice, Mark Dowson ve Bruno De Witte ve Elise Muir ve Edward Elgar (Ed.) Publishing Limited, UK, 2013, s. 215’ten nakleden Nihan Yancı Özalp, Türkiye’de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlama Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, Eylül 2018, s.60.

[3] Yancı Özalp, op. cit. , s.61.

Anayasa yargısı denetiminin meşru sınırı aşıp aşmadığının -aktivizme kayan kararlar verip vermediğinin- tespiti için bu yargı denetiminin ve sınırlarının felsefi ve teorik tartışmalarını incelemek gerekmektedir. Hukuki pozitivizme eleştiriler getiren Ronald Dworkin hukukun unsurlarını ve hukukun neden ibaret olduğunu ortaya koyarken aynı zamanda hukuki uyumsuzlukların çözümünde yargıçların izleyecekleri yol ve yapacakları yorum özelinde değerlendirmede bulunmaktadır. Dworkin’e göre yargısal uyumsuzluğu aracı kılarak yargıçların siyasa üretmesi aktivizm tutum sergilediklerini anlamına gelir. Büyük oranda olumsuz özellik atfettiği bu kavrama karşı ise Dworkin’in; yargısal aktivizme başvurulmadan bireysel hakların azami düzeyde korunması, mevzuu hukukun ideal hukukla birbirine içkin olduğu bir düzen oluşturulması noktalarında öne sürdüğü ‘*Bütünlük Olarak Anayasa*<sup>[4]</sup> kuramı yer almaktadır.<sup>[5]</sup> Dworkin, demokratik toplumlarda siyasal yönetim çoğunluğun temsilcileri eliyle yürütüldüğünden seçilmiş bu temsilcilerinin iradesinin olabildiğince ayakta tutulması gerektiğini vurgular. Buna göre birey ve azınlık hakları dışında çoğunluğun yönetme yetkisine müdahale etmemek demokratik yollarla seçilmiş parlamentonun iradesine riayet etmek (yargısal aktivizmden uzak durmak) yargısal sorumluluğun da bir gereğidir.<sup>[6]</sup>

Alexander Bickel’e göre ise; Anayasa metinlerinin dili kendi kendini yorumlamaktan çok uzak olduğundan ve kurucuların tarihsel amacını tespit etmek tipik olarak mümkün kılınmadığından, ilgili anayasal metin ile ondan türetildiği iddia edilen hukuk normu arasındaki boşluğu kapatmak için zorunlu olarak benzetme ve çıkarımlara başvurmak gerekir. yargıçların

[4] Ayrıntı için Bknz. Müslüm Şener, Dworkin’in Yorum Teorisi Ve Hüküm Kurmadaki Önemi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021.

[5] Sermet Erdem, Yargısal Aktivizme Karşı Bir Model Önerisi Ronald Dworkin’in Kuramı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s.112-114.

[6] Ibid. , s.178.

yorum yaparken öngörülen anayasal kurallara ve sınırlara sıkı sıkıya bağlı kalması gerekmektedir. Anayasa yargısının meşruiyetinin kaynağı, anayasa yargısı sonucu verilen kararların anayasal hükümlerle sonuç kararların rasyonel bağlantısının bulunmasındadır. Bickel'e göre yargının görevi iradeyi empoze etmek değil rasyonel hüküm vermektir. Bickel yargının iradeden ayrı olduğunu ileri sürmemektedir (elbette yargıçlar da insandır) ancak yargısal aktivizm niteliğindeki kararlarda siyasi iradenin aşırı üstünlüğü söz konusu olmaktadır.<sup>[7]</sup> Bickel'in asıl savına göre demokratik yollarla iş başına gelmiş organların iradelerinin anayasa yargısı mercilerinde anayasa aykırılığının ilan edilmesi 'Çoğunluk karşıtı zorluk' olarak adlandırılmaktadır ve bu durum dahi meşru değildir. Anayasa yargısının varlığını dahi demokratik bulmayan bu düşünce sisteminde, yargısal aktivizmin meşru görülmesi evleviyetle mümkün olmayacaktır.<sup>[8]</sup>

Yargısal aktivizm olumlu yönüyle ele alınacak olursa; anayasa-dışı yönetimleri frenlemek temel hak ve özgürlükleri korumak ve anayasaya saygıyı sağlamak için sergilenen aktivist tutum takdir edilebilecektir. AYM'nin temel hak ve özgürlükleri korumak ile anayasanın üstünlüğünün etkin bir şekilde ortaya koymak amacıyla, anayasanın açıkça düzenlemediği konularda aktivist karar vermesi temel hak ve hürriyetlerin genişletilerek anayasanın zenginleştirilmesi işlevi görmektedir. Bu noktada ise tespit ve doğru değerlendirme açısından AYM kararının gerekçelendirilmesi büyük önem arz etmektedir.<sup>[9]</sup>

**-Ortaya Çıkışı:** Anayasa yargısının 19. yüzyılda ABD'de ortaya çık-

[7] Maurice J. Holland, American Liberals and Judicial Activism: Alexander Bickel's Appeal from the New to the Old, Indiana New Journal, Volume 51, Issue, 7, Article 3, 1976, s.1048-1045.

[8] Mustafa Mert Albaz, "Kemalist Otoriterlik, Anayasa Yargısı Ve Askeri Mahkemeler", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi, Cilt 74, Sayı 3, 2019, s.908.

[9] Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1997, s.246.

ması ile anayasa yargısının meşruiyeti ve denetimin sınırları konularında tartışmalar da gün yüzüne çıkmıştır. 1803 tarihli *Marbury V. Madison* kararı<sup>[10]</sup>; anayasa yargısının meşruiyetinin ve sınırlarının eleştirel yolla değerlendirildiği ilk karar olup<sup>[11]</sup> yargısal aktivizm örneği niteliğindedir. 1800'lü yılların başında seçimleri kaybetmesine müteakip Federalist Parti, kongredeki çoğunluğuna dayanarak yeni hakim kadroları tesis etmiş; bu kadrolara atananlardan biri olan William Marbury'ye ise atama kararı teslim edilmemiştir. Bunun üzerine Marbury, Yüksek Mahkemeye başvurarak, kendisine atama kararının teslim edilmesi için “emir kararı” çıkarılması yönünde talepte bulunmuştur. Ancak başkanlığı John Marshall'ın yaptığı heyet Yüksek Mahkemeye kanunla emir kararı çıkarma yetkisi verilmesinin Amerikan Anayasası'nın temel ilkelerine uygun olmadığını tespit etmiş, bu sebeple bu kanunun meşru zeminde etkinliğinin olmaması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>[12]</sup>

Yargıçların yasa koyucu konumuna gelmeleri etrafında toplanan bu tartışmaların temelinde yargısal denetimin meşru zemine oturtulması ve çerçevesinin ne olacağı unsurlarını barınmaktadır.<sup>[13]</sup> *Marbury* davasına dayanak teşkil eden anayasanın üstünlüğü ilkelerinin emsal olması nihayetinde II. Dünya Savaşı sonrasında parlamentonun çıkardığı yasaların başka bir

[10] Bknz: <https://www.britannica.com/summary/Marbury-v-Madison-K-ey-Facts> (E.T.15.10.2024)

[11] Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 10. Baskı, Ağustos 2018, s.445.

[12] Enis Duman, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi: Laiklik İlkesi Çerçevesinde Verilen Kararlar Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Şehir Üniversitesi Kamu Hukuku ABD, Yüksek Lisans Tezi, Ocak, 2018, s. 6. [https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/632099/yokAcikBilim\\_10179-453.pdf?sequence=-1](https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/632099/yokAcikBilim_10179-453.pdf?sequence=-1) (E.T.: 16.01.2024)

[13] “Anayasa Mahkemesinin Temel Hakların Korunmasındaki Rolü” Konulu Panel” Bknz: <https://www.anayasa-.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/anayasa-mahkemesinin-temel-haklarin-korunmasinda-ki-rolu-konulu-panel/> (E.T:15.10.2024)

organ tarafından denetlenmesi noktasındaki karşı çıkışlar büyük oranda geri çekilmiştir.<sup>[14]</sup>

Yargısal aktivizm kavramının lafzıyla kullanımı ilk olarak akademik çalışmalarda yer bulmuş gibi tahmin edilse de kavram olarak bu iki kelimenin ilk kullanımı 1947 yılında Fortune Dergisinde görülmektedir. Yine akla gelenin aksine bu kullanım hukuk uzmanı olmayan Arthur Schlesinger’a aittir. Schlesinger makalesinde Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi’nin durumunu değerlendirmiştir. Anılan kavramın kullanılmasına yol açan sorunların tarih sayfasında ilk defa ABD’de doğduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de o dönemki ABD başkanı Franklin D. Roosevelt 1930’lu yıllarda ekonomik buhranın etkisinden kurtulmak için birçok reform hareketine girişmiş ve bu reformlara karşı görüş ihtiva eden yüksek mahkeme ile arasındaki çıkan gerilim neticesinde verilen yargı kararları aktivizm kavramının tarih sahnesinde ilk defa çıkışına yol açmıştır.<sup>[15]</sup>

Schlesinger makalesinde yüksek mahkeme üyelerini sergiledikleri tutum açısından üç başlıkta tasnif etmiş ve bu başlıklar kısaca; aktivist tutum sergileyen sınır tanımayan yargıçlar, bunun aksine haklarını öngörülen çerçeveden de dar kullanıp kendini sınırlama yönünde hareket edenler ve son olarak da iki uç gruba girmeyip gri alanda bulunanlar şeklinde dergide yer almıştır. Yazarın makalede yargıçların niteliğine ilişkin yapmış olduğu bu ayrımın temelinde ise yüksek mahkemeyi oluşturan hakimlerin mahkemenin görevi noktasında edindikleri farklı fikirlerin tezahürü bulunmaktadır.<sup>[16]</sup> Yargısal aktivizm ve yargısal kendini sınırlama kavramları anılan maka-

[14] Kadir Dede, “Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, 2014, s.128. <https://dergipark.org.tr/tr/downlo-ad/article-file/701471> (E.T.: 16.01.2024)

[15] Levent Gönenç, Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2015, s.120.

[16] <https://thejacksonlist.com/wp-content/uploads/2014/02/20071015-Jackson-List-re-Arthur-Schlesinger.pdf> (E.T.15.10.2024)

leden sonra akademik çalışmalarda kendine yer bulmuştur.<sup>[17]</sup>

Demokratik toplumlarda parlamento meşruiyetini demokratik seçimlerden almaktadır. Parlamentonun yetki sınırlarının çizilmesi ve denetlenmesi için anayasa yargısına ihtiyaç duyulmuş ve kurulan anayasa mahkemelerinin meşruiyeti de bu ihtiyacın hasıl olmasından kaynaklanmaktadır. Daha sonrasında ise anayasa yargısının denetim sınırları tartışmaya açık hale gelmiş ve aktivizm kavramı, anayasa yargı mercilerinin sınırlarını aşarak karar vermesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu noktada anayasa mahkemelerinin aktivist tutumunun demokratik meşruiyeti sorunun çözülmesi için başvurulacak kriterlere ihtiyaç duyulmaktadır.

Anayasal yargı yerleri; seçimle iş başına gelmiş parlamentonun iradesine ve meşru iktidarın ideolojisine saygı duyan bir tutum içinde kalıp ancak anayasanın ilgili hükümlerine (temel hak ve hürriyetler öncelikli olmak üzere) aykırılıkla sınırlı denetim yaparsa anayasa yargısı demokratik toplum nezdinde meşru sayılabilecektir. Zira bu noktada anayasa yargısından aktivist tutum sergilememesini ve ideolojisi dayatma merkezli karar verip sınırını aşmaması beklenmektedir. Ancak doğrudan bireyi koruyan ve temel hak ve hürriyetleri ön plana koyan aktivist tutum, birey düzleminde meşruiyet kazanabilmekte ve anayasa yargısının bu amaçla sınırlarını aşması, yorum yoluyla temel hak ve hürriyetlerin vatandaşla teslimini sağlaması yargıya olan güveni artırmaktadır. Fakat önemle belirtmek gerekir ki anayasa hükümlerinin yorumlanması yolu ile, hak ve özgürlüklerin yok edilmesi ya da anayasanın öngördüğü standartların altına çekilmesini amaçlayan devlet ya da devlet dışı aktörlerin eylem ve işlemlerinin haklı sayılabilmesi mümkün değildir. Anayasa yargısında yorum, yasama organının hak ve özgürlük alanında ihlal niteliğinde olan bu tür işlemleri haklı kılmak amacıyla kullanılamayacak ve bu şekilde verilen aktivist kararlar

[17] Duman, *op. cit.*, s.7-10.

asla meşruiyet kazanamayacaktır.<sup>[18]</sup>

## B. GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

Yargı yerlerinin yasal denetimin sınırlarını aşarak kararlar alması farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Yani yargısal aktivizmin birden fazla görünüm biçimi bulunmaktadır. Yargısal aktivizmi kavramsal düzeyde ele alan yazarlar arasında William Marshall'ın tasnifi öne çıkmaktadır.<sup>[19]</sup>

Marshall'a göre çoğunluk karşıtı aktivizm, seçimle iş başına gelmiş temsilcilerin almış olduğu kararların yargı organlarıncı hükümsüz kılınması anlamına gelmektedir. İctihadi aktivizm mahkemelerin önceki içtihatları dikkate almaksızın karar vermesini ifade etmektedir. Yargılama yetkisi aktivizmi, ABD'de federal yargılama yetkisine sahip yargıçların bu yetkiyi azımsanamayacak kadar geniş biçimde kullanması anlamına gelmektedir. Yargısal yaratıcılık, yargıçların karar verirken kendi ideolojileri doğrultusunda farklı ve öngörülmemiş bir doktriner görüş ortaya koymasıdır. Telâfi edici aktivizm, toplum genelinde alan sınırlaması olmaksızın ortaya çıkabilecek hakkaniyetsiz uygulamaların telafisi amacıyla sahip olunan yargısal gücün, devlete belli yükümlülükler yüklemek amacıyla kullanılmasıdır.<sup>[20]</sup>

## C. YARGISAL KENDİNİ SINIRLAMA

Yargısal denetimin sınırsızlığı; bu çalışmada yer verdiğimiz yargısal ak-

[18] Bertil Emrah Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, İstanbul, Beta Yayınevi, 1. Baskı, Kasım 2010, s.31.

[19] Marshall'dan farklı olarak Ernest Young ve Kmiec gibi yazarlar da kavramsal tasnif yapmışlardır. Ayrıntıları için Bknz. <https://-dergipark.org.tr/tr/download/article-file/790635> (E.T.23.09.2024)

[20] Serdar Korucu, "Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi", Liberal Düşünce Dergisi, Sayı 70, 2013, s.205. <https://taad.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/dergiler/taad/-taad31/taad-31.pdf> (E.T.:18.01.2024).

tivizm kavramını doğururken yargısal denetimde sınırlama ise tam tersi olarak politik sorun doktrini meydana getirmektedir.

-Politik Sorun Doktrini: Siyasal iktidarın sonsuz yetki ve arzularının frenlenmesi için ortaya çıkan anayasa yargısının amacına uygun olarak çalışması için kendi sınırları içinde kalması gerekmektedir. Hukukilik denetimi – yerindelik denetimi ayrımı yapıldığında kanun koyucunun takdir alanına müdahale edilmesi de yargının sınırını aştığı anlamına gelmektedir. Anayasa yargısının müdahale etmemesi gereken bu siyasi mahfuz alan politik sorun doktrini olarak tezahür etmektedir.<sup>[21]</sup> Bu kapsamda politik sorun doktrini bünyesinde yasama kısıtlarını bulundurmaktadır.

Demokratik meşruiyete sahip bulunan yasama organına duyulan saygının bir gereği olarak yargı erki *kendini sınırlama* eğilimi gösterebilmektedir. Ancak yüksek mahkemeler anayasal denetimin gereklerine uygun ve onu etkin kılan kararlar verdiklerini izah ettikleri durumlarda bile siyasal iktidar cephesinden sert yorumlarla ve etiketlenmelerle karşı karşıya kalabilmektedirler. Bu durumun neredeyse her kararda ortaya çıkabilme ihtimalinin mevcudiyeti düşünüldüğünde mahkeme üyelerinin kendini sınırlandırması iktidarın kendileri için tehdit haline gelmesini önlemek ve üstlerinde oluşabilecek muhtemel baskıyı en aza indirmek amaçlarına yönelik olmaktadır.<sup>[22]</sup> Nasıl ki aktivist tutum sergilemek amacıyla verilen kararları meşru bir zemine oturtmak hukuk nosyonu ile bağdaşmıyorsa, anılan saiklerle kendi kendini sınırlayan hakimlerin verdikleri kararlar da eşit derecede meşruiyetten yoksundur. Nihayetinde mahkemelerin vermiş oldukları kararların toplum tarafından hoş görülmesi ve kabulü noktasın-

[21] Bakır Çağlar, Parlamento ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi, s.169. <https://-ayam.anayasa.gov.tr/media/6356/bcaglar.pdf> (E.T.23.09.2024)

[22] Haşim Özpolat, “Otoriterleşen Rejimlerde Anayasa Mahkemelerinin Sınırlandırılması: Türkiye Örneği”, Mülkiye Dergisi, Cilt 47, Sayı 6, Aralık, 2023, s.1448.

daki tatmin, onları kendini sınırlandırmaya teşvik edebilmektedir.<sup>[23]</sup>

Her ne kadar, olumsuz anlamdaki aktivizmi önlemek amacıyla anayasal metinlerde mahkemelere belirli sınırlar çizilmiş olsa da anayasa mahkemelerinin bu sınırlara uyma ve somutlaştırma iradelerinin etkin olması gerekir.<sup>[24]</sup>

Bir mahkeme kararının aktivist tutum sergilemenin aksine yargısal anlamda kendini sınırladığının tespitini yapmaktaki ölçütlerden biri de metnin lafzına sadık kalma olarak izah edilebilir. Buna paralel olarak kendini sınırlayan ve yetki denetiminin çerçevesini kanunun lafzıyla çizen bir mahkeme tarafı haklı kılmak uğruna metnin lafzının dışına çıkmayı göze almayacak başka bir ifadeyle mevzuatın sözünü tarafın çıkarından bağimsız olarak değerlendirip gereken özeni gösterecektir.<sup>[25]</sup>

AYM'nin hemen her konuda aynı düzeyde ve şekilde aktivist tutumlar sergileyeceğini varsaymak her koşulda gerçeklikle örtüşmeyebilir. Anayasaya uygunluk denetimi yapan yargı organları, önüne gelen uyuşmazlıkta çoğunluğun siyasi tercihlerini işlevsiz kılabilceği gibi aynı konuda başka bir zaman diliminde liberal demokrasi anlayışını öne çıkarıp demokratikleşmeye katkıda da bulunabilmektedir.<sup>[26]</sup>

Örneğin klasik liberal ekonomi felsefesi ile uyumlu olarak devletin ekonomiye müdahalesinin sınırlandırılması gerektiğini düşünen ve bunun bir tezahürü olarak ekonomik hayata müdahale eden yasama kararlarına

[23] Ergun Özbudun, Anayasacılık ve Demokrasi, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, Eylül 2015, s.51-52.

[24] Duman, op. cit. , s.22.

[25] Ozan Ergül, “Berraklaştırılamayan Bir Kavram: “Yargısal Aktivizm,” TBB Dergisi, Sayı 104, 2013, s.50. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m20-13-104-1241> (E.T.: 24.09.2024).

[26] Semih Batur Kaya, “Anayasa Yargısında Alan Sorunu: Anayasa Yargısının Belirlenmiş Alanı”, TBB Dergisi, Sayı 143, 2019, s.58.

karşı aktivist bir tutum sergileyerek bunları anayasaya aykırı bulmak suretiyle etkisizleştiren bir mahkeme, aktif statü haklarının ya da temel hak ve özgürlüklerin söz konusu olduğu durumlarda, yasamanın daraltıcı düzenlemelerine karşı aynı hassasiyeti ortaya koymayabilir. Keza yasama işlemleri aracılığıyla siyasî haklara ya da negatif statü haklarını daraltmak amacıyla gerçekleştirilen müdahaleler söz konusu olduğunda, aktivist bir tutum sergileyen bir başka mahkeme, ekonomik ve sosyal hakların sınırlandırılmasını öngören yasama işlemlerine karşı aynı hassasiyeti göstermeyebilir.<sup>[27]</sup>

## II. YABANCI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA AKTİVİZM KARŞILAŞTIRILMASI

Siyasi iktidarın sınırsız güç kullanmasının önüne geçmeyi amaçlayan anayasa yargısının mevcut olduğu her rejimde (ABD, Kanada vs.) anayasa yargısının sınırı da gündeme gelmektedir.<sup>[28]</sup>

### A) ABD, KANADA ve ALMANYA YARGISINDA AKTİVİZM ÖRNEKLERİ

ABD Federal Yüksek Mahkemesince verilen kararlar ciddi eleştirilere maruz kalırken Kanada Yüksek Mahkemesince verilen kararlar daha olumlu sonuçlar ihtiva etmektedir.

#### 1- Dredd Scott v. Sandford Kararı:

ABD’de görülen bu dava köleliğin hukuki durumuna ve kölelerin hürriyetine ilişkin olup ABD doktrininde Yüksek Federal Mahkemenin itiba-

[27] Korucu, Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi, op. cit. , s.201

[28] İsmail Köküsarı, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, Ekim 2009, s.10.

rını sarsan ve onu yoğun eleştirilerin odağı haline getiren bir karardır.<sup>[29]</sup>

Anılan kararda köle statüsünde olan başvurucunun özgürlüğünü kazanıp kazanmadığı tartışılmıştır. Önceleri köle iken 1820 Missouri Uzlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle coğrafi yer değişikliği yaparak özgürlük kazanan başvuru sonrasında tekrar eski statüsüne dönmüş ancak bir kere özgürlüğünü kazandığını ve artık köle olmadığını beyan ederek yüksek mahkemeye başvuru yapmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi ise vermiş olduğu tabiri caizse skandal kararında; kongrenin köleliği yasaklama veya kaldırma yetkisine sahip olmadığını ve başvurucunun hiçbir zaman özgürlüğünü kazanamadığını ifade etmiştir.<sup>[30]</sup>

Federal Yüksek Mahkemenin aşırı aktivist tutum sergileyerek vermiş olduğu bu karar yasama erkinin iradesinin gasbedilmesi sonucu doğurmakla birlikte, güçsüz konumda olanları koruma noktasında etkisiz kalmıştır. Anayasa yargısının toplum nezdinde meşruiyetini de zedeleyen işbu tutumun olumlu nitelenmesi mümkün değildir.<sup>[31]</sup>

## 2- Andrews Law Society of British Columbia Kararı:

Kanada Yüksek Mahkemesinin 1800'lü yıllarda vermiş olduğu bu karar Kanada Anayasasında yer alan eşitlik maddesi üzerine yoğunlaşmaktadır. Aktivist tutum sergileyerek norm alanının genişletildiği bu karara konu olay şu şekilde gelişmiştir: Başvurucu Andrew Birleşik Krallık vatandaşı olup Kanada'da avukatlık yapmaktadır. Ancak avukatlık kanununda ruh-

[29] Kararı *nakleden* Fatih Öztürk, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi*

*Gerekli Mi?*, İstanbul, Beta Yayınevi, Tıpkı 2. Baskı, Aralık 2014, s.149.

[30] <https://www.britannica.com/event/Dred-Scott-decision> (E.T.24.09.2024)

[31] Öztürk, *op. cit.* , s.150.

sat şartı olarak vatandaşlık gerekli görüldüğünden baro ruhsat başvurusunu reddetmiştir. Yüksek Mahkeme önüne gelen bu davada eşitlik ilkesini geniş yorumlamış ve hak hürriyet koruma eksenli yaklaşımı sayesinde eşitlik hakkının yabancılara da avukatlık yapma hakkı sağladığına hükmetmiştir.<sup>[32]</sup>

Kanada'nın demografik yapısı incelendiğinde; nüfusun yarısından fazlası göçmen olmakla birlikte bazı ülkelerin de çifte vatandaşlığı (Rusya, Almanya vs.) yasakladığı göz önüne alındığında yüksek mahkeme anılan kararı ve emsal olacağı sonraki kararlar sayesinde birçok mağduriyetin önüne geçmiştir.<sup>[33]</sup>

### **3- Bağdaşmazlık (Unvereinbarerklärung) ve Çağrı (Appellentscheidung) Kararları:**

Alman Anayasa Mahkemesi norm denetimi neticesinde vermeye yasal olarak yetkili olduğu iptal ve ret kararlarının uygulamadaki etkinsizliğini gidermek adına zamanla 'içtihadî' olarak 'bağdaşmazlık' ve 'çağrı' *ara kararlarını* türetmiştir. Anayasa Mahkemesinin yasal olarak yetkisinde olmamasına rağmen bu şekilde karar verebilmesi denetim sınırlarını aşan bir nitelikte olduğundan aktivizm kavramına atfedilebilecektir.

-*Bağdaşmazlık* kararların Alman Anayasa Mahkemesi bir kanun hükmünü anayasaya aykırı bulmakta ancak iptal etmemektedir. Bu kararın amacı anayasaya aykırı olan hükmü canlı tutmaktır çünkü iptal durumunda oluşacak mağduriyet hükmün yürürlükte kalmasına göre daha azdır. Bu kurum daha çok eşitlik ilkesine aykırılığın tespit edildiği dosyalarda

[32] *Ibid.* , s.158.

[33] Oğuzcan Kutkan, "Anayasa Mahkemelerinin Norm Alanını Daraltması ve Genişletmesi", in Prof. Dr. Durmuş TEZCAN Armağanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s.2092.

kendine yer bulmaktadır.<sup>[34]</sup> Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1990'lı yıllarda önüne gelen bir uyuşmazlıkta; Dar Gelirli Vatandaşlara Yönelik Hukuki Danışmaya ve Temsile İlişkin Kanun'un ilgili hükmünün iptali istenmektedir. Dava konusu kanun maddesinde vatandaşlara dayanışma yardımı sağlanması öngörülmüş fakat iş hukuku uyuşmazlıkları dışarda tutulmuştur. Bu uygulamanın eşitlik ilkesine aykırılığı tespit edilmiş fakat mahkemece hemen iptal hükmü kurulmamış bağdaşmazlık kararı verilmiştir.<sup>[35]</sup> Bağdaşmazlık kararında hükmün geçersizliği otomatik ve geçmişe etkili (ex tunc) şekilde doğrudan açıklanmamaktadır çünkü dava özelinde hükmün iptali halihazırda danışma yardımından yararlanan kişilerin de bu haktan yoksun kalmalarına sebep olacaktır. Alman Anayasa Mahkemesine göre eşitlik sağlanması, hükmün iptaliyle değil anayasa uygun olmak üzere hükmün tamamlanmasıyla sağlanacaktır.<sup>[36]</sup> Alman AYM yetki sınırı aşarak türetmiş olduğu bu karar türüyle, vatandaş haklarının doğrudan ve hızlı bir şekilde korunmasına ve eşitlik ilkesinin sağlanmasında ayrıcalıklı olan grubu da mağdur etmeyerek çözüm sağlanmasına hizmet ettiğinden, yargısal aktivizm kavramı bu bağlamda olumlu içerik ihtiva etmektedir.

-Çağrı kararına örnek olarak: Federal Almanya Mahkemesi; seçim çevrelerine ilişkin 1940 yılında yapılan düzenlemenin, sonradan eyaletler arasında yaşanan nüfus değişiklikleri yüzünden *seçme hakkının eşitliği* ilkesine uymadığını açıklayan 22.05.1963 tarihli kararında, bu ihlalin seçim çevrelerinin belirlendiği 1961 yılında henüz öngörülebilir olmadığı

[34] Tolga Şirin, Anayasa Mahkemesinin “Bağlamsal İptal Kararları”(Sınırlandırma Sorunu ve Kısmi Hükümsüzlük Meselesi),<https://blog.lexpera.com.tr/anayasa-mahkemesinin-baglamsal-iptal-kararlari/#fnref17> (E.T.24.01.2025)

[35] Didem Yılmaz ve Şebnem Kılıç, “Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1992 Tarih Ve Bverfge 88, 5 Sayılı Anayasa Şikayeti Kararı”, *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, Cilt 6, Sayı, 20, Haziran 2016, s.10. <https://dergipark.org.tr/pub/kbchd/issue/60988/905918> (E.T.24.01.2025)

[36] Mehmet Turhan, “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Tartışma Paneli”, s.6. <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/4623/tiasm.pdf> (E.T.24.01.2025)

ğından bahisle anayasanın ihlal edilmediğine hükmetmiş ve bir sonraki seçimlerin hakkaniyete uygun bir temelde gerçekleşmesini sağlamak için federal yasama organına seçim çevrelerinin dağılımını gösteren yeni bir liste hazırlanması için *çağrı*da bulunmuştur.<sup>[37]</sup> Sonrasında yerleşik içtihat gelen çağrı uygulamasında AYM, önüne gelen kanunu o an için anayasa-ya uygun bulmakta ancak çıktığı zamana göre bakıldığından aykırılıktan söz edememektedir. Bu durumda henüz anayasaya aykırı olan kanun hükmünün anayasaya uygun sonuçlar doğurması için parlamentoya uyarıda bulunmakta ve şeklen yetkisinde olmayan bir usul izlemektedir.<sup>[38]</sup> Bağdaşmazlık kararında olduğu gibi çağrı kararında da Alman Anayasa Mahkemesi yetki ve yorum sınırlarını aşarak karar türü türetmektedir. Bağdaşmazlık kararına yukarıda verilen örnekte, bireylerin haklarını korurken yine bireyleri mağdur etmeme amacı olduğundan, karar türü türetme şeklindeki aktivist tutum olumlu nitelenmiştir. Ancak çağrı kararı verilen söz konusu davada temel hak ve hürriyetlerin korunmasından ziyade hukuki öngörülebilirlik ilkesi söz konusudur ve Federal Anayasa Mahkemesi şekli katı şekilde yorumlamadan çözüm odaklı içtihat geliştirmek suretiyle yine olumlu sayılabilecek bir aktivist tutum sergilemiştir.

## B) MACARİSTAN - RUSYA YARGILARINDA VE ULUSLARARASI ALANDA AKTİVİZM ÖRNEKLERİ

*-Macaristan demokratikleşme sürecinde;* 1989'da ilk kez Anayasa Mahkemesi Kanunu ile kurulan AYM'nin, soyut ve somut norm denetiminin yanında kanunları yorumlama, kanun taslakları ve henüz onaylanmamış kanunlar hakkında önleyici denetim yapma ve uluslararası kanunların ana-

[37] Bertil Emrah Oder ve Osman Korkut Kanadoğlu, *Uygulamalı Anayasa Hukuku Norm Karar İncelemeleri Metin Çözümlmeleri ve Varsayımsal Olaylar*, İstanbul, Beta Yayınevi, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, 2013, s.405.

[38] Dres.h.c. Winfried Hassemer, "Anayasa Mahkemelerinde Yapılanma" Almanya Raporu, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, 2004, s.34. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52004/678152> (E.T.24.01.2025)

yasa uygunluğunu denetleme gibi geniş yetkileri bulunmaktadır. Üstelik Macaristan'da o dönem kanunların anayasaya aykırılığı her bir vatandaş tarafından sıkı şartlara bağlı olmaksızın öne sürülmekteydi (Yurttaş Şikayeti). Her ne kadar bu geniş yetkiler eleştirilere konu olabilse de tarihsel kuruluş sancıları da göz önüne alındığında bu denli olağanüstü ve geniş yetkilere bir kurum oluşturulması olağandır.<sup>[39]</sup> Ancak böylesine geniş yetkileri haiz olan mahkeme, bu yetkilerini de aşarak toprak reformundan ölüm cezalarına kadar nerdeyse her üç yasadan birini iptal edince siyasi iktidar ve halk tarafından büyük tepkilerle karşılaşmış ve yasamanın çalışamaz hale gelmesine yol açmak suretiyle aktivist olarak yaftalanmıştır. Hal böyle olunca da 2010 yılında yapılan değişiklikle mahkemenin yetkileri büyük oranda elinden alınmıştır.<sup>[40]</sup>

-*Rusya'da* Anayasa Mahkemelerinin kuruluşu 1990'lı yıllara denk gelmekte olup bu mahkemelerin öncelikli görevi norm denetimi alanında yoğunlaşmaktaydı. Ancak Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Valery Zor'kin'in başkanlığında; dönemin siyasi yapısından aşırı rahatsızlık duymuş, yasamanın yok sayıldığı ve yürütme erkinin akıl almaz yetkilerle donatıldığı o atmosferde norm denetimini yapmayı etkisiz ve geç kalmış bir yetki olarak görmüş ve önleyici denetim hakkını kendinde bulduğuna ilişkin birçok karara imza atmıştır.<sup>[41]</sup> Yüksek mahkeme siyasi iktidarla girdiği bu mücadelede aktivist tutum sergileyerek yetki sınırlarını (kendince makul ve meşru gerekçelerde temellendirmiş olsa da) aşmış olduğu ortadadır. Örneğin Cumhurbaşkanının İç İşleri Bakanlığı ve Güvenlik Bakanlıklarını tek çatı altında toplamak için çıkardığı ve tamamen siyasi takdir yetkisinin ve yürütme görevinin kullanılıp yerine getirilmesi anlamına gelen

[39] Taha Kurt, "Anayasal Düzenin Koruyuculuğundan Sıradan Bir Mahkemeye Evrilme Örneği Olarak Macaristan Anayasa Mahkemesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 31, Sayı 4, 2023, s.1745-1750.

[40] *Ibid*, s.1753.

[41] Gönenç, *op. cit.*, s.122.

kararnameyi, cumhurbaşkanının yetkisini aştığından bahisle iptal etmiştir. Yasama ve yürütme arasındaki dengesizliği önlemek isteyen yüksek mahkemenin o dönemki siyasi girdaba kapıldığı ve asıl görevinin ne olduğunu unuttuğu çok açıktır.<sup>[42]</sup>

--*Avrupa Birliği Adalet Divanı* Avrupa Birliği örgütünün karar organı olup Genel Mahkeme ve Adalet Divanı olmak üzere ikili bir yapıdan oluşmaktadır. Divan'ın asıl amacı Avrupa Birliği hukukunun ve ilkelelerinin Avrupa Birliğine üye devletler arasında yeknesak yorumlanması uygulanmasıdır.<sup>[43]</sup> ABAD<sup>[44]</sup>, uluslararası arenada yapmış olduğu yargılamalar neticesinde aktivist olarak nitelenebilecek kararlara imza atmıştır. Bunlardan en önemlileri; Van Gend en Loos ve Costa kararları ile Francovich<sup>[45]</sup> kararlarıdır. Kararların sonuçları ortak olduğundan ve aktivizm noktasında yapılacak değerlendirmeler benzer nitelik taşıyacağından sadece Van Gend en Loos kararı incelenecektir.

Van Gend en Loos davasında dava konusu uyumsuzluk Almanya ve Hollanda arasında yapılan ticaretten doğmuştur. Van Gend en Loos Almanya'dan Hollanda'ya kimyasal madde ithal eden bir şirket olup Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden sonra Hollanda'nın ithal vergilerini artırmasına karşı Birlik Anlaşması hükümleri uyarınca dava açmıştır. Hollanda mahkemeleri ise konuyu bekletici mesele

[42] Ali Asker, "Rusya Federasyonu Anayasasında Kuvvetler Ayrılığı Ve Yargı Erki Üzerine Bazı Notlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s. 1116.

[43] [https://www.ab.gov.tr/avrupa-birligi-adalet-divani\\_45632.html](https://www.ab.gov.tr/avrupa-birligi-adalet-divani_45632.html) (E.T.23.01.2025)

[44] ABAD kısaltması bu bölümde Avrupa Birliği Adalet Divanının kısaltması olarak kullanılacaktır.

[45] [https://www.serbest.av.tr/dosyalar/dosya\\_13878\\_Francovich-ve-Factortame-Kararlari.pdf](https://www.serbest.av.tr/dosyalar/dosya_13878_Francovich-ve-Factortame-Kararlari.pdf) (E.T.23.01.2025).

yapmış ve ABAD’a taşımıştır.<sup>[46]</sup> ABAD’ın bu noktada vermiş olduğu 1963 tarihli karar esas uyuşmazlığın çözümüne ilişkin görüşünden ziyade ‘siyasi entegrasyon’ ve ‘doğrudan etki prensibi’ kavramlarını uluslararası alana taşımasıyla önem arz etmektedir. ABAD’tan, Hollanda mahkemelerince görüşü istenilen konu, Antlaşmanın 12. maddesinin<sup>[47]</sup> üye devletlerin iç ilişkisinde doğrudan etki doğurup doğurmayacağı, diğer bir ifadeyle doğrudan uygulanıp uygulanamayacağı konusuyla ilgilidir. Divanın kararı, antlaşmanın ilgili hükmünün üye devletlerin iç hukuk normu olarak

[46] [https://www.cvce.eu/en/obj/judgment\\_of\\_the\\_court\\_van\\_gend\\_loos\\_case\\_26\\_62\\_5\\_february\\_1963-en-4b81d-cab-c67e-44fa-b0c9-18c48848faf3.html](https://www.cvce.eu/en/obj/judgment_of_the_court_van_gend_loos_case_26_62_5_february_1963-en-4b81d-cab-c67e-44fa-b0c9-18c48848faf3.html) (E.T.23.01.2025)

[47] Dava tarihinde söz konusu olan 12. Maddenin günümüzdeki hali Avrupa Birliği Anlaşmasının 25. Maddesidir. Bu madde Birliğin, kendine üye olan devletlerin ortak dış ve güvenlik politikalarını nasıl yönlendireceğini izah etmektedir:

‘Birlik, ortak dış ve güvenlik politikasını aşağıdaki şekillerde yönlendirir: a) genel yönlendirici ilkeleri belirleyerek, b) aşağıdakileri belirleyen kararları kabul ederek: i) Birlik tarafından yürütülecek eylemler, ii) Birlik tarafından benimsenecek tutumlar, iii) (i) ve (ii) bentlerinde belirtilen kararların uygulanmasına ilişkin kurallar. c) üye devletler arasında, politikalarının yürütülmesinde, sistematik iş birliğini güçlendirerek. 1. Avrupa Birliği Zirvesi, savunma alanında etkileri olan konulara ilişkin olanlar da dahil, ortak dış ve güvenlik politikası bakımından Birliğin stratejik çıkarlarını belirler, hedeflerini tespit eder ve genel yönlendirici ilkelerini tanımlar. Zirve, gerekli kararları kabul eder. Uluslararası gelişmeler gerekli kıldığında, Avrupa Birliği Zirvesi Başkanı, bu gelişmeler karşısında Birlik politikasının stratejik esaslarını belirlemek amacıyla Avrupa Birliği Zirvesi’ni olağanüstü toplantıya çağırır. 2. Konsey, Avrupa Birliği Zirvesi tarafından belirlenen genel yönlendirici ilkeler ve stratejik esaslar temelinde, ortak dış ve güvenlik politikasını oluşturur ve bu politikanın belirlenmesi ve uygulanması için gerekli kararları alır. Konsey ve Birlik Dışişleri ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisi, Birlik eyleminin birliğini, tutarlılığını ve etkililiğini sağlar. 3. Ortak dış ve güvenlik politikası, Yüksek Temsilci ve üye devletler tarafından ulusal imkanlar ve Birlik imkanları kullanılmak suretiyle uygulanır.’ <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (E.T.23.01.2025)

nitelenmese de uygulamalarına doğrudan sirayet edeceği, şeklindedir.<sup>[48]</sup> Doğrudan etki ve üstünlük ilkeleri herhangi bir Avrupa Birliği Antlaşması veya Yönergesinde ifade edilmediğinden, ABAD bu doktrinleri Avrupa Birliği için “yargısal olarak yasallaştırmıştır”. Buna ek olarak, doğrudan etki ve üstünlük doktrinlerinin yaratılmasının, ABAD’ın Avrupa Birliği hukukunun uluslarüstü etkilerini çıkarsadığı ve hayata geçirdiği teleolojik akıl yürütme yöntemiyle ilişkili olduğu ve yargısal aktivizm örneği teşkil ettiği ileri sürülebilir.<sup>[49]</sup> Yine ABAD tarafından 1964 yılında verilmiş Costa kararında da ulaşılan sonuç da Van Gend en Loos kararına benzer şekilde topluluk hukukunun ulusal hukuktan önce gelmesi ve doğrudan etki prensibi yönünde olmuştur.<sup>[50]</sup>

ABAD’ın anılan şekilde aktivizme kayan yorumlar yapmasının, Avrupa Birliği’nin kurumsal yapısında meydana gelen değişimi destekleyeme yönelik olduğu söylenebilir. Avrupa Birliği’nin bir konfederasyondan federasyona dönüşme çabası içinde olduğu ve ABAD’ın bu değişimde, vermiş olduğu aktivist kararlar vasıtasıyla öncü konuma geldiği görülmektedir. Bu durumda uluslararası alanda verilen aktivist kararların da diplomatik ve siyasi ideolojilere hizmet eder hale geldiği görülmektedir.

### C) GENEL KARŞILAŞTIRMA VE DEĞERLENDİRME

ABD’de Federal Yüksek Mahkemenin siyaseti doğrudan ilgilendiren konularda, bazen meşru hükümetin mahfuz alanının daraltılması sonucunu

[48] <https://uluslararasıhukukcalismalari.wordpress.com/2017/02/28/van-gend-en-loos-davasi-van-gend-en-loos-v-nederlandse-administratie-der-belastingen-case-2662-1963-a-b-a-d-karari/> (E.T.23.01.2025)

[49] Sharan Chandran, “Judicial Activism in the European Union”, s.4. [https://www.academia.edu/32952826/Judicial\\_Activism\\_in\\_the\\_European\\_Union](https://www.academia.edu/32952826/Judicial_Activism_in_the_European_Union) (E.T.23.01.2025)

[50] İlhan Aras, “Avrupa Birliği Hukukunun Önceliği İlkesi”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 99, Aralık 2015, s.9. <https://-dergipark.org.tr/tr/pub/sayistay/issue/61555/919175> (E.T.24.01.2025)

doğuracak şekilde almış olduğu kararları ifade etmek üzere kullanılan “yargısal aktivizm” teriminin, anayasa yargısının ve bu denetimin sınırlarının küresel paydada geniş alana yayılmasına paralel olarak dünyanın neredeyse her toplumunda aktif olarak kullanılan somut bir kavram haline geldiği görülmektedir. Ülkemizde de bu kavrama aşinalığın artması, AYM’nin birtakım denetimlerde siyaset alanının üstünde tahakküm kuran ve demokratik karar alma kabiliyetini büyük ölçüde etkisizleştiren bir tutum içine girmiş olmasından kaynaklanmaktadır.<sup>[51]</sup>

Anayasa yargısında süregelen ana sorunların somut bir kısmını, anayasa yargısından sorumlu mercilerin, anayasal yetki sınırlarının dışına çıkmaları teşkil etmektedir. Anayasa yargısının denetim çerçevesini aşımı, türlü şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Batı toplumlarında demokratik hukuk devleti niteliğinin değişen oranlarda yerleştiği, bazı ülkelerde özellikle meşru zemine oturan siyasi iktidarların takdir alanı içinde kalan konularda olumsuz netice doğabileceğinden bahisle anayasa yargısı organlarının, yargısal aktivizm yerine “kendi kendini sınırlandırma” eğilimini ortaya koydukları görülmektedir.<sup>[52]</sup>

Türk hukukunda aktivizm örneği teşkil eden kararlar bir sonraki bölümde ele alınacak olmakla birlikte Türk AYM kararlarının bütünü incelendiğinde, demokratik topluma uygun hak ve hürriyetleri koruyucu eksenli karar örneklerinin niceliksel olarak kendilerine daha az yer buldukları ortadadır. İdeoloji eksenli bir yaklaşım belirlemek ve siyasetle yakın durmak suretiyle; azımsanmayacak derecede aktivist kararlara imza atabilen AYM, temel hak ve hürriyetlerin güvence altında tutulması gibi siyaset dışı insan temelli konular masaya yatırıldığında genel olarak daha çekimser tu-

[51] Korucu, *Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi*, op. cit. , s.201.

[52] Adnan Küçük, “Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi Ya Da Kötü Bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi”, *TAAD*, Sayı 31, Temmuz 2017, s.260.

tum sergilemekte ve esas olarak içi doldurulamayan tatmin ediciliği düşük kararlar vermektedir.

Son olarak anayasa mahkemesinin dünya genelinde ortaya çıkışına baktığımızda; ilk olarak 1920 Tarihinde Avusturya'da tarih sayfalarında görünmektedir. İkinci Dünya Savaşı'na müteakip olarak 1948'de İtalya'da 1949'da Almanya'da merkezi yönü güçlü Anayasa Mahkemeleri kurulmuştur. Tarihin ilerleyen zamanlarında ise 1958'de Fransa'da, 1960'ta Kıbrıs'ta etkinlik yönü tartışılmaksızın Yüksek Mahkemelerinin kendine yer bulduğu görülmektedir. Ülkemizde ise malum olduğu üzere Anayasa Yargısının meşru olarak Anayasada yer alması ancak 1961 yılında gerçekleşebilmiştir. Görüldüğü üzere anayasa mahkemesi diğer ülkelere oranla daha geç hukuk sisteminde yer almakla birlikte kurulma amacına uygun olmayan kararlar alma eğilimi de göstermektedir.

### III. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA YARGISAL AKTİVİZM ÖRNEKLERİ VE AYM'NİN YORUMU

Anayasamızda yer alan soyut ve genel ifadeler Anayasa Mahkemesinin somutlaştırma görevi adı altında yorum yapmasını zorunlu kılmakla beraber anayasa metninin bizzat kendisinin siyasal bir metin olması da yine AYM'nin verdiği kararlarla siyasi tercihlerde bulunmasını kaçınılmaz hale getirmektedir. Yargısal aktivizm olağan yargı sınırlarının aşılması şeklinde ortaya çıkmakla birlikte genel olarak siyasi iktidarın alanını daraltan negatif bir özellik ihtiva etmektedir. Ancak zaman zaman yasama çoğunluğuyla uyum içinde ve paralel bir tavır ortaya koyan aktivist kararlar da söz konusu olabilmektedir.<sup>[53]</sup> Anayasa Mahkemesi temel hak ve hürriyetleri korumak ve anayasanın üstünlüğünü sağlamak amacıyla hareket ettiği ölçüde pozitif bir aktivizmden bahsedilebilecekken yasama organının siyasal tercihlerine müdahale etmeye başladığı anda aktivizm kavramı olumsuz

[53] Serdar Korucu, *Yargısal Aktivizm Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Nisan 2014, s.52-53.

bir anlama bürünecektir. Bu sınırın net bir şekilde çizilmesi ve kararların değerlendirilmesi için ise karar gerekçeleri ve AYM'nin amacının tespit edilmesi önemlidir.<sup>[54]</sup>

Siyasi iktidarın olduğu her toplumda anayasa yargısı ihtiyacı ve anayasa yargısının kurumsallaştığı her toplumda ise yargının sınırının tespiti gereği söz konusu olmakla birlikte bunlara paralel olarak aktivizm içeren yargı kararları da gün yüzüne çıkmaktadır. Yukarı bölümde kısaca diğer ülkelere ilişkin kararlar incelenerek yargısal aktivizmin ne durumda olduğu ortaya konmuştur. Bu bölümde ise Türk Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar doğrultusunda aktivizm noktasındaki tutumu ve yorumu; y ekseninde 'yargısal aktivist tutum' ve x ekseninde 'yargısal kendini sınırlama' hareketleri olan bir koordinat düzleminde dalgalanan bir grafiğin zihnimizde canlanacağı bir görüntü çizilecektir. .

## A. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASINA İLİŞKİN AYM KARARLARI

Anayasa uygunluk denetimi yapan AYM'nin kanunların yürürlüğünü durdurma noktasında herhangi bir yetkisinin olup olmadığına ilişkin anayasada ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkında Kanun'da, bir düzenleme yer almamaktadır.<sup>[55]</sup> Buna karşılık anayasanın 125. maddesinde idari işlemlerde yürütmenin durdurulması olanağı getirilmiştir. Bu imkanın AYM'ye de tanınması noktasında açık hüküm bulunmamakla birlikte AYM, aktivist bir tutum sergileyerek açıkça kendisine tanınmayan bu yetkiyi kullanma eğilimine girmiştir. AYM ilk defa anılan yetkisini; 509 Sayılı '*Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketinin*

[54] <https://t24.com.tr/yazarlar/fikretilkiz/yargisalaktivizmdeyuk-sekmahkemelerimiz,-38360>(E.T.23.01.2024)

[55] Anayasa Mahkemesinin aşağıda incelenecek eski tarihli kararları zamanında yürürlükte olan mülga 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda da 6216 Sayılı Kanuna paralel olarak yürürlüğü durdurmaya ilişkin hüküm bulunmamaktadır.

*Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin'* iptali istemiyle açılan soyut norm denetimi davasında 1993 yılında vermiştir.<sup>[56]</sup> Buna müteakip Anayasa Mahkemesinde norm iptali için açılan davalarda yürürlüğün durdurulması kararı verilebileceği, içtihadi yolla kabul edilmiş ve tartışmaların üstü örtülmüştür. Anayasa Mahkemesi 1993 yılında norm denetimi neticesinde vermiş olduğu yürürlüğü durdurma kararını kendi iç tüzüğü düzenleyerek sürdürmektedir.<sup>[57]</sup>

Çoğunluğun katıldığı ve yürütmenin durdurulması noktasında verilen bu kararın gerekçesinde kısaca;

*“Hukuk Devletinin, Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında altı çizildiği üzere, adalete uygun bir hukuk düzenini temellendirilen, bu düzenin sürekliliğini zorunlu addeden ve tüm mecralarda hukuka ve anayasaya uygun davranan bir devlet olduğu, yargı yetkisinin etkinliğinin “karar verme” aracının da özgürce ve eksiksiz kullanılmasını gerektirdiği; “yürütmeyi durdurma” önleminin bu “eksiksiz kullanma” kapsamında yer aldığı, “dava” kavramının yürütmenin durdurulmasını da kapsadığı, yürütmenin durdurulması yetkisinin davada tahkikata dahil bir aşama olduğu, nihai kararı vermeye yetkisini haiz mercinin, davanın daha başında diğer bir kısmı için karar veremeyeceğinin kabulünün “yargı yetkisinin eksiksiz kullanılmasıyla” bağdaşmadığı, yürütmenin durdurulmasının, yargılama aşamalarında etkinliğini artıran faydalı bir işlem olarak yargılama faaliyetinin bütünlüğü içine dahil olduğu” ifadelerine*

[56] Anayasa Mahkemesi, 21 Ekim 1993 Tarih ve E. 1993/33 K. 1993/40 Sayılı Norm Denetimi Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Cilt 1, Sayı 29, s.564. (Karar 6 oya karşı 5 oyla verilmiş olup o dönem muhalif kalan üye sayısı da azımsanmayacak ölçüdedir.)

[57] İbrahim Şahbaz, *Anayasa Mahkemesinin Baktığı Davalar*, Ankara, Legem Yayınevi, 1. Baskı, 2024, s.860.

yer verilmiştir.<sup>[58]</sup>

Anayasa Mahkemesinin yürürlüğünü durdurduğu kanunlardan birisi de 5735 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dur. Kararda, Anayasa Mahkemesi hem anayasa değişikliğine ilişkin kanunu şekil bakımından incelemiş hem de yürürlüğü durdurma yetkisini haiz olduğundan bahisle durdurma kararı vermiştir.<sup>[59]</sup> Anayasa Mahkemesi, içerik yönünden gerekçesinin 16. paragrafında şu ifadelerle yer vermiştir: *“Bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı olsa da kullanılan dini eşyanın öğrencilerin ve öğretmenlerin bulunmak durumunda olduğu sınıflarda veya laboratuvarlarda, farklı yaşam biçimlerine, siyasi görüşlere veya inançlara sahip diğer bireyler üzerinde baskı aracı olarak tezahür etmesi muhtemeldir”*.<sup>[60]</sup> AYM'ye göre böylesine ciddi sonuçlar doğurabilecek bir kanunun yürürlüğün durdurulması elzemdir.

Anayasa Mahkemesinin mevzuatça kendisine tanınmayan bu yetkiyi fiili olarak içtihatlarla kendisinde görmesi ciddi tartışmalara sebebiyet vermiştir. Yukarıda alıntılanan içtihadın anayasaya uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü ilk derece yargı mercilerine yönelik olarak ihtiyati tedbir kararı verme yetkisini hüküm altına alan *yasa koyucunun*<sup>[61]</sup> ve Anayasa metninde madde 125/6'da açıkça idari yargıda hakime yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisini hüküm altına alan *anayasa koyucunun*, anayasa yargısı söz konusu olduğunda bu yetkiyi düzenlemeyi unuttuğu-

[58] Ahmet Akyalçın, “Anayasa Mahkemesinde Yürürlüğün Durdurulması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı 22, Haziran 2006, Birinci Oturum Değerlendirme Oturumu, s.47. [https://anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg23/akyal-cin.pdf](https://anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg23/akyal-cin.pdf) (E.T.:20.01.2024)

[59] Anayasa Mahkemesi, 22 Ekim 2008 Tarih ve E. 2008/16 K. 2008/116 K. Sayılı *Soyut Norm Denetimi Kararı*, R.G, Sayı 27032, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008-10/20081022.htm>

[60] Fatih Demircan, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yürürlüğü Durdurma Kararlarının Hukuki Niteliği”, *TBB Dergisi*, Sayı 120, 2015, s.139.

[61] 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde madde 389 ve devamı.

nu ya da ihmalkar davrandığını söylemek makul bir zemine oturmayacaktır. Zira anılan düzenlemelere yer verildiği göz önüne alındığında gerek görülseydi anayasa yargısı için de yürütmenin durdurulması evleviyetle hüküm altına alınmış olurdu. Anayasa Mahkemesinin yer verdiği bir başka dayanak ise yürürlükten kalkmış olan eski Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Kanunun gerekçe açıklamasıdır. Anılan eski kanun gerekçesinde genel manada yargılama usulünden bahsedilmiş olmasına karşın, mahkemenin bu nitelikte bir yetkiye sahip olduğuna ilişkin açıkça bir düzenlemeye yer verilmemiştir.<sup>[62]</sup>

Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırı bulacağını muhtemel gördüğü bir düzenlemenin yürürlüğünü durdurması, yargılama sürecinde geçen zamanda da hak ihlallerinin doğmasını engelleyeceğinden olumlu bir anlam ihtiva edecektir. İctihatla türetilen bu müessese sayesinde AYM önüne gelen dosyada iptali istenen hükmün uygulamasını durdurarak doğrudan ve hızlı bir şekilde etkin çözüm bulmakta, hak kaybını önlemekte ve toplum nezdinde meşru konuma gerekmektedir.

## **B. OHAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİNİN DENETİMİNE İLİŞKİN AYM KARARLARI**

1982 Anayasası'nın 148. maddesinde 2017 değişikliklerinden önce hukukumuzda mevcut olan olağanüstü hallerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin yargı denetimi dışında tutulacağı belirtilmiş olup aynı düzenleme 2017 sonrasında OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için de öngörülmüştür.

2017 Anayasa değişikliği öncesinde mevzu hukukta OHAL Kanun Hükmünde Kararnamelerinin yargısal denetimi tartışmaya kapalı olacak şekilde yasaklanmış olmakla birlikte hak kaybına sebebiyet vermemek adına Anayasa Mahkemesi önüne gelen düzenlemenin gerçekten OHAL

[62] Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 20. Baskı, Ağustos 2016, s.446.

Kanun Hükmünde Kararnamesi niteliğinde olup olmadığını değerlendirmektedir.<sup>[63]</sup> Yargısal denetim sınırının aşıldığı öne sürülen bu kararlarda AYM hukuki nitelendirmeyi kendisi yapmakta ve başlıkla bağlı kalmaktadır.<sup>[64]</sup>

*“Anayasa Mahkemesi soyut ve somut norm denetimi için önüne gelen ve yasama/yürütme organlarınca yürürlüğe konan düzenleyici işlemin hukuksal nitelendirilmesini ortaya koymak mecburiyetinde-dir. Zira Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metne verilen adla bağlı kalmak zorunda değildir. Bu sebeple, Anayasa Mahkeme-si ‘OHAL KHK’si’ başlığı konarak düzenlenen normların, anayasa-da belirtilen niteliklere sahip ve uygunluk denetimi dışında tutulan gerçekten bir ‘Olağanüstü Hâl KHK’si’ niteliğinde olup olmadıkları- rını tespit etmek ve bu niteliği haiz olmayan düzenlemeler için ana-yasaya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. Anayasanın 148. maddesi sadece olağanüstü hal KHK niteliğinde olan düzenlemeleri anayasaya uygunluk denetiminin dışında bırakmıştır”.*<sup>[65]</sup>

Yukarıda açıklanan şekilde Anayasa Mahkemesinin kendisine verilmiş hatta yasaklanmış olan bir yetkiyi kullanarak denetim görevine soyulması aktivist tutum sergilediği kararlara açıkça örnek verilebilecektir. Doyurucu argümanlar içeren işbu karar gerekçeleri göz önüne alındığında siyasi elitlerin yargı denetiminden kaçmasının önüne geçildiği görülmekte

[63] Anayasa Mahkemesi 10 Ocak 1991 Tarih ve E. 1990/25, K. 1991/1 Sayılı Norm Denetimi Kararı <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1991-1-nrm.pdf> (E.T.30.20.2024)

[64] Taylan Barın, “Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması ve Sınırlanması Arasında - Kanunlaşan OHAL Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 75, Sayı 2, 2020, s. 559.

[65] Anayasa Mahkemesi 3 Temmuz 1991 Tarih ve E. 1991/6, K. 1991/20 Sayılı Norm Denetimi Kararı <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1991-20-nrm.pdf> (E.T.29.10.2024)

ve bu aktivist tutumun pozitif anlam ihtiva ettiği anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi içtihaden türetmiş olduğu bu kurum sayesinde; hükümetin kendisine verilmiş yetkileri kötüye kullanmasının önüne geçmekte, yürütme erkinin hakkını kötüye kullanmasına ve hukuka karşı hile yapmasına izin vermemektedir. Toplum nezdinde değerlendirildiğinde vatandaşlar, AYM'nin şekle bağlı kalmayarak, devletin bireylere temas ettiği noktalarda, hükümetin denetimsiz kalmasına müsaade etmediğini görmekte ve yargıya güvenmektedirler. Hal böyle iken de AYM'ce aktivist tutum sergilenmesi demokratik ve meşru nitelik ihtiva etmektedir.

2017 Anayasa Değişiklikleri ile mevzuatımıza farklı bir boyutta giren OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin denetimine ilişkin emsal karar bulmak zor olsa da AYM'nin OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile benzer nitelik gösteren OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri hakkında vermiş olduğu eski tarihli kararları bu hususta bize yol gösterebilecektir.

### **C. DENETLENEMEZ PARLAMENTO KARARLARININ DENETİMİNE İLİŞKİN AYM'NİN YAKLAŞIMI**

TBMM kararları, kural olarak, mevcut hukuk düzenimizde herhangi bir yargısal denetime tabi tutulmamaktadır. Bu durum hukuk devleti ilkesini ihlal etmemekle birlikte, TBMM'nin karar işlemlerinden olan 'yasama dokunulmazlığının kaldırılması', 'milletvekilliğinin düşmesi kararı' ve 'TBMM İç Tüzüğü' Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Ancak AYM anılan üç istisna dışındaki meclis kararı statüsüne giren işlemleri de denetleme yetkisini kendisinde bulmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin cumhurbaşkanı seçimi konusunda verdiği karar sayesinde, bu durum zirve noktasına ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi, Ma-

yıs 2007’de verdiği söz konusu kararla<sup>[66]</sup> daha önceki cumhurbaşkanlığı seçimlerinde öne sürülmeyen ancak 11. Cumhurbaşkanı seçimi yapılmadan önce gündeme gelen karar yeter sayısı – toplantı yeter sayısı ayrımı tartışmalara yol açmıştır. Bu tespiti öne sürenler; karar yetersayısı olarak öngörülen 2/3 çoğunluğun gerek ilk oylamada gerekse ikinci oylamada toplantı yeter sayısı olarak da kabul edildiğini ileri sürmüştür. Bu durumda ise 367 milletvekili sandığa gitmeden seçim tamamlanamayacaktır.<sup>[67]</sup>

Anayasa Mahkemesi mezkur sayılı kararla anayasanın 102. Maddesindeki 2/3 karar yeter sayısının toplantı yeter sayısını da ihtiva ettiğine hükmetmiş, 1/3 toplantı yeter sayısının kabulüne ilişkin MECLİS KARARINI eylemli bir iç tüzük değişikliği olarak niteleyerek denetlemiş ve iptal etmiştir.<sup>[68]</sup>

Aslında AYM’nin OHAL Kanun Hükmünde Kararnamelerini esastan denetlemesinde olduğu gibi burada da yetki sınırını aşması usul yönünden benzerlik göstermektedir. Ancak bu noktada, aktivist tutumu olumlu ya da olumsuz olarak değerlendirmekte AYM karar gerekçesi önem ihtiva etmektedir. Zira bir kararı, AYM denetimi dışında bırakmak için başvurulacak yolun engellenmesi olumlu iken, parlamento iradesinin önüne geçilmesi veya bizzat kanun koyucu gibi hareket edilmesi olumlu olarak değerlendirilemeyecektir.

AYM’nin bu tutumu ile kendi anayasal yetki sınırlarını aşmış olduğu açıktır. Öncelikle AYM’nin bir iç tüzük normunu denetlemesi için ortada

[66] Anayasa Mahkemesi 1 Mayıs 2007 Tarih ve E. 2007/45, K. 2007/54 Sayılı Norm Denetimi Kararı <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2007-54-nrm.pdf> (E.T.29.10.2024)

[67] Yusuf Şevki Hakyemez, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2009, s.100.

[68] Yavuz Atar, “Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, 2008, s.109.

yazılı bir iç tüzük düzenlemesi veya değişikliği bulunmalıdır. Şeklen bu şartın gerçekleştiğinin kabulü mümkün değildir. Ayrıca Mahkeme esas incelemesinde cumhurbaşkanı seçiminin öneminden ve mahiyetinden dem vurarak nitelikli çoğunluğun toplantı yeter sayısı olarak da aranacağını, üstelik bu çoğunluğun her turda ayrı ayrı sağlanması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>[69]</sup>

Anayasa Mahkemesi parlamento kararını eylemli iç tüzük değişikliği olarak görmek ve iptal etmek suretiyle cumhurbaşkanı seçimini adeta çıkmaza sokmuştur. Parlamento ise buna karşı tepkisini 5678 Sayılı *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanunu* çıkarmak suretiyle ortaya koymuştur. Anılan tıkanıklığı gidermek amacıyla yapılan yeni anayasa değişikliği neticesinde cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin önü açılmıştır.<sup>[70]</sup>

Görüldüğü üzere AYM'ce verilen bu kararın toplumsal ve siyasi sonuçları olmuştur. Anayasa Mahkemesi kararları bağlayıcı olduğundan, verilen bu karar neticesinde başvurulacak tek yol yeni bir kanun çıkarmak ve tıkanıklığı gidermek şeklinde tezahür etmiştir.

Son olarak mahkemenin, anayasanın cumhurbaşkanı seçimine üst düzey önem atfetmek suretiyle hem toplanma hem de karar alma noktasında aşırı nitelikli bir uzlaşmayı aramış olmasının olası olduğuna dair gerekçesi de tamamen hukuki dayanaktan yoksundur. AYM'nin bu husustaki aşırı aktivist tutumunun olumlu değerlendirilebilmesi mümkün değildir.

[69] Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 62, Sayı 3, 2007, s.266.

[70] Süleyman Emre Zorlu, "5678 Sayılı Kanunla Gerçekleştirilen Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı'nın Seçimi ve Demokratik Seçimin Genel İlkeleri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, 2016, s.64.

## D. SİYASİ PARTİ KAPATMA DAVALARINDA AYM'NİN AKTİVİST TUTUMU

Siyasi parti kapatma davaları niceliksel olarak incelendiğinde ülkemizin adeta siyasi parti çöplüğü haline geldiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin gerek siyasi parti kapatma gerekse Hazine Yardımından mahrum bırakma taleplerinde sergilemiş olduğu aktivist tutum zirve noktasına ulaşmaktadır.<sup>[71]</sup>

Türk AYM'si siyasi hak ve özgürlüklerin ihlali iddiaları söz konusu olduğunda hak koruyucu tutum sergilemek yerine ideoloji eksenli tercihlerde bulunarak toplum tarafından kabul görülebilirliğine zarar vermektedir.<sup>[72]</sup>

AYM, siyasi parti kapatma davalarında 'demokratik devlet ilkesi', 'devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi' ve 'laik devlet ilkesi' olmak üzere başlı başına üç gerekçeye dayanmaktadır.

*-Devletin milleti ve ülkesiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi* dayanak gösterilerek Sosyalist Parti,<sup>[73]</sup> Özgürlük ve Demokrasi Partisi,<sup>[74]</sup> Halkın Demokra-

[71] Hüseyin Murat Işık, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Devletin Resmi İdeolojisi (Siyasi Parti Kapatma Kararlarının İçerik Analizi), Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2012, s.409.

[72] Atar, op. cit. , s. 110.

[73] Anayasa Mahkemesi 10 Temmuz 1992 Tarih ve E. 1991/2 K. 1992/1 Sayılı Siyasi Parti Kapatma Kararı nakleden Öztürk, op. c.t. , s. 133. <https://siyasipartikararlar.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1992-1-spk.pdf> (E.T.18.10.2024)

[74] Anayasa Mahkemesi 23 Kasım 1993 Tarih ve E. 1993/1 K. 1993/2 Sayılı Siyasi Parti Kapatma Kararı nakleden Öztürk, op. c.t. , s. 133. <https://siyasipartikararlar.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1993-2-spk.pdf> (E.T.18.10.2024)  
Anayasa Mahkemesi anılan kararda ilginç bir temellendirmede bulunmuş, karşılaştırmalı hukuktan yararlanmak suretiyle Almanya ve Fransa gibi ülkelerde verilmiş olan ve devletin bölünmez bütünlüğü ilkesine dayanan kararlara dolaylı atıfta bulunmuştur: "Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi de Federal Cumhuriyetin varlığını tehlikeye atan veya temel

sisi Partisi,<sup>[75]</sup> Sosyalist Birlik Partisi<sup>[76]</sup> gibi birçok parti kapatılmıştır. AYM bu kararlarda ortak olarak; ana dilde eğitim görme taleplerini farklı kültür ve dili koruyarak ülkede azınlık oluşturma şeklinde nitelemiş ve bundan bahisle devletin bütünlüğü ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Karar gerekçesinde; Anayasanın üçüncü maddesinde devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğu ve 4. Maddede ilk üç maddenin değiştirilemeyeceğine yer verildiği, yine 68. Maddenin dördüncü fıkrasında siyasi partilerin, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı faaliyette bulunamayacağını belirtildiği ifade edilmiştir. Yine Siyasi Partiler Kanunu 101. Maddesi de parti tüzük ve eylemlerinin Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı olmasını kapatma nedeni olarak saymıştır. AYM vermiş olduğu kapatma kararlarını, aktarılan anayasa ve kanun hükümlerine dayandırmış olsa da esas yönünden yaptığı incelemeler siyasal örgütlenme hakkına doğrudan ve ağır müdahale içermektedir.

- *Laiklik ilkesi* gerekçe gösterilerek Milli Nizam Partisi,<sup>[77]</sup> Refah

---

*demokratik düzeni yoketmeye yönelik faaliyetlerde bulunan siyasal partileri kapatma yetkisine sahiptir. Ve Almanya Anayasa Mahkemesi hem Komünist Partiyi hem de Faşist Partiyi bu gerekçelerle kapatmıştır.....Fransız Anayasa Konseyi, Korsika'ya özel statü tanıyan Yasa'nın iptali ile ilgili kararında, Fransız vatandaşlarından oluşan "Fransız Halkı"nın korunması için özen göstererek "Fransız Halkı"nın mütemmim cüzî (tamamlayıcısı olan) «Korsika Halkı» kavramını reddetmiş ve söylenmesi gerekenin «Kanunen bölünmesi mümkün olmayan Fransız Halkı» olduğunu vurgulamıştır.*

[75] Anayasa Mahkemesi 13 Mart 2003 Tarih ve E. 1999/1 K. 2003/1 Sayılı *Siyasi Parti Kapatma Kararı* nakleden Öztürk, *op. c.t.* , s. 133. <https://siyasipartikararlar.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2003-1-spk.pdf>(E.T.18.10.2024)

[76] Anayasa Mahkemesi 19 Temmuz 1995 Tarih ve E. 1993/4 K. 1995/1 Sayılı *Siyasi Parti Kapatma Kararı* <https://siyasipartikararlar.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1995-1-spk.pdf> (E.T.18.10.2024)

[77] Anayasa Mahkemesi 20 Mayıs 1971 Tarih ve E. 1971/1 K. 1971/1 Sayılı *Siyasi Parti Kapatma Kararı* *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi* Sayı 9,

Partisi,<sup>[78]</sup> Fazilet Partisi,<sup>[79]</sup> Huzur Partisi,<sup>[80]</sup> gibi birçok parti kapatılırken Adalet ve Kalkınma Partisi<sup>[81]</sup> de devlet yardımından yoksun bırakılmıştır. (Anayasamızın 69. Maddesine 4709 Sayılı Kanunla 03.10.2001 Tarihinde eklenen 7. fıkra ile parti kapatma sebebi vuku bulsa bile işlenen fiillerin ağırlığına oranla kapatma kararı yerine devlet yardımından kısmen veya tamamen mahrum bırakma kararı verebilme noktasında AYM'ye takdir hakkı tanınması; anayasa koyucunun mahkemenin aşırı aktivist kararlarının önüne geçmek istemesinin, demokratik ilkelere yatkınlığın ve ölçülülük ilkesinin birer tezahürü olarak değerlendirilebilir.)<sup>[82]</sup> AYM'nin laiklik ilkesini değerlendirirken militan demokrasi anlayışına göre hareket ettiği görülmektedir. Mezkur sayılı kararlar incelendiğinde adeta laiklik ilkesinin korunması adına bazı özgürlüklerin feda edildiği gözlenmektedir. AYM bu

s.7. nakleden Öztürk, *op. c.t.* , s. 133. [https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar\\_der-gisi/kd\\_09.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_der-gisi/kd_09.pdf) (E.T.18.10.2024)

[78] Anayasa Mahkemesi 16 Ocak 1998 Tarih ve E. 1997/1 K. 1998/1 Sayılı *Siyasi Parti Kapatma Kararı nakleden Öztürk, op. c.t.* , s. 133. <https://siyasipartikararlar.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1998-1-spk.pdf> (E.T.18.10.2024)

[79] Anayasa Mahkemesi 22 Haziran 2001 Tarih ve E. 1999/2 K. 2001/2 Sayılı *Siyasi Parti Kapatma Kararı nakleden Öztürk, op. c.t.* , s. 133. <https://siyasipartikararlar.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2001-2-spk.pdf> (E.T.18.10.2024)

[80] Anayasa Mahkemesi 25 Ekim 1983 Tarih ve E. 1983/2 K. 1983/2 Sayılı *Siyasi Parti Kapatma Kararı nakleden Öztürk, op. c.t.* , s. 133. <https://siyasipartikararlar.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1983-2-spk.pdf> (E.T.18.10.2024)

[81] Anayasa Mahkemesi 30 Temmuz 2008 Tarih ve E. 2008/1 K. 2008/2 Sayılı *Siyasi Parti Hazine Yardımından Mahrum Bırakma Kararı nakleden Öztürk, op. c.t.* , s. 134. <https://siyasipartikararlar.anayasa.gov.tr/SP/2008/2/1> (E.T.18.10.2024)

[82] Arif Emre Sümer ve İlhami Öztürk, “Siyasi Partiler Hakkında Uygulanan Devlet Yardımından Yoksun Bırakma Yaptırımının Hukuki Niteliği”, *TBB Dergisi*, Sayı 157, 2021, s.90. <https://tbbdergisi.ba-robirlik.org.tr/m2021-157-2007> (E.T:15.10.2024)

kararlarında, dini sembollerin ve söylemlerin en ufağının bile laiklik ilkesini ihlal ettiğini ve anayasa ve kanundan (anayasa madde 3, 68/4 ve Siyasi Partiler Kanunu madde 86) almış olduğu yetkiyle bu partileri kapattığını belirtmiştir. Ancak siyasi parti kuran bireylerin de insan olduğu ve siyasi parti kurma amacının zaten farklı düşünceye sahip bireylerin bir araya gelerek örgütlenmesine olanak vermek olduğunu göz ardı etmiş, mevcut düzeni koruma amaçlı bir tutum sergileyerek esas incelemesinde siyasi amaç gütmüştür.

-*Demokratik devlet ilkesi* gerekçe gösterilerek kapatılan partilerin niceliği de azımsanmayacak ölçüdedir. Bu anlamda örnek olarak Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin adında komünist ibaresi bulunması nedeniyle, Siyasi Partiler Kanunu'nun 96. maddesindeki yasağa aykırılıktan kapatılması gösterilebilir.<sup>[83]</sup> Mahkeme, toplumda sınıflar oluşturma ihtimali dahi olan bir yönetim şeklini demokratik devlet ilkesine aykırı bulmuştur.<sup>[84]</sup>

Anayasaya uygunluk denetimini somut temellerden uzak bir tutumla uygulamaya çalışması, parti kapatma ve hazine yardımıyla mahrum bırakma talepli davalarda anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu hükümlerini aşırıya kaçan bir şekilcilik çerçevesinde değerlendirerek ve anayasa/kanun koyucunun saikiyle bağdaşmayacak ölçüde sert yorum yaparak siyaset sahasını harekete yer vermeyecek kadar küçültmesi, Anayasa Mahkemesinin olumsuz aktivist tutumunun en somut örnekleri olarak gösterilebilir.<sup>[85]</sup> Siyasi parti kapatma rejiminin evrensel ilkeleri ve standartlarıyla örtüşmeyen bu kararlar uluslararası alanda Türkiye'nin itibarını zedelemiş ve

[83] Anayasa Mahkemesi 16 Temmuz 1991 Tarih ve E. 1990/1 K. 1991/1 Sayılı *Siyasi Parti Kapatma Kararı* nakleden Öztürk, *op. cit.* , s. 134. <https://siyasipartikararlar.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1991-1-spk.pdf> (E.T.18.10.2024)

[84] Öztürk, *op. cit.* , s.134.

[85] Özbudun, *Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi*, *op. cit.* , s.264.

AIHM'e yapılan başvuruların biri hariç tamamında Türkiye için mahkumiyet hükmü tesis edilmiştir.<sup>[86]</sup> Yine AYM'nin siyasi parti kapatmadaki aktivist tutumu ve ideolojik yaklaşımı toplum nezdinde demokrasinin uygulanabilirliğine olan inancı zedelemekte, bireyler özgürce bir araya gelip parti kurma hürriyetine yasal olarak sahip olsalar da hakkın kullanımının bu denli zorlaşması demokratik düzene olan güveni yok etmektedir.

Bu noktada Siyasi Parti Kapatma Davalarında ideoloji eksenli aşırı aktivist tutum sergileyen AYM kararları, uluslararası alanda AIHM<sup>[87]</sup> tarafından Türkiye'nin ciddi eleştirilere maruz kalması sonucu doğurmaya elverişlidir. AIHM siyasi parti kapatma kararları önüne geldiğinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 'Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü' başlıklı 11. maddesi<sup>[88]</sup> kapsamında değerlendirme yapmaktadır. AIHM'ne göre anılan hakka müdahalenin değerlendirilmesinde öncelikle müdahalenin tespiti yapılacak ardından vukuu bulan müdahalenin haklılığı tartışılacak ve son olarak yasal dayanak araştırması yapılacaktır.<sup>[89]</sup>

[86] Yusuf Şevki Hakyemez, "Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu", *Kamu Hukukçuları Platformu Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi Konulu Toplantı*, Birinci Oturum, Mayıs 2011, Lefkoşa, s.25. [https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/KHP\\_2011.pdf](https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/KHP_2011.pdf) (E.T.24.01.2025)

[87] AIHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kısaltması olarak kullanılmaktadır.

[88] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 11: "*Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.*

*Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz...*" [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_tur](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur) (E.T.27.10.2024)

[89] Oktay Uygun, "Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 17, s.260.

## İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre;

*“İfade özgürlüğü, demokrasinin düzgün işleyişini sağlamada oynadığı temel rol sebebiyle siyasi partiler açısından daha da üstün bir korumaya sahiptir. Çoğulculuk olmadan demokrasi olamaz. Bu nedenle; Sözleşmenin 10. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğü, yalnızca zararsız kabul edilen ‘bilgilerin’ veya ‘fikirlerin’ değil, aynı zamanda Sözleşme m.10/2’de öngörülen sınırlamalara tabi olmak şartıyla incitici, rahatsız edici veya şok edici ‘bilgilerin’ ve ‘fikirlerin’ de korunmasını içerir.”* [90]

AİHM bu yerleşik içtihatları ile Türkiye’de hak ihlalleri olduğunu tespit etmekte ve Türk AYM’sinin aşırı aktivist kararları neticesinde AİHM’ce verilen bu süregelen kararlar ülkemizin uluslararası alanda itibarını zedelemektedir. Hatta Türkiye’de siyasi parti kapatma davalarının ve AİHM’e taşınan AYM kararlarının sayıca fazla olması neticesinde Avrupa Konseyinin anayasal konularda danışma organı olan Venedik Komisyonunca ülkemiz hakkında inceleme yapılması ve değerlendirmede bulunulması ihtiyacı hasıl olmuştur. [91]

Kanaatimizce AYM, siyasi parti kapatma davalarında göstermiş olduğu aşırı aktivist tutumu; süregelen durumu koruma amacı yerine özgürlükleri koruma güdüsüne hizmet edecek şekilde sergilemiş olsaydı ülkemiz parti mezarlığı haline gelmemiş ve izah edildiği şekilde uluslararası alan-

[90] AİHM Komünist Parti ve diğerleri Türkiye [BD], No: 133/1996/752/951, 30.12.1998, s.42,43; AİHM Sosyalist Parti ve diğerleri Türkiye [BD], No: 20/1997/804/1007, 25.05.1998, s.41,42

[91] Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi İzleme Konseyi 15 Eylül 2008 Tarihinde Venedik Komisyonundan “Türkiye’deki siyasi partilerin yasaklanmasına ilişkin anayasal ve yasal hükümleri incelemesini” talep etmiştir. Anılan değerlendirme raporu için Bknz. TBMM Araştırma Merkezi, “Venedik Komisyonu Türkiye’ye İlişkin Görüşleri”, [https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar/venedik\\_komisyonu.pdf](https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar/venedik_komisyonu.pdf) (E.T.16.10.2024)

daki itibarımız böylesine zedelenmemiş olurdu. Zira her türlü düşüncenin serbestçe savunulduğu demokratik toplumun temel yapı taşı siyasi parti kurma hürriyetidir.

Anayasa Mahkemesinin Siyasi Partiler Kanunu ile anayasanın siyasi partilere ilişkin hükümlerini aşırı aktivist tutumla geniş şekilde yorumlayarak ve kendince çizdiği sınırlar dahilinde kararlar vererek siyasal alanın ana aktörleri olan siyasi partilerin hayat uzunluklarını kendi takdir etmek suretiyle, anayasa yargısı siyaset ilişkisinde yargının belirleyici ve siyasi elitlerin iradesinin ötesinde düzenleyici yetkisi olduğu iddialarını somutlaştırdığı görülmektedir.<sup>[92]</sup>

#### **E. AYM'NİN BAŞÖRTÜSÜ KARARI VE KATI LAİKLİK ANLAYIŞI**

Günümüzde gerek uygulamada gerekse mevzuatımızda başörtüsüne dair bir yasak olmamakla birlikte yasak olduğu dönemde yasal olarak bir kısıtlama olmamasına rağmen bu yasak yönetmelik ve genelgelerle sağlanmıştı.

Söz konusu yasağın sürdürülmesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının etkisi görülmektedir. Bu başlık altında sözü edilen kararlar kronolojik olarak değerlendirilecek olup bu kararlar Mahkemenin laiklik ilkesini ideolojiyi dayatma biçiminde ve aşırıya kaçan bir katılıkla yorumladığını açıkça ortaya koymaktadır. Ayrıca;

-1989 tarihli karar mevcut anayasa metninden zorla anlam çıkarması bakımından,

-1991 tarihli karar yorumlu ret niteliğini haiz olması yönünden,

[92] Umut Turgut Yıldırım, Türk Siyasal Hayatında Anayasa Yargısı-Siyaset İlişkisi: Türk Anayasa Mahkemesi Üzerinden Bir Değerlendirme, Turkish Studies - Economy, 16(1), 2021, s.583. <https://turkishstudies.net/economy?mod=tammetin&makaleadi=&key=48110> (E.T:16.10.2024)

-2008 tarihli karar ise anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetimi bağlamında yargısal aktivizm örnekleridir.

### 1- 07.03.1989 Tarihli Karar:

3511 Sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na eklenen “Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.” ifadesi dönemin Cumhurbaşkanı Kenan Evren tarafından iptal edilmek üzere AYM huzuruna taşınmıştır.

Anayasa Mahkemesi öncelikle iptali istenen kanunun sözünü yorumlamış ve çağdaş görünüm ve türbanın birbiriyle çeliştiğine hükmetmiştir. İçerik denetiminde ise öncelikle laiklik ilkesini aşırı katı tutmuş ve laikliği din ve devlet işlerinin ayırımından ziyade dünya-din ayrımı ekseninde değerlendirmiştir.<sup>[93]</sup> AYM değerlendirme yaparken anayasanın eşitlik kenar başlıklı 10. maddesini ve din ve vicdan hürriyetini düzenleyen 24. maddesini incelemiştir.

Anayasa Mahkemesinin karar gerekçesinde yapmış olduğu; başörtüsünün dini inanç göstergesi olmasından onun çağdaş görünüşü engelleyip engellemediğine dair tüm değerlendirmeler davanın AYM önüne gelmesine sebep olan konuyu aşmakla birlikte mahkeme üyelerinin siyasi ve ideolojik tutumlarının ürünüdür. Mahkeme anayasa madde 174 açısından yapmış olduğu incelemede giysinin sadece biçimsel bir görünümünden ibaret olmadığını, kişinin görüş ve saikini de yansıttığını bu durumun yükseköğretim kurumlarında öğrenciler arasında ayrılıklar ortaya çıkaracağını ve bunun zamanla tüm toplum kesiminde kutuplaşmaya yol açacağını be-

[93] Ergun Özbudun, ““Laiklik ve Din Hürriyeti” Demokratik Anayasa İçinde”, in Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (Ed.), 169–227. İstanbul, Metis Yayınları, 2012, s. 191'den nakleden Duman, *op. cit.* , s.55.

lirtmiştir.<sup>[94]</sup>

Önceki kısımda tanımlandığı üzere içtihadi maksimalizm, mahkemenin yargısal faaliyet sınırlarını aşan yorumlar yapmak ve bunları dayanak sayarak sonuca ulaşmak suretiyle vermiş oldukları kararlarda sergilediği tutumdur. Mezkur kararın da içtihadi maksimalizm niteliğini haiz olduğu ifade edilebilecektir.<sup>[95]</sup> Anayasa Mahkemesi, Anayasa madde 10 (eşitlik ilkesi) yönünden incelemesine göre, bireylere din ve vicdan hürriyeti tanınmış olup devlet her bireye bu noktada eşit mesafede bulunmaktadır. Buna rağmen başörtüsü, o inanç grubuna ayrıcalık tanıyan bir uygulama olarak görülmüş ve eşitlik ilkesini zedelediği ifade edilmiştir. Ayrıca aynı kararda AYM başörtüsünün diğer insanlar üstünde baskı aracı olabileceğini değerlendirmiştir.<sup>[96]</sup>

Bu noktada mahkeme, dini hassasiyetlerin bireylerin iç dünyasındaki soyut oluşumu aşarak vicdandan öte toplumda görünür somutluğa tezahürünü, din ve vicdan hürriyetinin sınırlarının ötesine geçilmesi şeklinde yorumlamaktadır. AYM'nin bu tutumu siyasal eleştirilerin hedefi haline gelmesine sebep olmasının yanı sıra toplum ve birey nezdinde de temel hak ve hürriyetlerin anayasal güvencesinin bizzat anayasa yargı organları tarafından ihlal edilmesi hukuka ve yargıya olan güveni tamamen zedelemekte, öngörülebilirlik ve hukuk devleti gibi anayasal ilkelerin uygulamada içleri boş hale gelmesi anayasa yargısının demokratik meşruiyetini oldukça azaltmaktadır.

Mahkemenin mezkur sayılı kararda yapmış olduğu yorumlar dava konusunu aşan nitelikte olup içtihadi maksimalizm noktasında yargısal ak-

[94] Vural Dinçkol, *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1991, s.216.

[95] Korucu, *Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analiz*, op. cit. , s.72-74.

[96] Anayasa Mahkemesi 7 Mart 1989 Tarih ve E. 1989/1, K. 1989/12 Sayılı Norm Denetimi Kararı, [https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar\\_dergisi/kd\\_25.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_25.pdf) (E.T.: 21.01.2024)

tivizm örneği oluşturmaktadır. Nihayetinde AYM Anayasa'nın ilgili metninden zorla anlam çıkarmakta ve bu suretle yargısal aktivizme sebebiyet vermektedir.

## 2- 04.09.1991 Tarihli Karar:

25.10.1990'da 3670 Sayılı Kanun'un 12. maddesi ile, 2547 Sayılı Yükseköğretim Yasası'na eklenen (Ek 17. Madde), “*Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir*” ifadesi bu sefer dönemin ana muhalefet Partisi Sosyal Demokrat Halkçı Parti tarafından AYM huzuruna taşınmıştır.

Anılan maddenin anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal yargılamasında AYM istemi reddetmiş ve düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Ancak bu sonuca giderken AYM heyeti, 1989 yılında iptal edilen hükümde yer alan *boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması* ibaresinin şu an önüne gelen kılık kıyafet serbestisi içinde yer almadığını belirtmiştir.<sup>[97]</sup>

Mahkeme bu yorumlu ret kararıyla kanun koyucunun yapmış olduğu düzenlemede, yükseköğretim kurumlarında başörtüsü kullanımının serbest olması amacını hedeflemediği kanısına varmıştır. Ancak 1989 tarihli karar ve yapılan yeni düzenleme gereği yasama organının iradesinin, Yükseköğretim kurumlarında dini kıyafetlerin serbest bırakılması olduğu açıkça bellidir.<sup>[98]</sup> AYM'nin izah edilen kararı görüldüğü üzere önceki hükme paralel olarak laiklik ilkesiyle ilgili tartışmalara neden olmanın yanında yorumlu ret kararı niteliğini haiz olması açısından da doktrin ve makalelerde kendine yer bulmaktadır. Mahkeme iptal istemini reddetmiş olsa

[97] Muhammet Göçgün ve Saliha Merve Kaya, ““Yükseköğretim Kurumlarında Uygulanan Başörtü Yasağı: Hukuki Süreç ve Mevcut Durum”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2023, s.304.

[98] İsmail Yüksel, *Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Nisan 2023, s. 94-95.

da kendisini yasa koyucunun yerine koymuş, meşru iktidarın tesis etmiş olduğu düzenleyici işlemin ne ifade ettiğini izah etmek suretiyle parlamentonun etkinliğini yok etmiştir. Kısacası AYM iptali istenen hükmü iptal gerekçesinde ifade edilen tespitleri içermediğinden bahisle iptal etmemiş ona kendi bir boyut kazandırmıştır.<sup>[99]</sup>

#### 4- 05.06.2008 Tarihli Karar:

İlk iki karardan farklı olarak bu kararda iptali istenen düzenleme kanun değil anayasa değişikliğidir. Anayasanın 148. maddesi gereği anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluğu denetlenemez. AYM ise bu hükme rağmen esasî şekil üzerinden denetleyerek anayasa hükmünün etkisiz kılmıştır.<sup>[100]</sup>

09.02.2008 tarihli 5735 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1 ve 2. maddelerinin iptali istemi Cumhuriyet Halk Partisi milletvekilleriince; anayasanın başlangıç, ilk üç maddesi ve 24. maddesine aykırılık iddiası ile AYM önüne taşınmıştır.<sup>[101]</sup> İptali istenen iki madde şunlardır:

*“Madde 1- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10. maddesinin dördüncü fıkrasına “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere ve “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi eklenmiştir.*

*Madde 2- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 42. maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir. Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan*

[99] Duman, *op. cit.* , s.63.

[100] Şeref İba ve Abbas Kılıç, *Anayasa Yargısı Dersleri*, Ankara, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Eylül 2017, s.151.

[101] Anayasa Mahkemesi, 5 Haziran 2008 Tarih ve E. 2008/16 K. 2008/116 Sayılı *Norm Denetimi Kararı*, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Cilt 2, Sayı 45, s.1226. [https://anayasa.gov.tr/media-/4875/aymkd45\\_2.pdf](https://anayasa.gov.tr/media-/4875/aymkd45_2.pdf) (E.T.:21.01.2024)

*mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.”*

AYM söz konusu anayasa değişikliği kanununun anılan maddelerini iptal etmiş yani anayasa değişikliği kanununu yalnızca şekil bakımından inceleme kuralını yok sayarak içerik denetimi yapmıştır. AYM’ye göre değişiklik istenen şekilde yeni anayasanın yürürlüğe girmesi, laiklik ilkesini ihlal edecek nitelikte olacak ve bu da dolaylı olarak anayasanın değiştirilmez maddelerini değiştirme sonucu doğuracaktır. Her ne kadar anayasayı değiştirmeye parlamento yetkili olsa da değiştirilmesi yasak olan ilk üç maddedeki ilkeler ihlal edilirse AYM müdahale yetkisini kendisinde bulacak ve esastan iptal kararı verebilecektir.<sup>[102]</sup> Bu karar laiklik ilkesine katı bakışını sürdürmesinin yanında, anayasa değişikliklerini esastan inceleme yetkisini kendisinde görmesi açısından yargısal aktivizme örnek teşkil etmekte ve bu yüzden de ayrıca bir öneme sahip olmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin verilen üç kararının ortak özelliği laikliği farklı yollarla da olsa aynı sonuca ulaşacak şekilde ideoloji eksenli ve katı bir tutum sergileyerek yorumlamasıdır. Kendi yetki sınırlarını aşarak ve temel hak ve hürriyetleri ihlal etmek pahasına vermiş olduğu anılan kararlara olumlu bakmak mümkün değildir. Ayrıca son kararı diğerlerinden ayıran önemli bir husus bulunmaktadır. AYM’nin iptal kararından kurtulmakta son çareyi anayasa değişikliği yapmakta bulan yasama organının bu çabası da aktivist tutum sergileyen mahkeme eliyle sonuçsuz kalmıştır.

*-Anayasa değişikliklerinin esastan incelenmesi* konusunda (laiklik anlayışından bağımsız olarak) yeri gelmişken değinilmesi gereken birkaç husus daha bulunmaktadır.

1961 Anayasası’nın ilk halinde anayasa değişikliklerinin denetiminde esas ve şekil ayrımı ile denetim sınırına ilişkin hüküm bulunmamakta

[102] Hakyemez, *op. cit.*, s.78.

idi.<sup>[103]</sup> O dönem de AYM anayasa değişikliklerini, şekil-esas ayrımı yapılmadığından bahisle esastan da incelemiş 13.04.1971 Tarihli bir kararında<sup>[104]</sup> devletin cumhuriyet niteliğini ortadan kaldıracak şekilde sonuç doğuracak Anayasa değişikliklerinin yapılamayacağını esastan yaptığı denetimle ortaya koymuştur. AYM’nin o dönemki buna paralel<sup>[105]</sup> aktivist kararlarının sayıca artması anayasa koyucuyu harekete geçirmiş ve 1961 Anayasası’nın 147. maddesinde 1971 yılında 1448 sayılı kanunla değişiklik yapılarak Anayasa değişikliklerinin denetiminde anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluk kısıtlaması getirilmiştir.<sup>[106]</sup>

Ancak getirilen bu sınırlama Anayasa Mahkemesini esas denetimi yapmaktaki aşırı aktivist tutumundan vazgeçirmeye yetmemiş, 12.10.1976 Tarihli bir diğer kararında, kamulaştırmaya esas bedelin vergi değeri olduğu yönündeki anayasa değişikliğini esas incelemesi yapmak ve devletin cumhuriyetçi niteliğine aykırı bulmak suretiyle iptal etmiştir.<sup>[107]</sup>

- [103] 1961 Anayasası özgün metni ‘Anayasa Mahkemesinin Görev ve Yetkileri’ Başlıklı 147. Maddesi “*Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler.*” <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasa-lar/1961-anayasasi/> (E.T.15.10.2024)
- [104] Anayasa Mahkemesi 13 Nisan 1971 Tarih ve E. 1970/41 K. 1971/37 Sayılı *Norm Denetimi* Kararı, *nakleden Öztürk, op. c.t. , s. 125.* <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/DilekcePDF/1971-37-nrmd.pdf> (E.T:18.10.2024)
- [105] Anayasa Mahkemesi 16 Haziran 1970 Tarih ve E. 1970/1 K. 1970/31 Sayılı *Norm Denetimi* Kararı, *nakleden Öztürk, op. c.t. , s. 123* <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1971-37-nrm.pdf> (E.T.18.10.2024)
- [106] Erdal Abdulhakimoğulları ve Metin Baykan, “Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 3, 2012, s.25. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/397977> (E.T:15.10.2024)
- [107] Anayasa Mahkemesi 12 Ekim 1976 Tarih ve E. 1976/38 K. 1976/46 Sayılı *Norm Denetimi* Kararı. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1976/46> (E.T:15.10.2024)

Tüm bu süreçlerden tabiri caizse ders çıkaran ve AYM’yi Anayasa değişikliklerinin denetimi noktasında aktivist hareket edemeyecek halde bırakmak isteyen kurucu iktidar 1982 anayasa değişiklikleriyle anayasa değişikliklerinin denetimini son derece sıkı şekil şartlarına bağlamıştır. Bunun **ilki** anayasa değişiklikleri iptal kararı verilmesi için nitelikli çoğunluk (toplantıya katılanların 2/3’ü) aranması, **ikincisi** esastan denetim yasağı ve **sonuncusu** şekil denetiminin anayasada yazılanlarla sınırlı olması (teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülme yasağına uygunluk) şeklinde sıralanabilecektir. Anayasa koyucu görüldüğü gibi tarihsel süreçte Anayasa Mahkemesinin esas denetimi yönündeki aktivist tutumu ile anayasa hükümlerinin etkisiz kılınmasının önüne geçmek istemiş adeta etki-tepki niteliğinde düzenlemelere yer vererek bu durumla baş etmeye çalışmıştır.<sup>[108]</sup>

Nihayetinde laiklik tutumuna ilişkin 2008 Tarihli mezkur sayılı yukarıda yer verilen anayasa değişikliklerinin esas denetimi niteliğini haiz AYM kararı göz önüne alındığında 1982 anayasasında yapılan sıkı denetime ilişkin değişikliklerin de istenilen amaca ulaşmadığı ve kurucu iktidarın saikin halen AYM’nin aktivist tutumuyla bertaraf edildiği görülmektedir.

## F. AYM’NİN TBMM İÇ TÜZÜĞÜ’NÜN DENETİMİNDE KENDİ YETKİLERİNİ SINIRLAMASI

AYM anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda yargılama yetkisini içtihatları ile genişletmişken, 6216 Sayılı Kanun’un şekil denetimi ile ilgili anayasaya aykırı hükmünü tamamen iptal etmeyerek (kısmen iptal etmiştir) şekil denetimindeki yetkisini anayasaya aykırı bir biçimde daraltmış olup şekil denetimindeki aktivist tutumunun yerini pasifizm almıştır.

6216 Sayılı Kanun’un 36. maddesinde iç tüzüğün şekil denetimi-

[108] Kemal Gözler, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 15, 1998, s.234. [https://ayam.anayasa.-gov.tr/media/6343/kemal\\_gozler.pdf](https://ayam.anayasa.-gov.tr/media/6343/kemal_gozler.pdf) (E.T: 15.10.2024)

ne ilişkin sınırlama yer almaktadır.<sup>[109]</sup> Buna göre anayasanın TBMM İç Tüzüğü'nün (karara konu zamanda mezkur sayılı kanun Kanun Hükmünde Kararnamelerin de denetimine ilişkin sınırlayıcı hüküm içermekteydi ancak 2017 değişiklikleri sonrasında Kanun Hükmünde Kararnameler mevzuatımız dışı kaldığından kararın o kısmı kapsam dışı bırakılmıştır.) şeklen denetimi noktasında herhangi bir sınırlama içermemesine rağmen anılan **kanun** AYM'nin yetkisini sınırlar niteliktedir. AYM mezkur maddenin anayasaya aykırı şekilde denetim yetkisini sınırlandırdığından bahisle iptali istemiyle açılan bu davada:<sup>[110]</sup>

*“Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişiklikleri ile kanunların şekli denetiminin yapılma usulü açıkça belirlenmesine karşın, TBMM İç Tüzüğü ve Kanun Hükmünde Kararnamelerin şekil denetiminin kapsamı ve sınırlarının tespiti noktasında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir...Dolayısıyla, Kanun'un 36. maddesinin ilk fıkrasıyla, İç Tüzük denetiminin şekil bakımından tesis edilmesinde anayasada açıkça düzenlenmemiş sınırlara yer verilmesi; kaynağı anayasada bulunmayan bir yetkinin kullanılması olarak değil, yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ilkelerinin olağan tezahürü olarak değerlendirilmelidir.”*

ifadelerine yer vererek İç Tüzüğe ilişkin hükmü iptal etmezken Kanun Hükmünde Kararnamelerin denetimine ilişkin sınırlamayı anayasanın 91. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.

Karar gerekçesinden de anlaşılacağı üzere iç tüzük değişikliklerinin de-

[109] 6216 Sayılı Kanun'un 36. Maddesi, 'Şekil bakımından denetim; Anayasa değişikliklerinde teklif çoğunluğuna, oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı; kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü'nün son oylamasının öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; hususlarıyla sınırlıdır.'

[110] Anayasa Mahkemesi 1 Mart 2012 Tarih ve E. 2011/59, K. 2012/34 Sayılı Norm Denetimi Kararı <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/DilekcePDF/2012-34-nrmd.pdf> (E.T.18.10.2024)

netiminin belli şartlarla sınırlandırılmasının anayasaya aykırı olmadığı görüşü anayasanın metnini ve amacını aşan bir yorumdur. Bu hükümle AYM, kendi yetkisini anayasaya aykırı olarak sınırlayan kanun hükmünü anayasaya uygun bulmuş, otorite yanlısı bir yargısal aktivizm sergilemiştir.<sup>[111]</sup>

Anayasa Mahkemesinin, herhangi bir haklı gerekçesi ve hukuki dayanağı olmaksızın denetim yetkisini kullanmaması; vatandaşlar nezdinde anayasa yargısının bir standardı olup olmadığı ve mahkemenin ne zaman kendini geri çekip ne zaman denetim sınırını açacağı, başka bir deyişle iki uç arasındaki hareket alanının nasıl netleşeceği konusunda belirsizlik oluşturmaktadır. Bu durum da öngörülebilirliği zedelemekte haliyle anayasa yargısının demokratik meşruiyetine zarar vermektedir.

## G. AYM'NİN EKONOMİK POLİTİKALARA MÜDAHALESİ

Demokratik ve çağdaş bir toplumda devletin ekonomik politikasını belirleme yetkisi seçilenler ve dolayısıyla meşru iktidardır. Anayasamızda sosyal ve mali hükümlere yer verilmeyle birlikte devlet tüzel kişiliğine herhangi bir ekonomik politikası uygulaması dayatılmamaktadır. Buna paralel olarak da yüksek mahkemeler, tercih edilen iktisadi politikalara müdahale edememeli yerindelik denetimi yaparak kendisini seçilmiş iktidar yerine koymamalıdır. Ancak örnekleri çoğaltılabileceği üzere hukukumuzda olumsuz aktivizmin yoğunlaştığı noktalardan biri de ekonomi siyasalarına keskin bir müdahaledir.<sup>[112]</sup>

AYM, hükümetin Kamu İktisadi Teşebbüsleri(KİT) özelleştirmesi ile ilgili düzenlemeleri iptal ederken devletçi ekonomik modelden uzaklaşıldığı gerekçesini ileri sürmüş ve hukukilik değil yerindelik denetimi yapmak su-

[111] Yancı Özalp, *op. cit.* , s.205-208.

[112] Küçük, *op. cit.* , s.288.

retiyile siyasi organlara kendince yol göstermiştir.<sup>[113]</sup> Söz konusu karar müdahaleci bir yaklaşım niteliğini haiz olup aktivist tutuma örnek verilebilir. Bu durumda ise mahkeme hakimlerinin kendi sübjektif anlayışları seçilmiş yöneticilerin ve dolayısıyla halkın iradesinin önüne geçmiş olmaktadır.

KİT'lerin özelleştirilmesi ile ilgili dikkat çeken bu kararda iptali istenen kanunda, özelleştirme uygulamalarının KHK'lar ile yapılacağı öngörülmüştür ve bu düzenlemenin amacı siyasal düzlemde hızlı ve seri işlem yapmaktır. AYM her bir KİT özelleştirmesi için ayrı bir kanun çıkarılması gerektiğinden bahisle özelleştirmenin yolunu kapatmaya çalışmıştır. AYM karar gerekçesinde; özelleştirmenin kamu mülkiyeti üzerinde sınırlandırmalar getireceğinin hatta satış durumunda kamu mülkiyetini sona erdireceğini ve mülkiyet hakkına getirilen bu sınırlamanın ancak kanunla yapılabileceğini ifade etmiştir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki AYM'nin dayandığı anayasa madde 35 hükmü (mülkiyet hakkını düzenleyen) özel mülkiyet için getirilmiş bir kavramdır. AYM bu kararı vererek hükümetin özelleştirme noktasında yapacağı her işlemi hem zorlaştırmak hem de denetimi altında tutmak istemiştir. AYM'nin karar gerekçesinde özellikle Anayasa madde 35'e dayanması<sup>[114]</sup> anayasanın sistematığına açıkça aykırıdır. Özelleştirme devletin yetkilerinin özel bir görünümü olup devlet bu yetkisini sosyal devlet ilkesine uygun olarak bizzat kullanabilecektir.<sup>[115]</sup> Bu hukukilikten uzak ve mesnetsiz gerekçenin; ekonomik politikalara müda-

[113] Anayasa Mahkemesi 7 Temmuz 1994 Tarih ve E. 1994/49 K. 1994/45-2 Sayılı *Norm Denetimi Kararı nakleden Öztürk, op. cit.* , s. 129. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1994-45-nrm.pdf> (E.T.19.10.2024)

[114] Mülkiyet hakkı anayasanın 35.maddesinde Temel hak ve Ödevler başlıklı ikinci kısmının Kişinin Hak ve Ödevleri başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılma usulleri ve sınırlandırmanın sınırları da anayasanın 13. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlandırılabilir. AYM'nin gerekçe sistematığı bu düzenlemeler üstüne kurulmuştur.

[115] Yancı Özalp, *op. cit.* , s.216-217.

haleyi haklı kılmak için paravan olarak kullanıldığı ortadadır.

Önemle belirtmek gerekir ki özelleştirme konusunda yukarıda ikinci kısmı izah edilen kararın ilk kısmında, siyasi iktidarın özelleştirme yapmaya yetkisi olup olmadığı tartışılmış ve AYM yaptığı yorum neticesinde; özelleştirmeye ilişkin anayasada hüküm bulunmamasına rağmen (karar tarihinde özelleştirme anayasada yer almamaktaydı) kamulaştırma yetkisi açıkça anayasada tanınan siyasi iktidarın bunun tersi olan özelleştirme için de yetkili olduğu sonucuna ulaşmıştır. Yine AYM'ye göre özelleştirme yetkisi anayasada açıkça düzenlenmese de yasaklanmış da değildir.<sup>[116]</sup> Bu noktada siyasal iktidara, sistematik yorum yöntemiyle özelleştirme yetkisi tanıyan AYM'nin, kararın geri kalan kısmında özelleştirme uygulamalarının her birinin kanunla yapılması zorunluluğunu dayatması, kafa karışıklığına sebebiyet vermektedir.

AYM'nin özelleştirme karşı tutumunun önüne geçebilmek adına anayasa koyucu 13.08.1999 T. 4446 Sayılı Kanun'la<sup>[117]</sup> Anayasa değişikliği yaparak özelleştirmeye anayasanın 47. maddesine eklenen 3 ve 4. fıkralarda açıkça yer vermiş ve çıkarılacak özelleştirme kanunlarına daha sağlam bir hukuki zemin hazırlamıştır. Anayasa mahkemesinin ezici yorumuna karşı siyasi organlar tikanıklığı yine anayasa değişikliği yaparak çözmeye zorlanmıştır.<sup>[118]</sup>

## B. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA AYM'NİN AKTİVİST TUTUMU

Anayasa Mahkemesinin denetim sınırlarını aşarak karar vermesi durumu, norm denetimi ve siyasi parti kapatma davaları dışında bireysel başvuru-

[116] Yancı Özalp, *op. cit.* , s.215.

[117] R.G. 14.08.1999 S. 23786

[118] Ferhat Uslu, *Anayasa Yargısı*, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara, 2016, s.473-474.

ru incelemelerinde de ortaya çıkabilmektedir. Bu başlık altında AYM'nin bireysel başvuru kararlarında yetki sınırlarını genişletmesine örnek olabilecek kararlar incelenecektir.

## 1- ORTAK KORUMA ALANINA İLİŞKİN KABULÜN GENİŞ- LETİLMESİ

Anayasa ve 6216 Sayılı kanun hükümlerine göre bireysel başvuru yoluna gidilmesi için; ihlal edildiği ileri sürülen temel hak ve hürriyetin, Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir.<sup>[119]</sup>

Ancak AYM sosyal güvenlik hakkının ihlali kapsamında yapılan bir başvuruyu başvuruçuların hak tasnifiyle bağlı olmadığından bahisle kendi değerlendirerek, başvurusu konusu hakkın mülkiyet hakkı bağlamında incelenebileceğini ifade etmektedir.<sup>[120]</sup> Bu durumda esasen anayasa hükmü açık olup bireysel başvuruya konu olabilecek haklar dolaylı olarak sayma suretiyle belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesinin hangi hakkın bireysel başvuruya konu olacağı noktasında bir takdir hakkı yoktur ancak AYM denetim sınırlarını hak koruma eksenli genişleterek başvuruçunun iddia ettiği hakkı denetim kapsamına giren başka bir olarak nitelemek suretiyle hak kaybının önüne geçmiştir. AYM karar gerekçesinde:

*Anayasa Mahkemesi, olayların başvuruçuları tarafından yapılan hukuki tavsi-*

[119] Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümü, 26 Mart 2013 Tarih ve 2012/1049 Başvuru Numaralı *Onurhan Solmaz Kararı*, §18. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1049> (E.T.22.01.2025)

[120] Abdurrahman Eren, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 32, Sayı: 1, 2016, s.237.

*fi ile bağlı değildir. Başvurucu, sosyal güvenlik hakkının ihlal edildiğini ileri sürmekte ise de esas itibarıyla 1979 yılındaki olay nedeniyle vazife malulü sayılmasını, ayrıca 3713 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanarak emekli aylığının artırılmasını ve geçmişte oluşan farkın tazmin edilmesini istemektedir. Başvurucu her ne kadar sosyal güvenlik hakkından söz etmekteyse de sosyal güvenlik hakkı bireysel başvuru konusu edilebilecek haklardan olmadığından bu iddialar başvuru konusunun alacağı somutlaşmış olması halinde ancak mülkiyet hakkı çerçevesinde değerlendirilebilir. İfadelerine yer vermiştir.<sup>[121]</sup>*

Anayasa Mahkemesinin yukarıda ayrıntılı yer verilen somut norm denetimi neticesinde ihdas etmiş olduğu ve yetki sınırlarını aştığı aktivizm örneği teşkil eden kararları, çoğunluğun temsilcilerinin iradelerini sakatlayan ve bu iradenin tezahürünü engelleyen nitelikleri haiz olmaları sebebiyle aktivizm kavramına olumsuz anlam yüklemektedirler. Yine siyasi parti kapatma davaların Anayasa Mahkemesinin siyasi – ideoloji eksenli yaklaşımı neticesinde vermiş olduğu kapatma kararları Anayasa Mahkemesinin aktivizmine olumsuz bir bakış getirmektedir. Ancak bireysel başvuru incelemesinde Anayasa Mahkemesinin denetim sınırlarını aşması hak koruma eksenli olduğundan -karar gerekçelerinden anlaşıldığı üzere- ve demokratik toplum gereklerine hizmet ettiğinden, diğer iki karar türünün aksine bireysel başvuru noktasındaki aktivist kararlar olumlu içerik ihtiva etmektedir.

## **2- YASAMA DOKUNULMAZLIĞI CAN ATALAY BİREYSEL BAŞVURU KARARI**

Açıklamalara başlamadan önce; güncel olarak tartışmaya çok açık olan ve AYM ile Yargıtay arasında açık görüş ayrılıkları içeren bu kararda hukuka uygunluk değerlendirmesi yapılmayacak Yargıtay'ın, AYM kararına

[121] Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, 20 Şubat 2014 Tarihli ve 2013/3081 Başvuru Numaralı *Ahmet Bozkurt* kararı, § 21. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/3081> (E.T.21.01.2025)

uymama yönündeki kararının gerekçesine değinilmeyecektir. Bu bölümde çalışma konusu gereği yalnızca AYM'nin vermiş olduğu ihlal kararının aktivizm başlığı altındaki yeri, karar gerekçesi incelenerek kısaca ortaya konmaya çalışılacaktır.

Başvurucu Atalay, toplum nezdinde gezi parkı olayları olarak yaygınlık kazanan eylemlerden kaynaklanan kovuşturmanın sanıklarından birisi olup Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya teşebbüs suçu ile yargılanmıştır.<sup>[122]</sup> İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinde kovuşturulan dava sonucunda sanık 25.04.2022 tarihinde hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Ardından başvuru Can Atalay, 20.07.2023 günü Anayasa Mahkemesine bireysel başvurusu yapmış, AYM 25.10.2023 tarihinde *siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında hak ihlali kararı vererek, ihlallerin ortadan kaldırılması için başvuru Atalay'ın yeniden yargılanmasına başlanması, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması, ceza infaz kurumundan tahliye edilmesi ve yeniden yargılama yapılarak durma kararı verilmesi için ihlal kararının bir örneğinin İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.*<sup>[123]</sup>

Başvuru hakkında hükmedilen 18 yıllık hürriyeti bağlayıcı ceza henüz temyiz aşamasındayken Can Atalay Türkiye İşçi Partisi 28. Dönem Hatay milletvekili olarak seçilmiştir. Bunun üstüne Yargıtaya başvurarak anayasa madde 83 gereği yasama dokunulmazlığına sahip olduğunu, yargılamanın durmasını ve tahliye talebini içeren beyanlarını sunmuştur. Yargıtay ise başvuru durumunun anayasa madde 83/2 istisnası içinde olduğundan bahisle taleplerini reddetmiş ve nihayetinde konu, hak ihlali gerekçesiyle bireysel başvuru yapılarak AYM önüne getirilmiştir.<sup>[124]</sup> Yargıtayın AYM

[122] <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898> (E.T.21.01.2024)

[123] Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 25 Ekim 2023 Tarihli ve 2023/53898 Başvuru Numaralı *Şerafettin Can Atalay (2)* kararı, RG 27.10.2023/32352.

[124] Işıl Kurnaz, "Can Atalay, AYM ve Hak ve Özgürlükler Yapbozu", *Birikim Dergisi*, 2023. <https://birikimdergisi.com/haftalik/11549/can-atalay-aym-ve-hak-ve-ozgu>

kararına uymayarak Can Atalay'ın cezasının kesinleştiğine hükmettiği kararı ise 30.01.2024 tarihinde TBMM'de okunarak milletvekilliği düşürülmüştür. Ancak buna itiraz veya sonraki aşamalar çalışma konumuz dışındadır. Bu bölümde AYM'nin bireysel başvuru neticesinde vermiş olduğu hak ihlali kararı incelenecektir.

AYM önüne gelen başvuruda anayasanın yasama dokunulmazlığı istisnasını düzenleyen madde 83/2 hükmüyle ilgilenmiştir. Yargıtay kararına da dayanak oluşturan iddiaya göre başvurusunun üstüne atılı suç dokunulmazlık istisnası kapsamında yer alan anayasa madde 14'e girmekte olup kovuşturmasına da seçimden önce başlanmıştır. Anayasa mahkemesi ise hak ve hürriyetleri koruma eksenli yaklaşımı neticesinde; Anayasa madde 14'te katalog suç sayımı yapılmadığı ve hangi suçun bu kapsama gireceğinin tespitinin yargı mercilerince yapılmasının uygun olmadığından bahisle bireysel başvurunun kabulüne karar vermiştir.<sup>[125]</sup> Bu karar aktivist niteliği haiz olmasına karşın, Yargıtayca karara uyulmaması Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı tartışmalarını gün yüzüne çıkarmıştır.

Anayasa Mahkemesinin Can Atalay (2) Başvurusunda incelediği temel konu ve kararının hukuki gerekçesi kısaca şu şekilde ortaya konabilir: Başvurucu yargılama esnasında milletvekili seçildiğinden anayasanın 83/2 maddesi ilk fıkrası gereği<sup>[126]</sup> yasama dokunulmazlığından yararlanmak istemiş, dosya önünde olan Yargıtay ise başvurusunun anayasa madde 83/2

[urlukleryapbozu](#)(E.T.25.09.2024)

[125] Ersan Şen ve Erkan Duymaz, *AYM'nin Şerafettin Can Atalay (2) Kararı ve Kararın İnfazı Sorunu*, 2023. [https://sen.av.tr/tr/makale/aymnin-serafettin-can-atalay-\(2\)-karari-ve-kararin-infazi-sorunu](https://sen.av.tr/tr/makale/aymnin-serafettin-can-atalay-(2)-karari-ve-kararin-infazi-sorunu) (E.T:25.09.2024)

[126] Anayasa madde 83 ilk cümle: “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz.” şeklindedir.

ikinci cümle ikinci kısım<sup>[127]</sup> gereği yasama dokunulmazlığı istisnası teşkil ettiğinden bahisle bu talebi reddetmiştir. Anayasa Mahkemesinin uyuşmazlık çözümündeki kritik işlevi; başvurucunun durumunun anayasa madde 83/2’de ifade edilen ‘*anayasanın 14*<sup>[128]</sup> *maddesinde yer alan durumlar*’ içine girip girmediği, dolayısıyla yasama dokunulmazlığı kapsamında olup olmadığının yorumlanması noktasında toplanmaktadır. Anayasa Mahkemesi; anayasanın 14. Maddesinin katalog suç tanımı yapmadığını ve müeyyidesi ağır olan bu maddenin hangi suçları ihtiva ettiğinin belirlenmesinde yargı organlarının (somut davada Yargıtay 3. Ceza Dairesinin) yetkili olmadığını ifade etmiştir. Bu boşluk kanun koyucu tarafından doldurulmalı ve diğer yargı mercilerince, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının engellenmesi şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu nedenlerle başvurucunun, yasama dokunulmazlığından yararlandırılmaması ve tahliye edilmemesi, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi savcının mütalaası doğrultusunda, AYM’nin vermiş olduğu ihlal kararına uymamış ve Anayasa Mahkemesinin, Atalay’ın bireysel başvurusu hakkındaki ihlal kararının hukuki değeri bulunmadığından, anayasanın 153. maddesindeki uygulanması gereken karar niteliğine haiz olmadığından bahisle, AYM’nin kararına uymama yönünde hüküm kurmuştur.<sup>[129]</sup> Bu noktada Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı tartışması yoğunlaşmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararı ve neticesin-

[127] Anayasa madde 83 ikinci cümle: “*Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır.*” şeklindedir.

[128] Anayasa madde 14: “*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.*” şeklindedir.

[129] Hasan Tahsin Fendoğlu, *Yasama Dokunulmazlığı ve Yargısal Aktivizm*, Araştırma Makalesi, Sayı 57, Ocak 2024, s.3.

de Yargıtayın aktarılan açıklaması toplumda yoğun tartışmalara sebebiyet vermiş, kimi kesim Anayasa Mahkemesini aktivist tutum sergilemek ve denetim sınırlarını aşmakla suçlarken kimi kesim de Yargıtayın, AYM kararına uymaması nedeniyle Yargıtayı protesto eden mitingler ve yürüyüşler düzenlemiştir. Hatta medyada Anayasa Mahkemesinin yapısının değiştirilmesi dahi gündeme gelmiş, AYM sert eleştirilere maruz kalmıştır.

Hatta AYM’ye bireysel başvuruları inceleme yetkisi verilmesi diğer yüksek mahkemelerce eleştirilere neden olmuş Anayasa Mahkemesi 2010 yılından bu yana “süper temyiz mercî” olarak nitelendirilmiştir.<sup>[130]</sup>

Bu kararda hak ihlali noktasında temel hak ve hürriyetlerin korunması yönünde verilen aktivist niteliğini haiz AYM kararının olumlu olup olmadığı konusunda tartışmalar devam etmektedir. Ancak her türlü siyasi etkiden uzak ve karar konusu ceza yargılaması ile başvurucunun siyasi ideolojisi bir kenara bırakılarak, AYM’nin temel hak ve hürriyetleri koruyan, devletin vatandaşla temas ettiği noktada hassas teraziye birey lehine ağır bastıran ve yaftalanmayı göze alarak hak-hürriyet eksenli kararlara imza atması genel manada olumlu olarak değerlendirilebilecektir.

Tüm bu ‘Yargıtay Kovuşturması’, ‘Anayasa Mahkemesi Değerlendirmesi’, ‘Milletvekilliğinin Düşürülmesi için TBMM’de Karar Okunması’ aşamalarından sonra Türkiye Barolar Birliği’nin Meclise sunmuş olduğu o dönem TBB başkanı olan Erinç Sağkan’ın şu ifadelerine çalışmamızda yer vermek isabetli olacaktır.

*“AYM’nin 1 Ağustos 2024 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan*

[130] Ulaş Karan, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası – Norm Denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, 2018, s.276.

22/2/2024 tarih, E. 2024/43 ve K. 2024/65<sup>[131]</sup> sayılı kararını Genel Kurulda okutmak suretiyle, önceki işleminin yok olduğu şeklindeki tespiti Genel Kurula bildirmesinin; Hatay Milletvekili Şerafettin Can Atalay'ın milletvekilliğine bağlanan her türlü sonucun gerçekleşmesinin sağlanmasının; bir milletvekilinin tutuklu alıkonulması mümkün olmayacağından, bu durumun sonlanması için gerekli girişimlerin Başkanlığınızca yapılarak takip edilmesinin Anayasal bir sorumluluk olduğunu bilgi, takdir ve değerlendirmelerinize sunarız.<sup>[132]</sup>

Son olarak ise Aktivizm tutum sergileyen Anayasa Mahkemesinin norm denetimi ve siyasi parti kapatma davalarında vermiş olduğu, genel manada siyasi alana ve meşru iktidarın takdir yetkisine müdahale eden olumsuz anlayışın; inceleme konusu bireysel başvurulara dayanak hak ihlalleri olduğunda perspektifini değiştirerek kişi hürriyetlerini muhafaza etme yönüne evrildiğini söylemek yerinde olacaktır.

## SONUÇ

Çalışma konumuzun mihenk taşı olan yargısal aktivizmin tek bir cümle ile genel ve sıradan bir tanımı yapılabilmekle birlikte bu kavramın analitik zeminde ihtivası incelendiğinde bir mahkemenin aktivist olarak nitelenmesinin ve bu tutumu sergilediğinin kabulünün rölatif olduğu gerçeği kaçınılmazdır. O halde yargısal aktivizm, yargı mercilerinin ve özellikle anayasa yargısında yüksek mahkemelerin, anayasal metni katı şekilde de-

[131] Anılan karar milletvekilliğinin düşürülmesi üzere yapılan itiraz neticesinde AYM tarafından verilen 'Karar Verilmesine Yer Olmadığı' kararına ilişkindir. Çalışma konumuz olan aktivizm kararı ise sürecin daha önceki kısmında verilen bireysel başvuru ve hak ihlali kararıdır. Bu iki kararın çalışma kapsamında sayın okuyucular tarafından birbirine karıştırılmaması gerekmektedir.

[132] 14.08.2024 T. 41870694-199 Sayılı Türkiye Barolar Birliği Yazı İşleri Müdürlüğünün Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na Hitaben Yazısı [https://d.barobirlik.org.tr/2024/20240814\\_-Cikti836573.pdf](https://d.barobirlik.org.tr/2024/20240814_-Cikti836573.pdf) (E.T.25.09.2024)

ğerlendirerek ve anlamını kendince yorumlayarak, denetim sınırlarını çizen çerçeveyi hukuk ve adalet saiki dışında genişletmek suretiyle ulaşılmak istenen sonuca giden her yolu mübah görmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Fakat anayasada kullanılan dilin ve kavramların olağan doğası gereği çeşitli yönlerde yoruma açık olması ve çizilen çerçevelerin de esnekliği nedeniyle, bir mahkeme kararına aktivist değer atfedilip atfedilmeyeceği, dava konusu uyuşmazlığı çözmekle görevli kişinin birey olarak sahip olduğu politik ve hukuki hassasiyetlere göre değişiklik gösterecektir.

Anayasal denetimin asıl amacı temel hak ve hürriyetleri güvence altında tutmak ve siyasal iktidarın anayasa dışı yöntemlerine bir fren mekanizması oluşturmaktır. Bu nedenle AYM kararlarını siyasal platformda tartışmak yerine karar gerekçelerini ve bunların temel anayasal ilkelere uygunluğunu hukuki kanıtlar çerçevesinde değerlendirmek, yargının gidişatına olumlu katkı sağlayacaktır.

Nitekim gerek Türk Anayasa yargı kararları gerek yabancı ülkelerdeki yargı mercileri yorumları incelendiğinde; demokratik düzene paralellik bakımından olumlu ve olumsuz sayılabilecek pek çok aktivist karar örneğine rastlamak muhtemeldir. Anılan durum, yargısal aktivizmin meşru yönetimler için hem bir anayasal güvence hem de temellendirilemeyen bir tehdit niteliğinde olmasından ileri gelmektedir. Anayasa yargısı mercileri başta olmak üzere yargı organları bireylere sağlanan anayasal güvencele-ri korumak için aktivizmi araç olarak kullanabilecekleri gibi; demokratik yollarla iş başına gelen yasama organının siyasi takdir alanını daraltıp, güvenli karar alma durumunu zedeleyen, hukuki güvenilirliği ve belirliliği ortadan kaldıran bir yaklaşım içine de girebilmektedirler.

Aktivist tutumun farklı sebeplere dayanabilmesi Anayasa Mahkemesi-nin aktivist nitelikteki kararlarının olumlu-olumsuz ayrımında eşit yahut en azından benzer bir dağılım ortaya koyduğu anlamına gelmez. Zira Anayasa Mahkemesi kararları bütün olarak incelenip değerlendirildiğinde, hak koruma eksenli ve anayasal demokrasinin varlığını somutlaştıran nitelikte

sayılabilecek karar örnekleri sayısının çok daha az olduğu görülmektedir.

Tüm çalışma kapsamında incelendiği üzere; Türk Anayasa Mahkemesi'nin sergilemiş olduğu aktivist tutumların hangisinin demokratik meşruiyeti güçlendiren olumlu, hangisinin ise yargıya olan güveni azaltan ve tarafsız yargı ilkesini zedeleyen olumsuz niteliği içerdiğinin ayrımı noktasında kritik çizgi temel hak ve hürriyetlerin korunmasında sağlanan faydaya göre çizilecektir. Anayasa Mahkemesinden, bireylerin haklarını korumak amacıyla, denetim yetkisinin sınırlarını genişleterek şekilcilikten uzak yorum yapması beklenirken; seçimle işbaşına gelmiş demokratik meşruiyeti haiz parlamentonun iradesinin yerine geçen veya yok sayan kararlara imza atması beklenmemektedir.

Anayasa Mahkemesinin aktivizmi noktasında; bugüne kadar verilmiş olan kararların çoğunluğunun norm denetimi ve parti kapatma davaları olması ve bu kararların demokratik meşruiyeti zedelemesi, bundan sonra da yargısal aktivizmin olumsuz anlam ihtiva edeceği anlamına gelmemektedir. Bireysel başvuru yolunun yargı düzenimizde diğer kararlara nispeten geç yer edinmiş olması bireysel başvuruda aktivist karar sayısının az olması sonucu doğurmaktadır. Ancak AİHM nezdinde de ülkemizin itibarını artıracak şekilde, aktivist karar verme eğiliminin, norm denetiminden bireysel başvuruya kayması zamanla bu kavrama bakış açısının da olumluya evrilmesine katkı sağlayacaktır.

Son olarak kanaatimizce; anayasanın yoruma açık metninin ne ifade ettiği ve öz anlamının tespiti noktasındaki son sözü söyleme yetkisini halka veren bir model, daha çok demokrasiye elverişli olacaktır. Aynı zamanda bu, kurulduğundan bu yana ileri geri sürekli dalgalanan '*ideal demokrasi-uygulanan demokrasi*' grafiğinin, sürekli artan veya zirvede sabit giden fonksiyon şeklinde ihdas edilmesine ve AYM'nin kurulmasından sonra ortaya çıkan jüristokratik yapıca meydana getirilmiş olan prangaların hukuk

düzeninden ayıklanmasına zemin hazırlayacaktır.<sup>[133]</sup>

---

[133] Öztürk, *op. cit.* , s. 206.

## KAYNAKLAR

- Abdulahakimoğulları, Erdal ve Metin Baykan, “Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 3, 2012, s.18-40. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/397977>
- Akyalçın, Ahmet, Anayasa Mahkemesinde Yürürlüğün Durdurulması, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı 22, Haziran 2006, Birinci Oturum, s.45-49. [https://anayasa.gov.tr/files/-pdf/ana-yasa\\_yargisi/an-yarg23/akyalcin.pdf](https://anayasa.gov.tr/files/-pdf/ana-yasa_yargisi/an-yarg23/akyalcin.pdf)
- Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997.
- Alpbaz, Mustafa Mert, “Kemalist Otoriterlik, Anayasa Yargısı Ve Askeri Mahkemeler”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi*, Cilt 74, Sayı 3, 2019, s. 895 – 929.
- Anayurt, Ömer, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ekim 2024.
- Aras, İlhan, “Avrupa Birliği Hukukunun Önceliği İlkesi”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 99, Aralık 2015, s.5 – 28. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sayistay/issue/61555/919175>
- Asker, Ali, “Rusya Federasyonu Anayasasında Kuvvetler Ayrılığı Ve Yargı Erki Üzerine Bazı Notlar.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s.1111-1134. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/621510> (E.T.01.11.2024)
- Atar, Yavuz, “Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1, 2008, s.93-115. [https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/-anayasa\\_yargisi/yavuz\\_atar.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/-anayasa_yargisi/yavuz_atar.pdf)
- Barın, Taylan, “Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması ve Sınırlanması Arasında: Kanunlaşan OHAL KHK’larının Yargısal Denetimi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 75,

Sayı 2, 2020, s.557 – 587.

Chandran, Sharan, “Judicial Activism in the European Union”, s.4. [https://www-academia.edu/32952826/Judicial\\_Activism\\_in\\_the\\_European\\_Union](https://www-academia.edu/32952826/Judicial_Activism_in_the_European_Union)

Çağlar, Bakır, Parlamento ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi. <https://-ayam.anayasa.gov.tr/media/6356/bcaglar.pdf> (E.T: 23.09.2024)

Dede, Kadir, “Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme”, *Hacettepe HFD*, Cilt 4, Sayı 1, 2014, s.125–148, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/701471> (E.T.: 16.01.2024)

Demircan, Fatih, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yürürlüğü Durdurma Kararlarının Hukuki Niteliği”, *TBB Dergisi*, Sayı 120, 2015, s.131-154.

Dinçkol, Vural, *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991.

Duman, Enis, *Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi: Laiklik İlkesi Çerçevesinde Verilen Kararlar Üzerine Bir İnceleme*, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ocak, 2018.

Erdem, Sermet, *Yargısal Aktivizme Karşı Bir Model Önerisi Ronald Dworkin’in Kuramı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.

Eren, Abdurrahman, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, *Anayasa Yar-*

*gısı Dergisi*, Cilt: 32, Sayı: 1, 2016, s.231 – 301.

Ergül, Ozan, “Berraklaştırılmayan Bir Kavram: Yargısal Aktivizm”, *TBB Dergisi*, Sayı 104, 2013, s.37-54. <http://tbb-dergisi.baro-birlik.org.tr/m2013-104-1241>

Fendoğlu, Hasan Tahsin, “Yasama Dokunulmazlığı ve Yargısal Aktivizm”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 57, Ocak 2024, s.1 – 50. <https://taad.taa.gov.tr/yuklenenler-/dosyalar/dergi-ler/taad/taad57/223ad74d-47fc-4ced-aa45-ca29f68b68f6-1565--h.-tahsinfend-oglu.pdf> (E.T.:21.01.2024)

Göçgün, Muhammet ve Saliha Merve Kaya, “Yükseköğretim Kurumlarında Uygulanan Başörtü Yasağı: Hukuki Süreç ve Mevcut Durum”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2023, s.267-341. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3087591> (E.T:24.09.2024)

Gönenç, Levent, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2015.

Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 10. Baskı, Ağustos 2018.

Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 20. Baskı, Ağustos 2016.

Gözler, Kemal, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 15, 1998, s.207-242. [https://ayam.anayasa.-gov.tr/me-dia/6343/kemal\\_gozler.pdf](https://ayam.anayasa.-gov.tr/me-dia/6343/kemal_gozler.pdf)

Hakyemez, YusufŞevki, “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu”, *Kamu Hukukçuları Platformu Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi Konulu Toplantı*, Birinci Oturum, Mayıs

2011, Lefkoşa, s.11-81. [https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/KHP\\_2011.pdf](https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/KHP_2011.pdf) (E.T.24.01.2025)

Hakyemez, Yusuf Şevki, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 2009.

Hassemer, Dres.h.c. Winfried, "Anayasa Mahkemelerinde Yapılanma" Almanya Raporu, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, 2004, s.26 – 49. <https://dergipark.-org.tr/tr/pub/anayasayargisi/issue/52004/678152> (E.T.24.01.2025)

Holland, Maurice J., American Liberals and Judicial Activism: Alexander Bickel's Appeal from the New to the Old, *Indiana New Journal*, Volume 51, İssue, 7, Article 3, 1976, s. 1025-1050.

Işık, Hüseyin Murat, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Devletin Resmi İdeolojisi (Siyasi Parti Kapatma Kararlarının İçerik Analizi)*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2012.

İba, Şeref ve Abbas Kılıç, *Anayasa Yargısı Dersleri*, Ankara, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Eylül 2017.

Judgment Days: Germany's Constitutional Court, *Economist*, 26 Mart, 2009. <http://www.economist.com/node/13376204>

Karan, Ulaş, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası – Norm Denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, 2018.

Kaya, Semih Batur, "Anayasa Yargısında Alan Sorunu: Anayasa Yargısının Belirlenmiş Alanı", *TBB Dergisi*, Sayı 143, 2019, s.51-78. <https://tbbdergisi.barobirlik.-org.tr/m2019-143-1856> (E.T:16.10.2024)

Korucu, Serdar, "Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi", *Liberal Düşünce*

*Dergisi*, Sayı 70, Kış-Bahar 2013, s.201-225.

Korucu, Serdar, *Yargısal Aktivizm Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Nisan 2014.

Köküsarı, İsmail, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, Ekim 2009.

Kurnaz, Işıl, “Can Atalay, AYM ve Hak ve Özgürlükler Yapbozu”, *Birikim Dergisi*, 2023. <https://birikimdergisi.com/-haftalik/11549/can-atalay-aym-ve-hak-ve-ozgurlukler-yapbozu> (E.T: 25.09.2024)

Kurt, Taha. “Anayasal Düzenin Koruyuculuğundan Sıradan Bir Mahkemeye Evrilme Örneği Olarak Macaristan Anayasa Mahkemesi.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 31, Sayı 4, 2023, s.1729-1777. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3272844> (E.T.01.11.2024)

Kutkan, Oğuzcan, “Anayasa Mahkemelerinin Norm Alanını Daraltması ve Geniştirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, in Prof. Dr. Durmuş TEZCAN Armağanı, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s.2063-2096.

Küçük, Adnan, “Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi Ya Da Kötü Bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi”, *TAAD*, Sayı 31, Temmuz 2017, s.259-314. <https://dergipark.org.tr/tr/-download/article-file/981439>

Oder, Bertil Emrah, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul, Beta Yayınevi, 1. Baskı, Kasım 2010.

Oder, Bertil Emrah ve Osman Korkut Kanadoğlu, *Uygulamalı Anayasa Hukuku Norm Karar İncelemeleri Metin Çözümlemeleri ve Varsayımsal Olaylar*, İstanbul, Beta Yayınevi, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, 2013.

- Özbudun, Ergun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, Eylül, 2015.
- Özbudun, Ergun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 62, Sayı 3, 2007, s.257-268. <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/53006/11619.pdf?sequence=1>
- Özpolat, Haşim, “Otoriterleşen Rejimlerde Anayasa Mahkemelerinin Sınırlandırılması: Türkiye Örneği”, *Mülkiye Dergisi*, Cilt 47, Sayı 6, 2023, s.1442-1468. [\(https://dergi-park.org.tr/tr/download/articlefile/3298417#:~:text=%2D%20Yarg%C4%B1sal%20Kendi%20Kendini%20S%C4%B1n%C4%B1rlama%20Hukuki,davranmal%C4%B1d%C4%B1r%20\(Roosevelt%2C%202010\)\)](https://dergi-park.org.tr/tr/download/articlefile/3298417#:~:text=%2D%20Yarg%C4%B1sal%20Kendi%20Kendini%20S%C4%B1n%C4%B1rlama%20Hukuki,davranmal%C4%B1d%C4%B1r%20(Roosevelt%2C%202010)) (E.T:16.10.2024)
- Öztürk, Fatih, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli Mi?*, İstanbul, Beta Yayınevi, Tıpkı 2. Baskı, Aralık 2014.
- Sümer, Arif Emre ve İlhami Öztürk, “Siyasi Partiler Hakkında Uygulanan Devlet Yardımından Yoksun Bırakma Yaptırımının Hukuki Niteliği”, *TBB Dergisi*, Sayı 157, 2021, s.73-123. <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2021-157-2007> (E.T:15.10.2024)
- Şahbaz, İbrahim, *Anayasa Mahkemesinin Baktığı Davalar*, Ankara, Legem Yayınevi, 1. Baskı, 2024.
- Şen, Ersan ve Erkan Duymaz, AYM’nin Şerafettin Can Atalay (2) Kararı ve Kararın İnfazı Sorunu, 2023. [https://sen.av.tr/tr/makale/aym-nin-serafettin-can-atalay-\(2\)-karari-ve-kararin-infazi-sorunu](https://sen.av.tr/tr/makale/aym-nin-serafettin-can-atalay-(2)-karari-ve-kararin-infazi-sorunu) (E.T:25.09.2024)
- Şener, Müslüm, *Dworkin’in Yorum Teorisi Ve Hüküm Kurmadaki Önemi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku

Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021.

Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 20. Baskı, 2016.

Turhan, Mehmet “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Tartışma Paneli”, s.1-10. <https://ayam.-anayasa.gov.tr/media/4623/tiasm.pdf> (E.T.24.01.2025)

Uslu, Ferhat, *Anayasa Yargısı*, Ankara, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, 2016.

Uygun, Oktay, “Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 17, s.256-273. [https://www.-anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anayargi/uygun.pdf](https://www.-anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/uygun.pdf) (E.T:16.10.2024)

Yancı Özalp, Nihan, *Türkiye’de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlama Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, Eylül 2018.

Yıldırım, Umut Turgut, Türk Siyasal Hayatında Anayasa Yargısı-Siyaset İlişkisi: Türk Anayasa Mahkemesi Üzerinden Bir Değerlendirme, *Turkish Studies - Economy*, 16(1), 2021, s. 571-587. <https://turkishstudies.net/economy?mod=tammetin&makale-adi=&key=-48110> (E.T:16.10.2024)

Yılmaz Didem ve Şebnem Kılıç, “Alman Anayasa Mahkemesi’nin 1992 Tarih Ve Bverfge 88, 5 Sayılı Anayasa Şikayeti Kararı”, *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, Cilt 6, Sayı, 20, Haziran 2016, s.1-10. <https://dergipark.org-tr/tr/pub/kbchd/issue/60988/905918> (E.T.24.01.2025)

Yüksel, İsmail, *Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı 2013.

Zorlu, Süleyman Emre, “5678 Sayılı Kanunla Gerçekleştirilen Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanı’nın Seçimi ve Demokratik Seçimin Genel İlkeleri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Der-*

*gisi*, Cilt 24, Sayı 1, 2016, s.37-68.

#### İNTERNET KAYNAKLARI:

[https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/632099/yokAcikBilim\\_10179453.pdf?sequence=-1](https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/632099/yokAcikBilim_10179453.pdf?sequence=-1) (E.T.18.01.2024)

<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/48572.pdf> (E.T.24.01.2024)

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-120-1508> (E.T.27.01.2024)

<https://marksist.net/levent-toprak/new-dealin-tarihsel-baglami-ve-gunumuz> (E.T.23.09.2024)

<https://www.britannica.com/summary/Marbury-v-Madison-Key-Facts> (E.T.15.10.2024)

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/anayasa-mahkemesinin-temel-haklarin-korunmasindaki-rolu-konulu-panel/> (E.T.15.10.2024)

<https://thejacksonlist.com/wpcontent/uploads/2014/02/20071015-Jackson-List-re-Arthur-Schlesinger.pdf> (E.T.15.10.2024)

<https://www.britannica.com/event/Dred-Scott-decision> (E.T.17.10.2024)

<https://www.history.com/topics/black-history/dred-scott-case> (E.T.17.10.2024)

# Tehlikeli Maddelerin İzinsiz Olarak Bulundurulması veya El Değiştirmesi Suçu (TCK m. 174)

Can YALÇIN\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM  
Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Ar. Gör. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza  
Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. [can.yalcin@atilim.edu.tr](mailto:can.yalcin@atilim.edu.tr)

**ORCID:** 0000-0003-3041-7328.

**Makale Geliş Tarihi:** 19.11.2024

**Makale Kabul Tarihi:** 15.01.2025

**Atıf Önerisi:** Yalçın, Can, “Tehlikeli Maddelerin İzinsiz Olarak Bulundurulması  
veya El Değiştirmesi Suçu (TCK m. 174), *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 2,  
Nisan 2025 s. 417-486. DOI: 10.30915/abd.1593691

## **Tehlikeli Maddelerin İzinsiz Olarak Bulundurulması veya El Değiştirmesi Suçu (TCK m. 174)**

### **ÖZ**

TCK m. 174 hükmünde kanun koyucu, üç farklı suç tipi düzenlemiştir. Bu suçların işlenebilmesi için, yasaklanan fiillerin yetkili makamların izni olmaksızın gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Söz konusu iznin varlığının, hukuka uygunluk nedeni olduğu ileri sürülmekteyse de izin şartı, tipiklikte bir unsur olarak düzenlendiği için, bu çalışmada iznin varlığının, tipikliği kaldıran bir hal olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca TCK m. 174 hükmü kapsamında değerlendirilebilir bir fiilin, korunan hukuki varlığı tehlikeye atmaya elverişliliği olmasa dahi, salt yetkili makamdan izin alınmamış olması sebebiyle cezalandırılmasının, ihlal ilkesine aykırılık teşkil edebileceği sonucuna ulaşılmıştır. TCK m. 174/3 hükmüyle önemsiz tür ve miktarda patlayıcı maddeyi satın alan, kabul eden veya bulunduran kişinin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Öte yandan, kanunun gerekçesinde bu davranışların, meşru ihtiyaçları gidermek amacıyla gerçekleştirilebilecekleri belirtilerek yaratılan çelişki, bu çalışmada bir kanun değişikliği önerisiyle giderilmeye çalışılmıştır.

TCK m. 174/1'in ikinci cümlesinde düzenlenen hazırlık suçunun maddi konusunun belirsiz olması ve karşılığında öngörülen müeyyidenin, TCK m. 174/1'in birinci cümlesinde düzenlenen suçun müeyyidesiyle aynı olması sebebiyle suçta ve cezada kanunilik, belirlilik ve orantılılık ilkelerini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Öte yandan, TCK m. 174/1'in birinci cümlesinde düzenlenen suç kapsamında, "bulundurma" seçimlik

davranış olarak sayılmamış olmasına karşılık, uygulamada bu suç kapsamındaki maddelerin bulundurulmasından ceza verildiği gözlemlenmiş ve bu uygulamaların kanunilik ilkesine aykırı olduğu ortaya konulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:**

tehlikeli madde

silah

yetkili makamın izni

kanunilik ilkesi

orantılılık ilkesi

## **The Crime of Possession or Transfer of Dangerous Substances Without Authorization (TPC Art. 174)**

### **ABSTRACT**

Under Article 174 of the Turkish Penal Code (TPC), the legislature has regulated three distinct types of criminal offenses. For these offenses to occur, the prohibited acts must be committed without authorization from the competent authorities. While the existence of such authorization is argued to constitute a ground for justification, this study concludes that, since the authorization requirement is formulated as an element of typicity, the presence of authorization eliminates typicity rather than serving as a justification. Furthermore, it is determined that imposing criminal liability solely on the grounds of lacking authorization from the competent authorities, even when the act in question is incapable of endangering the protected legal asset, may contravene the offense principle. Article 174/3 TPC stipulates that individuals who purchase, accept, or possess explosives of an insignificant type or quantity shall be punished. However, the legislative rationale creates a contradiction by stating that such acts may be carried out to meet legitimate needs. This study attempts to resolve this inconsistency through a legislative amendment proposal.

Moreover, it is concluded that the indeterminate nature of the material subject of the preparatory offense regulated in the second sentence of Article 174/1 TPC, along with the identical sanction prescribed for both the preparatory offense and the offense defined in the first sentence of the same provision, violates the principles of legality, certainty, and proportionality in criminal law. Lastly, although “possession” is not enumerated as an alternative conduct constituting the offense under the first sentence of Article 174/1 TPC, it has been observed in practice that convictions are being rendered for the possession of substances covered by this provision.

Such practices are identified as being contrary to the principle of legality.

**Keywords:**

dangerous substances

weapon

principle of legality

authorization of the  
competent authorities

principle of proportionality

## GİRİŞ

Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi suçu, 26 Eylül 2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) “Özel Hükümler” başlıklı İkinci Kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı Üçüncü Kısımının “Genel Tehlike Yaratan Suçlar” başlıklı Birinci Bölümünde düzenlenmektedir.<sup>[1]</sup> Madde metni, 24 Kasım 2016 tarihli ve 6763 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapıl-

- [1] TCK m. 174: “(1) Yetkili makamlardan gerekli izni almaksızın, patlayıcı, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeyi imal, ithal veya ihraç eden, ülke içinde bir yerden diğer bir yere nakleden, muhafaza eden, satan, satın alan veya işleyen kişi, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Yetkili makamların izni olmaksızın, bu fıkra kapsamına giren maddeleri imal etmek, işlemek veya kullanmak amacıyla, gerekli olan malzeme ve teçhizatı ithal eden, ihraç eden, satışa arz eden, başkalarına veren, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi de aynı ceza ile cezalandırılır. (2) Bu fiillerin suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır. (3) Önemsiz tür ve miktarda patlayıcı maddeyi satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, kullanılış amacı gözetilerek, bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”; TCK m. 174 hükmünün gerekçesine göre, “Maddenin birinci fıkrası hükmüyle, yetkili makamlardan gerekli izin alınmaksızın, patlayıcı, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeyi ülkeye sokmak, ülke içinde bir yerden diğer bir yere nakletmek, muhafaza etmek, satmak, satın almak veya üretmek, suç hâline getirilmiştir. Bu bakımdan söz konusu suç, seçimlik hareketli bir suç niteliği taşımaktadır.

Bu madde, toplumu genel tehlikelere karşı korumanın yanı sıra; Uluslararası Nükleer Silâhların Yayılmasının Önlenmesi Andlaşması ve Nükleer Maddelerin Fiziksel Korunması Hakkındaki Sözleşme ile Türkiye'nin üstlenmiş bulunduğu yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacını taşımaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasına göre; birinci fıkra da yer alan fiillerin suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, cezanın artırılması sebebinin oluşturmaktadır.

Üçüncü fıkra da, ise, özellikle köy veya kırsal alanda yaşayan insanların çeşitli meşru ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, önemsiz tür ve miktarda patlayıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması hâlleri göz önünde bulundurularak, hükmedilecek cezada önemli ölçüde indirim yapabilmek hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır.”

masına Dair Kanun” un 15. maddesiyle<sup>[2]</sup> değiştirildikten sonra son haline ulaşmıştır.

Mülga 765 sayılı TCK’nın (ETCK) 264. maddesinde de TCK m. 174 hükmüne benzer nitelikte bir düzenleme bulunmaktaydı.<sup>[3]</sup> ETCK m. 264 hükmü, “Devlet idaresi aleyhinde işlenen cürümler” başlıklı Üçüncü Bapta yer almaktaydı. Ancak söz konusu hükümde düzenlenen suçları ihdas ederek korunmak istenen hukuki varlık ya da menfaatin, kamu idaresinin dürüst, tarafsız, itibarlı bir şekilde fonksiyonunu yerine getirmesi değil; genel bir korku ve panik ortamının yaratılmasının ve kişilerin can ve mal güvenliklerine zarar verilmesinin önlenmesi olduğu, bu nedenle ilgili

[2] 6763 sayılı kanunun 15. maddesi: “5237 sayılı Kanunun 174 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “üç yıldan” ibaresi “dört yıldan” şeklinde, “maddelerin imalinde, işlenmesinde veya kullanılmasında gerekli olan malzeme ve teçhizatı ihraç eden” ibaresi “maddeleri imal etmek, işlemek veya kullanmak amacıyla, gerekli olan malzeme ve teçhizatı ithal eden, ihraç eden, satışa arz eden, başkalarına veren, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden veya bulunduran” şeklinde, ikinci fıkrasında yer alan “yarı oranında” ibaresi “bir kat” şeklinde değiştirilmiştir.”

[3] ETCK m. 264: “(1) Her kim ait olduğu merciden ruhsat almaksızın dinamit veya bomba veya buna benzer yıkıcı veya öldürücü alet veya barut ve benzeri ateşli ecza yapar veya bunları yabancı bir ülkeden Türkiye’ye sokar veya sokmaya aracı olur veya ülke içinde bir yerden diğer bir yere götürür veya yollar veya götürmeye bilerek aracılık ederse, beş yıldan sekiz yıla kadar haps olunur ve kendisinden onbeşbin liradan altmışbin liraya kadar ağır para cezası alınır. (2) Birinci fıkradaki eylemleri işlemek amacı ile teşekkül vücuda getirenlerle yönetenler veya teşekküle mensup olanlar tarafından sözü geçen fıkra yazılı suçlar işlenirse failer hakkında on yıldan onbeş yıla kadar ağır hapis ve ellibin liradan yüzbin liraya kadar ağır para cezası hükmolunur. (...) (5) Ruhsatsız bu gibi şeyleri taşıyanlar veya bulunduranlar veya satanlar veya satmaya çalışanlar veya alanlar üç yıldan beş yıla kadar ağır hapis, onbin liradan yirmibin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu şeylerin cins ve miktar itibarıyla vahamet göstermesi halinde beş yıldan sekiz yıla kadar ağır hapis ve yirmibeşbin liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası hükmolunur. Mahkemece bunların cins ve miktarının önemsiz sayılması ve failin meslek, kişilik ve ahlaki eylemleri yönünden tehlikesiz sayılması halinde hükmolunacak ceza bir aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan üçbin liraya kadar ağır para cezasıdır. (...)”

suçun, “*kamunun selametine karşı suçlar*” arasında düzenlenmesinin daha doğru olacağı ifade edilmektedir.<sup>[4]</sup> Bu nedenle, 5237 sayılı TCK’nın, söz konusu suçun yer aldığı kısım ve bölümle ilgili daha isabetli bir tercihte bulunduğu söylenebilir. İki hüküm arasında benzerlikler bulunmakla birlikte, 5237 sayılı TCK m. 174 hükmünde düzenlenen suç, unsurları bakımından yeni ve farklı bir düzenlemedir.<sup>[5]</sup> Ayrıca belirtmek gerekir ki söz konusu bu iki düzenlemeyle, ETCK’nın mehası olan İtalyan Ceza Kanunu’nun (İCK) 435. maddesinde düzenlenen “*Patlayıcı maddelerin imalatı ve bulundurulması*”<sup>[6]</sup> ve İCK m. 678 hükmünde düzenlenen “*Patlayıcı maddelerin izinsiz üretimi veya ticareti*”<sup>[7]</sup> hükümleri arasında da benzerlikler bulunmaktadır.

TCK m. 174 hükmünde düzenlenen suçun meydana gelebilmesi için,

- [4] Sahir Erman ve Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul, Işık Matbaacılık, 1992, s. 357.
- [5] Muharrem Özen, *Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar*, Ankara, US-A, 2010, s. 62; Ali Hakan Evik, “Tehlikeli Maddelerin İzinsiz Olarak Bulundurulması veya El Değiştirmesi”, *Özel Ceza Hukuku, Cilt V, Genel Tehlike Yaratıcı, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 64.
- [6] İCK m. 435: “Her kim, kamu güvenliğine yönelik kalkışmada bulunmak amacıyla, dinamit veya diğer patlayıcı, boğucu, kör edici, zehirli ya da yanıcı maddeleri veya bunların bileşimi ya da üretilmesinde kullanılan maddeleri üretir, satın alır veya bulundursa, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır” (“*Chiunque, al fine di attentare alla pubblica incolumità, fabbrica, acquista o detiene dinamite o altre materie esplodenti, asfissianti, accecanti, tossiche o infiammabili, ovvero sostanze che servono alla composizione o alla fabbricazione di esse è punito con la reclusione da uno a cinque anni.*”)
- [7] İCK m. 678: “Her kim, yetkili makamdan izin almadan veya gerekli tedbirleri almaksızın patlayıcı maddeleri veya bunların bileşimi ya da üretimi için kullanılan maddeleri üretir, ülkeye sokar, depolar, satar ya da taşırsa, üç aydan on sekiz aya kadar hapis cezası ve 247 euroya kadar para cezasıyla cezalandırılır.” (“*Chiunque, senza la licenza dell’Autorità o senza le prescritte cautele, fabbrica o introduce nello Stato, ovvero tiene in deposito o vende o trasporta materie esplodenti o sostanze destinate alla composizione o alla fabbricazione di esse, è punito con l’arresto da tre a diciotto mesi e con l’ammenda fino a euro 247.*”)

yetkili makamın gerekli izni vermemiş olması gerekmektedir. Böylece suç fiilinin tipe uygunluğu, idari bir şartın yokluğu üzerinden belirlenecektir. Dolayısıyla, kamu güvenliği bakımından soyut bir tehlike taşıyıcılar dahi izin verilmiş söz konusu faaliyetler, tipe uygun olmadıkları için ceza hukuku bakımından hukuka uygun kabul edilebilecekken; korunan hukuki varlığı ihlale elverişli olmayan; ancak idare tarafından yetkilendirilmemiş faaliyetlerin cezalandırılma ihtimali ortaya çıkacaktır. Ne var ki bir fiilin suç sayılabilmesi için salt biçimsel nitelikteki kaynaklara aykırılık teşkil etmesi yeterli değildir; aynı zamanda korunan hukuki varlığı ihlal edici bir içeriğe sahip olması gerekmektedir.<sup>[8]</sup> Bu ihlal, suçun özünü teşkil eder ve her suçta bulunması zorunludur (*nullum crimen sine iniura*). Öte yandan, TCK m. 174 hükmünde düzenlenen suçun meydana gelmesi için, yetkili mercilerin söz konusu faaliyetlerin yürütülmesine izin vermemesi gerekliliğinin, bu davranışların potansiyel ihlal ediciliğiyle ilgili bir belirlemede bulunmadığı iddia edilebilir. Bu nedenle, TCK m. 174 hükmü kapsamında değerlendirilebilir bir fiilin, korunan hukuki varlığı tehlikeye atmaya elverişliliği olmasa dahi, salt yetkili makamdaki izin alınmamış olması sebebiyle cezalandırılmasının ihlal ilkesine (It. *“principio di offensività”*) aykırılık teşkil edip etmediği bu çalışmada incelenecektir.

TCK m. 174 hükmünde yasaklanan seçimlik davranışlar, ETCK'nın 264. maddesinin 1. ve 5. fıkralarındaki seçimlik davranışların birleştirilmesiyle oluşturulmuş gibi görünmektedir. ETCK m. 264/1 hükmünde ülke içinde bir yerden diğer bir yere götürmek veya yollamak veya götürmeye bilerek aracılık etmek davranışları, bu fıkra da sayılan son seçimlik davranışlardır ve yeni TCK m. 174 hükmüne *“ülke içinde bir yerden bir yere nakleden”* şeklinde formüle edilerek taşınmıştır. Ancak kanun koyucu bu seçimlik davranıştan sonra, ETCK m. 264/5 hükmünde yer alan seçimlik davranışları yeniden formüle ederek sıralamıştır. Sonuç itibarıyla yasakla-

[8] Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Biçim ve İçerik”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, Haziran 2022, s. 140.

nan seçimlik davranışlar, “...*maddeyi imal, ithal veya ihraç eden, ülke içinde bir yerden diğer bir yere nakleden, muhafaza eden, satan, satın alan veya işleyen...*” şeklinde bir formülasyonla tek bir hükümde birleştirilmiştir. Ancak bu formülasyonla birlikte nakletme, muhafaza etme, satma, satın alma ve işleme hareketlerinin tamamının ülke içinde işlenmesi halinde tipik fiili teşkil edeceklerini; ancak imal, ithal ve ihraç hareketleri nerede işlenirse işlensin suçun meydana geleceği şeklinde bir yorum yapılabilir hale gelmiştir.<sup>[9]</sup> Sanıyoruz ki normun bu şekilde yorumlanabilir hale gelmesinin sebebi, ETCK m. 264/1,5 hükümlerinde yer alan seçimlik davranışları tek fıkrada toplarken gösterilen özensizliktir. Esasında kanun koyucunun yurt dışında imal etme davranışını cezalandırıp da satın alma davranışını cezalandırmaması için bir sebep yoktur. Bu nedenle “ülke içinde” ifadesinin, “bir yerden diğer bir yere nakleden”le sınırlı olarak anlaşılması gerektiği de söylenebilir. Söz konusu ifadenin nasıl yorumlanması gerektiği, bu çalışmanın bir diğer inceleme konusunu teşkil etmektedir.

TCK m. 174/1 hükmünün 1. cümlesiyle 2. cümlesinde iki farklı suçun düzenlendiğini söylemek mümkündür. İkinci cümlede “...*bu fıkra kapsamına giren maddeleri imal etmek, işlemek veya kullanmak amacıyla...*” ifadesine yer verilmesiyle, birinci cümledeki suçun hazırlık hareketlerini oluşturan davranışlar cezalandırılır hale gelmiştir. Bir başka deyişle ikinci cümlede yer alan suç, bir hazırlık suçudur.<sup>[10]</sup> Ne var ki kanun koyucu, her iki cümledeki suçun da aynı cezayla cezalandırılacağını hükme bağlamıştır. Ancak hazırlık hareketleri, son derece istisnai hallerde cezalandırılmaktadır ve hazırlık suçlarının ihlal ilkesiyle uyumlu olup olmadıklarına yönelik her zaman bir tereddüt bulunmaktadır. Davranışın, teşebbüs aşamasına dahi gelmeden önceki halinin cezalandırıldığı bu suçların korunan hukuki var-

[9] Evik, s. 75 vd.

[10] Erdi Yetkin, *Cezalandırılabilirliğin Öne Alınmasının Bir Görünüş Biçimi Olarak Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu*, İstanbul, On İki Levha, 2024, s. 305.

lık üzerinde yarattığı tehlikenin, tamamlanmış suça nazaran daha düşük olduğu açıktır. Buna rağmen, kanun koyucunun TCK m. 174/1 hükmünün ikinci cümlesinde yer alan hazırlık suçunun cezasını, birinci cümlede yer alan suçun cezasıyla eşit olarak belirlemiş olması, bu çalışma dahilinde suçta ve cezada orantılılık ilkesi bakımından tartışmaya değer görülmüştür.

## I. HUKUKİ KONU

Suçun hukuki konusu, suç yaratan ceza normu tarafından korunan ve suç fiili ile ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir. Suçun ihlal edicilik niteliği, kaynağını hukuki konudan almaktadır.<sup>[11]</sup>

Ceza normuyla korunan hukuki varlığın yok edilmesi, tahrip edilmesi, kaybedilmesi, azaltılması ya da sınırlandırılması zararı teşkil ederken; bu hukuki varlıkların tehlikeye atılması, tehlike şeklindeki ihlali teşkil edecektir.<sup>[12]</sup> Bir başka deyişle tehlike, bir veya birden fazla olgunun zarar meydana getirmeye elverişliliğidir. Böylece ihlal, ceza normuyla korunan hukuki varlığın zarara uğratılması ya da tehlikeye atılması şeklinde ortaya çıkabilecektir.<sup>[13]</sup>

TCK m. 174 hükmünde düzenlenen suçun gerekçesinde bu maddeyle, “...toplumu genel tehlikelere karşı korumanın...” amaçlandığı ifade edilmektedir. Madde metninde sayılan tehlikeli maddelerin, yine madde

[11] Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş, 24. Baskı, 2018, s. 109; Suçun hukuki konusuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970, s. 87 vd., s. 166; Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin, 2003, s. 37 vd.

[12] Stefano Canestrari, “Reato di pericolo”, in. *Enciclopedia giuridica, Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani*, Roma, 1991, s. 1; Ayrıca bkz. Özen, Genel Tehlike Yaratan Suçlar, s. 7

[13] Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini ve Gian Luigi Gatta, *Manuale di diritto penale parte generale*, Milano, Giuffrè, 11. Baskı, Milano 2022, s. 282.

metninde belirtilen seçimlik davranışlara konu edilmesiyle birlikte (örneğin patlayıcı özelliğe sahip nükleer maddelerin taşınması ya da bulundurulması) toplumdakilerin hayatı, sağlığı ve malvarlıkları bakımından bir tehlike ortaya çıkabilecektir. Böylece suçun hukuki konusunun, toplumun bu tür genel tehlikelerden korunmasına yönelik kamusal menfaat<sup>[14]</sup>, bir başka deyişle kamu güvenliği<sup>[15]</sup> olduğu ve ayrıca bu suçla Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının da korunduğu ifade edilmektedir.<sup>[16]</sup>

İCK m. 435 hükmünde düzenlenen suç da kamu güvenliğini korumaya yönelik hükümler arasında yer almaktadır; ancak, toplumsal açıdan önem arz eden bir hukuki varlığa yönelik zarar verebilecek davranışları, fazlasıyla öne çekilmiş bir aşamada cezalandırmayı hedeflemektedir.<sup>[17]</sup> Benzer şekilde, İCK m. 678 hükmünde düzenlenen suçla da kanun koyucu cezai korumayı, korunan hukuki varlığın salt tehlikeye atılması aşamasına kadar geri çekmiştir; böylece, fiilin cezalandırılması için ne bir patlamaya sebep olması ne de bir felakete sebep olması gerekmektedir.<sup>[18]</sup>

Tipik fiillerin gerçekleştirilmesi sonucunda suçun meydana gelmesi için, kamu güvenliği üzerinde bir zararın meydana gelmesi aranmadığı gibi, so-

[14] Özen, *Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar*, s. 63.

[15] Evik, s. 65, 66.

[16] Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 4, Ankara, Adalet, 2. Baskı, 2014, s. 5474.

[17] Alessandra Santangelo, “Fabbricazione o detenzione di materie esplodenti”, in. *Diritto Penale* (diretto da Alberto Cadoppi ve Stefano Canestrari ve Adelmo Manna ve Michele Papa), Tomo 2, Milano, Utet Giuridica, 2022, §1 (versione eBook).

[18] Alessandra Santangelo ve Stefano Dambruoso, “Fabbricazione o commercio abusivi di materie esplodenti”, in. *Diritto Penale* (diretto da Alberto Cadoppi ve Stefano Canestrari ve Adelmo Manna ve Michele Papa), Tomo 3, Milano, Utet Giuridica, 2022, Sezione I, §1 (versione eBook).

mut bir tehlikenin de meydana gelmesi aranmamıştır. Bu nedenle, TCK m. 174 hükmünde düzenlenen suçlar, soyut tehlike suçlarıdır.<sup>[19]</sup>

Her suç için geçerli olduğu gibi, soyut tehlike suçlarının meydana gelmesi için de davranışın, tipik olmasının yanı sıra ihlal edici nitelikte de olması gerekmektedir. Bu gereklilik, suçun tipik bir hukuka aykırılık olmasından kaynaklanmaktadır. Davranışın tipe uygunluğu tespit edildikten sonra, ayrıca ihlal edici olup olmadığı da araştırılacaktır; böylece sırf norma itaatsizliğin cezalandırılmasının önüne geçilecektir.<sup>[20]</sup> Esasında anayasal bir ilke olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, suçun varlığı için gereken tüm unsurlara ilişkin kapsamlı bir ilkedir ve ihlal, bu ilkenin kapsamı dışında tutulamaz. Böylece ihlal, tipikliğin açık veya zımni bir unsuru olmaktadır.<sup>[21]</sup>

Davranışın ihlal edici niteliğe sahip olup olmadığına yönelik araştırma, aslında davranışın elverişliliğine ilişkindir. Elverişlilik mevzusu da tipe uygunlukla ilgilidir ve ancak elverişli olan davranış tipe uygun sayılabilir. Zira tipe uygun davranış, kanunda tarif edilen modele sadece dış görünüşü bakımından değil, ihlal edici niteliği bakımından da uyan, yani kanun tarafından korunan hak veya menfaati tehlikeye atma veya bu menfaate zarar verme yeterliliğinde olan davranıştır.<sup>[22]</sup>

Böylece yetkili makamlardan izin almaksızın, TCK m. 174 hükmünde

[19] Özen, *Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar*, s. 63; Evik, s. 64; Hasan Gerçekler, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 2, Ankara, Seçkin, 6. Baskı, 2022, s. 1700; İCK m. 435 hükmünde düzenlenen suç tipinin de soyut tehlike suçu olduğu hakkında ayrıca bkz. Santangelo, §1.

[20] Selâhattin Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 40, Sayı 1, 1988, s. 132.

[21] Katoğlu, “Biçim ve İçerik”, s. 141.

[22] Uğur Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, Ankara, AÜHF, 1968, s. 18 – 21; Ayrıca bkz. Keyman, “Cürmi Fiil”, s. 135, 136.

belirtilen tehlikeli maddeler üzerinde yasaklanan seçimlik davranışların yapılması tek başına yeterli olmayacak; aynı zamanda, bu davranışların kamu güvenliği üzerinde bir tehlike yaratmaya elverişli olup olmadığı araştırılacaktır.<sup>[23]</sup> Önemle belirtmek gerekir ki bu araştırma, bir somut tehlike araştırması olmayıp, tipik fiilin ortaya çıkıp çıkmadığına yönelik bir araştırmadır.

Tipik fiillerin, korunan hukuki varlığı ihlale elverişliliği incelenirken tehlikeli maddelerin tür ve miktarı göz önüne alınabilir. Bu aşamada TCK m. 174/3 hükmünde düzenlenen suç dikkat çekicidir. Bu düzenlemeyle önemsiz tür ve miktarda patlayıcı madde satın alınması, kabul edilmesi ve bulundurulması yasaklanmıştır. Kanunun gerekçesine göre, “...özellikle köy veya kırsal alanda yaşayan insanların çeşitli meşru ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, önemsiz tür ve miktarda patlayıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması hâlleri göz önünde bulundurularak, hükmedilecek cezada önemli ölçüde indirim yapabilmek hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır.” Buna göre patlayıcı madde, tür ve miktar olarak bir ihtiyacı karşılayabilecek tür ve miktarda olmalı ve ihtiyaç, giderilmesine hukukun izin verdiği meşru bir ihtiyaç olmalıdır.<sup>[24]</sup> Ancak bu durumda, hukuk düzeyinin giderilmesine izin verdiği bir ihtiyacı gidermeye yönelik davranışları, kanunun neden cezalandırdığı anlaşılamamaktadır. Kullanılış amacı meşru olan ve türü ve miktarı itibarıyla önemsiz olan bir patlayıcı maddeyi satın almanın, kabul etmenin ve bulundurmanın cezalandırılmaması gerekirdi. Zira bu davranışlar cezaya layıkça, söz konusu tehlikeli maddelerin satın alınmasının, kabul edilmesinin ve bulundurulmasının meşru bir amaç için olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Öte yandan, meşru bir amaç için önemsiz tür ve miktarda patlayıcı maddeyi satın almak, kabul etmek

[23] Aynı yönde bkz. Mustafa Topaloğlu, “Maden İşletmelerinde Patlayıcı Madde Kullanımı ve Patlayıcı Madde Suçları (TCK m. 174)”, (<https://www.mtopaloglu.av.tr/img/makaleler/maden-isletmelerinde-patlayici-madde-kullanimi-ve-patlayici-madde-suclari-267.pdf>) (Erişim Tarihi: 29 Kasım 2024), §2.

[24] Özen, *Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar*, s. 66.

ve bulundurmak şeklindeki davranışların, kamu güvenliğini ihlal edici bir içeriğe sahip olduklarını söylemek de mümkün değildir.

Öğretideki bir görüşe göre, TCK m. 174/3 hükmünde yer alan “önemsiz tür ve miktar” kavramıyla patlayıcı maddenin türü ve miktarı ne olursa olsun diğer şartların da gerçekleşmesi halinde davranışın cezalandırılacağı sonucu çıkartılmamalıdır. Kanun koyucu, etkisi düşük seviyede olan birkaç gramlık patlayıcı maddeyi satın alma, kabul etme ve bulundurma davranışlarını cezalandırmayı hedeflememektedir. Asıl amaç, somut olayda miktar itibariyle az olan ancak etkisi yüksek patlayıcı maddenin suçun konusunu oluşturduğu hallerde daha hafif bir cezayla faili cezalandırmaktır.<sup>[25]</sup> Etkisi düşük seviyede olan ve miktarı da az olan patlayıcı maddeleri satın alma, kabul etme ve bulundurma davranışlarının cezalandırılmaması gerektiği hususunda bu görüşe katılıyoruz. Ancak bize göre, miktar itibariyle az olmakla birlikte etkisi yüksek patlayıcı maddelerin, TCK m. 174/3 kapsamında değerlendirilme imkânı yoktur. Bu tür maddeler, TCK m. 174/1 kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim Yargıtay’ın bir kararında “... 1 adet dinamit lokumunun ... nitelik bakımından önemsiz tür ve miktarda sayılamayacağı gözetilmeden...ceza tayini... Yasaya aykırı...”<sup>[26]</sup> bulunmuştur. Bize göre, ancak tür itibariyle zarar verme kapasitesi düşük olmakla birlikte miktar itibariyle önemsiz sayılamayacak patlayıcı maddelerin satın alınması, kabul edilmesi ve bulundurulması şeklindeki davranışların, TCK m. 174/1 hükmündeki fiillere nazaran daha az cezayla cezalandırılması düşünülebilirdi. Ne var ki TCK m. 174/3, patlayıcı maddenin hem türünün hem de miktarının önemsiz olmasını aramıştır. Bu nedenle, söz konusu hükmün yeniden formüle edilmesi gerekmektedir. Bir kanun değişikliğiyle hâkimin, patlayıcı maddenin kullanılış amacı ve miktarını göz önüne alarak bir yıla kadar hapis cezasına hükmedebileceği gibi, ceza vermekten de

[25] Salih Özkan, *Ceza Hukukunda Önemsizlik*, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 52.

[26] Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 07 Ocak 2015 Tarih ve E. 2014/37662, K. 2015/375 Sayılı Kararı, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>) (Erişim Tarihi: 10 Eylül 2024).

vazgeçebileceği bir düzenleme yaratmak daha uygun olacaktır.

Hukuki konu başlığı altında incelemek istediğimiz bir diğer husus, suçun meydana gelmesi için tipe uygun davranışların, “*yetkili makamlardan gerekli izni almaksızın*” gerçekleştirilmesi gerekliliğidir. Söz konusu izin şartının, suçun tipiklik unsuruna mı dahil olduğu yoksa iznin bir hukuka uygunluk nedeni mi olduğu hususu, ileride ayrıca tartışılacaktır. Ancak idari bir işlemin varlığının veya yokluğunun tipiklik veya hukuka aykırılık üzerinde belirleyici olduğu bu tür suçlarla çevre ceza hukuku alanında da karşılaşılmaktadır. Örneğin TCK m. 181/2 hükmünde “*Atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokan kişi...*”, TCK m. 184/1 hükmünde de “*Yapı ruhsatiyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi...*” cezalandırılmaktadır. Çevreye karşı suçlar arasında yer alan ve bir aktivitenin yetkisiz veya şüpheli bir yetkilendirmeye yürütülmesini cezalandıran suçların, ihlal ilkesiyle olan uyumları tartışmalıdır.<sup>[27]</sup> Özellikle

[27] Bu tartışmayla ilgili ayrıca bkz. Eleonora Mondi, *Il principio di necessaria offensività e i reati ambientali*, Università Degli Studi Roma Tre, Scuola Dottorale Internazionale “Tullio Ascarelli” Diritto – Economia – Storia, Dottorato di Ricerca in “Sistemi Punitivi e Garanzie Costituzionali” – Sezione di “Diritto Penale”, 2013, s. 130: Bir görüşe göre, ilgili idareye bilgi verme yükümlülüğünün ihlaline dayalı suç kategorisinden farklı olarak burada davranışın ceza hukuku bakımından meşru görülmesinin kamu idaresinin değerlendirmesine tabi kılınması, kamu idaresinin bunların somut tehlikeliliklerinin sınırlandırılması için zorunlu olduğunu düşündüğü davranış modellerine uymadıkları ölçüde, bu davranışların nihai hukuki varlıklar bakımından soyut olarak tehlikeli olduklarının varsayılmasına yol açar. Sonuç olarak, idari fonksiyonların korunmasının, nihai çevresel varlığın korunmasındaki araçsallığı göz önüne alınarak, bu suçların ihlal ilkesiyle uyumlu olduğu söylenebilir. Bir diğer görüşe göreyse, bu suçlar ihlal ilkesiyle çatışma halindedir zira bu suçların temelini oluşturan kamu idaresinin belirli faaliyetlerin yürütülmesine izin vermemesi gerekliliği, ceza normuyla yasaklanan davranışın potansiyel zarar vericiliği hakkında hiçbir şey söylememektedir. Kamu idaresinin verdiği iznin, zarar verici niteliği ceza normu tarafından açıklanmayan bir davranış hukuka uygun hale getirme fonksiyonu bulunmaktadır. Dolayısıyla fiilin bütün değersizliği, idari bir şartın yokluğu ile belirlenecektir. Böylece paradoksal bir şekilde çevre bakımından soyut bir tehlike taşıyıcılar dahi izin verilmiş, boşaltım, emisyon, atık yok etme faaliyetleri, ceza hukuku bakımından hukuka uygun kabul

cezai düzenlemelerin salt idare hukuku alanına ait talimat ve süreçlere aykırılığın müeyyidesini teşkil ettiği sırf tamamlayıcı/ikincil model, çevresel hukuki varlıklara yönelik herhangi bir zarar veya tehlike ile bağlantı kurulmaksızın, sırf itaatsizliğin cezalandırıldığı şekli ceza hukukunun tipik bir görünüm şeklidir. Zira bu modelle çevresel varlıklardan ziyade, idari fonksiyonlar korunmaktadır. Bu modele dahil ceza normlarının, ihlal ilkesine aykırılık teşkil etme riski bulunmaktadır; çünkü idari emir veya düzenlemelere uygun olmadığı halde herhangi bir zarar ya da tehlike içermeyen davranışları cezalandırma ihtimali vardır. Öte yandan bu model, idari emir veya düzenlemelere uygun olduğu halde çevresel varlıkları ihlal edici nitelikteki davranışların cezalandırılmaması sebebiyle çevresel korumanın tam olarak sağlanamamasına sebep olur.<sup>[28]</sup>

---

edilecekken; tamamen zararsız olduğu halde, idare tarafından yetkilendirilmemiş faaliyetler cezalandırılabilir olacaktır.

Bu iki görüşün arasında bir yerde konumlanan Catenacci'ye göre, kamu idaresinin izninin eksikliği temel alan suç tiplerinin gerçek ihlal ediciliği, bu suçların gerçek hukuki varlıkları korumayı hedefleyen ceza hukukuyla uyumlu olup olmadığını değerlendirmek amacıyla, her bir suç tipinin detaylı bir analizi aracılığıyla her bir somut olay bağlamında değerlendirilmelidir. Catenacci'ye göre, soyut tehlike suçlarıyla amaçlanan ceza politikası hedefleriyle çelişmeden ve ihlal ilkesine de karşı gelmeden izlenebilecek yol, “göreceli varsayım” olarak adlandırılan görüşün yeniden değerlendirilmesinden geçmektedir. Buna göre, savcıya tehlikenin varlığını ispat görevi yüklenemez; ancak sanığın tehlikenin var olmadığını ispatlamasına izin verilir. Böylece soyut tehlike suçlarının cezai politik fonksiyonundan ödün verilmeksizin ihlalsiz suç olmaz ilkesiyle bağdaşır hale getirilmesi sağlanır. Mahkûmiyet kararını her türlü “makul şüpheyi” gidererek serbest değerlendirmesine göre veren hâkimin, tehlikenin var olmadığının ortaya konulmasını göz ardı etmesi imkânsız hale gelecektir. Böylece tipik ama ihlalden yoksun davranışların cezalandırılmasının önüne bir set çekilmiş olacaktır (Bkz. Mauro Catenacci, “I reati ambientali e il principio di offensività”, Rivisto quadrimestrale di diritto dell’ambiente, S. 0, 2010, s. 55).

- [28] Andrea Di Landro, “Environmental Criminal Law Dependence on Administrative Law. Assessing the Opportunity for a Limited Number of Offences Being Autonomus from Administrative Law”, Ionline (www.lceonline.eu), 1/2022, II, s. 31, 32.

Bu çalışma özelinde üzerinde durmak istediğimiz tartışma, yetkili makamdan gerekli izni alabileceği halde almamış ya da alamamış olan kişilerin gerçekleştirdiği davranışların cezalandırılmasının gerekip gerekmediğidir. Çevre ceza hukuku alanında yer alan suçlar bakımından yapılan değerlendirmelerde, bir görüşe göre, izin alınması gerektiği halde izin alınmamış davranışın, izin verilebilir durumda olup olmamasının bir önemi yoktur. Davranışın “izin verilebilir” durumda olması, tek başına bir hukuka uygunluk nedeni yaratmaz; zira hukuka uygunluğun gerçekleşmesi için, şekli anlamda izin işleminin var olması aranmalıdır. Ancak bu konudaki bir başka görüşe göre, fail izin verilebilen bir aktivitenin icrasına, bürokratik sebeplerden dolayı aslında alabileceği izni almaksızın başlarsa, failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Esasında söz konusu davranışın izin almaksızın gerçekleştirilmesi, tipe uygun görünmektedir; ancak, ilgili ceza normuyla korunan hukuki varlığa zarar vermeyen ya da onu tehlikeye atmayan bir davranış sebebiyle kişinin cezalandırılması nasıl meşrulaştırılacaktır? Zira davranış, korunan hukuki varlığa zarar vermiyor ya da onu tehlikeye atmıyorsa, gerekli izin alınmaksızın faaliyetin yürütülmesi ancak idare hukuku anlamında bir ihlal teşkil edebilir. İdare hukukuna ilişkin bir ihlalin cezalandırılması da ceza hukuku bakımından meşru değildir. Dolayısıyla ceza normuyla sadece “maddi olarak izin alamayacak” bir davranış cezalandırılmalıdır.<sup>[29]</sup>

Öğretideki bir görüşe göre, çevreye ilişkin hukuki varlıkları ihlal etmeyen bir davranış sebebiyle çevre suçu işlemekten hüküm kurulması hatalı görünmekle birlikte, bu suçlarla çevresel ve insani menfaatlerin yanı sıra idari menfaatler de korunmaktadır. Nitekim izne tabi olup da idarenin bilgisi olmaksızın bir faaliyette bulunulması, idarenin çevreyi koruma görevinin yok sayılması demektir. Kanun koyucu, faaliyetin “izin almaksızın” yürütülmesi şartını getirirken, idari usullere aykırı davranışını

[29] Bu konuda bkz. Yener Ünver ve Ayşe Nuhoğlu, *Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku*, İstanbul, Beta, 1999, s. 64, 65.

cezalandırmaktadır. Dolayısıyla bu suçlarla idari değerlerin de korunduğu gözetilerek, “maddi olarak izin alabilecek” bir davranışın da izin almadan yürütülmesi cezalandırılmalıdır.<sup>[30]</sup>

Bizim daha yerinde olduğunu düşündüğümüz bir görüşe göre, idarenin değerlendirmesine ceza hakimini bağlayıcı bir değer atfetmek doğru olmayacaktır. Zira aksi halde, suçu oluşturan fiile ilişkin tespitlerin bir kısmı yargı denetimi dışına çıkacak ve bu da muhakeme hukuku ilkelerini altüst edecektir. Yine bu halde, idarenin izin ya da yetkilendirme taleplerini reddeden kararlarının da bağlayıcı olduğu sonucuna ulaşmak gerekir; ancak bunun kabul edilemeyeceği çok açıktır.<sup>[31]</sup> Öte yandan idarenin izin vermeme işleminin açıkça hukuka aykırı olduğu hallerde fiilin cezalandırılması durumunda idari düzenin de korunmasından bahsedilemeyecektir. Zira idari düzenin korunması adına, izin başvurusu idare tarafından hukuka aykırı bir şekilde reddedilen kişinin gerçekleştirdiği ve aynı zamanda korunan hukuki varlığa (kamu güvenliği, çevre gibi) zarar vermeyen davranışları cezalandırmak, hukuka aykırı işlemlere bir değer atfetmek ve davranışın ihlal edici içeriğinin idari işlemler tarafından tespit edilmesi anlamına gelir ki bu sonuç kabul edilemez. Davranışın tipe uygun olduğunu ve ihlal edici içeriğe sahip olduğunu, bir başka deyişle, korunan hukuki varlığı ihlal etmeye elverişli olduğunu tespit etme görevi, münhasıran ceza hakimine aittir. Öyleyse, idareden izin almadığı halde izin alabilecek nite-

[30] Volkan Maviş, *Türk Ceza Kanunu’nda Çevreye Karşı Suçlar*, Ankara, Yetkin, 2021, s. 188, 189.

[31] Nevzat Toroslu, “Doğal Çevrenin Kirlenmesi ve Ceza Hukuku”, in. Prof. Dr. Akif Erginay’a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara, Olgaç Matbaası, AÜHF Yay No. 460, 1981, s. 158; Ayrıca belirtmek isteriz ki hukuki varlıklara zarar verilmesinden veya tehlikeye atılmasından bağımsız olarak, belirli idari nitelikteki menfaatlerin korunması adına gerekli koşulların sağlanması hedefleniyorsa, normun suçlar arasında değil kabahatler veya idari düzenin sağlanmasına yönelik diğer kanunlar arasında yer alması daha doğru olacaktır. Nitekim İCK m. 678 hükmünün kabahatler arasında yer alması, kanun koyucunun idari nitelikteki menfaatleri de korumak istemesiyle açıklanmıştır. Bu konuda bkz. Santangelo – Dambruoso, §1.

likteki bir davranışın (örneğin idarenin izin vermeme işlemi idari yargıda iptal edilmişse), korunan hukuki varlığı ihlal edici nitelikte olmadığı tespit edilmişse (örneğin sanık gerçekleştirdiği faaliyetin tehlikeli olmadığını ispat etmişse) suçun meydana gelmediği sonucuna ulaşılmalıdır.

## II. MADDİ KONU

Suçun maddi konusu, suçun üzerinde gerçekleştiği insan veya şeydir.<sup>[32]</sup> Elbette bu fiilin üzerinde gerçekleştiği her insan ya da şey değil, sadece tipik fiili tanımlayan normda yer alan insan veya şeydir. Bu anlamda suçun maddi konusu, tipik fiilin üzerinde gerçekleşmesi zorunlu olan insan ya da şey olarak tanımlanmaktadır.<sup>[33]</sup>

TCK m. 174/1 hükmünün 1. cümlesinde yer alan suçun konusu “nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik” maddelerdir. Ayrıca kanun bu maddelerin “patlayıcı, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı” nitelikte olmasını aramıştır. Kanun koyucu, TCK m. 6/1-f’nin 2. ve 5. bentlerinde yer alan hükümleri tekrarlamıştır.<sup>[34]</sup> Öyleyse suçun konusunun silah olduğu söylenebilir.<sup>[35]</sup>

TCK m. 174/1 hükmünün 2. cümlesinde yer alan suçun konusu ise, bi-

[32] Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, İstanbul, Beta, 11. Baskı, Cilt I, 1997, s. 333; Zeki Hafızogulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, US-A, 8. Baskı, 2015, s. 209; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin, 23. Baskı, 2023, s. 201; Suçun maddi konusuyla ilgili kapsamlı bir inceleme için bkz. Uğur Orhan, *Suçun Maddi Konusu*, Ankara, Seçkin, 2023, s. 19 vd.

[33] Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 185; Toroslu – Toroslu, s. 110; Vincenzo Manzini, Pietro Nuvolone ve Gian Domenico Pisapia, *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, 5. Baskı, 1985, Vol. I, s. 624.

[34] Özen, *Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar*, s. 63.

[35] Evik, s. 67, 68.

rinci cümlede sayılan maddeleri imal etmek, işlemek veya kullanmak için gerekli olan malzeme ve teçhizatır.<sup>[36]</sup> Hangi malzeme ve teçhizatın suçun konusunu oluşturacağı belirtilmemiştir.<sup>[37]</sup> Dolayısıyla, suçun meydana gelmesi için failin birinci cümlede sayılan maddeleri imal etmek, işlemek veya kullanmak amacının şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlanması gerekir. Bu suçun meydana gelmesi için kamu güvenliği üzerinde somut bir tehlikenin meydana gelmesi de aranmayacağından, korunan hukuki varlığın ihlali, gittikçe daha fazla suçun subjektif unsuruyla bağlantılı bir şekilde belirlenecektir.<sup>[38]</sup>

TCK m. 174/3 hükmünde düzenlenen suçun konusu ise sadece patlayıcı maddelerdir.<sup>[39]</sup> Hem TCK m. 174/1 hem de TCK m. 174/3 hükmünün konusunu teşkil eden *“Patlayıcı maddeler, hareket ve şok etkisiyle değişen, yüksek derecede ısı, büyük hacimde gaz meydana getiren, katı, sıvı ve gaz halindeki kimyasal madde veya karışımlara denilmektedir. Patlama, patlayıcı maddenin kıvılcım (ateş), reaksiyon (asit) ve şok (güç kaynağı) etkisiyle ateşlenmesiyle yüksek derecede ısı, ışık, gaz, ses ve basınç oluşturarak hava içerisinde aniden ve şiddetle yayılması olayını ifade etmektedir. Patlayıcı maddelerin imal amacına uygun şekilde etkisini meydana getirebilmesi için ateşlenmesi gerekmektedir. Bu ateşleme genel olarak hararet ve şok etkisi oluşturabilecek bir*

[36] Evik, s. 69.

[37] TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen suçun konusunu belirleme yetkisinin idari makamlara bırakılmış olduğu ve bu nedenle düzenlemenin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği hakkında bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 16. Baskı, 2023, s. 71; Maddi konunun belirsiz olması ya da idare tarafından belirlenecek olması, ceza kanunun tekelciliği ilkesine aykırılık teşkil eder ve kanunilik ilkesiyle amaçlanan politik – garanti edici işlevin zayıflamasına, dahası ortadan kalkmasına sebep olur. Bu konuda bkz. Güneş Okuyucu Ergün, *Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi*, Ankara, Yetkin, 2023, s. 60 vd.

[38] İCK m. 435 hükmünde düzenlenen suç bakımından yapılan benzer yöndeki tespitler için bkz. Santangelo, §1.

[39] Evik, s. 69.

*etki ile sağlanmaktadır. Örneğin, fitiller, kapsüller (fünye), bombalar gibi.*<sup>[40]</sup>

Nükleer madde, 5 Mart 2022 tarihli ve 7381 sayılı “Nükleer Düzenleme Kanunu”nun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin 1/k bendinde “*Uran-yum, toryum, plütonyum ile diğer bölünebilir maddelerin Kurum tarafından belirlenen izotopları ile fiziksel ve kimyasal formlarını, ... ifade eder.*”<sup>[41]</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Bir atomun parçalanması veya iki atomun bir araya gelmesiyle meydana çıkan enerjiden faydalanılarak yapılan ve geliştirilen silahlar da nükleer silah olarak tanımlanmaktadır. Nükleer silahların insanlara yönelik çok büyük yıkıcı etkileri olduğu için bu silahların satımının, yayılmasının ve kullanılmasının önüne geçebilmek için ulusal ve uluslararası düzeyde önlemler alınmış ve alınmaya da devam edilmektedir.<sup>[42]</sup>

[40] Uğur Ersoy, *Silah Hukuku*, Ankara, Adalet, 2023, s. 263; Patlayıcı maddeye ilişkin olarak mevzuatta da tanımlara rastlamak mümkündür. Örneğin 24 Şubat 2000 tarihli ve 4536 sayılı “Denizlerde ve Yurt Yüzeyinde Görülen Patlayıcı Madde ve Şüpheli Cisimlere Uygulanacak Esaslara İlişkin Kanun”un “Tanımlar” başlıklı 3/a maddesine göre “*Patlayıcı madde: Harp maksatları için kullanılan bütün patlayıcıları, silah sevk sistemlerini, patlayıcı ihtiva eden ordudonatım malzemelerini, nükleer silahları ve kimyasal maddeleri de içeren; uçak bombaları, harp başlıkları, güdümlü ve balistik füzeler, el bombaları, roketler, ağır silah mühimmatları, mayınlar, el yapımı patlayıcılar, torpidolar, su bombaları, tahrip kalıpları, payroteknik malzemeler, kesici veya sevkediciler, elektronik patlayıcılar ile benzer şekilde patlama sonucu kişide ölüm veya yaralanma, teçhizat ve binalarda hasara sebep olabilecek her türlü maddeleri, ... ifade eder.*”; Bir diğer tanıma da 14 Ağustos 1987 tarihli ve 87/12028 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan “Tekel Dışı Bırakılan Patlayıcı Maddelerle Av Malzemesi ve Benzerlerinin Üretimi, İthali, Taşınması, Saklanması, Depolanması, Satışı, Kullanılması, Yok Edilmesi, Denetlenmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Tüzük”ün “Deyimler” başlıklı 2/A maddesinde yer verilmektedir; Bir başka tanım için “Tehlikeli Malların Karayolu ile Uluslararası Taşımacılığına İlişkin Anlaşma”nın “Sınıflandırma” başlıklı 2. Kısımının “Sınıfa özgü hükümler” başlıklı bölümünün altında düzenlenen 2.2.1 hükmüne bakınız.

[41] Bu konuda ayrıca bkz. “Nükleer Tesislerin ve Nükleer Maddelerin Emniyetine İlişkin Yönetmelik”in (Resmi Gazete, 11 Haziran 2024, Sayı 32573) ekinde yer alan tablo.

[42] Ersoy, s. 290, 291.

Radyoaktif madde, “Radyoaktif Maddelerin Serbestleştirilmesi ve Salımına İlişkin Yönetmelik”in<sup>[43]</sup> “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinin 1/d hükmüne göre, *“Nükleer madde, radyoaktif kaynak ve radyoaktif atıklar da dâhil olmak üzere, çekirdekleri kendiliğinden bozunmaya uğrayarak radyasyon yayan izotop veya izotopları içeren maddeleri, ... ifade eder.”* Radyoaktif veya radyolojik silahlar da nükleer silahların dışında kalan radyoaktif parçalanma sonucunda meydana gelen tehlikeler aracılığıyla yok etmek, zarar vermek ya da yaralamak amacıyla kullanılan ve radyoaktif maddeleri yaymak için özel olarak tasarlanmış herhangi bir araç, silah veya teçhizat olarak tanımlanmaktadır. Radyolojik silahlar genellikle yoğun insan popülasyonunun bulunduğu bölgelerde panik ve insan kaybına sebep olan ve terör amaçlı kullanılan silahlardandır.<sup>[44]</sup>

Kimyasal madde, “Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik”in<sup>[45]</sup> “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinin 1/c hükmüne göre, *“Doğal halde bulunan, üretilen, herhangi bir işlem sırasında kullanılan veya atıklar da dâhil olmak üzere ortaya çıkan, bizzat üretilmiş olup olmadığına veya piyasaya arz olunup olunmadığına bakılmaksızın her türlü element, bileşik veya karışımları, ... ifade eder.”*<sup>[46]</sup>

[43] Resmî Gazete, 01 Eylül 2023, Sayı 32296.

[44] Ersoy, s. 293, 294.

[45] Resmî Gazete, 12 Ağustos 2013, Sayı 28733.

[46] 14 Aralık 2006 tarihli ve 5564 sayılı “Kimyasal Silahların Geliştirilmesi, Üretimi, Stoklanması ve Kullanımının Yasaklanması Hakkında Kanun”un “Tanımlar” başlıklı 2. maddesine göre, *“Toksik kimyasal madde: ... yaşam süreçleri üzerindeki kimyasal etkisi yoluyla, insanlarda veya hayvanlarda ölüme, geçici veya daimi engelliliğe neden olabilecek ... kimyasal maddeleri”, “Kimyasal silah: ... toksik kimyasal maddeler ve bunların prekürsörlerini; toksik kimyasal maddelerin, savaş gereçleri ve aygıtlarının kullanımı sonucunda ortaya çıkacak olan zehirleyici nitelikleri yoluyla ölüme veya başka bir hasara yol açmak üzere özel olarak tasarımı yapılmış olan herhangi bir cihazı, aparatı veya düzeneği; bu savaş gereçleri ve aygıtlarının kullanımıyla doğrudan doğruya ilişkili bir biçimde kullanılmak üzere özel olarak tasarımı yapılmış olan herhangi bir cihazı, aparatı veya düzeneği”* ifade eder.

Kimyasal silah da kimyevi özellikleri sebebiyle öldürücü, yaralayıcı, ya da tahriş edici etki gösteren veya geçici felce, körlüğe, sağırlığa, göz yaşarmasına, bilinç kaybına neden olan, sis, iz ve yangın meydana getiren katı, sıvı yahut gaz halinde bulunabilen kimyevi maddeler kullanılarak yapılan silahlar olarak tanımlanmaktadır. Bu silahların da büyük çaplı yıkıcı etkileri sebebiyle üretilmelerini ve kullanılmalarını sınırlandırmak ve engellemek için ulusal ve uluslararası düzeyde önlemler alınmaktadır.<sup>[47]</sup>

Biyolojik maddeye ilişkin bir tanıma “Biyolojik Etkenlere Maruziyet Risklerinin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik”in<sup>[48]</sup> “Tanımlar” başlıklı 4/1-b maddesinde rastlamak mümkündür. Buna göre, “*Biyolojik etkenler: Herhangi bir enfeksiyona, alerjiye veya zehirlenmeye neden olabilen, genetik olarak değiştirilmiş olanlar da dâhil mikroorganizmaları, hücre kültürlerini ve insan endoparazitlerini, ... ifade eder.*” Öğretide de biyolojik silahlar, genellikle askeri amaçlarla kullanılan ve mikroplar, virüsler, bakteriler aracılığıyla düşman bölgesinde hastalıkların çıkartılmasına yarayan silahlar olarak tanımlanmaktadır. Biyolojik silahları, potansiyel açıdan tahrip etkisi yüksek kitle imha silahları olarak da tanımlamak mümkündür.<sup>[49]</sup>

Gerekli tedbirler alınmaksızın, nükleer ve radyoaktif maddelerin insanla temas etmesi halinde “*yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı*” etkiler ortaya çıkarken, bütün kimyasal ve biyolojik maddelerin temasında söz konusu etkilerin ortaya çıkacağından bahsedilemez.<sup>[50]</sup>

[47] Ersoy, s. 295, 296; Aynı yönde tanımlamalar için bkz. Gerçekler, s. 1702.

[48] Resmî Gazete, 15 Haziran 2013, Sayı 28678.

[49] Bkz. Ersoy, s. 301; Benzer yönde tanım için bkz. Gerçekler, s. 1701.

[50] Olgun Değirmenci, “Askeri Ceza Kanunu Uygulamasında Silah Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2016, s. 96.

### III. FAİL VE MAĞDUR

TCK m. 174 hükmünde düzenlenen her üç suç tipi de fail bakımından bir özellik göstermemektedir. Bir başka deyişle, herkes suçun failin olabilir.<sup>[51]</sup>

Ceza normu tarafından korunan ve suç fiili ile ihlal olunan hukuki varlığın hamili olarak suçun mağduru<sup>[52]</sup>, TCK m. 174 hükmü özelinde, toplumdur. Zira söz konusu ceza normu ile toplumun bu tür genel tehlikelerden korunmasına yönelik kamusal menfaat, bir başka deyişle kamu güvenliği korunmaktadır ve bu menfaatin hamili de toplumdur.

### IV. MADDİ UNSUR

#### A. DAVRANIŞ

TCK m. 174/1 hükmünün birinci cümlesinde yer alan düzenlemeye göre, yetkili makamlardan izin alınmaksızın niteliği kanunda belirtilen tehlikeli maddeyi “*imal, ithal veya ihraç eden, ülke içinde bir yerden diğer bir yere nakleden, muhafaza eden, satan, satın alan veya işleyen kişi...*” cezalandırılacaktır. Fiilin bu yapısı sebebiyle suç, seçimlik davranışlı bir suçtur. İcra hareketleriyle işlenebilen bu suç, tek bir hareketin yapılmasıyla işlenebileceği gibi birden fazla hareket yapılarak da işlenebilir.<sup>[53]</sup> TCK m. 174/1 hükmünde yer alan seçimlik davranışlardan muhafaza etmek, depolamak, nakletmek, kabul etmek ve bulundurmamak davranışları bakımından, davranışların temadi edecek kadar devam etmesi gerekir. Bir başka deyişle bu

[51] Gerçekler, s. 1700.

[52] Suçun mağduru kavramıyla ilgili olarak ayrıca bkz. Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 61, Sayı 2, 2012, s. 659 vd; Eylem Baş, *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*, Ankara, Seçkin, 2021, s. 657 vd.

[53] Özen, *Genel Tehlike Yaratan Suçlar*, s. 63; Evik, s. 71; Gerçekler, s. 1700.

davranışlar bakımından suç, mütemadi suçtur.<sup>[54]</sup> Ancak diğer davranışlar bakımından bu suçun bir ani suç olduğunu söylemek gerekir.<sup>[55]</sup>

Suçun meydana gelmesi için sayılan bu davranışların “*yetkili makamların izni olmaksızın*” gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu koşula ilişkin olarak öğretilerdeki bir görüşe göre, iznin var olması durumunda davranış hukuka uygun olacağı için, “izin” şartı hukuka aykırılık unsuru kapsamındadır.<sup>[56]</sup> Suçun meydana gelmesinin idari bir şartın yokluğuna bağlı olduğu hallerde, ikili bir ayrıma giden bir görüş de bulunmaktadır. Buna

[54] Evik, s. 86; Yargıtay’ın da TCK m. 174 hükmünde düzenlenen suçun mütemadi suç niteliğinde olduğunu belirten kararları bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 15 Şubat 2023 Tarihli ve E. 2021/3521, K. 2023/494 Sayılı Kararı: “... Sanığın üzerine atılı 5237 sayılı TCK’nın 174/1 inci maddesinde tanımlanan tehlikeli maddeleri izinsiz olarak bulundurma veya el değiştirme suçunun mütemadi suç niteliğinde olduğu, suçun mütemadi niteliğinin ancak hukuki ve fiili kesinti ile mümkün olabileceği, bu durumda da eylemin yeni bir suç oluşturacağı, aksi takdirde tek bir suçun işlenmesi kapsamında birden fazla hareketin gerçekleşmesinin suçun mütemadi özelliği nedeniyle TCK’nın 43 üncü maddesi kapsamındaki zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının imkan vermeyeceği gözetilerek sanığın 04.12.2017 tarihinde Mardin ili Kızıltepe ilçesinden teslim alarak Diyarbakır iline getirdiği bomba yapım malzemelerinin bir kısmını 18-20.01.2018 tarihlerinde Diyarbakır ilinden Antalya ili Kemer ilçesine sevk etmesi, bir kısmını 18-20.03.2018 - 04-10.09.2018 tarihlerinde Diyarbakır ilinden Çankırı iline sevk etmesi, kalan kısmını da 01.11.2018 tarihinde Diyarbakır ilinden İstanbul iline sevk ederken yakalanmasında ibaret fiilinin tek bir suçun işlenişi kapsamında gerçekleşen birden fazla hareketlerden ibaret olup isnat edilen tehlikeli maddeleri izinsiz olarak bulundurma veya el değiştirme suçu kapsamında birden fazla nakil işlemi yapması suçun “mütemadi suç” olma özelliği nedeniyle tek ceza verilmesi gerektiğinden TCK’nın 43 üncü maddesinin uygulanamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması hukuka aykırı görülmüştür.”. Aynı yönde bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 11 Mart 2024 Tarihli ve E. 2021/3613 K. 2024/3743 Sayılı Kararı, (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 08 Kasım 2024).

[55] Özen, *Genel Tehlike Yaratan Suçlar*, s. 63.

[56] Evik, s. 71; Özen, *Genel Tehlike Yaratan Suçlar*, s. 65: Yazar da söz konusu şartı “hukuka aykırılık” başlığı altında incelemektedir; Alman Ceza Kanunu m. 324, m. 324a, m. 325 hükümlerinde yer alan “*yetkili olmaksızın*” ve “*idare hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri ihlal ederek*” ifadeleriyle hukuka özel aykırılık düzenlemeleri yapıldığı belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Di Landro, s. 35, 36.

göre, sadece istisnai bazı durumlarda izin verilen tehlikeli ve istenmeyen bir davranış söz konusuysa, bir başka deyişle davranışın toplumsal açıdan faydalı olmadığı ya da değerden yoksun olduğu ve söz konusu davranışa izin verilebilmesinin toplumun menfaatleri karşısında bir değer tartımının yapılmasını gerektirdiği hallerde, yetkili merciin izni, bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak iznin varlığı, istenen veya toplumsal sözleşmeye uygun davranışların daha etkili bir şekilde denetlenmesi amacını güdüyorsa, iznin alınmaması, tipikliğe ilişkindir. Bu sebeple TCK m. 174 hükmü bakımından yetkili merciin iznin bulunması, bir hukuka uygunluk nedenidir. Çünkü toplumun güvenliği bakımından tehlike arz eden ve ancak istisnai hallerde izin verilebilen bir davranış söz konusudur. Öte yandan TCK m. 184/1 hükmünde yer alan *“yapı ruhsatıyesini almadan veya ruhsata aykırı olarak”* ifadesi tipikliğe ilişkindir. Zira bu düzenlemeyle ön plana çıkan amaç, alanda faaliyet gösteren kişilerin gerekli şartlara sahip olup olmadıklarını sağlayıp sağlamadıklarını denetlemektir.<sup>[57]</sup>

Benzer bir düzenlemenin yer aldığı TCK m. 181/2 hükmü bakımından yapılan bir değerlendirmeye göre, iznin bulunması hali “hakkın kullanılması” hukuka uygunluk nedeni kapsamında kabul edilmelidir. Kanun koyucu suçun meydana gelmesi için davranışın “izinsiz” bir şekilde gerçekleştirilmesi şartını arayarak, söz konusu çevre ihlalinin sosyal bakımdan zararlı ve izin verilemez saydığını vurgulamaktadır. Dolayısıyla ancak izin alınarak gerçekleştirilen bir davranış, çevreye zarar vermeyecek veya onu tehlikeye atmayacaktır; böylece davranış, hukuka uygun kabul edilecektir.<sup>[58]</sup> Ancak bizim de daha yerinde olduğunu düşündüğümüz bir görüşe göre, atık veya artıkların “izinli” olarak ülkeye sokulması tipiklikte bir unsur olarak düzenlendiği için, iznin varlığı hukuka uygunluk sebebi değil,

[57] Neslihan Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2016, s. 445, 446.

[58] Maviş, s. 182, 183.

tipikliği kaldıran hal olarak kabul edilmelidir.<sup>[59]</sup> Nitekim izinsizlik hali, suç tanımında yer alan fiilin gerçekleştirilme şeklini nitelediği için, bunu tipikliğin bir unsuru olarak kabul etmek daha yerinde olacaktır.<sup>[60]</sup> TCK m. 174/1 hükmünde yer alan “izin” şartı ile TCK m. 181/2 hükmünde yer alan “izin” şartı ve TCK m. 184/1 hükmünde yer alan “*yapı ruhsatiyesi almadan veya ruhsata aykırı olarak*” şartları arasında ayırım yapmayı gerektirecek bir farklılık bulunmamaktadır. Söz konusu bu şartlar, tipiklikte birer unsur olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle yetkili makamlardan izin alınarak tehlikeli maddelerin örneğin satın alınması veya depolanması halinde TCK m. 174/1 hükmünde yasaklanan fiil, tipe uygun bir şekilde meydana gelmemiş olacaktır. Ancak davranışların, iznin sınırlarının dışında kalması halinde veya iznin hileye başvuru olarak elde edilmesi hallerinde tipik fiilin meydana geleceğine şüphe yoktur.

TCK m. 174/3 hükmünde açıkça yer almasa da “*önemsiz miktarda tür ve patlayıcı maddeyi satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi*” yetkili makamlardan gerekli izni almışsa, davranışının suç teşkil etmeyeceğini kabul etmek gereklidir. Zira gerekli izinle önemli miktarda tür ve patlayıcı maddeyi satın alma, kabul etme veya bulundurma hareketleri suç teşkil etmiyorsa aynı sonuca önemsiz miktarda tür ve patlayıcı madde bakımından da ulaşmak gerekir.<sup>[61]</sup>

TCK m. 174/1 hükmünün 1. cümlesinde düzenlenen suçun ilk seçilmiş davranışı, tehlikeli maddeleri imal etmektir. TDK’ya göre imal et-

[59] Ali Kemal Yıldız, “Çevrenin Kasten Kirletilmesi”, *Özel Ceza Hukuku, Cilt V, Genel Tehlike Yaratıcı, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 207.

[60] Levent Emre Özgüç, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu*, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 200.

[61] Özen, *Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar*, s. 67; Evik, s. 71, 72.

mek, “*ham maddeyi işleyerek bir mal üretmek*” anlamına gelmektedir.<sup>[62]</sup> Bu anlamda tehlikeli madde imal etmek, söz konusu maddenin yapımında kullanılan, patlayıcı, aşındırıcı, yanıcı, yaralayıcı bir maddeye dönüşmeye müsait ham maddeyi (TCK m. 174/1 hükmünün 2. cümlesinde düzenlenen suçun konusunu oluşturan malzeme ve teçhizatın) sair tıbbi, fenni, bilimsel yahut basit yöntemlerle işleyerek madde kapsamında bir tehlikeli maddeye dönüştürmek olarak anlaşılmalıdır.<sup>[63]</sup>

Tehlikeli maddeyi yetkili makamların izni olmaksızın ithal etmekten anlaşılmaması gereken, söz konusu maddenin başka bir ülkeden herhangi bir yöntemle Türkiye’ye sokulmasıdır. Ülkeden anlaşılmaması gereken “gerçek anlamda ülke” olarak Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularıdır (TCK m. 8/2-a).<sup>[64]</sup> Tehlikeli maddeyi, yetkili makamların izni olmaksızın ihraç etmek de söz konusu maddenin, Türkiye sınırları dışına herhangi bir yöntemle çıkartılmasıdır. Söz konusu malın Türkiye’de imal edilmiş olup olmadığının veya başka bir ülkeden ithal edilip edilmediğinin bir önemi yoktur.<sup>[65]</sup>

Tehlikeli maddeleri, yetkili makamın izni olmaksızın ülke içinde bir yerden diğer bir yere nakletmek, söz konusu maddeyi bir yerden başka bir yere iletmek anlamındadır. Ancak bu naklin, ülke sınırları içerisinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Zira ülke içerisinden başka ülkeye nakletmek hareketi, ihraç anlamına gelecektir. Benzer şekilde, tehlikeli maddeyi yabancı bir ülkeden Türkiye sınırları içerisine sokmak da ithal anlamına

[62] TDK *Güncel Türkçe Sözlük*, “İmal etmek” Maddesi, (<https://sozluk.gov.tr>) (Erişim Tarihi: 20 Eylül 2024).

[63] Evik, s. 73.

[64] Yıldız, s. 202; Krş. Evik, s. 74: Yazar, ülkeden anlaşılmaması gerekenin içine farazi anlamda ülkenin (TCK m. 8/2-b,c,d) de dahil edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

[65] Evik, s. 75.

gelecektir.<sup>[66]</sup>

Bu aşamaya kadar açıklanan seçimlik davranışlar, ETCK m. 264/1 hükmündeki yer alan “*Her kim ait olduğu merciden ruhsat almaksızın dinamit veya bomba veya buna benzer yıkıcı veya öldürücü alet veya barut ve benzeri ateşli ecza yapar veya bunları yabancı bir ülkeden Türkiye’ye sokar veya sokmaya aracı olur veya ülke içinde bir yerden diğer bir yere götürür veya yollar veya götürmeye bilerek aracılık ederse...*” şeklinde belirtilen davranışların yeni TCK’daki karşılıklarıdır. Bundan sonra açıklanacak olan muhafaza etmek, satmak, satın almak ve işlemek davranışları ise, ETCK m. 264/5 hükmünde yer alan “*Ruhsatsız bu gibi şeyleri taşıyanlar veya bulunduranlar veya satanlar veya satmaya çalışanlar veya alanlar...*” şeklinde belirtilen davranışların yeni TCK’daki karşılıklarıdır. Kanun koyucu, ETCK’da iki ayrı fıkrada yer alan bu seçimlik davranışları, yeni TCK’da tek bir fıkrada birleştirmiş ve söz konusu seçimlik davranışlar, “...ülke içinde bir yerden diğer bir yere nakleden, muhafaza eden, satan, satın alan veya işleyen...” şeklinde düzenlenmiştir. Böylece ETCK’dan farklı olarak muhafaza etme, satma, satın alma ve işleme davranışlarının da ancak ülke içerisinde işlenmeleri halinde tipik sayılabilecekleri ve cezalandırılacakları söylenebilir. Ne var ki yetkili makamdan izin almaksızın tehlikeli maddeyi imal etmek şeklindeki davranış, nerede işlenirse işlensin tipik olmasına karşılık; tehlikeli maddeyi işlemek şeklindeki davranışın, ancak ülke içinde işlenmesi halinde tipik olmasının makul bir gerekçesini bulmak mümkün değildir. Kanun koyucu, ETCK’da yer alan iki fıkrayı tek bir fıkrada birleştirirken özensiz davranmış ve muhafaza etme, satma, satın alma ve işleme davranışlarının da ancak ülke içerisinde işlenmeleri halinde tipik sayılabilecekleri bir düzenleme ihdas etmiştir. Kanun koyucunun asıl iradesi bu yönde olmasa dahi, normun lafzi yorumundan çıkan kaçınılmaz sonuç budur.

Muhafaza etmek, sözlükte “*korumak, saklamak, olduğu gibi bırakmak,*

[66] Evik, s. 76.

*kapatmak*” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>[67]</sup> Böylece tehlikeli maddelerin yetkili makamlardan izin almaksızın ülke içinde korunması, saklanması, bir yere kapatılarak depolanması gibi davranışlar yasaklanmıştır.

Tehlikeli maddelerin yetkili makamlardan izin almaksızın ülke içinde satılması ve satın alınması yasaklanmıştır. Böylece tehlikeli maddelerin bir bedel karşılığında zilyetlik ve mülkiyetinin devredilmesi ve söz konusu maddelerin zilyetlik ve mülkiyetinin bir bedel karşılığında devralınması şeklindeki davranışlar TCK m. 174/1 hükmünü ihlal edecektir.

İşlemek, sözlükte “*bir şeye emek vererek onu daha elverişli bir duruma getirmek*” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>[68]</sup> Örneğin bir patlayıcı maddenin etki menzilinı artırmak, maddeyi uzak mesafeden patlatmayı sağlayan cihazları eklemek, maddenin tespitini zorlaştırmak adına işlemler yapmak, tehlikeli maddelerin yetkili makamlardan izin almaksızın işlenmesi davranışını oluşturabilir. Bu işlemlerin sadece ülke sınırları içerisinde yapılmasının yasaklanması, haklı olarak eleştirilmektedir. Bize göre de tehlikeli maddeyi üretmekle onu işlemek arasında kanun koyucunun bir ayırım yapmasının makul bir açıklaması yoktur. İşlemenin de nerede gerçekleştirildiğinin bir önemi olmadan yasaklanması, normla korunan hukuki varlığı etkili bir şekilde korumak bakımından daha yerinde olurdu.<sup>[69]</sup>

TCK m. 174/1 hükmünün ikinci cümlesiyle kanun koyucu, TCK m. 174/1 hükmünün birinci cümlesinde düzenlenen suçun hazırlık hareketleri niteliğinde olan davranışları da yasaklamıştır. Yetkili makamların izninin yokluğu, bu suç bakımından da tipikliğe dahil olup, yetkili makamlardan izin alındığı ve iznin kapsamı içinde faaliyet yürütüldüğü takdirde davran-

[67] TDK Güncel Türkçe Sözlük, “Muhafaza etmek” Maddesi, (<https://sozluk.gov.tr>) (Erişim Tarihi: 25 Eylül 2024).

[68] TDK Güncel Türkçe Sözlük, “İşlemek” Maddesi, (<https://sozluk.gov.tr>) (Erişim Tarihi: 25 Eylül 2024).

[69] Evik, s. 78.

nış, tipik sayılmayacaktır.

İthal etmek ve ihraç etmek davranışlarına ilişkin açıklamalar daha önce yapıldığı için tekrar edilmeyecektir. Kanun koyucu, birinci cümlede düzenlediği suç bakımından satmak davranışını cezalandırırken; ikinci cümlede düzenlediği suç bakımından satışı arz etmek davranışını cezalandırmayı tercih etmiştir. Kanun koyucu, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ve müstehcenlik suçlarında olduğu gibi, bu düzenlemede de tehlikeli olarak değerlendirdiği maddelerin yayılmasını engellemek için, satıştan önceki bir aşama olan satışı arz davranışını yasaklamayı tercih etmiştir. Bu anlamda satışı arz fiilinden ne anlaşılması gerektiği, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçuyla ilgili açıklamalardan yola çıkarak ortaya konulabilir. Satışı arz etmek, suçun konusunu oluşturan malın, bir bedel karşılığında devredilmek üzere ortaya konulmasıdır. Failin, suçun konusunu oluşturan malı satma iradesini ortaya çıkartan bir davranışı göstermesiyle satışı arz gerçekleşmiş olur.<sup>[70]</sup>

Başkalarına vermek, üçüncü kişiler için suçun konusunu oluşturan eşya üzerinde tasarrufta bulunma imkanının yaratılmasıdır. Başkalarına vermenin bir ücret karşılığında olmaması gerekir. Nitekim verme, ücret karşılığı olduğunda satma davranışı söz konusu olacaktır. Suçun konusunu oluşturan eşya üzerinde tasarrufta bulunma imkanını elde eden kişi, kabul etme davranışını gerçekleştirmiş olacaktır. Bu eşya üzerinde fiili ege-menliğin devam ettirilmesi halinde ise suçun konusu eşyayı bulundurma davranışı gerçekleştirilmiş olacaktır. Bu seçimlik davranış bakımından suç, kesintisiz suç özelliği gösterir ve bulundurmanın uzun veya kısa süreli olmasının bir önemi yoktur.<sup>[71]</sup> Bulundurmak, TCK m. 174/1 hükmünün ikinci cümlesinde düzenlenen suç bakımından bir seçimlik davranış teş-

[70] Hamide Zafer, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti”, *Özel Ceza Hukuku, C. V, Genel Tehlike Yaratıcı, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 339.

[71] Zafer, s. 340 – 343.

kil ederken; aynı hükmün birinci cümlesinde düzenlenen suçun seçimlik davranışlarından birisi değildir. Buna rağmen Yargıtay'ın patlayıcı madde bulundurma davranışını TCK m. 174/1 hükmü içinde değerlendirdiği kararlara rastlamak mümkündür.<sup>[72]</sup> Muhafaza etmenin bulundurmaya da kapsadığı düşünülebilse bile, TCK m. 174/1 hükmünün 2. cümlesinde hem depolamanın hem de bulundurmanın düzenlendiği göz önüne alındığında, kanun koyucunun aynı anlama sahip muhafaza etmek ve depolamak ile bunlardan anlamsal olarak ayrılan bulundurmaya<sup>[73]</sup> farklı davranışlar olarak nitelendirdiği sonucuna ulaşılabilir. Benzer şekilde, TCK m. 188/3 hükmünde de depolamak ve bulundurmak davranışları ayrı ayrı sayılmıştır. Bu nedenle TCK m. 174/1 hükmünün birinci cümlesinde düzenlenen seçimlik davranışlar arasında bulundurmanın yer almaması bir eksikliktir. Ayrıca TCK m. 174/1 hükmünün birinci cümlesinde belirtilen türden maddenin “bulundurulması” sebebiyle ceza verilmesi de kanunilik ilkesini ihlal etmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun, TCK m. 174/1 hük-

[72] Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 05 Aralık 2023 Tarihli ve E. 2021/7710, K. 2023/10036 Sayılı Kararı: “...Farklı zamanlarda imal edildiği belirlenemeyen patlayıcı maddeleri örgütün faaliyeti kapsamında gerçekleştirilen eylemlerde kullandığı kabul edilen sanıklar hakkında patlayıcı madde bulundurma suçunun mütemadi nitelikte olması ve temadinin kesildiği en son bulundurma tarihine kadar gerçekleştirilen eylemlerin tek suç oluşturacağından zincirleme suç hükümlerinin tatbiki imkanının bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmek suretiyle fazla cezaya hükmolunması, ...”, (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 08 Kasım 2024).

[73] TDK'ya göre muhafaza etmek, “korumak, saklamak, olduğu gibi bırakmak, kapatmak” anlamlarına gelirken; depolamak, “saklamak veya korumak amacıyla depoya koymak, depo etmek, depoda biriktirmek” anlamlarına gelmektedir. Bununla birlikte bulundurmak, “bir şeyin hazır durmasını, elde var olmasını sağlamak” şeklinde tanımlanmaktadır ve böylece anlamsal olarak muhafaza etmek ile depolamaktan ayrılır (TDK Güncel Türkçe Sözlük, “Muhafaza etmek”, “Depolamak” ve “Bulundurmak” Maddeleri, (https://sozluk.gov.tr) (Erişim Tarihi: 8 Kasım 2024); Öğretide de haklı olarak depolamanın, belirli bir yerde muhafaza altına alma davranışına benzediği belirtilmektedir. Bkz. Evik, s. 79.

münün birinci cümlesinde düzenlediği seçimlik davranışlarda “muhafaza etmek” davranışına yer verirken; ikinci cümlede aynı nitelikteki davranış için “depolamak” terimini tercih etmiş olması, yani aynı madde içerisinde dahi terimsel birliği koruyamamış olması, bu maddenin yazımındaki özensizliklerden bir diğeri olmuştur.

Nakletmek davranışına ilişkin olarak da daha önce açıklamalar yapıldığı için burada tekrar edilmeyecektir.

TCK m. 174/3 hükmünde düzenlenen suç tipinin seçimlik davranışları olan satın alma, kabul etme ve bulundurma hareketleri için de daha önce yapılan açıklamalara bakılmalıdır.

## **B. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN BULUNMAMASI**

Hukuka uygunluk nedenleri, fiilin hukuka aykırı olmasını engeller ve böylece onun hukuka uygun bir fiil olarak ortaya çıkmasını sağlar. Söz konusu bu nedenler, ceza normu tarafından yasaklanmış bir fiilin, bu fiilin işlenmesine izin veren ya da onu emreden bir normun varlığı sebebiyle, suç olarak ortaya çıkmasını engelleyen özel durumlar şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>[74]</sup>

Daha önce de açıklandığı üzere, “yetkili makamların izni” bu suç için bir hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliği ortadan kaldıran bir haldir. Bu anlamda yetkili makamlardan gerekli izni almak, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilemez.

Suçun mağduru toplum olduğu için, ilgilinin rızası, bu suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olamaz.<sup>[75]</sup> Aynı gerekçeyle, bu suç bakımından meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin de uygulanması

[74] Toroslu – Toroslu, s. 156, 157.

[75] Evik, s. 89, 90.

mümkün değildir. Zira bu hukuka uygunluk nedeninin uygulanma alanı bulması için savunma fiilinin saldırı fiilini gerçekleştirene yönlendirilmiş olması gerekmektedir. Ancak toplum, herhangi bir haksız saldırı fiili gerçekleştiremeyeceği için, topluma yönelik herhangi bir savunma fiilinin de gündeme gelmesi mümkün değildir.<sup>[76]</sup> Bununla birlikte, zorunluluk hali uygulanma alanı bulabilir. Örneğin somut hal ve şartlarda, yetkili merciden izin alma olanağı bulunmayan kişi, kendisine yönelik olup bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak zorunluluğu ile patlayıcı madde satın almak ve onu kullanmak zorunda kalabilir.

Alıcı rolüne girerek failden tehlikeli maddeyi satın alan kolluk görevlisi (kışkırtıcı ajan), diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilir.<sup>[77]</sup>

## V. MANEVİ UNSUR

TCK m. 174 hükmünde yer alan her üç suç tipi de sadece kasten işlenebilen suçlardır. Kanun koyucu bu fiillerin taksirle işlenmesi halinde de cezalandırılacaklarını ayrıca düzenlememiştir.

TCK m. 174/1 hükmünün birinci cümlesinde ve TCK m. 174/3 hükmünde düzenlenen suçlar genel kastla işlenebilirken; TCK m. 174/1 hükmünün ikinci cümlesinde düzenlenen suç özel kastla işlenebilmektedir. Zira tipik fiillerin, “*bu fıkra kapsamına giren maddeleri imal etmek, işlemek veya kullanmak amacıyla*” gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu suç özel kastla işlendiği için olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Ayrıca TCK

[76] Meşru müdafaaanın şartlarıyla ilgili olarak ayrıca bkz. Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Ankara, Seçkin, 1995, s. 70 vd.; Hilal Düzenli, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma*, Ankara, Turhan, 2020, s. 45 vd.

[77] Bu konuda kapsamlı bir inceleme için ayrıca bkz. Ozan Ercan Taşkın, *Kışkırtıcı Ajan*, Ankara, Seçkin, 2011, s. 182, 183; Aynı yönde görüş için bkz. Evik, s. 90.

m. 174 hükmünde düzenlenen her üç suç tipi de neticesiz suç olduğu için, bu suçların olası kastla işlenmesi mümkün değildir.<sup>[78]</sup>

Suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, failin kastının örgütü de kapsamına alması gerekmektedir. Fail, bu fiilleri örgüt faaliyeti çerçevesinde işlediğini bilmeli ve istemelidir.<sup>[79]</sup>

## VI. SUÇUN NİTELİKLİ HALİ

TCK m. 174/2 hükmüne göre, “*Bu fiillerin suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.*” Cezanın artırılmasını gerektiren bu nitelikli hal, TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen her iki suç tipi bakımından da uygulanma alanı bulacaktır. Öte yandan, maddenin sistematüğını göz önüne alarak bu nitelikli halin TCK m. 174/3 hükmünde düzenlenen suç bakımından uygulanma alanı bulmayacağını belirtmemiz gerekir.

Suç örgütü, TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen suçları işlemek için kurulmuş olabileceğı gibi başka suçları işlemek için de kurulmuş olabilir. Ancak nitelikli halin uygulanma alanı bulması için örgütün kurulmuş veya yönetilmeye başlanmış olması tek başına yeterli olmayıp, örgüt faaliyeti çerçevesinde TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen suçların icrasına da başlanmış olması gerekmektedir.<sup>[80]</sup>

TCK m. 174 hükmünde düzenlenen suçun, bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde suç, bir terör suçu sayılır (Terörle Mü-

[78] Neticesi bulunmayan suçlarda olası kasttan söz edilemeyeceğine ilişkin ayrıca bkz. Haluk Toroslu, “Suç Uydurma Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2013, s. 333; TCK m. 174 hükmünde düzenlenen suçların olası kastla işlenemeyeceğı yönünde ayrıca bkz. Evik, s. 88.

[79] Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 5479; Evik, s. 88, 89.

[80] Evik, s. 91.

cadele Kanunu [TMK] m. 4/1-a). TMK m. 5/2 hükmüne göre, “Suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılır. Ancak, yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olamaz.”

02.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı kanunla değişiklikten önce TCK m. 174/2 hükmünde öngörülen ceza artırımını 1/2 oranında olduğu için, TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen suç, bu tarihten önce terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmişse, ceza artırımını TMK m. 5/2 uyarınca 2/3 oranından az olmayacak şekilde yapılmaktaydı.<sup>[81]</sup>

TMK m. 4/1-a maddesinde sayılan suçlar arasında yer alan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m. 188) suçunun 5. fıkrasında da benzer nitelikte bir nitelikli hal öngörülmüştür. Buna göre, “Yukarıdaki fıkralarda gösterilen suçların, ... suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek ceza bir kat artırılır.” Öğretide, TCK m. 188 hükmünde düzenlenen suçun, bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilmesi halinde, temel cezada TCK m. 188/5 uyarınca bir kat oranında mı yoksa TMK m. 5/1 ve 5/2 maddeleri uya-

[81] Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 10 Kasım 2023 Tarihli ve E. 2021/1828, K. 2023/8925 sayılı kararı: “Bu suçun suç tarihi EYP’nin bulunduğu tarih olan 28.06.2016 tarihidir. Suç tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 5237 ... Kanun’un 174/1 inci maddesinin alt sınırı 3 yıl iken 02.12.2016 tarihinde 29906 ... Resmi Gazete’de yayımlanan 6763 ... Kanun ile suçun alt sınırı 4 yıl olarak düzenlenmiştir. 5237 ... TCK’nın 7/2 nci maddesinde ‘‘ Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise ,failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur ‘‘ şeklinde düzenleme mevcuttur. Maddenin 6763 ... Kanun ile değişmeden önceki halinin cezanın alt sınırının daha az olması gözönüne alındığında açıkça sanık lehinedir. Bu nedenle Sanığın TCK 174/1 maddesi ile cezalandırılmasına karar verilirken 6763 ... Kanun ile değişmemiş hali uygulanmıştır. Sanığın üzerine atılı suçu, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlediği sabit olduğundan, suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan 5237 ... TCK’nun 174/2 nci maddesinde cezanın ½ oranında arttırılmasının öngörüldüğü ve 3713 ... TMK’nun 5/2 nci maddesinin son cümlesi uyarınca yapılacak arttırımın cezanın 2/3 ’ünden az olamayacağının düzenlendiği anlaşılmakla; sanığın cezasının 2/3 oranında arttırılmıştır.”

rınca en az 2/3 oranında mı artırım yapılacağı hususunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, suçun bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirildiği hallerde, ceza artırımı TMK m. 5/1 ve 5/2 uyarınca yapılır. Bu durumda genel nitelikteki TCK m. 188/5 hükmüne göre artırım yapılmayacaktır. Nitekim TMK m. 5/2 hükmü açıkça “...sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılır” ifadesini içermektedir.<sup>[82]</sup> Öğretideki bir diğer görüşe göreyse, ceza artırımının TMK m. 5/2 üzerinden 2/3 oranında yapılabileceğini kabul etmek, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde bu suçu işleyenler bakımından avantajlı bir durum yaratmaktadır. Zira terör örgütü olmayan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde bu suçun işlenmesi halinde ceza bir kat artırılırken; terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde cezanın 2/3 oranında artırılması mümkündür. Bu görüşe göre, TMK m. 5/2 hükmünde yer alan “sadece bu madde hükmüne göre” ifadesiyle suçun düzenlendiği maddede öngörülen artırımın artık 2/3’ten az olamayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla TCK m. 188 hükmünde düzenlenen suçun, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ceza, TCK m. 188/5 hükmüne göre bir kat artırılmalıdır. Bu artırım 2/3’ten fazla olduğu için, TMK m. 5/2 hükmüne de uygun bir sonuç ortaya çıkmaktadır.<sup>[83]</sup>

Görüldüğü üzere, TMK m. 5/2 hükmü kafa karışıklıklarına sebep olabilecek şekilde kaleme alınmıştır. Ancak kanun koyucunun amacının, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suçu, terör örgütü olmayan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan daha az cezalandırmak

[82] Zafer, s. 353; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin, 21. Baskı, 2023, s. 904; Ersin Şare, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Yönünden Suça İştirak”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, Ocak 2022, s. 139; Zeynel Kangal, *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları*, Ankara, Adalet, 2024, s. 150.

[83] Fahrettin Kıdıl, *Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları*, Ankara, Adalet, 2020, s. 235.

olmadığı açıktır. Zira bir suçun terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, diğer suç örgütlerinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesine nazaran kamu güvenliği bakımından daha ağır bir tehlike arz etmektedir. Bu nedenle, TMK m. 5/2 hükmünde yer alan “*sadece bu madde hükmüne göre*” ifadesiyle kastedilenin, ilgili suçun düzenlendiği madde olarak anlaşılması daha yerindedir. Dolayısıyla, TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen suçun, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde cezanın bir kat artırılması gerekmektedir.<sup>[84]</sup> Böylece gerçekten de ceza artırımı oranı 2/3’ten fazla olduğu için, TMK m. 5/2 hükmüne de uygun bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

[84] Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 6. Ceza Dairesi, 17 Temmuz 2020 Tarihli ve E. 2019/1768, K. 2020/1503, Sayılı Kararı: “*Sanık ... hakkında tehlikeli maddeleri izinsiz olarak bulundurma veya el değiştirme suçundan hüküm kurulurken; patlayıcı madde bulundurma suçunun niteliği ve Kanundaki düzenlenme şekline göre, içerisinde temadiyi barındırması ve dosya kapsamında sanığın bu suçla ilişkin hukuki ve fiili kesinti gerçekleştikten sonra yeniden patlayıcı madde bulundurduğuna ilişkin herhangi bir iddia ve delil bulunmaması karşısında, cezasının TCK’nın 43/1. maddesi ile artırılmayacağını gözetilmemesi ve suç tarihi itibarıyla hakkında TCK’nın 174/2. maddesinin uygulanması gerektiği düşünülmeyip, 3713 sayılı Kanunun 5/2. Maddesinin uygulanması suretiyle sonuç olarak fazla ceza tayini, Suç tarihinin sanık ...’nin yakalandığı ve evinde yapılan aramada ele geçen el bombaları itibarıyla patlayıcı madde bulundurma suçu yönünden son eylemin gerçekleştiği 02/01/2017, ...*”, (www.lexpera.com.tr) Erişim Tarihi: 12 Kasım 2024); Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 12 Ocak 2022 Tarihli ve E. 2021/3475, K. 2022/434 Sayılı Kararı: “*...3713 sayılı TMK’nun 5/2 maddesinde ‘suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olmasından dolayı ilgili maddesinde cezanın artırılmasının öngörülmesi durumunda artırımın bu maddeye göre yapılacağını ancak yapılacak artırımın ise cezanın 2/3’sinden az olmayacağını’ emrolunmasına rağmen 5237 sayılı Kanunun 174/1. maddesi gereğince belirlenen temel cezanın TCK’nın 174/2 maddesi ile 3713 sayılı kanunun 5/2 maddesi gereğince “bir kat” artırılması gerekirken bundan zuhul ile yazılı şekilde karar verilmesi sonuç ceza doğru tayin edildiğinden bozma nedeni yapılmamıştır....*”, (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 13 Kasım 2024).

## VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### A. TEŞEBBÜS

TCK m. 35/1 hükmüne göre, suça teşebbüsün söz konusu olabilmesi için, failin icra hareketlerinin bir kısmını gerçekleştirmesine rağmen onları tamamlayamaması veya icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen neticenin gerçekleşmemiş olması gerekmektedir.<sup>[85]</sup>

TCK m. 174 hükmünde düzenlenen suçlar, birer neticeli suç olmadıkları için, bu suçlara teşebbüs, ancak failin icra hareketlerini tamamlayamadığı durumlarda söz konusu olabilir. İcra hareketlerinin parçalara bölünebildiği hallerde, neticesiz suçlara teşebbüs mümkündür. Bu anlamda imal etmek, ihraç etmek, ithal etmek, ülke içinde bir yerden bir yere nakletmek ve depolamak gibi davranışların icra hareketleri parçalara bölünebildiği için, TCK m. 174/1 hükmünün birinci cümlesinde düzenlenen suça teşebbüs kural olarak mümkündür.<sup>[86]</sup>

TCK m. 174/1 hükmünün ikinci cümlesinde düzenlenen suç ise bir hazırlık suçu olduğu için bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını kabul etmek gerekir. Zira cezalandırılabilirlik alanının öne alınmasının en uç sınırı, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasıdır. Dolayısıyla hazırlık suçlarına teşebbüsü kabul etmek, salt düşüncenin cezalandırılması sonucunu doğurur ve genel hareket özgürlüğünü katlanılamayacak derecede sınırlar.<sup>[87]</sup> Bu aşamadaki bir davranışın, korunan hukuki varlığa zarar vereceğinden veya onu tehlikeye atacağından bahsedilemez. Öyleyse hazırlık suçuna teşebbüsün cezalandırılması, ihlal ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.

[85] Bu konuda bkz. Pervin Aksoy İpekçioğlu, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Ankara, Seçkin, 2009, s. 115 vd.

[86] Evik, s. 87; Gerçeker, s. 1703.

[87] Yetkin, s. 491 vd.; Krş. Evik, s. 87.

TCK m. 174/3 hükmü bakımından öğretideki bir değerlendirmeye göre, bu suça teşebbüs mümkün değildir. Zira kanun, elverişlilik yanında yeterliliği de aramıştır ve patlayıcı maddenin amacı sağlamaya yetecek miktarda olmaması durumunda suça teşebbüs değil, işlenemez suç gündeme gelir.<sup>[88]</sup> Buna karşılık bir başka görüşe göreyse, failin önemsiz tür ve miktarda patlayıcıyı satın almaya çalışırken yakalanması halinde, bu suça teşebbüs söz konusu olacaktır.<sup>[89]</sup>

Daha önce de açıklandığı üzere, TCK m. 174/3 hükmü gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde bir çelişkiyi ortaya koymaktadır. Bize göre, ancak tür itibariyle zarar verme kapasitesi düşük olmakla birlikte miktar itibariyle önemsiz sayılamayacak patlayıcı maddelerin satın alınması, kabul edilmesi ve bulundurulması şeklindeki davranışların TCK m. 174/1 hükmündeki fiillere nazaran daha az cezayla cezalandırılması düşünülebilirdi. Ne var ki TCK m. 174/3 hükmü, patlayıcı maddenin hem türünün hem de miktarının önemsiz olmasını aramıştır. Bu nedenle, söz konusu hükmün yeniden formüle edilmesi gerekmektedir. Hükmün bu şekilde değiştirilmesinden sonra, tür itibariyle zarar verme kapasitesi düşük olmakla birlikte miktar itibariyle önemsiz sayılamayacak patlayıcı maddelerin satın alınması, kabul edilmesi ve bulundurulmasına teşebbüs söz konusu olabilir.

## B. İŞTİRAK

TCK m. 174 hükmünde düzenlenen suçlar iştirak açısından herhangi bir özellik arz etmemektedir. Azmettirme, yardım etme şeklinde suça iştirak edilebileceği gibi her bir failin, diğer faillerle, yani müşterek faillerle birlikte, seçimlik davranışlardan birini veya birden fazlasını gerçekleştir-

[88] Özen, *Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar*, s. 67.

[89] Evik, s. 87.

mesi şeklinde de suça iştirak edilebilir.<sup>[90]</sup>

### C. SUÇLARIN İÇTİMAI

Bir kişinin birden fazla suç tipine ilişkin hükmü ihlal etmesi halinde cezanın nasıl belirleneceği problemi ortaya çıkmaktadır.<sup>[91]</sup> Bir kişinin ceza kanununu birden çok kez ihlal etmesi ve bu nedenle de birden çok suçtan sorumlu olması durumunda, suçların içtimai söz konusu olmaktadır.<sup>[92]</sup> Suçların içtimai, birden çok fiille kanunun aynı hükmünün birden çok ihlal edilmesi ya da birden çok hükmünün ihlal edilmesi halinde söz konusu olabileceği gibi, tek bir fiille kanunun birden çok hükmünün ihlal edilmesiyle de ortaya çıkabilir.<sup>[93]</sup> Bu anlamda suçların içtimai, birden fazla suçun tek bir failde toplanmasını ifade eder. Esasında ceza hukukuna hâkim olan ilkelerden birisi de fiil sayısı kadar suç, suç sayısı kadar ceza ilkesidir. Dolayısıyla kural olarak, ceza hukukunda gerçek içtima (cezaların içtimai) geçerlidir ve işlenen her bir suç sebebiyle ayrı bir cezaya hükmolunur.<sup>[94]</sup> Birden çok ihlalin tek suç sayılmasını ve faile tek ceza verilmesini öngören suçların içtimai hükümleriyse<sup>[95]</sup> cezaların içtimainın bir istisnasını oluşturmaktadır.<sup>[96]</sup> Bu anlamda suçların içtimainı düzenleyen normlar, ceza sorumluluğunun sınırlarını daraltan tamamlayıcı nitelikteki ceza normla-

[90] Özen, *Genel Tehlike Yaratıcı Suçlar*, s. 64; Evik, s. 96.

[91] Türkan Yalçın Sancar, *Müteselsil Suç*, Ankara, Seçkin, 1995, s. 15 vd.; Neslihan Göktürk, *Fikri İçtima (Suçların İçtimai)*, Ankara, Adalet, 2013, s. 5.

[92] Hafizoğulları – Özen, *Genel Hükümler*, s. 354; Ayrıca bkz. Kayıhan İçel, *Suçların İçtimai (Genel Bilgiler – Fikri İçtima – Müteselsil Suçlar – Görünüşte İçtima)*, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972, s. 9 vd.

[93] Toroslu – Toroslu, s. 358.

[94] Göktürk, *Fikri İçtima*, s. 6.

[95] Toroslu – Toroslu, s. 358.

[96] Bkz. Yalçın Sancar, *Müteselsil Suç*, s. 15.

rıdır.<sup>[97]</sup>

Suçların içtimainın gündeme gelebilmesi için bir fail tarafından gerçekleştirilen birden çok suçun bulunması gerekir. Bu anlamda suçların içtimaina ilişkin temel mesele suç tekliği – suç çokluğu ayrımı ile fiil tekliği – fiil çokluğu ayrımları olmaktadır.<sup>[98]</sup> Fiil, neticeli suçlarda davranış (hareket veya ihmal), netice ve illiyet bağından; neticesiz suçlarda ise salt hareket veya ihmalden ibarettir.<sup>[99]</sup> Bu konuda belirtmemiz gerekir ki, hareket tekliği ile fiil tekliği ve suçun tekliği aynı şeyi ifade etmemektedir. Zira tek bir hareketle birden fazla suç meydana getirilebilir. Örneğin tek bir sözle birden fazla kişiyi tehdit etmek mümkündür. Bu durumda mağdur sayısı kadar suç meydana gelmektedir. Öte yandan hareketi oluşturan ve aynı hedefe yönelen faaliyetlerin çokluğu da birden çok suça vücut vermeyecektir. Aynı amaca yönelik faaliyetler arasında kayda değer bir zaman aralığı bulunmuyorsa hareket tektir.<sup>[100]</sup> Nitekim Yargıtay da farklı zamanlarda imal

[97] Hafizoğulları – Özen, *Genel Hükümler*, s. 354.

[98] Göktürk, *Fikri İçtima*, s. 7, 8.

[99] Katoğlu, “Biçim ve İçerik”, s. 142; Tercih ettiğimiz terminolojinin gerekçeleri için bkz. Yaprak Öntan, *Ceza Hukukunda Davranış ve Netice*, Ankara, Seçkin, 2021, s. 25 – 30; Fiil teriminin kanunda kullanıldığı yere göre farklı anlamlar taşıyabildiği belirtilmektedir. Bu terim pek çok yerde suçla eş anlamlı ya da suçun esasını veya önemli bir kısmını yansıtan bir içerikte yahut daha dar bir şekilde “hareket” terimi yerine kullanılabilir. Bu konuda bkz. Selman Dursun, *Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi*, Ankara, Seçkin, 2021, s. 160 vd.

[100] Yalçın Sancar, *Müteselsil Suç*, s. 28; Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi, 6. Ceza Dairesi, 17 Temmuz 2020 Tarihli ve E. 2019/1768, K. 2020/1503 Sayılı Kararı: “Sanık ... hakkında tehlikeli maddeleri izinsiz olarak bulundurma veya el değiştirme suçundan hüküm kurulurken; patlayıcı madde bulundurma suçunun niteliği ve Kanundaki düzenlenme şekline göre, içerisinde temadiyi barındırması ve dosya kapsamında sanığın bu suça ilişkin hukuki ve fiili kesinti gerçekleştikten sonra yeniden patlayıcı madde bulundurduğuna ilişkin herhangi bir iddia ve delil bulunmaması karşısında, cezasının TCK’nın 43/1. maddesi ile artırılmayacağına gözetilmemesi...”

edildiği tespit edilemeyen patlayıcı maddeleri örgütün faaliyeti kapsamında gerçekleştirilen eylemlerde kullanılması fiillerinin tek suç oluşturacağını belirtmektedir.<sup>[101]</sup> Elbette seçimlik davranışlardan birkaç tanesinin birlikte gerçekleştirilmesi halinde, örneğin tehlikeli maddenin önce işlenmesi ve sonra ihraç edilmesi halinde de tek suç oluşacaktır (TCK m. 174/1).<sup>[102]</sup>

Suç sayısının belirlenmesinde hareketin ya da fiilin tekliği kriterleri esas alınmaz. Zira yukarıda da bahsettiğimiz gibi tek bir hareketle birden fazla suçun işlenmesi mümkündür. Öte yandan fiil sayısının da suç sayısını belirlediği iddia edilemez; aksi halde tek bir fiille kanunun birden fazla hükümünün ihlal edilmesini düzenleyen fikri içtima düzenlemesinin bir anlamı kalmaz. Bu nedenle, suç sayısının belirlenmesinde “normun ihlali” kriteri esas alınarak suçun bütün unsurlarının gerçekleşmesini arayan görüşlere katılmak gerekmektedir.<sup>[103]</sup>

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda topluma karşı, inceleme konumuzu oluşturan suçlardan birinin, birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümleri (TCK m. 43/1) uygulanma

[101] Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 24 Mart 2021 Tarihli ve E. 2021/221, K. 2021/2459 Sayılı Kararı: “06.09.2013, 09.09.2013, 16.09.2013, 30.09.2013, 01.10.2013, 02.10.2013, 04.10.2013 tarihli eylemlerinden dolayı tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması suçuna ilişkin olarak; farklı zamanlarda imal edildiği belirlenemeyen patlayıcı maddeleri örgütün faaliyeti kapsamında gerçekleştirilen eylemlerde kullanan suça sürüklenen çocuğun fiillerinin tek suç oluşturacağı gözetilerek, eylemlerin işleniş şekli ve patlayıcı maddelerin niteliği dikkate alınıp alt sınırdan uzaklaşarak TCK’nın 174/1-2. maddeleri uyarınca bir kez cezaya hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması, Kanuna aykırı, suça sürüklenen çocuklar müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan hükümlerin bu sebeplerden dolayı BOZULMASINA,” (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 08 Kasım 2024).

[102] Evik, s. 93; Topaloğlu, §2.1.

[103] İçel, s. 40; Yalçın Sancar, *Müteselsil Suç*, s. 27.

alanı bulabilir.<sup>[104]</sup>

TCK m. 44 hükmünden yola çıkılarak fikri içtima, bir fiil ile kanunun birden fazla hükmünün ihlal edilmesi olarak tanımlanabilmektedir.<sup>[105]</sup> Fikri içtima halinde, fail tarafından gerçekleştirilen fiilin ihlal ettiği hukuki varlıkların çokluğu, o fiilin farklı suç tipleriyle ilişkisini sonuçlar. Bu durumda, fiilin tek bir açıdan değerlendirilmesi, söz konusu fiilin tüm hukuka aykırılık niteliğinin karşılanması bakımından yeterli olmaz ve bu sebeple kanunun farklı hükümlerinin aynı fiille ilgisi meydana çıkar ve böylece fikri içtima gündeme gelir.<sup>[106]</sup>

Hem gerçek içtima halinde hem de fikri içtima halinde birden çok suç bulunmaktadır; ancak gerçek içtima halinde fiil sayısı birden fazla olmasına karşılık, fikri içtimada sadece tek bir fiil bulunmaktadır. Birden çok suç tipinin tek bir fiille ihlali sebebiyle suç çokluğunun fikri (düşünsel) olduğu belirtilmektedir. Bir başka deyişle fikri içtima halinde birden fazla suç, tek

[104] Zincirleme suçun şartlarıyla ilgili olarak ayrıca bkz. Yalçın Sancar, *Müteselsil Suç*, s. 61vd; Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 10 Kasım 2023 Tarihli ve E. 2021/1828, K. 2023/8925 Sayılı Kararı: “Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi, 6. Ceza Dairesi, E. 2019/898, K. 2019/958, T. 06.08.2019: “... Yine, 28.06.2016 tarihinde evinde ele geçirilen EYP'nin yanısıra, yukarıda açıklandığı üzere 04.06.2016, 13.06.2016 ve 19.06.2016 tarihlerinde molotof kokteyli ve tüp ile oluşturulmuş EYP ile gerçekleştirilen saldırılardan TCK'nın 37/1 inci maddesi kapsamında sorumlu olduğu kabul edilen sanığın, söz konusu molotof ve EYP'ler nedeniyle sanığın lehine sonuç doğuran TCK'nın 174/1 inci maddesinin suç tarihindeki haline göre takdiren alt sınırdan makul oranda uzaklaşmak suretiyle cezalandırılmasına, ve aynı durumu düzenleyen maddelerden TCK'nın 174/2 nci maddesine göre daha fazla artırım öngörülmesi nedeniyle 3713 ... Kanun'un 5/2 nci maddesi gereğince verilen cezadan 2/3 oranında artırım yapılmasına ve hakkında eylemini aynı kast altında farklı zamanlarda bir den fazla kez gerçekleştirmesi nedeniyle TCK'nın 43/1 inci maddesinin uygulanmasına karar verilmiştir.” (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 08 Kasım 2024).

[105] Toroslu – Toroslu, s. 367.

[106] İçel, s. 57.

bir fiil içerisinde düşünsel anlamda erimektedir.<sup>[107]</sup>

Uygulamada, TCK m. 174/1 hükmünün birinci cümlesinde düzenlenen suçun maddi konusunu teşkil edebilecek nitelikteki bir patlayıcı maddenin kullanılması halinde, tek bir fiille hem TCK m. 174/1 hükmünün hem de genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunu (TCK m. 170/1-c) düzenleyen hükmün ihlal edildiği belirtilerek, TCK m. 44 hükmü uyarınca en ağır cezayı gerektiren TCK m. 174/1 hükmünden ceza verildiği görülmektedir.<sup>[108]</sup> Ancak sanıyoruz ki bu durumda tek bir fiilin bulundugundan söz etmek mümkün değildir. Örneğin, patlayıcı maddenin yetkili makamlardan izin almaksızın yurt içinde işlenmesiyle birlikte TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen suç tamamlanır. Bu suçun tamamlanması için patlayıcı maddenin kullanılmasına gerek yoktur. Patlayıcı maddenin “*kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda*” kullanılması halinde ayrıca TCK m. 170/1-c hükmü de ihlal edilmiş olur. Dolayısıyla bu halde gerçek içtima hükümlerinin uygulanması ve her iki suçtan da ayrı

[107] Göktürk, *Fikri İçtima*, s. 59, 60.

[108] Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 13 Kasım 2018 Tarihli ve E. 2018/2704 K. 2018/5444 Sayılı Karar: “Sanıklar ... ve ... hakkında “Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması” suçundan kurulan hükümler yönünden; Kişi işlediği bir fiil nedeniyle birden fazla suçun oluşmasına neden olması halinde farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanarak en ağır cezayı gerektiren suç nedeniyle cezalandırılır; hükmü karşısında; sanık ...’in 27.09.2009 tarihli eyleminde tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması suçunu da işlemiş olduğu; 27.12.2009 tarihli eylemde ise sanıkların ellerinde herhangi bir patlayıcı bulunduğu dair her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği ve kabule göre de sanıkların tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması, kamu malına zarar verme ve mala zarar verme suçlarını işlemiş oldukları olaylarda; 27.09.2009 tarihli eylem yönünden sanık ... hakkında en ağır yaptırım gereken tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması suçundan hüküm kurulması, ... gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi, ... Bozmayı gerektirmiş olup...”, (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 13 Kasım 2024).

ayrı ceza verilmesi gerekir.<sup>[109]</sup> Nitekim 10 Temmuz 1953 tarihli ve 6136 sayılı “Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun”un hükümlerini ihlal edecek nitelikteki bir ateşli silahın kullanılması suretiyle TCK m. 170/1-c hükmünün de ihlal edildiği hallerde, hem ateşli silahı bulundurmak (6136 sayılı kanun m. 13) hem de TCK m. 170/1-c hükmünden ayrı ayrı ceza verilmektedir.<sup>[110]</sup> Benzer şekilde 6136 sayılı kanun kapsamındaki maddeler ile TCK m. 174/1 kapsamındaki maddelerin birlikte satılması veya nakledilmesi halinde, her iki suçun birlikte işlendiği ve ayrı ayrı cezalandırılacakları kabul edilmelidir.<sup>[111]</sup> Patlayıcı maddenin kullanılması halinde faile tek bir ceza verilmesi isteniyorsa, TCK m. 191 hükmüne benzer şekilde, TCK m. 174 hükmünde de patlayıcı maddenin kullanmak amacıyla bulundurulmasının, satın alınmasının veya kabul edilmesinin yasaklanması düşünülebilir.

Patlayıcı maddenin yetkili makamlardan izin almaksızın örneğin satın alınmasının (TCK m. 174/1), TCK m. 170/1-c hükmünü ihlal edecek şekilde kullanılmasından daha ağır cezalandırılıyor olması, elbette eleştirilmesi gereken bir husustur. Patlayıcı maddenin kullanılmasının, kamu güvenliği bakımından sebep olduğu tehlike daha ağırken, kullanmadan önceki aşamaların daha fazla cezayla karşılanması orantısız olmuştur.

[109] Yargıtay’ın bu yönde de kararları olduğu belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Yaşar, Gökçan ve Artuç, s. 5479, dn. 1988.

[110] Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 12 Aralık 2023 Tarihli ve E. 2023/1615 K. 2023/9843 Sayılı Karar: “*Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 21.02.2023 tarihli kararında, tüm dosya kapsamı, bozma ilamı, olay tutanağı, tutanak tanıkları ... 'ün, ... 'in ve ... 'in olay tutanağıyla uyumlu aşamalarındaki beyanları birlikte değerlendirildiğinde; sanığın Samsun Emniyet Müdürlüğüince düzenlenen 05.03.2012 ve 12.03.2013 tarihli ekspertiz raporlarına göre 6136 sayılı Kanun kapsamındaki silahla meskun mahalde havaya ateş etmek suretiyle atılı 6136 sayılı Kanun'a aykırılık ve genel güvenliğin kasten tehlikeye sokmak suçlarını işlediği anlaşılmakla sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükümlerinde hukuka aykırılık bulunmamıştır.*”, (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 13 Kasım 2024).

[111] Bkz. Evik, s. 94.

TCK m. 174 hükmünde sayılan seçimlik davranışlar arasında kullanmak bulunmamaktadır. Bu suçun maddi konusunu oluşturan tehlikeli maddelerin kullanılması, örneğin bir binanın patlatılması halinde mala zarar verme suçu (TCK m. 151, m. 152), kimyasal veya radyoaktif maddelerin çevreye verilmesi halinde de çevreye zarar verme suçu (TCK m. 181) oluşabilecektir. Bu hallerde, gerçek içtima kuralları uygulanmalı ve her iki suçtan da ayrı ayrı ceza verilmelidir.<sup>[112]</sup> Benzer şekilde, TCK m. 174 hükmünde yer alan suçların işlenmesi sırasında kasten ya da taksirle öldürme veya yaralama suçlarının işlenmesi halinde (TCK m. 81 – 89) bu suçlardan dolayı da ayrıca cezalandırma yoluna gidilecektir.<sup>[113]</sup> Radyoaktif maddenin başkasının sağlığını bozmak amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli bir şekilde kullanılması halinde, radyasyon yayma suçu (TCK m. 172/1); *“atom enerjisini serbest bırakarak bir patlamaya ve bu suretle bir başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığı hakkında önemli ölçüde tehlikeye sebebiyet”* vermek suretiyle nükleer maddenin kullanılması halinde, TCK m. 173 hükmünde düzenlenen suç da ayrıca meydana gelmiş olacaktır.

TCK m. 174/2 hükmünde, suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bu durumda, TCK m. 220 hükmünde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun, TCK m. 174 hükmünde düzenlenen suçların nitelikli hali olarak öngörülmesi, TCK m. 42 uyarınca bileşik suç kurallarının uygulanmasını gerektirmektedir. Bu nedenle TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen suçları, örgütün faaliyeti çerçevesinde işleyen failin ayrıca TCK m. 220 hükmünden cezalandırılmaması gerekir.<sup>[114]</sup> Ne var ki TCK m. 220/4 hükmünde yer alan *“Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur”* düzenlemesiyle bileşik suç kurallarının uygu-

[112] Yaşar, Gökçan ve Artuç, s. 5479.

[113] Evik, s. 95.

[114] Bu konuda bkz. Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar*, Ankara, Seçkin, 1998, s. 161.

lanmasının önüne geçilmek istendiği ve bu halde faile hem TCK m. 174/2 hükmünden hem de TCK m. 220 hükmünden ceza verilmesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>[115]</sup> Ancak bize göre, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen “amaç suçu” ile bu suçları işlemek amacıyla örgüt kurma şeklindeki “araç suçu” birbirinden ayırmak için getirilen TCK m. 220/4 hükmünün, bileşik suç bakımından ayırksı bir uygulamaya sebep olacak şekilde yorumlanmasını gerektirecek herhangi bir neden bulunmamaktadır. Bu anlamda “suç işlemek amacıyla örgüt kurma”, TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen suçların nitelikli hali olarak öngörüldüğü için bağımsızlığını kaybedecektir ve dolayısıyla faile sadece TCK m. 174/2 hükmünden dolayı ceza verilecektir. Aksi yorum TCK m. 42 hükmüne aykırı olacağı gibi, çok ağır cezaların verilmesine de yol açacaktır<sup>[116]</sup> çünkü bu uygulama failin aynı fiil nedeniyle iki kere cezalandırılmasına neden olmaktadır.<sup>[117]</sup>

[115] Evik, s. 94, 95.

[116] Aynı yönde bkz. Gülşah Kurt Yücekul, “Türk Ceza Kanununun 220/4. Maddesinin, Bileşik Suçu Düzenleyen 42. Madde Karşısında Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Cilt II, Sayı 1, 2010, s. 1030, 1031; Kangal, s. 149; Krş. İzzet Özgenç, *Suç Örgütleri*, Ankara, Seçkin, 15. Baskı, 2023, s. 25: Özgenç’e göre, göre fail örgüt çerçevesinde bir suç işlemiş ve bu suçun nitelikli hallerinden birisi de söz konusu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesiye (örn. TCK m. 158/3, m. 188/5) fail hem TCK m. 220 hükmünden hem de nitelikli suçtan sorumlu olacak bir başka deyişle gerçek içtima kuralı uygulanacaktır.; Suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya yönetme suçu ile herhangi bir suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesini nitelikli suç olarak cezalandıran normlar arasında tüketen – tüketilen norm ilişkisinin olmadığı, TCK m. 220/1-2 hükümlerinde cezalandırılan davranışlar “bir suç örgütünü kurmak veya yönetmek” ile “örgüte üye olmak” davranışları olduğu ve bu davranışların suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesini nitelikli hal olarak düzenleyen suç tiplerine ait düzenlemelerde yer almadığı bu sebeple bileşik suç kuralının değil gerçek içtima kuralının uygulanacağı belirtilmiştir. Bu konuda kapsamlı değerlendirme için bkz. Erkan Sarıtaş, *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220 – 221)*, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 640, 641.

[117] Bu uygulamanın hem TCK m. 42 hükmüne hem *déne bis in idem*” ilkesine aykırılık teşkil ettiği hususunda ayrıca bkz. Ersan Şen ve Sefa Eryıldız, *Suç Örgütü*,

Fail, TCK m. 314 hükmü kapsamında değerlendirilebilecek bir silahlı örgüte, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmadan, ancak örgüt faaliyetlerinde kullanılacağını bilerek TCK m. 315 hükmünde sayılan seçimlik davranışlardan birini gerçekleştirerek silah sağlarsa, cezai sorumluluğu TCK m. 315 hükmü uyarınca belirlenir ve bu halde ayrıca TCK m. 174 hükmünden cezalandırılmaz.<sup>[118]</sup> Ancak failin, TCK m. 314 hükmü kapsamında değerlendirilebilecek bir silahlı örgütün yöneticisi veya üyesi olarak TCK m. 174 hükmünde yer alan suçları işlemesi halinde, hem TCK m. 314/1 veya m. 314/2 hükmünden hem de TCK m. 174/1-2 hükümlerinden ayrı ayrı cezalandırılması söz konusu olmaktadır.<sup>[119]</sup> Benzer şekilde,

---

Ankara, Seçkin, 6. Baskı, 2024, s. 551; Ahmet Çağrı Yılmaz, *Ceza Hukukunda Örgütlü Suçlar*, Ankara, Seçkin, 2023, s. 311.

[118] Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 30 Mayıs 2016 Tarihli ve E. 2015/4728 K. 2016/3461 Sayılı Karar: “*Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması suçundan kurulan hükme yönelik olarak; a-Olay, yakalama ve el koyma tutanağı, ekspertiz raporu ve tüm dosya kapsamına göre, terör örgütü faaliyetinde kullanılmak maksadıyla, 13 adet molotof kokteyli, 2 adet 2,5 litrelik şişeler içinde benzin, 2 adet 1 litrelik şişeler içinde benzin, 1 adet 16’lık havai fişek, 2 adet maskeyi depolayan ve örgütle organik bağı tesbit edilemeyen suça sürüklenen çocuğun eyleminin kül halinde TCK’nın 315. maddesinde tanımlanan örgüte silah sağlama suçunu oluşturacağı, suçu iştirak halinde işlediği ve yaşları büyük olduğu için haklarında ayrı dava açılıp yargılama yapılan sanıklar... ve ....’ın da terör örgütüne silah sağlama suçundan mahkumiyetlerine karar verildiği ve kesinleştiği, suça sürüklenen çocuğun hukuki durumunun da TCK’nın 315. maddesine göre tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanlıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması, ... Kanuna aykırı, suça sürüklenen çocuk müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükümlerin bu sebeplerden dolayı BOZULMASINA, ...*”, (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 13 Kasım 2024).

[119] Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 23 Şubat 2017 Tarihli ve E. 2017/481, K. 2017/1034 Sayılı Karar: “... -TCK’nın 315. maddesinde tanımlanan suç, örgüte yardımın özel bir şekli olup devlet güvenliğine, toprak bütünlüğüne, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek için kurulan silahlı örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak üzere bunların amaçlarını bilerek, üretmek, satın almak ve ülkeye sokmak suretiyle silah, cephane veya nitelik ve nicelik yönünden vahim olan benzeri maddelerin temin edilmesi, nakledilmesi veya depolanması bağımsız suç olarak düzenlenmiştir. Suçun oluşması için failin, örgütün hiyerarşik

bu halde de bileşik suç kurallarının uygulanmaması, failin aynı fiil nedeniyle iki kere cezalandırılmasına ve dolayısıyla faile çok ağır bir ceza verilmesine sebep olmaktadır.

yapısına dahil olmaksızın, örgüt faaliyetlerinde kullanılacağını bilerek yukarıda sayılan seçimlik hareketlerden birisini gerçekleştirmesi gerekmektedir. Tüm dosya kapsamı, sanık beyanı ve uyarı kayıtlarının incelenmesinden Mersin 2. Çocuk Mahkemesinin 2010/562 Esas ve 2010/494 Esas sayılı dosyaları ile Mersin 1. Çocuk Mahkemesinin 2010/485 Esas sayılı dosyaları nazara alındığında sanığın terör örgütü içerisinde aktif bir şekilde faaliyet gösterdiği, örgüt adına suçlar işlediği, eylemlerinde yoğunluk, süreklilik ve çeşitlilik bulunduğu bu şekilde örgütün hiyerarşik yapısına dahil üyesi olduğu anlaşılmakla, eyleminin silahlı terör örgütü üyesi olmak ve tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması suçlarını oluşturacağı gözetilerek, TCK'nın 61/1. maddesinde gösterilen ölçütler nazara alınmak suretiyle aynı Kanunun 3/1. maddesi uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde, suçun işleniş biçimi, işlendiği yer ve zaman, meydana gelen tehlikenin ağırlığı göz önünde bulundurularak alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle TCK'nın 314/2 ve ayrıca TCK'nın 174/1, 3713 sayılı Kanunun 5 maddesi yollaması ile 174/2 maddelerince cezalandırılması gerektiği düşünülmeden suç vasfında düşülen yanlış sonucu yazılı şekilde karar verilmesi, ... Bozmayı gerektirmiş olup, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebeplerden dolayı BOZULMASINA, ..."; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 27 Haziran 2016 Tarihli ve E. 2016/3879, K. 2016/4520 Sayılı Karar: "TCK'nın 315. maddesinde düzenlenen suçun örgüte yardımın özel bir şekli olup Devletin güvenliğine, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulan silahlı terör örgütlerinin faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla, bunların amaçlarını bilerek; üretmek, satın almak ve ülkeye sokmak suretiyle silah, cephane veya nitelik ve nicelik yönünden önem arz eden benzeri maddelerin temini, nakledilmesi ve depolanması bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş ve bu suçun failinin örgüte üye olmayan kişilerden olması gerektiği öngörülmüş, silahlı terör örgütlerinin üyesi olan failin bu seçimlik hareketleri gerçekleştirmesi halinde ise, örgüt üyesi olmaktan TCK'nın 314/2. ve patlayıcı madde bulundurma suçundan ayrıca TCK'nın 314/3, 220/4. maddeleri delaletiyle TCK'nın 174/1-2 maddesi uyarınca cezalandırılması gerekeceğinden, tüm dosya kapsamına göre DHKP/C terör örgütü içerisinde aktif bir şekilde faaliyet gösterdiği, örgüt adına kampta eğitim aldığı, evde bomba ve silahlarla yakalandığı bu şekilde örgütün hiyerarşik yapısına dahil üyesi olduğu anlaşılan sanık hakkında yukarıda gösterilen şekilde uygulama yapılması yerine suç vasfında yanlışla düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması, ... Bozmayı gerektirmiş, ...", (karararama.yargitay.gov.tr) (Erişim Tarihi: 14 Kasım 2024).

## VIII. MÜEYYİDE VE GÖREVLİ MAHKEME

TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen her iki suçun da cezası dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere, TCK m. 174/1 hükmünün ikinci cümlesinde düzenlenen suç, bir hazırlık suçu niteliğindedir. Hukuki varlığa yönelik zarardan uzaklaşıldıkça ihlalin yoğunluğu da azalacağı için, suçta ve cezada orantılılık (ölçülülük) ilkesine uygun hareket edilmeli ve hazırlık suçu için öngörülen ceza müeyyidesinin şiddeti azaltılmalıdır. Bir başka deyişle cezalandırılan hazırlık hareketleri, aynı hukuki varlığı koruyan zarar ve tehlike suçlarına nazaran daha az ceza ile karşılanmalıdır.<sup>[120]</sup> Ne var ki TCK m. 174/1 hükmünün ikinci cümlesinde düzenlenen suçun müeyyidesi belirlenirken ölçülülük ilkesine aykırı hareket edilmiştir ve hazırlık suçunun cezası, aynı hukuki varlığı korumaya yönelik tehlike suçunun cezasıyla aynı belirlenmiştir. Düzenlemeyi ölçülülük ilkesine uygun hale getirmek için kanun koyucunun söz konusu suç bakımından öngörülen cezayı hafifletmesi gerekmektedir.

TCK m. 174/3 hükmünde düzenlenen suç bakımından öngörülen ceza ise, bir yıla kadar hapis cezasıdır. TCK m. 174 hükmünde düzenlenen her üç suç bakımından da yargılama yapmakla görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir (5235 s.k. m. 11) ve bu suçlar bakımından soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılır. TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen suçların, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde verilecek ceza bir kat artırılabacaktır. Görevli mahkemenin belirlenmesinde, ağırlaştırıcı nedenler gözetilmeyeceği için (5235 s.k. m. 14), TCK m. 174/2 hükmünün uygulanma alanı bulunduğu hallerde de görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesidir. TCK m. 220/4 hükmü sebebiyle fail ayrıca örgüt kurmak veya yönetmek fiili ya da örgüte üye olmak fiili sebebiyle yargılanacaktır. Bu fiiller sebebiyle yargılama yapmakla görevli mahkeme de kural olarak asliye ceza mahkemesi olduğu için (5235 s.k. m.

[120] Yetkin, s. 582, 583.

11), bu suçlar bağlantı sebebiyle birleştirilse dahi görevli mahkeme değişmeyecektir.

TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen suçların TCK m. 314 kapsamında değerlendirilebilecek bir silahlı örgütün veya 3713 sayılı TMK kapsamında değerlendirilebilecek bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi veya fiilin TCK m. 315 kapsamında silah sağlama niteliğinde olduğu hallerde yargılama yapmakla görevli mahkeme, ağır ceza mahkemesidir (5235 s.k. m. 12).

## SONUÇ

TCK m. 174 hükmünde kanun koyucu üç farklı suç tipi düzenlemiştir. TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen suçların işlenebilmesi için, yasaklanan davranışların yetkili makamların izni olmaksızın gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Söz konusu izin şartının, suçun tipiklik unsuruna mı dahil olduğu, yoksa iznin bir hukuka uygunluk nedeni mi olduğu hususu tartışmalıdır. Bize göre, izin şartı tipiklikte bir unsur olarak düzenlendiği için, iznin varlığı hukuka uygunluk sebebi değil, tipikliği kaldıran hal olarak kabul edilmelidir. İdari bir işlemin varlığının veya yokluğunun tipiklik veya hukuka aykırılık üzerinde belirleyici olduğu bu tür suçlarla çevre ceza hukuku alanında da karşılaşılmaktadır. Örneğin TCK m. 181/2 hükmünde *“Atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokan kişi...”*, TCK m. 184/1 hükmünde de *“Yapı ruhsatiyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi...”* cezalandırılmaktadır. Çevreye karşı suçlar arasında yer alan ve bir aktivitenin yetkisiz veya şüpheli bir yetkilendirmeye yürütülmesini cezalandıran suçların, ihlal ilkesiyle olan uyumları tartışmalıdır. Özellikle cezai düzenlemelerin salt idare hukuku alanına ait talimat ve süreçlere aykırılığın müeyyidesini teşkil ettiği sırf tamamlayıcı/ikincil model, çevresel hukuki varlıklara yönelik herhangi bir zarar veya tehlike ile bağlantı kurulmaksızın, sırf itaatsizliğin cezalandırıldığı şekli ceza hu-

kukunun tipik bir görünüm şeklidir. Zira bu modelle çevresel varlıklardan ziyade, idari fonksiyonlar korunmaktadır. Bu modele dahil ceza normlarının, ihlal ilkesine aykırılık teşkil etme riski bulunmaktadır; çünkü idari emir veya düzenlemelere uygun olmadığı halde, herhangi bir zarar ya da tehlike içermeyen davranışları cezalandırma ihtimali vardır. Bu anlamda TCK m. 174 hükmü kapsamında değerlendirilebilir bir fiilin de korunan hukuki konuyu tehlikeye atmaya elverişliliği olmasa dahi, salt yetkili makamdan izin alınmamış olması sebebiyle cezalandırılması, ihlal ilkesine (It. *“principio di offensività”*) aykırılık teşkil edecektir.

Elbette soyut tehlike suçu niteliğinde olan TCK m. 174 hükmündeki suçların meydana gelmesi için de davranışların, tipik olmasının yanı sıra ihlal edici nitelikte de olması gerekmektedir. Bu gereklilik, suçun tipik bir hukuka aykırılık olmasından kaynaklanmaktadır. Davranışın tipe uygunluğu tespit edildikten sonra ayrıca ihlal edici olup olmadığı da araştırılacaktır; böylece sırf norma itaatsizliğin cezalandırılmasının önüne geçilecektir. Davranışın ihlal edici niteliğe sahip olup olmadığına yönelik araştırma, aslında davranışın elverişliliğine ilişkindir. Elverişlilik mevzusu da tipe uygunlukla ilgilidir ve ancak elverişli olan davranış tipe uygun sayılabilir. Zira tipe uygun davranış, kanunda tarif edilen modele sadece dış görünüşü bakımından değil, ihlal edici niteliği bakımından da uyan, yani kanun tarafından korunan hak veya menfaati tehlikeye atma veya bu menfaate zarar verme yeterliliğinde olan davranıştır. Bu nedenle TCK m. 174 hükmünde yasaklanan davranışların da korunan hukuki varlığı ihlale elverişli olup olmadıklarına yönelik bir araştırma yapılmalı, ihlale elverişli olmayan davranışların, sırf yetkili makamlar tarafından izin verilmedikleri gerekçesiyle cezalandırılmaları yoluna gidilmemelidir. Bu sebeple, yetkili makamdan gerekli izni alabileceği halde almamış ya da alamamış olan kişilerin gerçekleştirdiği davranışların da cezalandırılmaması gerekir. Zira davranış, korunan hukuki varlığa zarar vermiyor ya da onu tehlikeye atmıyorsa, gerekli izin alınmaksızın faaliyetin yürütülmesi ancak idare hu-

kuku anlamında bir ihlal teşkil edebilir. İdare hukukuna ilişkin bir ihlalin cezalandırılması da ceza hukuku bakımından meşru değildir. Dolayısıyla ceza normuyla sadece “maddi olarak izin alamayacak” bir davranış cezalandırılmalıdır.

Bu tür düzenlemelerle aynı zamanda idari düzenin de korunduğu ve bu nedenle davranışın “maddi olarak izin alabilecek” durumda olmasının bir önemi olmadığı belirtilmektedir. Ancak bize göre, idarenin değerlendirmesine ceza hakimini bağlayıcı bir değer atfetmek doğru olmayacaktır. Zira aksi halde, suçu oluşturan fiile ilişkin tespitlerin bir kısmı yargı denetimi dışına çıkacak ve bu da muhakeme hukuku ilkelerini altüst edecektir. Yine bu halde, idarenin izin ya da yetkilendirme taleplerini reddeden kararlarının da bağlayıcı olduğu sonucuna ulaşmak gerekir; ancak bunun kabul edilemeyeceği çok açıktır. Öte yandan, idarenin izin vermeme işleminin açıkça hukuka aykırı olduğu hallerde fiilin cezalandırılması durumunda, idari düzenin de korunmasından bahsedilemeyecektir. Zira idari düzenin korunması adına, izin başvurusu idare tarafından hukuka aykırı bir şekilde reddedilen kişinin gerçekleştirdiği ve aynı zamanda korunan hukuki varlığa (kamu güvenliği, çevre gibi) zarar vermeyen davranışları cezalandırmak, hukuka aykırı işlemlere bir değer atfetmek ve davranışın ihlal edici içeriğinin idari işlemler tarafından tespit edilmesi anlamına gelir ki bu sonuç kabul edilemez. Davranışın tipe uygun olduğunu ve ihlal edici içeriğe sahip olduğunu, bir başka deyişle, korunan hukuki varlığı ihlal etmeye elverişli olduğunu tespit etme görevi, münhasıran ceza hakimine aittir. Öyleyse, idareden izin almadığı halde izin alabilecek nitelikteki bir davranışın (örneğin idarenin izin vermeme işlemi idari yargıda iptal edilmişse), korunan hukuki varlığı ihlal edici nitelikte olmadığı tespit edilmişse (örneğin sanık gerçekleştirdiği faaliyetin tehlikeli olmadığını ispat etmişse) suçun meydana gelmediği sonucuna ulaşılmalıdır.

Tipik fiillerin, korunan hukuki varlığı ihlale elverişliliği incelenirken tehlikeli maddelerin tür ve miktarı göz önüne alınabilir. Bu aşamada

TCK m. 174/3 hükmünde düzenlenen suç dikkat çekicidir. Bu düzenlemeye önemsiz tür ve miktarda patlayıcı madde satın alınması, kabul edilmesi ve bulundurulması yasaklanmıştır. Kanunun gerekçesine göre, “...özellikle köy veya kırsal alanda yaşayan insanların çeşitli meşru ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, önemsiz tür ve miktarda patlayıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması hâlleri göz önünde bulundurularak, hükmedilecek cezada önemli ölçüde indirim yapabilmek hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır.” Buna göre patlayıcı madde, tür ve miktar olarak bir ihtiyacı karşılayabilecek tür ve miktarda olmalı ve ihtiyaç, giderilmesine hukukun izin verdiği meşru bir ihtiyaç olmalıdır. Ancak bu durumda, hukuk düzeninin giderilmesine izin verdiği bir ihtiyacı gidermeye yönelik davranışları kanunun neden cezalandırdığı anlaşılamamaktadır. Kullanılış amacı meşru olan ve türü ve miktarı itibarıyla önemsiz olan bir patlayıcı maddeyi satın almanın, kabul etmenin ve bulundurmanın cezalandırılmaması gerekirdi. Zira bu davranışlar cezaya layıkça, söz konusu tehlikeli maddelerin satın alınmasının, kabul edilmesinin ve bulundurulmasının meşru bir amaç için olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Öte yandan, meşru bir amaç için önemsiz tür ve miktarda patlayıcı maddeyi satın almak, kabul etmek ve bulundurmak şeklindeki davranışların, kamu güvenliğini ihlal edici bir içeriğe sahip olduklarını söylemek de mümkün değildir. Bize göre, ancak tür itibarıyla zarar verme kapasitesi düşük olmakla birlikte miktar itibarıyla önemsiz sayılamayacak patlayıcı maddelerin satın alınması, kabul edilmesi ve bulundurulması şeklindeki davranışların TCK m. 174/1 hükmündeki fiillere nazaran daha az cezayla cezalandırılması düşünülebilirdi. Ne var ki TCK m. 174/3 patlayıcı maddenin hem türünün hem de miktarının önemsiz olmasını aramıştır. Bu nedenle, söz konusu hükmün yeniden formüle edilmesi gerekmektedir. Bir kanun değişikliğiyle hâkimin, patlayıcı maddenin kullanılış amacı ve miktarını göz önüne alarak bir yıla kadar hapis cezasına hükmedebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçebileceği bir düzenleme yaratmak daha uygun olacaktır.

TCK m. 174/1 hükmünün 1. cümlesinde yer alan suçun konusu, “*nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik*” maddelerdir. Ayrıca kanun, bu maddelerin “*patlayıcı, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı*” nitelikte olmasını aramıştır. Kanun koyucu TCK m. 6/1-f’nin 2 ve 5. bentlerinde yer alan hükümleri tekrarlamıştır. Öyleyse suçun konusunun silah olduğu söylenebilir. TCK m. 174/1 hükmünün 2. cümlesinde yer alan suçun konusu ise, birinci cümlede sayılan maddeleri imal etmek, işlemek veya kullanmak için gerekli olan malzeme ve teçhizatır. Hangi malzeme ve teçhizatın suçun konusunu oluşturacağı belirtilmemiştir. Dolayısıyla TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen suçun konusunu belirleme yetkisinin idari makamlara bırakılmış olduğu ve bu nedenle düzenlemenin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği eleştirileri yerindedir.

TCK m. 174/1 hükmünün 2. cümlesinde yer alan suçun meydana gelmesi için failin birinci cümlede sayılan maddeleri imal etmek, işlemek veya kullanmak amacının şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlanması gerekir. Bu suçun meydana gelmesi için kamu güvenliği üzerinde somut bir tehlikenin meydana gelmesi de aranmayacağından, korunan hukuki varlığın ihlali, gittikçe daha fazla suçun subjektif unsuruyla bağlantılı bir şekilde belirlenecektir. TCK m. 174/3 hükmünde düzenlenen suçun konusu ise, sadece patlayıcı maddelerdir.

TCK m. 174 hükmünde düzenlenen suçlar seçimlik davranışlı suçlardır. TCK m. 174/1 hükmü, ETCK m. 264/1 ve m. 264/5 hükmünde yer alan davranışların tek bir fıkra da birleştirilmesiyle meydana gelmiştir. Anılan bu iki hükmün birleştirilmesi sonucunda ETCK’den farklı olarak TCK m. 174/1 hükmünde, muhafaza etme, satma, satın alma ve işleme davranışlarının ancak ülke içerisinde işlenmeleri halinde tipik sayılabilecekleri ve cezalandırılacakları söylenebilir. Ne var ki yetkili makamdan izin almaksızın tehlikeli maddeyi imal etmek şeklindeki davranış, nerede

işlenirse işlensin tipik olmasına karşılık, tehlikeli maddeyi işlemek şeklindeki davranışın ancak ülke içinde işlenmesi halinde tipik olmasının makul bir gerekçesini bulmak mümkün değildir. Kanun koyucu ETCK’da yer alan iki fıkrayı tek bir fıkra da birleştirirken özensiz davranmış ve muhafaza etme, satma, satın alma ve işleme davranışlarının da ancak ülke içerisinde işlenmeleri halinde tipik sayılabilecekleri bir düzenleme ihdas etmiştir. Kanun koyucunun asıl iradesi bu yönde olmasa dahi, normun lafzi yorumundan çıkan kaçınılmaz sonuç budur.

TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen suçlar için öngörülen seçimlik davranışların belirlenmesi konusunda da kanun koyucunun özensiz davrandığı ve özensizliğin uygulamaya da sirayet ettiği ifade edilmelidir. Örneğin bulundurma, TCK m. 174/1 hükmünün ikinci cümlesinde düzenlenen suç bakımından bir seçimlik davranış teşkil ederken; aynı hükmün birinci cümlesinde düzenlenen suçun seçimlik davranışlarından birisi değildir. Buna rağmen Yargıtay’ın patlayıcı madde bulundurma davranışını, TCK m. 174/1 hükmü içinde değerlendirdiği kararlara rastlamak mümkündür.<sup>[121]</sup> Muhafaza etmenin bulundurmayı da kapsadığı düşünülebilirse bile, TCK m. 174/1 hükmünün 2. cümlesinde hem “depolamak” hem de “bulundurma” davranışlarının düzenlendiği göz önüne alındığında, kanun koyucunun aynı anlama sahip muhafaza etmek ve depolamak ile bunlardan anlamsal olarak ayrılan bulundurmayı farklı davranışlar olarak nitelendirdiği sonucuna ulaşılabilir. Benzer şekilde, TCK m. 188/3 hükmünde de depolamak ve bulundurma davranışları ayrı ayrı sayılmıştır. Bu nedenle TCK m. 174/1 hükmünün birinci cümlesinde düzenlenen

[121] Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 05 Aralık 2023 Tarihli ve E. 2021/7710, K. 2023/10036 Sayılı Karar: “...Farklı zamanlarda imal edildiği belirlenemeyen patlayıcı maddeleri örgütün faaliyeti kapsamında gerçekleştirilen eylemlerde kullandığı kabul edilen sanıklar hakkında patlayıcı madde bulundurma suçunun mütemadi nitelikte olması ve temadinin kesildiği en son bulundurma tarihine kadar gerçekleştirilen eylemlerin tek suç oluşturacağından zincirleme suç hükümlerinin tatbiki imkanının bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmek suretiyle fazla cezaya hükmolunması, ...”, (www.lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 08 Kasım 2024).

seçimlik davranışlar arasında bulundurmanın yer almaması bir eksiklik-  
tir. Ayrıca TCK m. 174/1 hükmünün birinci cümlesinde belirtilen türden  
maddenin “bulundurulması” sebebiyle ceza verilmesi de kanunilik ilkesini  
ihlal etmektedir.

TCK m. 174/2 hükmünde düzenlenen ve cezanın artırılmasını  
gerektiren nitelikli hal, TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen her iki suç  
tipi bakımından da uygulanma alanı bulacaktır. Öte yandan, maddenin  
sistematliğini göz önüne alarak bu nitelikli halin TCK m. 174/3 hükmün-  
de düzenlenen suç bakımından uygulanma alanı bulmayacağını belirtme-  
miz gerekir. TCK m. 174 hükmünde düzenlenen suçun, bir terör örgü-  
tünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde suç, bir terör suçu sayılır  
(TMK m. 4/1-a). TMK m. 5/2 hükmüne göre, *“Suçun, örgütün faaliyeti  
çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması  
öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılır. Ancak,  
yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olamaz.”* 02.12.2016 tarihin-  
de yürürlüğe giren 6763 sayılı kanunla değişiklikten önce TCK m. 174/2  
hükmünde öngörülen ceza artırımı 1/2 oranında olduğu için, TCK m.  
174/1 hükmünde düzenlenen suç, bu tarihten önce terör örgütünün fa-  
aliyeti çerçevesinde işlenmişse, ceza artırımı TMK m. 5/2 uyarınca 2/3  
oranından az olmayacak şekilde yapılmaktaydı. Ancak 02.12.2016 tari-  
hinden sonra terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakı-  
mından ceza artırımının hangi oranda yapılacağı hususu tartışmalıdır. Bu  
konudaki tartışmaların sebebi, TMK m. 5/2 hükmünde yer alan *“sadece  
bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılır”* ifadesiyle kastedilen madde  
hükmünün TMK m. 5 mi olduğu, yoksa ilgili suçun düzenlendiği madde  
mi olduğunun tam olarak anlaşılamamasıdır. Bununla birlikte, kanun ko-  
yucunun amacının, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suçu,  
terör örgütü olmayan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan  
daha az cezalandırmak olmadığı açıktır. Zira bir suçun, terör örgütünün  
faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, diğer suç örgütlerinin faaliyeti çerçevesin-

de işlenmesine nazaran kamu güvenliği bakımından daha ağır bir tehlike arz etmektedir. Bu nedenle, TMK m. 5/2 hükmünde yer alan “*sadece bu madde hükmüne göre*” ifadesiyle kastedilenin, ilgili suçun düzenlendiği madde olarak anlaşılması daha yerindedir. Bu nedenle, TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen suçun, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, cezanın bir kat artırılması gerekmektedir. Böylece, ceza artırımı oranı 2/3’ten fazla olduğu için, TMK m. 5/2 hükmüne de uygun bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

TCK m. 174 hükmünde düzenlenen suçlar, birer neticeli suç olmadıkları için, bu suçlara teşebbüs, ancak failin icra hareketlerini tamamlayamadığı durumlarda söz konusu olabilir. İcra hareketlerinin parçalara bölünebildiği hallerde, neticesiz suçlara teşebbüs mümkündür. Bu anlamda imal etmek, ihraç etmek, ithal etmek, ülke içinde bir yerden bir yere nakletmek ve depolamak gibi davranışların icra hareketleri parçalara bölünebildiği için, TCK m. 174/1 hükmünün birinci cümlesinde düzenlenen suça teşebbüs kuralı olarak mümkündür. TCK m. 174/1 hükmünün ikinci cümlesinde düzenlenen suç ise bir hazırlık suçu olduğu için, bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını kabul etmek gerekir. Zira cezalandırılabilirlik alanının öne alınmasının en uç sınırı, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasıdır. Dolayısıyla hazırlık suçlarına teşebbüsü kabul etmek, salt düşüncenin cezalandırılması sonucunu doğurur ve genel hareket özgürlüğünü katlanılamayacak derecede sınırlar. Bu aşamadaki bir davranışın, korunan hukuki varlığa zarar vereceğinden veya onu tehlikeye atacağından bahsedilemez. Öyleyse hazırlık suçuna teşebbüsün cezalandırılması, ihlal ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.

TCK m. 174 hükmünde düzenlenen suçların zincirleme şekilde işlenmesi mümkündür.

Uygulamada, TCK m. 174/1 hükmünün birinci cümlesinde dü-

zenlenen suçun maddi konusunu teşkil edebilecek nitelikteki bir patlayıcı maddenin kullanılması halinde, tek bir fülle hem TCK m. 174/1 hükmünün hem de genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunu (TCK m. 170/1-c) düzenleyen hükmün ihlal edildiği belirtilerek, TCK m. 44 hükmü uyarınca en ağır cezayı gerektiren TCK m. 174/1 hükmünden ceza verildiği görülmektedir. Ancak sanıyoruz ki bu durumda tek bir fiilin bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Örneğin, patlayıcı maddenin yetkili makamlardan izin almaksızın yurt içinde işlenmesiyle birlikte TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen suç tamamlanır. Bu suçun tamamlanması için patlayıcı maddenin kullanılmasına gerek yoktur. Patlayıcı maddenin *“kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda”* kullanılması halinde ayrıca TCK m. 170/1-c hükmü de ihlal edilmiş olur. Dolayısıyla bu halde gerçek içtima hükümlerinin uygulanması ve her iki suçtan da ayrı ayrı ceza verilmesi gerekir. Patlayıcı maddenin kullanılması halinde faile tek bir ceza verilmesi isteniyorsa, TCK m. 191 hükmüne benzer şekilde, TCK m. 174 hükmünde de patlayıcı maddenin kullanmak amacıyla bulundurulmasının, satın alınmasının veya kabul edilmesinin yasaklanması düşünülebilir.

Patlayıcı maddenin yetkili makamlardan izin almaksızın örneğin satın alınmasının (TCK m. 174/1), TCK m. 170/1-c hükmünü ihlal edecek şekilde kullanılmasından daha ağır cezalandırılıyor olması, elbette eleştirilmesi gereken bir husustur. Patlayıcı maddenin kullanılmasının, kamu güvenliği bakımından sebep olduğu tehlike daha ağırken, kullanmadan önceki aşamaların daha fazla cezayla karşılanması orantısız olmuştur.

TCK m. 174 hükmünde sayılan seçimlik davranışlar arasında kullanmak bulunmamaktadır. Bu suçun maddi konusunu oluşturan tehlikeli maddelerin kullanılması, örneğin bir binanın patlatılması halinde mala zarar verme suçu (TCK m. 151, m. 152), kimyasal veya radyoaktif mad-

delerin çevreye verilmesi halinde çevreye zarar verme suçu (TCK m. 181) oluşabilecektir. Bu hallerde gerçek içtima kuralları uygulanmalı ve her iki suçtan da ceza verilmelidir. Benzer şekilde, TCK m. 174 hükmünde yer alan suçların işlenmesi sırasında kasten ya da taksirle öldürme veya yaralama suçlarının işlenmesi halinde (TCK m. 81 – 89) bu suçlardan dolayı da ayrıca cezalandırma yoluna gidilecektir. Radyoaktif maddenin, başkasının sağlığını bozmak amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli bir şekilde kullanılması halinde, radyasyon yayma suçu (TCK m. 172/1); *“atom enerjisini serbest bırakarak bir patlamaya ve bu suretle bir başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığı hakkında önemli ölçüde tehlikeye sebebiyet”* vermek suretiyle nükleer maddenin kullanılması halinde, TCK m. 173 hükmünde düzenlenen suç da ayrıca meydana gelmiş olacaktır.

TCK m. 174/2 hükmünde, suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Bu durumda, TCK m. 220 hükmünde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun, TCK m. 174 hükmünde düzenlenen suçun nitelikli hali olarak öngörülmesi, TCK m. 42 uyarınca bileşik suç kurallarının uygulanmasını gerektirmektedir. Bu nedenle TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen suç, örgütün faaliyeti çerçevesinde işleyen failin ayrıca TCK m. 220 hükmünden cezalandırılmaması gerekir. Ne var ki TCK m. 220/4 hükmünde yer alan *“Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur”* düzenlemesiyle bileşik suç kurallarının uygulanmasının önüne geçilmek istendiği ve bu halde faile hem TCK m. 174/2 hükmünden hem de TCK m. 220 hükmünden ceza verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak bize göre, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen “amaç suç” ile bu suçları işlemek amacıyla örgüt kurma şeklindeki “araç suç” birbirinden ayırmak için getirilen TCK m. 220/4 hükmünün, bileşik suç bakımından ayrıksı bir uygulamaya sebep olacak şekilde yorumlanmasını gerektirecek herhangi bir neden bulunmamaktadır. Bu anlamda “suç işlemek amacıyla örgüt kurma”, TCK m. 174/1 hükmünde düzenle-

nen suçların nitelikli hali olarak öngörüldüğü için bağımsızlığını kaybedecektir ve dolayısıyla faile sadece TCK m. 174/2 hükmünden dolayı ceza verilecektir. Aksi yorum, TCK m. 42 hükmüne aykırı olacağı gibi, çok ağır cezaların verilmesine de yol açacaktır çünkü bu uygulama failin aynı fiil nedeniyle iki kere cezalandırılmasına neden olmaktadır.

Failin TCK m. 314 hükmü kapsamında değerlendirilebilecek bir silahlı örgüte, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmadan örgüt faaliyetlerinde kullanılacağını bilerek TCK m. 315 hükmünde sayılan seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirerek silah sağlarsa, cezai sorumluluğu TCK m. 315 hükmü uyarınca belirlenir ve bu halde ayrıca TCK m. 174 hükmünden cezalandırılmaz. Ancak failin, TCK m. 314 hükmü kapsamında değerlendirilebilecek bir silahlı örgütün yöneticisi veya üyesi olarak TCK m. 174 hükmünde yer alan suçları işlemesi halinde, hem TCK m. 314/1 veya m. 314/2 hükmünden hem de TCK m. 174/1-2 hükümlerinden ayrı ayrı cezalandırılması söz konusu olacaktır. Benzer şekilde, bu halde de bileşik suç kurallarının uygulanmaması, failin aynı fiil nedeniyle iki kere cezalandırılmasına ve dolayısıyla faile çok ağır bir ceza verilmesine sebep olmaktadır.

TCK m. 174/1 hükmünde düzenlenen her iki suçun da cezası dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere, TCK m. 174/1 hükmünün ikinci cümlesinde düzenlenen suç, bir hazırlık suçu niteliğindedir. Hukuki varlığa yönelik zarardan uzaklaşıldıkça ihlalin yoğunluğu da azalacağı için, suçta ve cezada orantılılık (ölçülülük) ilkesine uygun hareket edilmeli ve hazırlık suçu için öngörülen ceza müeyyidesinin şiddeti azaltılmalıdır. Bir başka deyişle, cezalandırılan hazırlık hareketleri, aynı hukuki varlığı koruyan zarar ve tehlike suçlarına nazaran daha az ceza ile karşılanmalıdır. Ne var ki TCK m. 174/1 hükmünün ikinci cümlesinde düzenlenen suçun müeyyidesi belirlenirken ölçülülük ilkesine aykırı hareket edilmiştir ve hazırlık suçunun cezası, aynı hukuki varlığı korumaya yönelik tehlike suçunun

cezasıyla aynı belirlenmiştir. Düzenlemeyi ölçülülük ilkesine uygun hale getirmek için kanun koyucunun söz konusu suç bakımından öngörülen cezayı hafifletmesi gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

- Aksoy İpekçioğlu, Pervin, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Ankara, Seçkin, 2009.
- Baş, Eylem, *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*, Ankara, Seçkin, 2021.
- Canestrari, Stefano, “Reato di pericolo”, in. *Enciclopedia giuridica, Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani*, Roma 1991, s. 1 – 10.
- Catenacci, Mauro, “I reati ambientali e il principio di offensività”, *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, Sayı 0, 2010, s. 43 – 60
- Değirmenci, Olgun, “Askeri Ceza Kanunu Uygulamasında Silah Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2016, s. 81 – 123.
- Di Landro, Andrea, “Environmental Criminal Law Dependence on Administrative Law. Assessing the Opportunity for a Limited Number of Offences Being Autonomus from Administrative Law”, *lceonline* ([www.lceonline.eu](http://www.lceonline.eu)), 1/2022, II, s. 29 – 60.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, İstanbul, Beta, 11. Baskı, 1997, C. 1.
- Dursun, Selman, *Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi*, Ankara, Seçkin, 2021.
- Düzenli, Hilal, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma*, Ankara, Turhan, 2020.
- Erman, Sahir ve Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul, Işık Matbaacılık, 1992.
- Ersoy, Uğur, *Silah Hukuku*, Ankara, Adalet, 2023.

Evik, Ali Hakan, “Tehlikeli Maddelerin İzinsiz Olarak Bulundurulması veya El Değiştirmesi”, *Özel Ceza Hukuku, C. V, Genel Tehlike Yaratıcı, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 61 – 98.

Gerçekler, Hasan, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Seçkin, 6. Baskı, 2022, C. 2.

Göktürk, Neslihan, *Fikri İhtima (Suçların İhtimai)*, Ankara, Adalet, 2013.

Göktürk, Neslihan, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2016, s. 407 – 450.

Hafızogulları, Zeki ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, US-A, 8. Baskı, 2015.

İçel, Kayıhan, *Suçların İhtimai (Genel Bilgiler – Fikri İhtima – Müteselsil Suçlar – Görünüşte İhtima)*, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972.

Kangal, Zeynel, *Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları*, Ankara, Adalet, 2024.

Katoğlu, Tuğrul, “Ceza Hukukunda Biçim ve İçerik”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, Haziran 2022, s. 135 – 145.

Katoğlu, Tuğrul, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 61, Sayı 2, 2012, s. 657 – 693.

Keyman, Selâhattin, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 40, Sayı 1, 1988, s. 121 – 171.

- Kıdıl, Fahrettin, *Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları*, Ankara, Adalet, 2020.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 16. Baskı, 2023.
- Kurt Yücekul, Gülşah, “Türk Ceza Kanununun 220/4. Maddesinin, Bileşik Suçu Düzenleyen 42. Madde Karşısında Uygulanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Cilt II, Sayı 1, 2010, s. 1027 – 1033.
- Marinucci, Giorgio, Emilio Dolcini ve Gian Luigi Gatta, *Manuale di diritto penale parte generale*, Milano, Giuffrè, 11. Baskı, 2022.
- Maviş, Volkan, *Türk Ceza Kanunu’nda Çevreye Karşı Suçlar*, Ankara, Yetkin, 2021.
- Okuyucu Ergün, Güneş, *Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi*, Ankara, Yetkin, 2023.
- Orhan, Uğur, *Suçun Maddi Konusu*, Ankara, Seçkin, 2023.
- Öntan, Yaprak, *Ceza Hukukunda Davranış ve Netice*, Ankara, Seçkin, 2021.
- Özen, Muharrem, *Genel Tehlike Yaratan Suçlar*, Ankara, US-A, 2010.
- Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Ankara, Seçkin, 1995.
- Özgenç, İzzet, *Suç Örgütleri*, Ankara, Seçkin, 15. Baskı, 2023.
- Özgüç, Levent Emre, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu*, İstanbul, On İki Levha, 2020.

Özkan, Salih, *Ceza Hukukunda Önemsizlik*, İstanbul, On İki Levha, 2018.

Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin, 23. Baskı, 2023.

Santangelo, Alessandra, “Fabbricazione o detenzione di materie esplodenti”, in. *Diritto Penale (diretto da Alberto Cadoppi, Stefano Canestrari, Adelmo Manna ve Michele Papa)*, Tomo 2, Milano, Utet Giuridica, 2022, (versione eBook).

Santangelo, Alessandra ve Stefano Dambruoso, “Fabbricazione o commercio abusivi di materie esplodenti”, in. *Diritto Penale (diretto da Alberto Cadoppi, Stefano Canestrari, Adelmo Manna ve Michele Papa)*, Tomo 3, Milano, Utet Giuridica, 2022, (versione eBook).

Sarıtaş, Erkan, *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220 – 221)*, İstanbul, On İki Levha, 2018.

Şare, Ersin, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Yönünden Suça İştirak”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, Ocak 2022, s. 107 – 147.

Şen, Ersan ve Sefa Eryıldız, *Suç Örgütü*, Ankara, Seçkin, 6. Baskı, 2024.

Taşkın, Ozan Ercan, *Kışkırtıcı Ajan*, Ankara, Seçkin, 2011.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin, 21. Baskı, 2023.

Topaloğlu, Mustafa, “Maden İşletmelerinde Patlayıcı Madde Kullanımı ve Patlayıcı Madde Suçları (TCK m. 174)”, (<https://www.mtopaloglu.av.tr/img/makaleler/maden-isletmelerinde-patlayici-madde-kullanimi-ve-patlayici-madde-suclari-267.pdf>).

Toroslu, Haluk, “Suç Uydurma Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1,

2013, s. 319 – 337.

Toroslu, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.

Toroslu, Nevzat, “Doğal Çevrenin Kirlenmesi ve Ceza Hukuku”, in. Prof. Dr. Akif Erginay’a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara, AÜHF Yay No. 460, Olgaç Matbaası, 1981, s. 149 – 190.

Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş, 24. Baskı, 2018.

Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin, 2003.

Ünver, Yener ve Ayşe Nuhoglu, *Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku*, İstanbul, Beta, İstanbul 1999.

Yalçın Sancar, Türkan, *Müteselsil Suç*, Ankara, Seçkin, 1995.

Yalçın Sancar, Türkan, *Çok Failli Suçlar*, Ankara, Seçkin, 1998.

Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Adalet, 2. Baskı, 2014, C. 4.

Yetkin, Erdi, *Cezalandırılabilirliğin Öne Alınmasının Bir Görünüş Biçimi Olarak Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu*, İstanbul, On İki Levha, 2024.

Yıldız, Ali Kemal, “Çevrenin Kasten Kirlenmesi”, *Özel Ceza Hukuku, C. V, Genel Tehlike Yaratıcı, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, İstanbul, On İki Levha, 2019, s. 181 – 218.

Yılmaz, Ahmet Çağrı, *Ceza Hukukunda Örgütlü Suçlar*, Ankara, Seçkin, 2023.

Zafer, Hamide, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti”, *Özel Ceza Hukuku, C. V, Genel Tehlike Yaratıcı, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar*, On İki Levha, 2019, s. 313 – 368.

# Hukuk Felsefesi Bağlamında Sivil İtaatsizliğin Bir Hak Olarak Analizi ve Ölçülülük İlkesi Çerçevesinde Hukuki Meşruluğunun İmkânları

Şefik Taylan AKMAN\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı. [taylanakman@hacettepe.edu.tr](mailto:taylanakman@hacettepe.edu.tr)

**ORCID:** 0000-0002-7809-8664

**Makale Geliş Tarihi:** 21.11.2024 **Makale Kabul Tarihi:** 14.02.2025

**Atıf Önerisi:** Akman, Şefik Taylan, “Hukuk Felsefesi Bağlamında Sivil İtaatsizliğin Bir Hak Olarak Analizi ve Ölçülülük İlkesi Çerçevesinde Hukuki Meşruluğun İmkânları”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 2, Nisan 2025 s. 487-585. DOI: 10.30915/abd.1589380

## Hukuk Felsefesi Bağlamında Sivil İtaatsizliğin Bir Hak Olarak Analizi ve Ölçölülük İlkesi Çerçevesinde Hukuki Meşruluğunun İmkânları

### ÖZ

Bu çalışmada sivil itaatsizlik kavramı hem hukuk felsefesi hem de hukuk teorisi ile uygulaması yönünden incelenecektir. İlk bölümde sivil itaatsizliğin doğal hukukla olan bağlantısı, bilhassa direnme hakkı ekseninde ele alınacaktır. Bu kapsamda sivil itaatsizliğin felsefi ve ahlaki yönden meşruiyetine yönelik bir tartışma yürütülecektir. Demokratik bir hukuk devletinde sivil itaatsizliğin neden meşru sayılması gerektiği ve demokratik düzenin gelişmesine ne gibi katkılar sunabileceği üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde sivil itaatsizliğin hukuki meşruiyetine yönelik tartışmalar ölçölülük ilkesi çerçevesinde temel insan hak ve özgürlükleri bağlamında irdelenecektir. Son olarak sivil itaatsizlik eylemlerinin ve bu eylemlerde bulunan kişilerin hukuki durumları, pozitif hukukun sınırları dâhilinde, Türkiye'deki anayasa ve ceza hukuku düzenlemeleri göz önüne alınarak değerlendirilmeye çalışılacaktır.

#### Anahtar Kelimeler:

sivil itaatsizlik

ölçölülük ilkesi

hukuk felsefesi

doğal hukuk

meşruiyet

**Analysis of Civil Disobedience as a Right in the Context of the  
Philosophy of Law and the Possibilities of Its Legal Legitimacy  
Within the Scope of the Principle of Proportionality**

**ABSTRACT**

In this study, the concept of civil disobedience will be investigated in terms of both philosophy of law, legal theory and practice. In the first part, the connection of civil disobedience with natural law will be examined, especially in terms of the right of resistance. In this context, a discussion will be conducted on the philosophical and moral legitimacy of civil disobedience. It will be emphasized why civil disobedience should be considered legitimate in a democratic state governed by the principle of the rule of law and how it can contribute to the improvement of the democratic order. In the second part, the legal legitimacy of civil disobedience will be discussed in the context of fundamental human rights and freedoms within the scope of the principle of proportionality. Finally, the legal status of civil disobedience actions and activists will be evaluated within the limits of positive law, taking into account the constitutional and criminal law regulations in Turkey.

**Keywords:**

civil disobedience

natural law

philosophy of Law

legitimacy

principle of proportionality

## GİRİŞ

M.Ö. 5. yüzyılda yaşayan Sofokles meşhur tragedyasında, Antigone'un daha üstün bir hukukun gereklerini gerçekleştirmek için her tür cezayı göze alıp Kral Kreon'un yasalarını bilinçli biçimde ihlal ederek vicdanının doğru olduğunu söylediği adaleti sağlama uğruna sergilediği direnişin öyküsünü anlatır. Antigone'un iki erkek kardeşinin savaşta birbirini öldürmesinin ardından Kreon, kendisi için savaşan Eteokles için cenaze töreni yapılmasını buyururken kendisine karşı savaşan Polüneikes'in gömülmesini yasaklayan bir emir yayınlar<sup>[1]</sup>. Antigone'un ilahi yasaları yerine getirmek için kardeşini gizlice gömerken yakalanması ve daha üstün yasalar dolayısıyla kralın yasalarını çiğnediğini beyan ederek otoriteye karşı ısrarlı direnişi ve bu uğurda ölüm cezasını kabullenmesi hangi yasanın meşru olduğunun tüm Thebai halkının vicdanında sorgulanması sonucunu doğurur<sup>[2]</sup>. Böylece Sofokles, o dönem için henüz adı konmamış bir mücadele biçimi olarak sivil itaatsizliğin günümüzde geçerli olan tüm temel unsurlarını sahneden izleyicilerine aktarır.

Bu çalışma, sivil itaatsizlik olgusunu temel hak ve özgürlükler bağlamında otoritenin fiili ve hukuki uygulamalarının yarattığı haksızlık ve adaletsizliklere karşı bir direnme yöntemi olarak hem eylem hem de söylem boyutuyla -eyleme katılanların<sup>[3]</sup> vicdani doğrularını kamuoyu nezdinde dillendirmeleri açısından-, hukuk felsefesi ve doğal hak tartışmaları ekseninde meşruiyet sorunuyla ilişkilendirerek değerlendirmeyi amaçlamaktadır. İlk bölümde, doğal hukuk düşüncesinden ayrılmadan, insanın, devlet - yasa koyucu otorite karşısında kendi varoluşuna ilişkin bir temellendirmeden ivmelenen hak ve özgürlüklerini koruyabilmek için başvurduğu nihai eylem ya da *ultima ratio* olarak sivil itaatsizliğin neden meşru ka-

[1] Aiskhülos ve Sofokles, *Eski Yunan Tragedyaları 1 - Persler Aiskhülos - Antigone Sofokles*, İstanbul, Mitos Boyut, 2. Baskı, 2002, s.69-71.

[2] *Ibid.*, s.1; 71-72; 85-87; 96.

[3] Bundan sonra “eyleme katılanlar” yerine sadece “eylemciler” ifadesi kullanılacaktır.

bul edilmesi gerektiği yönündeki görüşler ele alınacaktır. Demokratik bir hukuk devletin durağan bir yapı olmayıp değişim ve dönüşüme açıklığından hareketle sivil itaatsizliğin “olması gereken hukuka” ulaşılmasında nasıl bir fonksiyon üstlenebileceği ve bunun ahlaki toplumsal boyutuyla neden meşru kabul edilmesi gerektiği yönünde bir çerçeve oluşturulmaya çalışılacaktır. İkinci bölümde ise sivil itaatsizlik eylemlerinin yarattığı meşruiyet ile yasallık arasındaki krizin, hukuk felsefesi ve onun uzanımında doğal haklar düşüncesi bağlamında adalet, eşitlik, özgürlük ve insan hakları gibi hukukun özünü oluşturan öğelerden hareketle nasıl çözülebileceğine yönelik bir tartışma yürütülecektir. Bu doğrultuda sivil itaatsizlik olgusunun pozitif hukuk düzeni içindeki konumu, suç ve ceza kavramları ekseninde, ölçülülük ilkesi temel alınarak hem hukuk teorisi hem de Türkiye’deki anayasa ve ceza hukuku düzenlemeleri de göz önüne alınarak değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## I. DOĞAL HUKUKUN UZANIMINDA BİR TEMEL HAK OLARAK SİVİL İTAATSİZLİK

Antikitenin gerçekliği içinde Antigone’un kendi bedeni ve varoluşu üzerinden iktidar sahibine karşı mücadelesinde somutlaşan sivil itaatsizliğin modern dönemdeki en erken tanımlarından biri kendisi de bir sivil itaatsizlik eylemcisi olan Henry David Thoreau tarafından yapılmıştır. Thoreau’a göre bir direniş yöntemi olarak sivil itaatsizlik, haksız yasalara gönüllü olarak itaat etmeyip onları değiştirme çabasına giren, bu yasaları bilinçli ve aktif biçimde çiğnerken ilkelerinden taviz vermeden hareket edip hakkını arayan ve pratik adımlarla adaletsizlik ve haksızlıkları ortadan kaldırmaya çalışanların gerçekleştirdikleri eylemlerle hali hazırdaki devlet otoritesinin sorgulanması anlamına gelir<sup>[4]</sup>. Söz konusu sorgulama süreci, yürürlükteki yasaların adaletsiz ve haksız sonuçlara neden olduğu

[4] Henry David Thoreau, “Devlete Karşı İtaatsizlik Görevi Üstüne”, in Hannah Arendt *et al.*, *Sivil İtaatsizlik*, Çev. Yakup Coşar, İstanbul, Ayrıntı, 1997, s.38-39.

durumlarda, bireylerin, bu yasalara mı yoksa vicdani tercihleri doğrultusunda “doğal hukuk” olarak nitelendirilebilecek daha üstün kurallara mı uymaları gerektiği yönündeki felsefi ve ahlaki soruları da beraberinde getirdiği gibi meşruiyet ile yasallık arasında var olan netameli ilişkinin bütün gerilimlerini de içinde barındırır. Bu doğrultuda sivil itaatsizlik, yürürlükteki yasaların idealleştirilmiş bir hukuka ulaşmak kaygısıyla ihlal edilerek kamuoyu nezdinde sorgulanmasını amaçlayan doğrudan eylemliliğin bir mücadele aracı olarak ortaya çıkar.

Sivil itaatsizliğin üzerinde herkesin uzlaşacağı bir tanımını vermek güç olsa da bilhassa eylemsel niteliği göz önünde bulundurulduğunda konuyla ilgili çeşitli tespitlerde bulunmak mümkündür. Sivil itaatsizlik eylemleri, her ne kadar çok farklı biçim ve görünümelerde gerçekleştirilebiliyorsa da genel olarak izlenen yöntem ile benimsenen mantık ve hareket tarzı itibarıyla ortaklaşan birtakım özellikler taşımaktadırlar. Öncelikle sivil itaatsizlik olarak nitelendirilebilecek kamusal eylemler, bir ya da daha fazla kişinin vicdani sorumluluk duygusuyla ortak çıkarlar adına diğer insanları uyararak amacıyla yasaya aykırı davranışın sorumluluğunu üstlenip cezalandırılmayı göze alarak bir hukuk normunu veya kamu otoritesinin emrini belirli bir davranışta bulunmak ya da kuralın gereğini yerine getirmemek suretiyle ihlal etmeleriyle hayata geçirilirler<sup>[5]</sup>. Eylemciler, hiçbir biçimde

[5] John Rawls, “Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı”, in Hannah Arendt *et al.*, *Sivil İtaatsizlik*, Çev. Yakup Coşar, İstanbul, Ayrıntı, 1997, s.56; Jürgen Habermas, “Sivil İtaatsizlik: Demokratik Hukuk Devletin Denek Taşı - Almanya’da Otoriter Legalizm Karşıtlığı”, in Hannah Arendt *et al.*, *Sivil İtaatsizlik*, Çev. Yakup Coşar, İstanbul, Ayrıntı, 1997, s.121; Jose Bove ve Gilles Luneau, *Sivil İtaatsizliğe Çağrı*, Çev. Işık Ergüden, Ankara, Fol, 2021, s.57; 183; Yakup Coşar, “Önsöz: Sivil İtaatsizlik”, in Hannah Arendt *et al.*, *Sivil İtaatsizlik*, Çev. Yakup Coşar, İstanbul, Ayrıntı, 1997, s.11-12; Hayrettin Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, İstanbul, Afa, 1994, s.81; 115. Sivil itaatsizlik eylemlerinde hukuk kurallarını çiğnemek kimi durumlarda hukuk kurallarını gülünç duruma düşürmeyi de kapsayan çeşitli eylem biçimlerini içermektedir. Örneğin 25 Temmuz 2004 tarihinde Fransa’daki Verden-Sur-Garonne beldesinde GDO’lu mısır ekimini protesto etmek için yapılan eylemde binlerce kişi tırpan, orak ya da bıçak gibi hiçbir alet kullanmadan ve her bir protestocu sadece bir mısır başağını sökerek sivil itaatsizlik eylemi gerçekleştirmiştir. Böylece “binlerce kişi sadece tek

kişisel çıkar amacı gütmeyip genel yarara aykırı olduğunu düşündükleri bir yasaya, karara ya da uygulamaya karşı, bireysel ve kendiliğinden ya da örgütlü -kolektif- ve önceden tasarlanmış bir program doğrultusunda itaatsizlik etmeye yönelebilirler<sup>[6]</sup>. Yüksek bir siyasi - ahlaki motivasyondan beslenerek şiddete başvurmaktan kaçınırlar; başvursalar dahi diğer insanların vücut bütünlüklerine zarar vermekten ziyade bu şiddetin eşyalara yöneltilmesiyle (ekonomik şiddetle) yetinerek çatışma ve anlaşmazlık konusuyla ilgili olarak politik iktidar ya da yasa koyucu üzerinde baskı uygulamayı, sorumluları ve kamuoyunu yeni çözümler aramaya yöneltmeyi ya da karşıt

---

bir başak koparmaktan mahkum olsun” sloganıyla, GDO’lu ürünlerin tarımının yapılmasında demokratik tartışma olmamasını eleştirmek amacıyla özel mülkiyeti koruyan hukuk kuralları onlarla alay eder biçimde ihlal edilmiştir. Gilles Luneau, “Giriş - Köyde Bir Mücadele”, in Jose Bove ve Gilles Luneau, *Sivil İtaatsizliğe Çağrı*, Çev. Işık Ergüden, Ankara, Fol, 2021, s.21-26.

- [6] Bove ve Luneau, *op. cit.*, s.183; Habermas, “Sivil İtaatsizlik”, *op. cit.*, s.121; Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, *op. cit.*, s.81. Bove ve Luneau, sivil itaatsizlik eylemlerinin temel özelliklerinden birinin kolektiflik olduğunu belirtir; bu bağlamda itaatsizliğin tek başına yapılamayacağı görüşünü öne sürer. Zira onlara göre sivil itaatsizlik hem bir dayanışma hem de dayanışmayı geliştiren bir süreç olarak toplum projesi niteliğini haizdir ve söz konusu eylemlere anlamını veren asıl şey bunlardan kaynaklanmaktadır. Bove ve Luneau, *op. cit.*, s.184. Öncesinde Arendt tarafından ortaya konmuş bu perspektif, örneğin tek bir kişi tarafından yapılan vicdani reddi ya da Thoreau’un eylemlerini sivil itaatsizlik olarak değerlendirmez. Ancak bu yaklaşımın tartışmalı olduğu belirtilmelidir. Arendt’in bu noktada sivil itaatsizlik eylemlerini bireysel ve ahlaki olarak kabul etmekten ziyade kolektif ve politik bir mesele olarak tanımlama isteğinin - uğraşısının bu tür bir yaklaşımı benimsemesinde etkili olduğundan bahsedilebilir. Ona göre bir eylemin sivil itaatsizlik kapsamında değerlendirilebilmesi için gerekli olan kolektifliğin varlığı, iyi veya kötü işlese de bir kamusal alanı gerektirmekte keza böyle bir kamusal alan da ancak demokratik ya da demokrasiye yaklaşmış siyasal rejimlerde var olabilmektedir. Hannah Arendt, “Sivil İtaatsizlik Karşıtlığı”, in Hannah Arendt *et al.*, *Sivil İtaatsizlik*, Çev. Yakup Coşar, İstanbul, Ayrıntı, 1997, s.80; Coşar, *op. cit.*, s.11 (dipnot 2); Özlem Duva, “Hannah Arendt’te Bir Sorumluluk Meselesi Olarak Sivil İtaatsizlik”, *Felsefe Logos (Başkaldırı)*, Sayı 39, Eylül 2010, s.58; Halime Karakaş, “Sivil İtaatsizlik Ne Kadar İtaatsiz?”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi (Kamusal Alan)*, Sayı 5, Kasım-Aralık-Ocak 1998-1999, s.175.

görüşte olanları ikna etmeyi amaçlarlar<sup>[7]</sup>. Birbirinden çok farklı siyasal düzenlerde gerçekleştirilmekle birlikte demokratik hukuk devletlerinde daha sık karşılaşılan sivil itaatsizlik eylemleri, aynı zamanda kitle iletişim araçlarının kullanılması sayesinde kamusal alanda eylemcilerin taleplerini meşrulaştırılabilmelerinin önemli bir basamağını teşkil eder<sup>[8]</sup>. Kamusal alanda gizlenmeden, aleni biçimde herkesin görmesi amacıyla gerçekleştirilen bu eylemlere genel olarak kurumsal ve insani tüm müzakere yolları tüketildikten sonra *ultima ratio* olarak başvurulur<sup>[9]</sup>. Temel hak ve özgürlükler ile geniş anlamda yurttaş hakları çerçevesinde formüle edilebilecek taleplerin dillendirilmesini içeren söz konusu eylemler, siyasal alandaki aktörlerin ve kamuoyu nezdinde insanların düşünce ve kararları üzerinde etkili olmayı amaçlayarak ortak adalet anlayışına -kamu vicdanına- seslenip kamusal tartışma ve müzakere olanaklarının gelişmesine katkı sunar<sup>[10]</sup>. Bu noktada sivil itaatsizlik eylemcilerinin taleplerini kamuoyuna duyurabilmek ve onlara meşruiyet kazandırabilmek için alternatif kamusal alanlar yaratmaya yöneldiklerinden de bahsetmek gerekir.

- [7] Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, *op. cit.*, s.81; 110-114; Bove ve Luneau, *op. cit.*, s.57; 81; Atıl Cem Çiçek ve Selçuk Aydın, *Sivil İtaatsizlik ve Anarşizm*, İstanbul, Doruk, 2018, s.44. Genel yarara aykırılığın gösterilmesi amacıyla özel mülke/mülklere herhangi bir saldırı gerçekleştirilmesinin gerektiği durumlarda bunun açık biçimde, yer yer işin içine mizahi bir boyut katarak ve sembolik biçimde yapılması tercih edilir. Bove ve Luneau, *op. cit.*, s.184.
- [8] Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, *op. cit.*, s.81; Bove ve Luneau, *op. cit.*, s.184. Sivil itaatsizlik eylemlerinin kamusal nitelikleri itibarıyla “genel toplumsal ve politik eylem normlarından etkilenenlerin, bunların geçerliliğini değerlendirmek üzere pratik bir iletişime katıldıkları her zaman ve her yerde ortaya çıkan bir beraberlik formu” olduğu da söylenebilir. Ali Yaşar Sarıbay, “III. Oturum - I. Bildiri”, in Hayretin Ökçesiz (Ed.), *Sivil İtaatsizlik - Disiplinlerarası Kolokyum, 7-9 Kasım 1997*, İstanbul, Demokrasi Kitaplığı, 1999, s.155-156.
- [9] Bove ve Luneau, *op. cit.*, s.184; Rawls, “Sivil İtaatsizliğin Tanımı”, *op. cit.*, s.63; Coşar, *op. cit.*, s.10-11.
- [10] Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, *op. cit.*, s.81; Coşar, *op. cit.*, s.12-13; Habermas, “Sivil İtaatsizlik”, *op. cit.*, s.121; John Rawls, “Sivil İtaatsizliğin Gerekçelendirilmesi”, Çev. Erkal Ünal, *Cogito (Sivil İtaatsizlik)*, Sayı 67, Yaz 2011, s.173.

Habermas'a göre tarihsel yönden kamusal alan, -burjuva- bireylerin kamusal bir topluluk oluşturarak bir araya gelmelerini müteakip devlete karşı taleplerini dillendirerek mücadelelerini biçimlendirdikleri, mevcut egemenlik ilişkilerinin doğasıyla onların dayandığı meşruiyet temellerini denetim ilkesiyle değiştirmeyi amaçladıkları, iktidardan pay almaktan ziyade onu ele geçirmek için imkânlarından yararlandıkları bir araç olarak işlev görmüştür<sup>[11]</sup>. Kamuoyu oluşturma süreçlerinin önemli bir parçası olan kamusal alanda, ilke olarak tüm bireyler, bulundukları toplumsal statünün konumundan bağımsız şekilde ortak yarara ilişkin meseleler hakkında eleştirel tartışma yoluyla rasyonel bir uzlaşa sağlamak için bir araya gelmişlerdir<sup>[12]</sup>. 18. yüzyıldan itibaren burjuvazinin otorite ile fikir mücadelesine girdiği burjuva kamusal alanın karşılıklı özgür tartışmaya ve fikirleri savunmaya imkân tanıyan müzakere ortamı, 19. yüzyılın son çeyreğinden sonra, devletin toplumsal konulardaki müdahaleci girişimlerinin ve tekelci kapitalizmin sonuçları dolayısıyla giderek belirsiz hale gelmeye başlamış; keza 20. yüzyılda da, siyasal katılıma ve söylem özgürlüğüne ilişkin hakların şekli yönden genişlemesine karşın kapitalizmin özgül toplumsal gelişmelerinin yıkıcı etkisiyle hızlı bir daralmaya maruz kalmıştır<sup>[13]</sup>. Bura-

[11] Jürgen Habermas, *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*, Çev. Tanıl Bora & Mithat Sancar, İstanbul, İletişim, 1997, s.93-98; Jürgen Habermas, "Kamusal Alan", Çev. Meral Özbek, in Meral Özbek (Ed.), *Kamusal Alan*, Hil, İstanbul, 3. Baskı, 2015, s.95-99.

[12] Diana Ambroz, "The University as Public Sphere", *Canadian Journal of Communication*, Cilt 21, Sayı 1, Haziran 1998, <https://cjc.utppublishing.com/doi/10.22230/cjc.1998v23n1a1024> (E.T. 23/12/2024). Habermas'a göre klasik burjuva kamusal alanın ilk oluşumu sırasında, tartışmacıların kimliklerinden ziyade katılımın niceliğine bağlı olarak rasyonel eleştirel argümanların değerleri önemliydi. Burada hem rasyonel eleştirel söylemin karakteri hem de katılımın niteliğiyle herkese açık olması kamusal alan kavramının belirleyici ölçütleriydi. Craig Calhoun, "Introduction: Habermas and the Public Sphere", in Craig Calhoun (Ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, The MIT, 4. Baskı, 1996, s.2-4.

[13] Habermas, *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*, op. cit., s.255-257; 390; Habermas, "Kamusal Alan", op. cit., s.98; 100-102; Meral Özbek, "Giriş: Kamusal Alanın Sınırları", in Meral Özbek (Ed.), *Kamusal Alan*, 3. Baskı, Hil, İstanbul, 2015, s.60-61;

da öncelikle refah devleti kapitalizminin yaşam dünyasını sömürgeleştiren pratiklerinin, yeni toplumsal hareketlerin özgürleştirici potansiyellerinin kullanılması ve demokratik kurumların geliştirilmesine dayalı bir paradigmanın oluşturulması suretiyle nasıl ortadan kaldırılabileceği konusu üzerine düşünmek gerekmektedir<sup>[14]</sup>. Çalışmanın konusunu ilgilendirme-

75. Habermas’a göre tarihsel yönden kamusal alan, politik katılımın genişlemesi ve yurttaşlık ideallerinin belirgin hale gelmesiyle birlikte gelişmiş; mutlakiyetçi devlete karşı mücadeleyle güçlenmiş ve keyfi otoriteyi, yasa ile yurttaşların denetimi altında olan rasyonel bir otoriteye dönüştürmeyi amaçlamıştır. Ancak zaman içinde kamusal alanın bu ideal nitelikleri tekelci kapitalizmin egemen hale gelmesi, toplumsal çatışmaların devlet tarafından düzenlenmesi ve rasyonel kamuoyunun rakip çıkarlar arasında bölünmesi gibi sebeplerle güç kaybetmiştir. Devlet ve toplum arasındaki ilişkiler, devletin lehine fakat özgür bir politik hayatın sürdürülebilirliği aleyhine olacak şekilde yeniden düzenlenmiştir. Habermas açısından devletin müdahaleciliği, pratik sorunların dışlanması bağlamında politik kamuoyunun etkinliğini yitirmesi ve özünde halkın kitlesel olarak politikasızlaştırılması anlamına gelmektedir. Ona göre “halk kitlesinin politikasızlaştırılması ve politik bir kamusal alanın çökmesi, pratik sorunları kamusal tartışmadan dışlama eğiliminde olan bir iktidar sisteminin kurucu öğeleridir”. Geoff Eley, “Nations, Publics, and Political Cultures: Placing Habermas in Nineteenth Century”, in Craig Calhoun (Ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, The MIT, 4. Baskı, 1996, s.290-294; Jürgen Habermas, “İdeoloji” *Olarak Teknik ve Bilim*, Çev. Mustafa Tüzel, YKY, İstanbul, 9. Baskı, 2016, s.58; 102.

- [14] Nancy Fraser, “What’s Critical about Critical Theory? The Case of Habermas and Gender”, *New German Critique*, Sayı: 35, Bahar - Yaz 1985, s.121-122; Habermas, *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*, *op. cit.*, s.41. Yaşam dünyasının sömürgeleşmesi süreçlerinde para ve güç, mevcut düzen ile yaşam dünyası arasında değişim aracı olmaktan çıkar ve gündelik hayatın iç dinamikleri üzerinde etki göstermeye başlar. İnsanların gündelik hayatları üzerinde iktisadi düzenin ve idarenin buyrukları belirleyici hale gelir. Bireylerin sahip oldukları -yurttaşlık ya da çalışan olmak gibi rolleri- dönüşüme uğrar ve herkes bir tüketici ya da müşteri haline gelir. Habermas, yaşam dünyasının sömürgeleştirilmesine ilişkin en belirgin örneklerden birinin “iletişimsel olarak yapılandırılmış eylem alanlarının hukuksallaştırılma(larında)” görülebileceğini söyler. Ona göre hukuksallaştırma, geleneksel yaşam biçimlerinden modern topluma geçişle birlikte ortaya çıkan yazılı hukukun artması eğilimiyle ilişkilidir. Bu süreçte hukuksallaşmayla birlikte, “o zamana dek resmi olmayan bir biçimde düzenlenmiş toplumsal nesne durumlarının hukuksal normlara bağlanması”, yani hukukun genişlemesi durumu ortaya çıkmaktadır. Fraser, “What’s Critical”, *op. cit.*, s.120-121; Jürgen Habermas, *İletişimsel Eylem Kuramı*, Çev. Mustafa Tüzel, Kabalcı, İstanbul, 2001, s.808-809.

si bağlamında, kamusal alana ilişkin tartışmaların önemli bir boyutunun tam da bu daralma ve sömürgeleştirme meselesi ile devletin kontrol mekanizmalarının artmasının yarattığı sonuçlara ilişkin olduğu söylenebilir. Özellikle çoğulcu ve özgürlükçü bir demokratik hukuk devletinde, birbirinden farklılaşan alternatif kamusal alanların var olup olamayacağı ve öteki olarak nitelendirilebilecek ezilenlerin ya da azınlıkta kalan grupların siyasi, iktisadi ve toplumsal tepkilerini dile getirebilecekleri -sivil itaatsizlik mücadelelerin doğup gelişebileceği- bir muhalefet imkânının varlığı gibi tartışmalar bu bağlamda değerlendirilebilir.

Habermas'ın kamusal alan yaklaşımının, tekçi ve sınırlandırıcı bir yorumundan ziyade farklılıklara ve çokluklara izin verecek şekilde, eleştirel biçimde yorumlanması halinde, farklı grupların sivil itaatsizlik eylemlerinin meşruluklarına ve bunların kamuoyu nezdinde açıklanabilmelerine önemli bir imkân sağlayabileceği belirtilmelidir<sup>[15]</sup>. Fraser'a göre her şeyi kapsayan tek bir kamusal alan kabulünden hareket edildiğinde, farklı madun grupların aralarında iletişimsel süreçleri gerçekleştirebilecekleri, kendilerini özgürce ifade edip geliştirebilecekleri, egemenlerin denetiminde olmayan bir söylem alanları olmayacaktır<sup>[16]</sup>. Bu nedenle eşitlikçi ve çok

[15] Nancy Fraser, "Kamusal Alanı Yeniden Düşünmek: Gerçekte Var Olan Demokrasinin Eleştirisine Bir Katkı", Çev. Meral Özbek ve Cemal Balcı, in Meral Özbek (Ed.), *Kamusal Alan*, Hil, İstanbul, 3. Baskı, 2015, s.104-105.

[16] Fraser, "Kamusal Alanı", *op. cit.*, s.117. Fraser'a göre Habermas'ın kamusal alan kavramı, geç kapitalist toplumda demokrasinin kapasitesini ortaya çıkarmaya ve alternatif biçimlerini göstermeye yönelik eleştirel bir teoremin inşası için çok önemlidir. Bu bağlamda Fraser'ın Habermas eleştirisinin, kesişen birçok kamusalılığı bir arada öngörmesi ve toplumsal eşitsizliklerin yarattığı söylemsel pratiklere ilişkin sorunları göz ardı etmemesi nedeniyle, kamusal alana ilişkin daha gerçekçi ve demokratik bir kavramsallaştırma arayışına karşılık geldiği söylenebilir. Fakat Habermas'ın kamusal alan kavramsallaştırmasının da böyle bir arayışa imkân sağlayacak çeşitli öğelere sahip olduğu görülür. Gerçekten Fraser'a göre, Habermas'ın burjuva kamusal alanın tekilliğine yaptığı vurgu, alternatif kamusalılıkların ortaya çıkışını gerileme ve parçalanmanın bir işareti ve demokrasiden bir ayrışık olarak anlamlandırsa da, bu varsayımın eleştirel bir değerlendirmeden geçirilmesi mümkündür. Örneğin Habermas'ın yaklaşımının herkese açıklık ve herkes tarafından erişilebilirlik gibi

kültürlü bir toplum fikrinin hayata geçirilebilmesi için, farklı değer ve söylemlere izin veren kamusal alanların çokluğunu kabul etmek, başka bir ifadeyle madun karşı kamuların çoğalmasının önündeki engelleri kaldırarak -politik, toplumsal, iktisadi ve hukuki- söylemsel mücadele alanlarının genişlemesini sağlamak gerekmektedir<sup>[17]</sup>. Eğer egemen kamusal alan, sö-

farklı yönlerden analizinin yapılabilmesi mümkündür. Serbest erişim meselesi, özellikle kadınlar ya da mülksüzler bakımından değerlendirildiğinde, gerçek hayatta bütünüyle hayata geçirilememişse de, Habermascı kamusal alan düşüncesinin ve onunla bağlantılı kamusal normunun hala temel anlam dizgelerinden biri olmayı sürdürmektedir. Calhoun'a göre de Habermascı kamusal alan yaklaşımı, kimlik ve farklılık gibi meselelere duyarlı bir politik ve toplumsal teori için son derece önemli imkânlar sunmaktadır. Bu meseleler üzerine çalışacak kimselere yardımcı olabilecek bir çerçeveye sahiptir. Moishe Postone, "Political Theory and Historical Analysis", in Craig Calhoun (Ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, The MIT, 4. Baskı, 1996, s.170; Ambroz, *op. cit.*; Fraser, "Kamusal Alanı", *op. cit.*, s.112-116; Calhoun, *op. cit.*, s.41.

- [17] Fraser, "Kamusal Alanı", *op. cit.*, s.117-121. Eley'e göre Habermas'ın kamusal alan yaklaşımının en büyük sorunu, alternatif kamusal alanları göz ardı etmesinden kaynaklanmaktadır. Rakip kamusal alanların varlığı, Habermas'ın liberal burjuva kamusal alanın parçalanmasının başlangıcı olarak gördüğü 19. yüzyılın sonlarında ortaya çıkmayan, aslında en başından beri var olan bir olgudur. Bu tür kamusal alanlar, köylü ya da işçi sınıfı hareketlerinde ve milliyetçi faaliyetlerde de ortaya çıkabilmektedir. Ancak Habermas tüm bu radikal gelenekleri ciddiye almamakta, bu tür kamusal alanları kendi burjuva kamusal alan modeli içinde konumlandırmakta, alternatif kamusal alan çeşitliliklerini ihmal etmekte ve bunun sonucunda da önemli bir özgürleşim imkânını elden kaçırmaktadır. Kamusal alan, sadece burjuvazinin sınıfsal bir başarısı şeklinde yorumlanmaktan ziyade, farklı kamusal alanlar arasında kültürel ve ideolojik çekişmelerin ya da müzakerelerin yürütüldüğü, yapılandırılmış bir ortam olarak değerlendirilirse daha anlamlı olacaktır. Eley'in bu görüşünün, Fraser'da olduğu gibi sivil itaatsizlik eylemlerinin alternatif kamusal alanlardan hareketle düşünülebilmesine imkân sağladığı açıktır. Bu bağlamda Negt ve Kluge'nin, Habermas'ın modeline karşı eleştirel bir tutum çerçevesinde biçimlendirdikleri ve burjuva kamusal alanından apayrı bir tecrübe istemi şeklinde nitelendirilebilecek "proleter kamusal alan" yaklaşımı da alternatif kamusal alanların değerlendirilmesi yönünden dikkat çekmektedir. Negt ve Kluge'nin egemen, alternatif ve karşıt kamusal alanlar şeklinde yaptığı üçlü ayrım bakımından egemen kamusal alan, Habermascı anlamda burjuva liberal niteliğiyle ön plana çıkmaktadır. Buna karşın "(a)lternatif kamusal alanı, bir yandan sermayenin yeni küresel saldırısının ve bunun özgül ulus devletler bağlamında yarattığı sorunları ezilenler lehinde telafi edici biçimlerde çözmeye çalışan söz

mürü ve hiyerarşiye dayanan kapitalist sistem ile onun politik ve hukuki düzeninin yeniden üretimini sağlamak üzere toplumsal mücadeleleri denetleme fonksiyonuyla belirginleşiyorsa, alternatif kamusal alanlar, toplumun her düzeyde demokratikleşmesi ve özgürleşmesi için kolektif söz ve eylemlerin somutlaştırılmasına imkân sunan özellikleriyle farklılaşırlar<sup>[18]</sup>. Egemen kamusal alanın dışında alternatif kamusal alanlar oluşturulması suretiyle farklı grupların kendilerini özgürce ifade etmelerine izin veren böyle bir yaklaşımın, sivil itaatsizlik eylemcilerinin taleplerini dile getirebilmeleri ve kamuoyu nezdindeki meşruiyetlerini sağlayabilmeleri yönünden önemli fırsatlar vereceği de açıktır. Keza böyle bir fırsatın, demokratik bir hukuk devletinin gereği olarak düşünülmesi yanlış olmasa gerekir.

Sivil itaatsizlik eylemcileri, alternatif kamusal alanlar üzerinden kendi taleplerini kamuoyu önünde ifade edip tartışmaya açarak bunların toplumsal meşruiyetini sağlamada önemli bir imkâna sahip olsa dahi, eylemlerinin hukuki meşruluğu meselesi noktasında, kamu otoriteleri karşısında halen pek çok sorunla karşılaşabilmektedir. Gerçekten sivil itaatsizlik her bireyin kişisel kararı doğrultusunda tavır almaya ve eylemeye muktedir olduğu ön kabulüne dayandığından konuya ilişkin temel soru, bireylerin hukuk düzeni tarafından yasaklanmış olsa dahi ahlaki veya vicdani nedenlerle belirli

---

*ve eylemlerin alanı; öte yandan da kabaca sınıf-dışı diye adlandırılan (ama her zaman sınıf ilişkilerine eklemlenmiş biçimde ortaya çıkan eşitsizlik ve tahakküm biçimlerine karşı) demokratik mücadelelerin verildiği alanlar olarak tanımla(mak mümkündür). Karşıt kamusal alan ise, doğrudan sermaye-emek çelişkisi üzerinde yükselen sınıf mücadelesi zemininde, antikapitalist, kolektif ve 'kurucu' nitelikli politik söz ve eylemlerin oluşturduğu alanları içerir".* Özbek'e göre alternatif ve karşıt kamusal alanlar birbirleriyle çatışmamaktadır. Aksine onları, karşılıklı olarak birbirine ihtiyaç duyan bir ikili şeklinde düşünmek gerekmektedir. Eley, *op. cit.*, s.306; Oskar Negt ve Alexander Kluge, "Kamusal Alan ve Tecrübe'ye Giriş", Çev. Meral Özbek, in Meral Özbek (Ed.), *Kamusal Alan*, Hil, İstanbul, 3. Baskı, 2015, s.133; Ülker Yükselbaba, *Habermas ve Kamusal Alan: Burjuva Kamusal Alan İlkesinden, İletişimsel Kamusal Alan Geçiş*, On İki Levha, İstanbul, 2012, s.155-156; Meral Özbek, "Giriş: Politik Kamusal Alan ve Kolektif Yaratıcılık", in Meral Özbek (Ed.), *Kamusal Alan*, Hil, İstanbul, 3. Baskı, 2015, s.180.

[18] Özbek, "Giriş: Politik Kamusal Alan", *op.cit.*, s.199.

HAKEMLİ

bir amaç doğrultusunda yasaları çiğneme haklarının olup olmadığı meselesine odaklanmaktadır<sup>[19]</sup>. King'e göre, adil yasalara uymak nasıl hukuki olduğu kadar ahlaki bir sorumluluksa adaletsiz yasalara itaat etmemek de ahlaki bir yükümlülüktür<sup>[20]</sup>. Vicdanı doğrultusunda harekete geçip adaletsiz bir yasayı çiğneyen ve bu yasanın haksızlığını kamuoyu önünde dillendirerek toplumu harekete geçirebilmek için hapisle cezalandırılmayı göze alan bir kişi, aslında yasaya en yüksek saygıyı göstermektedir<sup>[21]</sup>. Dolayısıyla adaletsiz yasa ve uygulamalara karşı mücadele yürütmek her ne kadar ahlaki ve vicdani yönden kabul edilebilir bir gerekçelendirmeye sahip olsa da söz konusu mücadelenin diğer boyutu, pozitif hukuk düzeni içinde bu tür eylemleri yapanların neyle -nasıl bir yaptırım mekanizmasıyla- karşılaşacaklarıdır. Başka bir ifadeyle çoğunluğun iradesiyle kurulmuş meşru bir yasama yetkisi karşısında, azınlığın veya tek bir bireyin son çare olarak giriştiği yasaya uymama eylemine hukuk devleti düzeni içinde tahammül edilip edilemeyeceğidir<sup>[22]</sup>. Toplumsal sözleşmenin ifadesi olarak nitelendirilebilecek yasaya itaat edilmemesi ve ilgili yasanın düzeltilmesi talebini içeren söz konusu eylemlerle, özünde sözleşme veya mevcut yasadan daha üstün bir hakka dayanılarak kamuoyu nezdinde meşruiyet sağlanması amaçlanır<sup>[23]</sup>. Hukuk, pozitivizmin dar kalıpları içinde sadece yasa koyu-

[19] Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Ankara, Dost, 2007, s.226-234.

[20] Martin Luther King, Jr., *Why We Can't Wait*, New York, Signet Classic, 2000, s.93.

[21] *Ibid.*, s.96.

[22] Habermas, "Sivil İtaatsizlik", *op. cit.*, s.120; Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, *op. cit.*, s.11-12. Sivil itaatsizliğe dayanan eylemlerin hukuk devletindeki meşruiyeti ve yasallığına ilişkin tartışmalar, hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki ilişkide devletin hukukunun geçerliliğine dair ölçütlerin ne olduğu sorusuna benzemektedir. Johannes Weissert, "Açılış / Eröffnung", Çev. Hayrettin Ökçesiz, *Argumentum*, Sayı 36-41, Temmuz-Aralık 1993, s.653.

[23] Bove ve Luneau, *op. cit.*, s.185.

cunun iradesini bildiren normlara indirgenemeyeceğinden, sivil itaatsizlik de esasen, hukuku savunmak adına, yasalara karşı yürütülen bir mücadele biçimi haline gelir<sup>[24]</sup>. Hukuk düzeni tarafından cezalandırılma tehdidine rağmen bir kişi veya topluluğun bunun olası sonuçlarına katlanmayı göze alması halinde, yasanın ihlalinin ahlaken bir hak olarak kabul edilebilirliği ve savunulabilirliği düşüncesi, sivil itaatsizliğin normatif düzenlemelerin dışında insanın doğal bir hakkı olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündeki felsefi tartışmaların da çıkış noktasını oluşturur.

Sivil itaatsizlik eylemlerinin, öncelikle insanların vicdanları doğrultusunda, adalet ve hakkaniyet gereği, belirli bir kuralın veya kuralların çiğnenmesi suretiyle kamu otoritelerinin kararlarına ya da yasal düzenlemelere karşı bir tepki olarak ortaya çıktıkları görülür. Bu yönüyle, bir yasanın içeriğinin veya kamu otoritesinin uygulamalarının değiştirilmesine yönelik, belirli bir grubun protestosunu ve muhalefetini ifade etmek için etkili ya da anlamlı olmayı keza bazı durumlarda her ikisini de amaçlayan politik karakterli bir hukuk ihlali olarak tasarlandıkları söylenebilir<sup>[25]</sup>. Ahlaki yönden ise söz konusu eylemlerin, bireyin, haksız ve adaletsiz gördüğü bir hususa ilişkin “bu suça, haksızlığa veya adaletsizliğe ortak olmayacağım” şeklinde beliren, topluma karşı bireysel sorumluluğu yerine getirmeye dönük bir misyonu vardır. Gerçekten sivil itaatsizlik eylemcisi, tüm toplumun yaşanan ya da yaşanabilecek sorunlar dolayısıyla bir şekilde ahlaken sorumlu olacağı düşüncesinden hareket edip yapabileceklerinin de sınırı olduğunu bildiği halde, doğru kabul ettiği ilkeler çerçevesinde mücadelesine başlar ve onu sürdürür<sup>[26]</sup>. Kimi durumlarda eylemci -aslında eyleminin sonucunda amaçladığını gerçekleştiremeyeceğini başından itibaren bildiği

[24] Ümit Kardaş, ‘Ötekiler’ İçin Sivil İtaatsizlik Rehberi - Demokrasiyi Militarizmden Nasıl Koruruz?, İstanbul, Hayykitap, 2008, s.61.

[25] Joseph Raz, *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford, 2. Baskı, 2009, s.263-265.

[26] Tarık Aygün, *Efendiliğin Reddi - Sivil İtaatsizlik ve Doğrudan Eylem*, İstanbul, Versus, 2. Baskı, 2006, s.283.

halde-, başarılı sonuçlar almaktan ziyade suç ortağı olmamak için mücadelesini başlatıp sürdürerek simgesel zaferlerle yetinir fakat bu davranışlarıyla toplumsallığın yeniden kurulabilmesi adına kendi üzerine düşen ahlaki - vicdani sorumluluğu da yerine getirmiş olur<sup>[27]</sup>. Dolayısıyla sivil itaatsizlik her zaman maddi anlamda mutlak kazanımlar elde etmek için değil o şekilde davranılması ahlaken ve vicdanen “doğru” olduğu için de gerçekleştirilebilir. Söz konusu durum, sivil itaatsizlik eylemlerini, kesin sonuçlara ulaşmayı amaçlayan diğer mücadele biçimlerinden ayırır. Sivil itaatsizliğin bu yönüyle, otoritenin haksız ve adaletsiz uygulama, karar veya kurallarına karşı bir refleks, ses yükseltme, eylemcinin özgürce düşüncesini ifade edebildiği kamuoyu karşısında bir söz söyleme ve tartışma başlatma özgürlüğü olduğu da göz ardı edilmemelidir.

Dworkin’in belirttiği üzere eğer düşünce ve ifade özgürlüğü hakkı varsa, bu hak öncelikle tahrik edici konuşmaları kapsamlı; keza konuşmanın insanları şiddete teşvik ettiği yönündeki etkisi de tespit edilemeyip belirsiz kalıyorsa, devletin ilgili organlarının söz konusu hak ve özgürlüğü politik bir temayülle işin kolayına kaçarak inkâr edecek biçimde engelleme yetkisi olmamalıdır<sup>[28]</sup>. İnsan haklarına saygılı olduğu iddiasındaki bir devletin bunları varsayımsal nitelikteki genel yarar ya da kamu düzeni gibi kavramlardan hareketle gerektiğinde kısıtlanabilecek haklar olarak tanımlamasının veya bireylerin yasaları ihlal etme hakkına asla sahip olmadıkları yönündeki söylemlerinin demokratik bir hukuk devletinin özüyle uyumlu olmadığı ve çeliştiği belirtilmelidir<sup>[29]</sup>. Benzer bir mantıktan hareketle, düşünce ve ifade özgürlüğünün uzanımında sivil itaatsizliğin bir hak olup olmadığı ya da meşruiyeti meselesi, temel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilebilecek toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlükleri bağlamında

[27] *Ibid.*, s.283-284.

[28] Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, *op. cit.*, s.245-246.

[29] *Ibid.*, s.247.

da gündeme gelir. Şiddet içermeyen, çoğunluğun adalet duygusuyla idrak yeteneğine hitap etmeyi amaçlayan, başkalarının haklarının çiğnenmediği veya önemsiz derecede zarara uğradığı, sembolik ve kısa süreli yasaya aykırılıklarla biçimlenen tekil ya da toplu sivil itaatsizlik eylemlerinin; temel hak ve özgürlükler ekseninde güçlü bir meşruiyet taşıdığı göz önünde bulundurulduğunda, araç ile amaç ilişkisi ihlal edilmediği ve ölçülülük ilkesi de aşılmadığı sürece hukuka uygun sayılmalarında<sup>[30]</sup> yanlışlık olmasa gerekir<sup>[31]</sup>. Bu noktada bir ara parantez olarak, sivil itaatsizlik eylemleri bağlamında ölçülülük ilkesinin -diğer bölümde pozitif hukuk boyutuyla daha ayrıntılı bir biçimde incelenecek olsa da-; adalet, eşitlik ve insan hakları gibi değerlerin somutlaştırılıp işlerlik kazanabilmesi bakımından, felsefi yönden de büyük önem taşıdığı ve kendine özgü bir anlamı olduğu keza anayasal boyutta yapılan kavramsallaştırmasının altında böyle bir felsefi birikimin bulunduğu belirtilmelidir. Özellikle söz konusu ilke, Alexy'nin benimsediği perspektiften hareketle düşünülecek olursa, sınırlama amacı ile alınan tedbir arasında makul bir dengenin olup olmadığının tartımına dayanması itibarıyla, kuraldan ziyade birer ilke olarak da düşünülebilecek olan anayasal temel hak ve özgürlüklerin korunmasında vazgeçilmez bir araç olduğu gibi bunların fiili ve hukuki imkânlar doğrultusunda mümkün olan en yüksek yoğunlukta hayata geçirilebilmesinde -somutlaştırıla-

[30] Habermas sivil itaatsizlik eylemlerinin yasallaştırılmasını, yani hukuka uygun hale getirilmesini doğru bulmadığını belirtir. Ona göre sivil itaatsizlik eylemlerinin toplantı ya da gösteri ve yürüyüş özgürlükleri kapsamında yasal sayılması yanlış olacağı gibi sivil itaatsizliğin ahlaki gerekçelerden hareketle hukuki bir hakka dönüştürülerek hukuka aykırılık kapsamından çıkarılması da yerinde olmayacaktır. Sivil itaatsizlik ancak meşruluk ile yasallık arasındaki sınırdaki kaldığı sürece ahlaki bir temel bulabilecektir. Hukuki riskler tamamen ortadan kalktığında kuralların çiğnenmesi anlamını yitirecektir. Habermas, “Sivil İtaatsizlik”, *op. cit.*, s.128.

[31] Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, *op. cit.*, s.135. Tanör'e göre yasa dışı bir eylem olarak sivil itaatsizliğin meşru sayılabilmesi için, kişi ya da kişilere yönelik yasal haksızlıkların sivil itaatsizlik eylemiyle orantılı ölçüde açık ve ağır olması gerekir. Bülent Tanör, “Anayasa Hukuku Açısından Sivil İtaatsizlik”, *Argumentum*, Sayı 36-41, Temmuz-Aralık 1993, s.703.

bilmesinde- de önemli bir fonksiyon üstlenmektedir<sup>[32]</sup>. Alexy, ölçülülük ilkesinin kendi ilkeler teorisiyle ve anayasal temel hak ve özgürlüklerle olan bağlantısını aydınlatmak için, gereklilik tezi olarak adlandırdığı bir yaklaşım üzerinden hareket eder ve bu gerekliliği de; ilkenin hem anayasal hakların doğasında bulunması hem de anayasal denetim süreçlerindeki değerlendirmelerde mutlak biçimde esas alınması zorunluluğu üzerinden açıklar<sup>[33]</sup>. Ona göre insan haklarının pozitif hukuka dâhil edilmesi suretiyle bütün bir hukuk sisteminin karakteri değişir; yasama yetkisinin anayasal denetimle kontrol altına alınarak kısıtlanması veya yargı ile idarenin yasaları uygularken anayasada pozitifleşen insan haklarının<sup>[34]</sup> taleplerini göz önünde bulundurmak zorunda kalması, belirli bir dengelemeyi içermek zorunda olan ölçülülük ilkesinin anayasal hak ve özgürlüklerin uygulan-

[32] Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2017, s.63-65; Güneş Çap, “Robert Alexy’nin İlkeler Teorisine Genel Bir Bakış”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 38, Sayı 2, Aralık 2021, s.224; 233-234. Alexy açısından ilke ile kural arasındaki ayrım esasen nitelik farkından kaynaklanır. İlkeler, kapsadıkları şeyin mümkün olan en yüksek ölçüde gerçekleştirilmesini emreden normlar olmaları itibarıyla optimalleştirme emrini de barındırırlar. Buna karşın kurallar, yerine getirilebilecek ya da getirilemeyecek normlardan müteşekkildir. Kural yerine getirilecekse, gerektirdiği şeyin aynısını -ne fazlasını ne azını- yapmaktan başka bir seçenek yoktur. Mithat Sancar, *Temel Hakların Yorumu* (Doktora Tezi, Danışman Yahya K. Zabunoğlu), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 1995, s.329. Bu yönüyle temel hak ve özgürlüklerin birer ilke, onları kısıtlayan normların kural ve bu ikisi arasındaki çatışmada ilkenin, öncelikle uyulması gereken optimalleştirme emrini içerdiğinin kabul edilmesi, yorumcunun bu çatışmayı ölçülülük ilkesinden de yararlanarak temel hak ve özgürlükler lehine çözebilmesini kolaylaştıracaktır.

[33] Robert Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, *Revus*, Sayı 22, 2014, s.57; 64.

[34] Alexy’ye göre “temel haklar, insan haklarını pozitif hukuka dönüştürmek amacıyla insan haklarını pozitifleştirmek için bir anayasaya alınan insan haklarıdır. Buna kısaca, insan haklarını pozitifleştirmek denilebilir. İnsan hakları birinci olarak ahlaki, ikinci olarak evrensel, üçüncü olarak temel hak, dördüncü olarak soyut hak ve beşinci olarak diğer normlara göre öncelikli haklardır”. Robert Alexy, *Hukuk Kavramı ve Hukukun Geçerliliği*, Çev. Altan Heper, İstanbul, Fol, 2024, s.177.

masında temel kıstas konumuna yükseltir<sup>[35]</sup>. Dolayısıyla felsefi niteliğinden pozitif hukuk boyutuna geçildiğinde ölçülülük ilkesi, anayasa tarafından güvence altına alınmış bir hakkın sınırlarının belirlenmesi açısından büyük önem taşıdığı gibi bilhassa insan hakları yargılamasının iki aşamalı yapısının da -bir temel hak veya özgürlüğün devletin fiiliyle ihlal edildiğinin ortaya konması ve ardından ihlalin orantılı keza gerçekleştirilen fiilin amacının meşru olup olmadığının tespit edilmesi yönlerinden- merkezi bir parçasıdır<sup>[36]</sup>. Görüldüğü üzere ölçülülük ilkesi; insan hakları, adalet ve eşitlik gibi değerlerin bir ideal olarak konumlandırılıp somutlaştırılması yönünden hukuk felsefesi boyutuyla keza gerçek yaşamda bu değerlerin pozitif hukuk düzeyinde korunabilmesi bakımından da anayasa hukuku açısından son derece önemli imkânlar sağlamaktadır. İlke, menfaatlerin tartımı suretiyle, sivil itaatsizlik olgusunun doğal hukuk düşüncesi ile temel hak ve özgürlükler ekseninde belirli şartları taşıdığı sürece -siyasal ve ahlaksal meşruiyetinin yanı sıra- hem hukuken meşru kabul edilebilmesini

[35] Robert Alexy, “The Reasonableness of Law”, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor ve Chara Valentini (Ed.), *Reasonableness and Law*, New York, Springer, 2009, s.14. Yasama organının, hakların yüksek düzeyde korunması ile kamu yararının asgari düzeyde sağlanması arasında denge kuran bir politika seçmesinde, ölçülülük ilkesini bir kıstas olarak yasa yapma süreçlerine dâhil etmesi mümkündür. Kıstas aracılığıyla yasama organı, meşru amaçları gerçekleştirmede hak ve özgürlüklere en alt düzeyde müdahalede bulunma ve dengeli araçlarla sınırlama getirme gibi hususlarda bir tercihte bulunabilir. Söz konusu amaca, daha az müdahaleci ve sınırlayıcı araçlarla eşit derecede iyi bir şekilde ulaşılabiliriyorsa bunların seçilmesi gerekmektedir. Örneğin ulusal güvenliğe ilişkin mükemmele yakın bir koruma arayan yasa koyucu bile, böyle bir koruma için öngörülen müdahaleler ifade özgürlüğünü mümkün olan en az ölçüde kısıtlamış mıdır sorusuna yanıt verebilmelidir. Julian Rivers, “Proportionality, Discretion and Second Law of Balancing”, in George Pavlakos (Ed.), *Law, Rights and Discourse - The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, s.170-171.

[36] Mattias Kumm, “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, in George Pavlakos (Ed.), *Law, Rights and Discourse - The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, s.132; Iddo Porat, “Some Critical Thoughts on Proportionality”, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor ve Chara Valentini (Ed.), *Reasonableness and Law*, New York, Springer, 2009, s.243.

hem de hukuk düzeninin gereklilikleri doğrultusunda, yasal sınırlar içinde bir tepki - protesto olarak değerlendirilebilmesini mümkün kılar.

Hukuk felsefesi bağlamında sivil itaatsizliğin meşruiyetine ilişkin farklı yaklaşımlar ortaya konabilecek olmakla birlikte bu kavramı geniş anlamda direnme hakkı ekseninde tanımlayarak doğal hukukun ve doğal hakların kavramsal çerçevesi içine yerleştirmek gerekir. Doğal hukukun ne olduğu, geçerliliği, tek bir doğal hukuk olup olmadığı, doğal hukuktan ya da doğal haklardan ne anlaşılması gerektiği ya da bu konular üzerinde genel geçer bir uzlaşının sağlanıp sağlanamayacağı gibi meseleler hukuk felsefesinin son derece önemli ve geleneksel tartışmaları olsalar da çalışmanın sınırlarını aşmamak için ayrıca irdelenmeyecektir. Ancak çalışma bağlamında sivil itaatsizlik olgusunun, Locke'un doğal haklara dair liberal kuramından hareketle, modern devletin gelişimi sürecinde burjuva devrimlerini meşrulaştıran direnme hakkıyla olan ilişkisi ve söz konusu ilişki çerçevesinde demokratik hukuk devletinin temel haklar paradigması içinde konumlandırılıp konumlandırılmayacağı gibi meseleler daha derinlemesine bir biçimde ele alınacaktır.

Tarihsel yönden sivil itaatsizlik kavramını insan aklını merkeze alan doğal hukuk anlayışından hareketle temellendirmek, yani hukukun meşruluğunu insan aklı tarafından üretilmiş evrensel ilkelerle bağlantı kurarak açıklayan Aydınlanmanın ve Batı düşüncesinin geleneği çerçevesinde bir fenomen olarak değerlendirmek mümkündür<sup>[37]</sup>. Bütün doğal hukuk an-

[37] Doğan Özlem, "Sivil İtaatsizlik Üzerine Bir Felsefi İnceleme Denemesi", in Hayrettin Ökçesiz (Ed.), *Sivil İtaatsizlik - Disiplinlerarası Kolokyum, 7-9 Kasım 1997*, İstanbul, Demokrasi Kitaplığı, 1999, s.92. Modern anlamda direnme hakkının temellerine ilişkin görüşleri çok daha erken dönemde Thomas Aquinas'ın metinlerinde bulmak da mümkündür. Ona göre yasalar adaletsiz hale geldiklerinde insanlar üzerindeki bağlayıcılıklarını kaybederler. Başka bir ifadeyle yasalar, kamusal yararı gözetme ve düzeni sağlama gibi asli amaçlarını yitirdiklerinde, insanların da siyasal otoriteye itaat borcu ortadan kalkmaya başlar ve direnme hakkı vücut bulur. Keza direnme hakkını, Aydınlanma filozoflarından önce, reform hareketi bağlamında ele alan düşünürler de vardır. Özellikle "monarkomak" adıyla anılan çeşitli Protestan düşünürlerle Katolik yazarlar 16. yüzyılda, baskıcı ve zorba yönetim ile yöneticilere

layışlarının temelinde var olan, haksız ve adaletsiz sonuçlara sebep olan bir yasanın daha üstte yer alan doğal yasa tarafından ilga edilebileceği, hatta ilga edilmesi gerektiği fikri; sivil itaatsizlik düşüncesinin hem teorisi hem de pratiğiyle birebir uyum göstermektedir<sup>[38]</sup>. Zira sivil itaatsizlik, bir adaletsizlik veya haksızlığı ortadan kaldırmak amacıyla temel hak ve özgürlükler, adalet veya insan onuru gibi daha üstün değerlerden beslenen bir hukuka atıfla pozitif hukuka itaat etmeyip onu çiğneme fikrine dayanmaktadır. Dolayısıyla sivil itaatsizliğin esasen direnme hakkının birikiminden beslendiği, direnme hakkı neticesinde yıkılan *ancient regime*'in kalıntıları üzerinde yükselen modern devlette demokratik toplumun bir gereği olarak haksızlık ve adaletsizlikler karşısında temel hak ve özgürlüklere sahip çıkıp insanın onurlu yaşam hakkını kılavuz olarak ahlaki bir meşruiyete ulaştığı söylenebilir. Böyle bir meşruiyetin oluşumunda kuşkusuz Locke'un üstün bir iktidar olarak gördüğü halkın çoğunluğunun, kendilerini köleleştir-

karşı direnme hakkını yeniden gündeme getirmişlerdir. Söz konusu düşünürler, siyasi sözleşme kuramına dayanarak emretme gücüyle iktidarın kökeni ve kaynağını Tanrı'ya dayandırmışlardır. Ancak emretme gücüyle iktidar yetkisinin yeryüzünde asıl sahibinin bireyler olduğunu, bireylerin sözleşme aracılığıyla bunları yöneticilere devrettiklerini, yöneticilerin de söz konusu güç ve yetkiyi adalet ve hakkaniyete uygun biçimde doğal ve Tanrısal yasaları çiğnemenen kullanmaları gerektiğini söylemişlerdir. Yöneticiler bu gücü haksız biçimde kullanarak bir zorbaya dönüştükleri takdirde halkın direnme hakkına sahip olacağını belirtmişlerdir. Frederic Gros, İtaat Etmemek, Çev. Zeynep Büşra Bölükbaşı, İstanbul, Yapı Kredi, 2020, s.56-57; Ayferi Göze, "Onaltıncı Yüzyıl Düşünürlerinde Baskıya Karşı Direnme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 34, Sayı 1-4, 1968, s.243-245.

- [38] Aykut Çelebi, "Demokrasinin Derinleşmesi: Bir Yöntem Olarak Sivil İtaatsizlik" *Cogito (Sivil İtaatsizlik)*, Sayı 67, Yaz 2011, s.82. Hukuk felsefesi bağlamında tek bir doğal hukuk görüşünden bahsedilemeyeceği gibi tek bir adalet anlayışından da söz edilemez. Türkbağ'ın belirttiği üzere "adalet ölçütünün daima 'olan' hukukun yani pozitif hukukun üzerinde ve onu meşrulaştırmaktan daha çok onu eleştirmekte kullanıldığı unutulmamalıdır. Doğal hukuk adaleti, 'olması gerek' hukukun özeti olarak pek çok farklı içerikte pozitif hukuku eleştirmek ve geliştirmek amacıyla kullanmıştır. Zaten doğal hukuka ya da adalete yöneltilen eleştirilerin bir çoğu da bu çok farklı içeriklerden ötürüdür". Ahmet Ulvi Türkbağ, "Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti", *Doğu Batı Düşünce Dergisi (Hukuk ve Adalet Üstüne)*, Sayı 13, Kasım-Aralık-Ocak 2000-2001, s.202.

meye çalışan, sözleşmeyle verilen güvene aykırı hareket eden, hakka değil de güç kullanımına dayanan bir iktidara -tirana- karşı “kendini koruma yasası” gereği direnme hakkına sahip olduğunu savunan görüşleri kurucu rol oynamıştır<sup>[39]</sup>. Halkın iktidara mutlak bir itaat borcu olmadığını belirten Locke için hiçbir yöneticinin de mutlak emretme yetkisi yoktur keza toplum sözleşmesinin gereklerine uyulmayıp yetkilerin kötü ve keyfi kullanılması durumunda egemenlik hakkının asıl sahibi olan halkın kötü yönetime karşı direnme hakkı meşru hale gelecektir<sup>[40]</sup>. Locke açısından insanların doğuştan sahip oldukları yaşam ve mülkiyet hakkıyla özgürlüklerine saygılı olup müdahale etmeme borcu altındaki devletin despotlaşp tüm bu doğal haklara bir tehdit haline gelmesi, insanların bu en temel hak ve özgürlüklerinin varlığını koruyabilmek için bir yönüyle meşru müdafaa hakkı olarak da nitelendirilebilecek yine geçerliliğini doğal hukuktan alan direnme hakkına başvurmalarına meşruiyet kazandıracaktır. Bu yönüyle temel hak ve özgürlüklerin despot iktidar tarafından tamamen yok edilmesi riskinin ortaya çıkması halinde başvurulacak direnme hakkının uzanımında kabul edilebilecek olan sivil itaatsizlik de, tek bir kişinin veya belirli bir grubun, temel hak ve özgürlüklerin haksız ve adaletsiz uygulamalar nedeniyle ölçsüz biçimde zarar görmesi riskine karşı toplumsal - ahlaki bir meşruiyet çerçevesinde kamuoyuna ve yetkililere hukuk devletinin gereklerinin yerine getirilmesi yönünde yaptıkları bir eylem ve çağrı olarak tanımlanabilir.

Kaufmann’ın, hukukun ve tüm hakların özü olarak nitelendirdiği direnme hakkı bir taraftan doğal hukukun uzanımında bir varoluş anlamı

[39] John Locke, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme - Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni ve Amacı Üzerine Bir Deneme*, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara, Ebabil, 2. Baskı, 2012, s.98-99; 128; 131-136.

[40] Ayferi Göze, “Onyedinci ve Onsekizinci Yüzyıl Düşünürlerinde Baskıya Karşı Direnme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 35, Sayı 1-4, 1969, s.61; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa ve Toplum*, Ankara, İmge, 2000, s.27-28.

kazanırken diğer taraftan insan hakları bildirgelerinde<sup>[41]</sup> yer almasına istinaden temel bir hak haline gelmekte ve böylece insan onurunun dokunulmazlığını da güvence altına alabilmektedir<sup>[42]</sup>. Ona göre sivil itaatsizlik daha büyük bir direnişe hayat verecek küçük bir direnme hakkı olarak tanımlanabilir ve bu niteliği itibarıyla adil sayılabilecek bir toplumsal yapı içinde kanunsuz bir devletin ortaya çıkmasını engelleyebilir<sup>[43]</sup>. Dolayısıyla

[41] 1776 Virginia İnsan Hakları Bildirgesi'nin 3. maddesi, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 2. maddesi, 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin "Başlangıç" kısmının 3. ve 5. paragrafı, Federal Almanya Cumhuriyeti Hessen Eyaleti Anayasası'nın 147. maddesinin 1. fıkrası, Federal Almanya Cumhuriyeti Bremen Eyaleti Anayasası'nın 19. maddesi, Federal Almanya Cumhuriyeti Berlin Eyaleti Anayasası'nın 23. maddesinin 3. fıkrası, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 20. maddesinin 4. fıkrası ve Türkiye Cumhuriyeti 1961 Anayasası'nın "Başlangıç" kısmının 2. paragrafı direnme hakkının temel insan hakları bildirgeleri ve bazı anayasaların metinlerinde doğrudan yer almasının çeşitli örnekleridir. Ökçesiz'e göre hukuk kültürünün önemli öğeleri sayılan bu metinler, insanların sahip olduğu temel bir hak olarak "direnme"den olağan ve doğal bir hak gibi bahsetmektedir. Başka bir ifadeyle hukuk düşüncesi, direnme hakkını görmezden gelmemektedir. Hayrettin Ökçesiz, "Sivil İtaatsizlik Hakkı", in Hayrettin Ökçesiz (Ed.), *Sivil İtaatsizlik - Disiplinlerarası Kolokyum, 7-9 Kasım 1997*, İstanbul, Demokrasi Kitaplığı, 1999, s.46-47.

[42] Jose-Antonio Santos, "The Basis of the Right to Resistance in the Legal Thought of Arthur Kaufmann", *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Cilt 95, Sayı 3, 2009, s.352; Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, *op. cit.*, s.140-141. Ökçesiz de direnme hakkının eşitlik düşüncesiyle birlikte hem hukukun hem de adaletin özünü oluşturduğunu belirtir. Hayrettin Ökçesiz, "Hukuk ve Adalet Üstüne Duygular", *Doğu Batı Düşünce Dergisi (Hukuk ve Adalet Üstüne)*, Sayı 13, Kasım-Aralık-Ocak 2000-2001, s.227.

[43] Santos, *op. cit.*, s.355-356. Sivil itaatsizlik olgusunun adil toplum ya da demokratik yönetim biçimlerinde ortaya çıkabileceği ve ancak böyle yapılarda eylem düzeyinde var olabileceği düşüncesi Rawls tarafından savunulmuştur. Rawls açısından sivil itaatsizlik, tamamıyla çürümüş bir siyasal sistemin değiştirilmesi veya devrilmesinde kullanılabilir bir yöntem değildir. Bu bağlamda sivil itaatsizlik içeren eylemler, hukuk düzeninin bütününe yönelmediği gibi düzenin bozulmasına veya işleyişi sırasında ortaya çıkabilecek çeşitli haksızlıklara karşı bir protesto olarak nitelendirilir. Genel anlamda adil bir hukuk düzeni varsayımı içinde, söz konusu düzenin aksayan yönlerinin düzeltilmesi veya ek denetim mekanizmalarıyla sağaltımı amacına hizmet ederler. Habermas'ın da benzer bir yaklaşımı benimsediği söylenebilir. Rawls, "Sivil

sivil itaatsizliği mevcut hukuk düzeninin daha iyi işleyebilmesi ve reforme edilebilmesine yönelik bir anlayıştan hareketle, insanın doğuştan sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi fakat pozitif hukuk düzenlemelerinin bu konuda yeterli korumayı sağlayamaması hallerinde başvurulabilecek, haksızlığı gidermeye yönelik direnme hakkından beslenen bir mücadele yöntemi şeklinde nitelendirmek yanlış olmayacaktır<sup>[44]</sup>. Bu yönüyle sivil itaatsizlik, direnme hakkının insan hakları bildirgeleri veya doğrudan anayasalarda kendisine atıf yapılması ve böylece sivil toplumun kurulması ile korunmasında meşruiyet sağlayıcı bir araca dönüşmesi sayesinde, yeni bir işlev kazanabilecektir<sup>[45]</sup>. Sivil itaatsizlik, yasal düzeyde direnme hakkının tanımlanması suretiyle somutlaştırılması ve içeriğinin de yargısal içtihatlarla doldurulması halinde hukuk düzeni içinde yeni bir

---

İtaatsizliğin Tanımı,” *op. cit.*, s.54-55; Coşar, *op. cit.*, s.16; Habermas, “Sivil İtaatsizlik”, *op. cit.*, s.125. Ancak Rawls’ın bu görüşünün yerindeliği tartışmalı olup Batı merkezli bir dünya görüşünü yansıttığı belirtilmelidir. Zira bu yaklaşım demokratik olup olmadığı tartışmalı pek çok devlette ya da Batı tipi bir hukuk devletinin gereklerini karşılamaktan uzak olan bir hukuk düzeninin içinde yaşayan toplumlarda gerçekleştirilen sivil itaatsizlik eylemlerinin niteliğini belirsiz hale getirmektedir. Gandhi’nin Güney Afrika ve Hindistan’da yürüttüğü mücadeleleri, Rawls’ın bu bakış açısıyla sivil itaatsizlik olgusu ekseninde değerlendirmek mümkün değildir. Oysa Gandhi’nin eylemleri, kendi sözleriyle ifade etmek gerekirse, sömürgeci bir iktidarın baskı, zulüm ve aşağılamalarına karşı “her ne pahasına olursa olsun direnmeyi” bilmek gerekliliğinden kaynaklanıyorsa da bu direniş “mümkün oldukça barışçıl şekilde” gerçekleştirilmek zorundaydı. Yasalara aykırılık ve şiddetsizlik ekseninde ortaya çıkan bu direniş yöntemi, sivil itaatsizliğin en tipik örneklerinden biri olduğu halde demokratik bir düzende ya da hukuk devletinde gerçekleştirilmiyor; aksine her türlü zorbalığa başvurmadan çekinmeyen sömürgeci bir devletin izlediği şiddet politikaları karşısında benimseniyordu. Bu nedenlerle Rawls’ın sivil itaatsizliğe ilişkin söz konusu kabulünün sorunlu olduğu belirtilmelidir. Gandhi ile ilgili kısım için bkz. Domenico Losurdo, *Pasif Direniş - Mitin Ötesinde Bir Tarih*, Çev. Emrullah Ataseven, İstanbul, Ayrıntı, 2019, s.38-39.

[44] Çiçek ve Aydın, *op. cit.*, s.156-157.

[45] Ökçesiz, “Sivil İtaatsizlik Hakkı”, *op. cit.*, s.49.

anlama kavuşacaktır<sup>[46]</sup>. Pozitif hukukun -temel hak ve özgürlükler gibi- üstün normlarına karşı alt hukuk normlarının ihlal edilebileceği kabulüne dayanan sivil itaatsizlik; sivil toplumun korunması, haksızlık ve adaletsizliklerin giderilebilmesi gibi amaçlarla temel hakların geniş yorumlanması suretiyle güvence altına alınıp hukuken meşru sayılarak bir hak statüsüne yükseltilip yorumlanabilecektir<sup>[47]</sup>. Böylece sivil itaatsizliği, adaletsizlik ve haksızlıklara karşı yürütülen siyasi, ahlaki ve vicdani bir tepki olması itibarıyla Kaufmann'ın belirttiği biçimde küçük direnme hakkı kapsamında

[46] *Ibid.* Bununla birlikte Rawls, sivil itaatsizlik eylemlerine başvurmanın direnme hakkından bütünüyle vazgeçildiği gibi bir sonuca sebebiyet vermemesi gerektiğini belirtir. Ona göre “sivil itaatsizlik eylemler(ine)e girişmekle, kuvvetli direniş fikrinden süresiz olarak vazgeçilmiş olmaz; zira adaletsizliğe karşı yapılan çağrı devamlı olarak reddedilirse, çoğunluk ya teslimiyete ya da direnişe davet etme niyetini beyan etmiş olur ve direnişin demokratik bir rejimde bile haklılaştırılabileceği düşünülebilir”. Rawls, “Sivil İtaatsizliğin Gerekçelendirilmesi”, *op. cit.*, s.174.

[47] Ökçesiz, “Sivil İtaatsizlik Hakkı” *op. cit.*, s.59. Sivil itaatsizliğin, belirli bir ülkenin anayasasının haklar sistematığı içinde yer almayor olsa bile, bir hak olarak kabul edilebileceğine ilişkin bir tartışma, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın Dokuzuncu Değişikliği bağlamında yapılabilir. “İşbu Anayasada belirli hakların sayılması insanların haklarının bunlardan ibaret olduğu şeklinde yorumlanamaz” şeklindeki hüküm, anayasada belirtilen hakların sınırlı sayıda olmaması gerektiğini, insanların anayasada doğrudan adı zikredilmeyen haklara da sahip olabileceği anlayışını yansıtmaktadır. Sivil itaatsizlik bu bağlamda anayasal bir hak olarak düşünülebilir ve insanların bu hakka sahip olduğu da kabul edilebilir. Hatta anayasal düzeyde temel hak ve özgürlüklerin doğal haklarla bağlantı kurularak açıklandığı her anayasada, direnme hakkının bir uzantısı kabul edilebilecek sivil itaatsizliğin de bir hak olarak tanınabilirliğinden bahsedilebilir. Erdoğan, söz konusu durumun 1982 Anayasası açısından bile geçerli olabileceği görüşündedir. Ona göre Anayasa'nın 12. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “(h)erkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilemez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” ifadesi -aynı maddenin 2. fıkrasındaki olumsuz kayıtlamaya rağmen- yapılacak özgürlükçü bir yorumla insan haklarının evrenselliğine, doğuştan geldiğine ve mutlaklığına ilişkin doğal haklar anlayışının bir yansıması şeklinde değerlendirilebilir. Böyle bir değerlendirme yapıldığında, 12. maddenin ilk fıkrasından hareketle, Amerikan Anayasası'nın Dokuzuncu Değişikliği'nde bahsedilen sonuca da ulaşılabilir. Bu yaklaşım, sivil itaatsizliğin Türkiye'deki anayasal düzen açısından bir hak olarak kabul edilebilirliğini tartışmaya açabilecek özellikleri bünyesinde barındırmaktadır. Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Orion, 7. Baskı, 2011, s.197-199.

değerlendirmek, bu doğrultuda hem doğal hukuk hem de pozitif hukuk bağlamında temel hak ve özgürlüklerin ayrılmaz bir parçası olarak konumlandırmak ve yeni bir içerikle donatabilmek mümkün hale gelecektir.

Hukuk devletinin kurulu -tamamlanmış- bir düzen olarak değil bir ideal şeklinde tasavvur edilmesi durumunda, hukukun özü olarak sivil itaatsizliğin de -doğal hukukun işlevine benzer biçimde- içerik denetimi fonksiyonu itibarıyla, devlet gücünün denetlenmesi ve sınırlandırılmasında önemli bir görev üstlenebileceğinden bahsedilebilir<sup>[48]</sup>. Habermas'ın ifadesiyle hukuk devleti tamamlanmamış, eksikliklerle malul, hatalar yapabilen bir yapı veya proje olarak düşünülürse, farklılaşan koşullar nedeniyle yeniden kurulması veya düzenlenmesi gereken yönleri olacağı da kabul edilebilecek ve sivil itaatsizlik bu yönüyle hukuk devletinin demokratik olgunluğunu geliştirilebilecektir<sup>[49]</sup>. Sivil itaatsizlik başta herkesin kendi düşüncelerini

[48] Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, *op. cit.*, s.157-158. Hukuk devletinin tamamlanmış, sabit veya değişmeyen bir düzen olarak tasvir edilmesindeki yanlışlığın, benzer biçimde demokrasi kavramından bahsedilirken de yapıldığını belirtmek gerekir. Demokrasiyi kuvvetler ayrılığı hususunda sabitlenmiş bir sistem şeklinde anlamaktansa siyasal rejimleri “demokratik olmaya” zorlayan eleştirel bir süreç olarak değerlendirmek mümkündür. Bu bağlamda sivil itaatsizlik eylemleri özgürlük, eşitlik ve dayanışma gibi istemlerle, eleştirel ve nitelikli bir demokrasi ifadesinin somut biçimde canlandırılması süreçleri veya taleplerinin uzanımında tanımlanabilir. Gerçekten günümüzdeki demokratik yönetimlerin çoğunda eksik olan katılımcı ve çoğulcu bir yapının inşa edilebilmesinde, bilhassa azınlık haklarının korunması ve geliştirilmesi gibi hususlarda sivil itaatsizlik, ideal bir demokrasinin olmazsa olmaz araçlarından biridir. Modern demokrasiler için ahlaki bir sınavın göstergesi biçiminde nitelendirilebilecek sivil itaatsizlik, çoğunluk karşısında azınlıkların karşılaştığı muhtelif haksızlık ve adaletsizliklerin giderilmesinde başvurulabilecek bir *ultimo ratio*'dur. Bu yönüyle ötekileştirmekten ziyade kendisini öteki görenle özdeşleştirme mantık ve felsefesine dayanır. Gros, *op. cit.*, s.112-113; Çiçek ve Aydın, *op. cit.*, s.169-171.

[49] Habermas, “Sivil İtaatsizlik”, *op. cit.*, s.125. Saner'e göre demokratik bir siyasal idare kendi olgunluğunu, sivil itaatsizlik eylemlerinde dile getirilen talepleri dikkate almak, bu taleplerle ilgili kamuoyunda genel bir görüş ve uzlaşma olmuşsa yasa veya uygulamaları bu doğrultuda değiştirmek suretiyle göstermelidir. Hans Saner, “Demokrasilerde Direnme Sorumluluğu Üzerine”, in Hannah Arendt *et al.*, *Sivil İtaatsizlik*, Çev. Yakup Coşar, İstanbul, Ayrıntı, 1997, s.163.

serbestçe söyleyebilmesini içeren ifade özgürlüğü olmak üzere, temel hak ve özgürlükleri somutlaştırmayı amaçlayan bir eylemlilik biçimi olarak hukuk devletinin eksik bıraktığı alanları daha üstün bir hukuk anlayışından hareketle dolduran ve bu sayede hukuk devletini insanların katılımını ve etkileşimini merkeze alan bir minvalde iyileştirmeyi öngören bir içeriği haizdir<sup>[50]</sup>. Hukuk devletinde tüm bu işlevleri itibarıyla sivil itaatsizlik, düzeltme talebiyle kurulmak istenen bir iletişim ve sisteme içkin bir direniş tarzı haline gelebilecektir<sup>[51]</sup>. Mevcut hukuk düzeni içinde meşru sayılabilecek yollarla, yasal veya anayasal aksaklıkların giderilmesini amaçlaması itibarıyla düzeltici ve hatta kimi durumlarda kurucu ve dönüştürücü bir fonksiyon üstlenerek hukuk devletindeki demokratik uzlaşmanın ve müzakerenin farklı dengeleri de kapsayacak biçimde genişletilmesinde, kısaca demokrasinin demokratikleştirilmesinde rol oynayacaktır<sup>[52]</sup>. Yurttaş olan

[50] Çiçek ve Aydın, *op. cit.*, s.181-183. Bu yönüyle sivil itaatsizlik, demokratik katılım hakkının olmazsa olmaz bir unsuru şeklinde nitelendirilebilir. Keza birey ile otorite arasındaki mücadelede mevcut demokrasinin geliştirilmesinin ve değişen koşullara uydurulabilmesinin önemli bir aracı olarak da değerlendirilmesi mümkündür. *Ibid.*, 189.

[51] Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, *op. cit.*, s.161. Tanör'e göre çoğunlukçu demokrasiden katılımcı ve çoğulcu demokrasiye geçiş sürecinde, "yasa yanlış yapmaz" şeklindeki yanılgıdan kurtulabilmek keza siyasal ve yargısal alandaki denetimlerin yetersizliğinden kaynaklanan aksaklıkları giderebilmek için sivil itaatsizlik eylemleri önemli bir işlev üstlenebilecek potansiyele sahiptir. Tanör, *op. cit.*, s.703. Bu işlevin hem demokratik bir hukuk devletinin gerekleriyle uyumlu olacağı hem de onun gelişimine katkı sunacağı açıktır.

[52] Rabia Sağlam, "Bir Sivil İtaatsizlik Örneği Olarak Vicdani Red", in Hayrettin Ökçesiz (Ed.), *HFSA - Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi - 18. Kitap*, İstanbul, İstanbul Barosu, 2007, s.256; Duva, *op. cit.*, s.80. Sivil itaatsizliğin sadece düzeltme talebi olmadığı, bundan fazlasına karşılık geldiği belirtilmelidir. Daha önce kısaca değinildiği ve eleştirildiği üzere, Rawls'ın sivil itaatsizliğe ilişkin, bu tür eylemlerin ancak demokratik ülkelerde gerçekleşebileceği kabulünün, dolayısıyla sivil itaatsizliği salt bir düzeltme talebi olarak gören yaklaşımın eksiklikleri olduğunu vurgulamak gerekir. İnsanların hukuk düzeniyle kurdukları ilişki ve yasaların adaletli olup olmadıklarını tartıştıkları eleştirel süreçlerde ortaya çıkan sivil itaatsizlik pratikleri, sistem içinde belirli koşullar altında, sadece düzeltici değil kurucu ve dönüştürücü bir işlev de üstlenebilecektir. Bilhassa demokratik olmayan siyasal yönetimler

ve olmayanları da kapsayacak biçimde geniş anlamda yurttaşlık hakları-  
nın kullanılması pratiğine dayanan ve insanların vicdani sorumlulukla bi-  
çimlenen bir tepkisi şeklinde nitelendirilebilecek sivil itaatsizlik, toplum  
üyelerinin, kendilerini hukuk düzeninin mevcut normatif içeriğiyle ifa-  
de edemedikleri durumlarda hem bir yöntem hem de bir denetim aracı  
olarak adaletsizliklere itiraz edilebilmelerinde bir *ultima ratio* haline gele-  
cektir<sup>[53]</sup>. Bu nedenle sivil itaatsizliğe dayanan eylemler, genel mantığı ve  
pratikte gerçekleştirilme biçimlerine bakıldığında maddi anlamda hukuk  
devleti düşüncesinin tam da merkezinde yer almakta; hukuk düzenince be-  
lirlenmiş yasallık örüntüsünün ötesinde, olması gereken hukuka referans  
yapması itibarıyla meşruluğunu adalet, insan onuru, haksızlığa direnme  
gibi daha üstün hukuksal ideallerden almakta ve teşhir ettiği adaletsizlik-  
lerden beslenen güç ilişkilerini değiştirmeyi amaçlamaktadır<sup>[54]</sup>. Rejimin  
meşruiyetini tanımayan bir grubun eylemcilerinden veya politik egemen-  
lik ilişkilerini tümünden değiştirmeyi amaçlayan bir iç savaştaki taraflardan  
hemen tamamıyla ayrılan sivil itaatsizlik eylemcileri kendilerini toplumun  
dışında görmedikleri gibi kamuoyunca bu şekilde algılanmak da istemez-

altında gerçekleştirilen sivil itaatsizlik eylemleri, kamuoyuna yönelmiş güçlü bir  
adalet çağrısı olarak dönüştürücü bir fonksiyonu yerine getirebilecektir. Örneğin  
Gandhi'nin ve takipçilerinin gerçekleştirdikleri eylemleri sadece İngiliz sömürge  
yönetiminin birtakım haksız uygulamalarını veya yasalarını düzeltme veya değiştirme  
hedefleriyle sınırlı görerek değerlendirmenin mi yoksa esasen yönetime bir başkaldırı  
olarak nitelendirmenin mi doğru olduğu sorusunu, Hindistan'ın bağımsızlığını  
kazanması amacı çerçevesinde bir başkaldırı olarak cevaplamak kuşkusuz daha yerinde  
olacaktır. Gandhi, bu nihai amaca sadece devrimci bir tutum ve yola başvurarak değil  
hiçbir biçimde şiddet kullanmama ilkesine dayalı farklı sivil itaatsizlik eylemlerini  
kitleselleştirebilme başarısı göstererek ulaşmıştır. Bu noktada Gandhi ve takipçilerinin  
sivil itaatsizlik eylemlerini, düzeltme talebinden ziyade kurucu ve dönüştürücü bir  
saikle gerçekleştirdiklerini söylemek yanlış olmayacaktır. Duva, *op. cit.*, s.54-55;  
Karakas, *op. cit.*, s.180-181.

[53] Bove ve Luneau, *op. cit.*, s.78; 249.

[54] Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, *op. cit.*, s.82; Bove ve Luneau, *op. cit.*, s.77; Özlem Kırılı,  
“Sivil İtaatsizlik ve Henry David Thoreau”, *Akademik Bakış Dergisi*, Sayı 48, Mart-  
Nisan 2015, s.449.

ler<sup>[55]</sup>. Hukuk düzeninin, hükümetin ve siyasal birliğin meşruiyeti esasına dayanarak vicdani sorumluluklardan kaçmak yerine mevcut haksızlık ya da adaletsizliklerin ortadan kaldırılabilmesi için insanların sadece insan olmaları itibarıyla temel hak ve özgürlüklere sahip oldukları düşüncesiyle ve üzerlerine düşeni yapma bilinciyle hareket ederler<sup>[56]</sup>. Gerçekten bazı durumlarda insanların, kendilerine haksızlık yapıldığını düşündükleri bir yasa ya da uygulamaya karşı politik veya yargısal mercilere yönelttikleri taleplerin karşılanmaması halinde, eyleme başvurmaktan ve seslerini kamuoyuna duyurmaktan başka çarelerinin kalmadığını söylemek gerekir<sup>[57]</sup>. Geçerli hukuk düzeninden, tüm imkânlarla başvurulmasına karşın olumlu bir yanıt alınamadığında insanların hukuka sahip çıkmak adına ilgili normları veya kamu otoritesinin uygulamalarını değiştirmek için harekete geçmeleri bir zorunluluk halini alır<sup>[58]</sup>. O halde söz konusu zorunluluğun bir yansıması olarak sivil itaatsizlik eylemlerinin yasadışı, vicdani motivasyon ve sınırlı bir amacın gerçekleştirilmesi için harekete geçme şeklinde üç temel unsuru olduğu dikkat çeker<sup>[59]</sup>. Bu aşamada temel hak ve özgürlüklerden beslenen ve bir ideal olarak tasavvur edilen üstün hukuki ilkeler aracılığıyla taleplerin meşruiyeti, demokratik bir hukuk devletinin maddi adaleti gerçekleştirme misyonu ile birlikte, gerektiğinde şekli adaletin ihlal edilmesi suretiyle somutlaştırılmaya çalışılır. Mevcut hukuk düzeninin ku-

[55] Ronald Dworkin, “Sivil İtaatsizliğin Etiği ve Pragmatikliği”, in Hannah Arendt et al., *Sivil İtaatsizlik*, Çev. Yakup Coşar, İstanbul, Ayrıntı, 1997, s.139-140.

[56] Ibid., s.140.

[57] Bove ve Luneau, op. cit., s.200.

[58] Ibid. Bu yönüyle sivil itaatsizlik olgusunun, Arendt’in vurguladığı üzere “devrim”den farklı özellikler gösterdiğini belirtmek gerekir. Sivil itaatsizlik eylemcileri, devrimcilerden farklı olarak -şiddeti dışlayıp barışçıl yöntemler kullanmaları itibarıyla da- hukuk düzeniyle kamu otoritesinin genel meşruiyetini kabul ederler. Arendt, op. cit., s.96.

[59] Kati Nieminen, “Rebels without a Cause? Civil Disobedience, Conscientious Objection and the Art of Argumentation in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Oñati Socio-legal Series*, Cilt 5, Sayı 5, 2015, s.1295.

rallarına uymanın bir görünümü olan şekli adaletin yarattığı adaletsizliğin insanlık onuruyla ilişkilendirilen daha üstün bir doğal haklar fikrine atıfla ortadan kaldırılması amaçlanır.

Bove ve Luneau'nun belirttiği üzere “hukukun işlevsizliğine ya da sessiz kalmasına çare bulmak için, hukuk, kendisinin tartışma konusu edilme hakkını tanımalıdır”<sup>[60]</sup>. Dünyanın farklı yerlerinde gerçekleştirilen pek çok sivil itaatsizlik eyleminin kazanımı, hukukun ve onun normatif düzeninin sorgulanması ve protesto edilmesine dayanan bir aktivizm sonucunda, bugün demokratik bir hukuk devletinin olmazsa olmazı kabul edilebilecek ırk, cinsiyet, cinsel yönelim, renk, din, ekonomik durumdan kaynaklı hukuki ve siyasi ayrımcılık ve eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik haklarla<sup>[61]</sup> çalışan sınıfların sosyal devlet uygulamaları kapsamında elde ettiği hakların<sup>[62]</sup> hukukun yasa dışı alanından temel hak ve özgürlüklerin ayrılmaz parçaları haline gelebilmelerini mümkün kılması özelinde ortaya çıkmıştır. Böyle bir sürecin, örneğin Amerika ekseninde yirminci yüzyılın ikinci yarısından günümüze eşit yurttaşlık taleplerinin hem hukuken hem de siyaseten tanınarak toplum tarafından içselleştirilmesinde çok önemli bir fonksiyonu olduğundan bahsedilebilir. Dworkin’e göre 1960’ların

[60] Bove ve Luneau, *op. cit.*, s.201.

[61] Arendt’in de belirttiği üzere Amerikan Anayasası’na 1868 yılında eklenen, tüm siyahlara vatandaşlık hakkı ve yasa önünde eşitlik tanıyan On Dördüncü Değişiklik, Güney eyaletlerince yüzyıla yakın bir süre uygulanmamıştır. Ona göre Anayasa Mahkemesi ırklar arası eşitliği ancak Afrikalı Amerikalılarla beyaz yurttaşlardaki köklü bir zihniyet değişikliğinden sonra ele alabilmiştir. Bu zihniyet değişikliğinin ise yasadan kaynaklanmadığı, aksine Güney eyaletlerinde yürürlükte olan yasalara karşı yürütülen Yurttaş Hakları Hareketi’nin sivil itaatsizlik eylemlerinin sonucunda gerçekleştiği aşikârdır. Arendt, *op. cit.*, s.99. Arendt’in konuya ilişkin yaklaşımıyla ilgili bir tartışma için bkz. Losurdo, *op. cit.*, s.186-187.

[62] Arendt’e göre işçilerin yaşam ve çalışma koşullarında önemli iyileştirmeler sağlayan toplu sözleşme, grev veya sendika kurma gibi haklar veya çalışma yasasında gerçekleştirilen olumlu düzenlemeler, bunları yasaklayan veya kısıtlayan eski yasalara karşı yıllar süren -kimi zaman şiddeti de içeren- itaatsizlik eylemlerinin sonucunda elde edilebilmiştir. Arendt, *op. cit.*, s.98-99.

Yurttaş Hakları Hareketi'ne veya Vietnam Savaşı'na karşı yapılan eylemlerin uzun dönemli sonuçlarına bakan pek az Amerikalı bu tür olayların yaşanmasından -hakların kazanılmasından- üzüntü duyacaktır<sup>[63]</sup>. Yasa dışılığın alanından yasallığın korumasına geçişi sağlayan sivil itaatsizlik eylemlerinin de katkı sunduğu politik ve hukuki mücadeleler böylece bütün bir toplumsal, politik ve hukuki düzeni etkileyip dönüştürebilmiştir. Bu süreçte haksızlık ve adaletsizliklerin ortadan kaldırılmasında ya da hak olarak kabul edilmeyen siyasi ve hukuki taleplerin hukuk düzenince tanınarak normatif alana dâhil edilmesinde, üstün -olması gereken- bir hukuk olarak kendisine atıf yapılan doğal hukuk ve ona dayanılarak inşa edilen haklar teorisinin kurucu bir işlevi olmuştur. Sivil itaatsizlik eylemleri de olması gerekenin olana dönüştürülmesi sürecinde, ayrımcı ve haksız uygulamalar karşısında mağdur olanların taleplerini otoritenin her türlü cezalandırma imkânına - tehdidine rağmen kamuoyu önünde dillendirebilmesinde ve bu adaletsizliklerin giderilebilmesinin bir aracı olarak mücadelenin pratik boyutunda önemli rol oynamıştır. Söz konusu felsefi ve ahlaki boyutu itibarıyla sivil itaatsizliğin mevcut hukuk düzenlerinin yasallık sınırları içinde tanınabilirliği tartışması, belirtilen tüm bu toplumsal ve tarihsel birikimin sonuçları göz önünde bulundurulduğunda günümüzde hala önemini korumaktadır.

## II. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE SİVİL İTAATSİZLİĞİN HUKUK DÜZENİ TARAFINDAN TANINABİLİRLİĞİ

Sivil itaatsizlik mücadelelerinin geçmişine bakıldığında gerçekleştirilen pek çok eylemin adaletsizlik ve haksızlıklara karşı yükselen bir tepki olarak felsefi, ahlaki ve toplumsal meşruiyete sahip olduğu dikkat çeker. Sivil itaatsizlik olgusunun, iktidarı kontrol eden egemen sınıf mensuplarınca

[63] Dworkin, "Sivil İtaatsizliğin Etiği", *op. cit.*, s.140. Dworkin'e göre politik yelpazenin merkezinde veya solunda yer alan pek çok Amerikalı için bu eylemler sonucunda, toplumun sahip olduğu kolektif duyarlılık arttığı gibi Amerika'nın daha iyi bir ülke olabilmesinde de önemli bir mesafe kat edilmiştir. *Ibid.*

yasa dışılığın alanında damgalanmaya çalışılarak hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilmesinden özenle kaçınılmasına rağmen, en temel doğal haklardan direnme hakkının uzantısında küçük direnme hakkı olarak tanımlanmış olması dikkat çekicidir. Bu bağlamda birbirinden çok farklı eylem biçimlerini barındırmakla birlikte genel olarak sivil itaatsizliği temel hak ve özgürlükler içinde değerlendirmek ve demokratik hukuk devletinin varlığına güç katan, çoğulcu anlayışın bir zenginliği olarak kabul etmek gerekir. Söz konusu kabulden hareket edildiğinde, sivil itaatsizlik eylemlerinin pozitif hukuk düzeni içinde, bilhassa anayasa hukuku ve ceza hukuku bağlamında hukuksal meşruiyete sahip olup olamayacağına ilişkin bir tartışmanın yürütülmesi de kaçınılmazdır. Aşağıda hem hukuk teorisi boyutuyla hem de Türkiye'deki yasal düzenlemeler bağlamında böyle bir tartışma yapılmaya çalışılacaktır.

Demokratik bir hukuk devletinin özünü teşkil eden temel hak ve özgürlükler, devlet kudretinin ve egemenliğinin sınırlandırılıp hukukla bağlanabilmesi için hukuk düzeninin kuruluşu, genel mantığı ve bir bütün olarak işleyiş süreçleri içinde etkin ve kapsamlı bir geçerliliğe sahip olmak zorundadır<sup>[64]</sup>. Söz konusu devlette hukuk düzeninin başat paradigması, özgürlüklerin asıl buna karşın kısıtlamaların istisna olması anlayışından türetilmeli; bireyler ile ilişkiler söz konusu olduğunda, idarenin yetkileri dar fakat bireylerin özgürlükleri geniş kabul edilmeli ve özgürlükler ile sınırlama veya yetki arasında çatışma olması halinde de gerek idare gerek yargı özgürlük karinesini esas alan bir yoruma başvurmakta tereddüt etmemeli ya da bundan çekinmemelidir<sup>[65]</sup>. Böyle bir düzende özgürlükler,

[64] Sancar, *op. cit.*, s.221-225.

[65] Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş - Ek: 1982 Anayasası*, Ankara, İmaj, 15. Baskı, 2012, s.63; Erdoğan, *op. cit.*, s.198-199; Sancar, *op. cit.*, s.324. Gözler'in belirttiği üzere, bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin ayrıca devlet tarafından tanınmasına gerek yoktur. Bireyler bunlara kendiliğinden sahiptir. Dolayısıyla bireyin özgürlüklere ve haklara sahip olması asıl fakat bunların devlet tarafından sınırlandırılması istisnadır. Benzer biçimde bireylerin sahip olduğu temel hak ve özgürlükler olabildiğince geniş ancak devlet organlarının yetkilerine ilişkin normlar

sadece toplumsal yaşamı koruma ve özgürlüklerden sayıca en büyük çoğunluğun yararlanmasını sağlama nedenleriyle sınırlandırılabilir<sup>[66]</sup>. Temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran özel bir kuralın uygulanabilmesi için, sınırlandırıcı uygulamanın şüpheyi yer bırakmayacak biçimde haklı görünmesi şarttır<sup>[67]</sup>. Sınırlama hükmü *lex specialis* gereği dar, buna karşın temel hak ve özgürlüğe ilişkin kural *lex generalis* gereği geniş yorumlanmalıdır<sup>[68]</sup>. İdeal bir hukuk devletinde, hak ve özgürlükler her zaman olabilecek en alt düzeyde kısıtlanmalı ve bu kısıtlama da, kısıtlama sebebindeki amaca ulaşabilecek bir ölçüyü kesinlikle aşmamalıdır.

Hukuk devletinin kurucu ögesi olan temel hak ve özgürlüklerin varlıklarını etkin biçimde sürdürebilmelerini sağlayan unsur ise ölçülülük ilkesidir. Bu nedenle felsefi yönden adalet düşüncesinden soyutlanamayacak, adeta onun bir uzantısı şeklinde değerlendirilebilecek ölçülülük ilkesine normatiflik kazandırılmak istendiğinde, onu doğrudan doğruya temel hak ve özgürlüklere içkin bir öge ve dolayısıyla hukuk devletinin somutlaşmış bir görünümü olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır<sup>[69]</sup>. Özgürlüğün

---

mümkün mertebe dar yorumlanmalıdır. İdarenin bir konuda yetkisinin varlığı hususunda şüphe olursa yetkisiz olduğu kabul edilmeli ama bireylerin hak ve özgürlükleriyle ilgili tereddüt yaşanır da onlara sahip oldukları varsayılmalıdır. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi - Cilt I*, Bursa, Ekin, 2. Baskı, 2020, s.339-340.

[66] Sabuncu, *op. cit.*, s.63.

[67] Sancar, *op. cit.*, s.326.

[68] *Ibid.* Sancar'a göre "sınırlama sorunu açısından bakıldığında, özel ya da genel olsun sınırlama nedenlerinin hemen hepsinin, esnek ve muğlak kavramlardan oluştuğu görülür. Bu kavramların içini doldurmada, özgürlükçü bir yaklaşımla hareket edilme(lidir)". *Ibid.*, s.330.

[69] Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1982, s.117-118; Christian Rumpf, "Ölçülülük İlkesinin Özellikle Türk Hukuku Dikkate Alınarak İrdelenmesi Üzerine Bir Deneme", Çev. Forum Çeviri, in Ulrike Dufner (Ed.), *Demokrasinin Garantisi: İnsan Onuru ve İnsan Hakları*, İstanbul, Heinrich Böll Stiftung Derneği, 2008, s.34-35; Yücel

kural, sınırlamanın ise istisna olduğu düşüncesine dayanan ölçülülük ilkesi, devletin temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunduğu işlem ve eylemlerin yargı yoluyla denetlenmesinde önemli bir işlev gördüğü gibi kişileri yükümlülük altına sokan işlemlerin salt yasal bir temele dayandırılmasının yetersiz kalacağı fikrinden hareketle bireysel hak ve özgürlüklerin en üst düzeyde korunmasını amaçlayarak bunların sınırlandırılması söz konusu olduğunda, “sınırlamanın sınırı”nın belirlenebilmesinde önemli bir kılavuzdur<sup>[70]</sup>. Ölçülülük ilkesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması amacına bir katkısı olmayan veya bunları, daha yumuşak tedbirlerle sınırlandırabileceği halde daha fazla kısıtlamak yoluyla sınırlandıran düzenlemelerin önlenmesi yönünden çeşitli imkânların kullanılabilmesinin önünü açar<sup>[71]</sup>. O halde söz konusu ilkenin amaç ve işlevinin, devlet gücünü sınırlandırarak temel hak ve özgürlükleri olabilecek en üst düzeyde güvence altına almak ve aynı zamanda onların ortaya çıkabilecek yeni durumlar karşısında etkin ve güncel biçimde korunmasını sürdürmek olduğu söylenebilir<sup>[72]</sup>. Bu niteliği itibarıyla ilke, tarihsel yönden öncelikle idare hu-

---

Oğurlu, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara, Seçkin, 2002, s.24.

[70] Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta, 15. Baskı, 2015, s.154-155; Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi - Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara, Seçkin, 2002, s.20.

[71] Oktay Uygun, “Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi”, in Oktay Uygun, *Kamu Hukuku İncelemeleri - İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik*, İstanbul, On İki Levha, 2011, s.319; 332; Fazıl Sağlam, *op. cit.*, s.113. Sağlam’ın belirttiği üzere “ölçülülük ilkesi, somut bir temel hak sınırlamasının amacı ile sınırlama önlemi arasındaki ilişkinin denetlenmesini, hukuk devletinin gerektirdiği rasyonel esaslara bağlayarak, keyfi sınırlamaları önleyici bir fonksiyon yerine getirmektedir”. Fazıl Sağlam, *op. cit.*, s.128.

[72] Metin, *Ölçülülük İlkesi*, *op. cit.*, s.20; 122. Kaboğlu’na göre ölçülülük ilkesini hukuk devletinin bir sonucu olarak görmek mümkündür. Temel hakların doğasından kendiliğinden çıkarılabilecek söz konusu ilke, devlet karşısında bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin bir anlatısı olarak, bunların ancak kamu düzeninin korunması zorunlu olduğunda, belirli bir ölçüde sınırlandırabileceğini ifade etmektedir. İbrahim

kukunda, kolluk yetkilerinin sınırlandırılabilmesi özelinde uygulama alanı bulmuştur<sup>[73]</sup>. İdarenin işlem ve eylemlerini gerçekleştirirken, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırması gerektiğinde ölçülülük ilkesini ihlal etmeyerek belirli bir dengede hareket etmesini; başka bir ifadeyle takdir yetkisinin hem yorumlanması hem de denetlenmesinde dayanan kısıtlayıcı normun somutlaştırılabilmesi anlamında ölçülülük ilkesinden ayrılmamasını şart koşar<sup>[74]</sup>. İlke, takdir yetkisi ile hukuka uygunluk arasında bağlantı kurup temel hak ve özgürlüklere yönelen müdahalelerin keyfilikliğini engelleyerek ideal bir hukuk devletinde olması gereken sınırların güvence altına alınmasını amaçlar<sup>[75]</sup>. İdarenin işlem ve eylemlerinde anayasal temel hak ve

---

Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, İstanbul, Legal, 8. Baskı, 2012, s.382.

[73] Fazıl Sağlam, *op. cit.*, s.117; Uygun, “Kanada Yüksek Mahkemesi,” *op. cit.*, s.315.

[74] Oğurlu, *op. cit.*, s.21-23. Oğurlu’ya göre, idareye temel hak ve özgürlüklerin nasıl kısıtlanabileceği ile kısıtlamanın sınırı konusunda anayasal normların somutlaştırılması suretiyle bir çerçeve çizilmeli, çok geniş bir imkân tanınmamalı ve kural olarak bağlı yetki verilmelidir. Ölçülülük ilkesi idare hukuku alanında, bilhassa idarenin kolluk faaliyetlerinin sınırlanması ve denetlenmesi yönünden de büyük önem taşır. Zira idarenin kolluk faaliyetleri aracılığıyla anayasal temel hak ve özgürlüklere fiili müdahalelerde bulunma yetkisine sahip olması, bu konularda idarenin yetkisinin sınırının çizilmesini zorunlu kılar. Bir anlamda idarenin yetkilerinin sınırlandırılabilmesi için ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin korunabilmesinde olmazsa olmaz bir araç olarak ön plana çıkar. *Ibid.*, s.34-35; 71-72.

[75] Metin, Ölçülülük İlkesi, *op. cit.*, s.58-59. İdarenin, sivil itaatsizlik eylemleri söz konusu olduğunda, bunların gerçekleştirilmesini; örneğin kamu düzeninin bozulması, genel güvenlik ya da Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’na aykırılık gibi gerekçelerle, sahip olduğu takdir yetkisine atıf yaparak idari tedbirlerle sınırlandırmasına veya yasaklamasına sıklıkla rastlanmaktadır. Dolayısıyla idare hukuku anlamında da ölçülülük ilkesinin idare mahkemelerince, idarenin işlem ve eylemleriyle temel hak ve özgürlüklerin kullanımının kısıtlanmasının veya tamamen engellenmesinin önlenbilmesinde bir ölçü norm olarak dikkate alınması gerekmektedir. Aynı durumun idarenin kolluk faaliyetleri bağlamında bizatihi idari makamlarca da gözetilmesi gerektiği ayrıca vurgulanmalıdır. Duran’ın belirttiği üzere “idari yargı yerleri, zabıta tedbir ve kararlarını denetleyebilmek için, bunların alınmasını gerektiren durum ve olguları araştırmak ve değerlendirmek zorundadır. Şöyleki, bireylerin girişim ve eylemleri olmuş mudur olmuşsa, gerçekten kamu düzenini bozacak nitelikte midir;

özgürlükleri ölçüsüz biçimde sınırlandırmaması gerekliliğinin, sivil itaatsizlik eylemlerinin gerçekleştirilmesi sürecinde özel bir anlamı olduğu da açıktır. Özellikle kolluk faaliyetleri çerçevesinde sivil itaatsizlik eylemlerinin devletçi - otoriter bir refleksle engellenmesi ve eylemcilere, anayasa ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeleri çiğneyecek biçimde müdahale edilmesi ve benzeri örnekler, idarenin, demokratik bir hukuk devletinin olması gerektiği gibi işleyebilmesi için neden tüm işlem ve eylemlerinde ölçülülük ilkesinin dışına çıkmaması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır.

İdarenin aldığı tedbirlerin insanların temel hak ve özgürlüklerini kullanabilmelerini engelleyecek bir yoğunluk taşımaması, yani bireylerin katlanabileceği seviyeyi aşmaması ve belirli bir dengede kalması gerekir<sup>[76]</sup>. Bu doğrultuda anayasal haklar bağlamında değerlendirilebilecek ölçülülük ilkesi, hiçbir zaman tek bir sonuç kümesini veya belirli bir dizi sonucu mutlak anlamda güvence altına almıyor olsa da siyasi bir toplum içinde bireylerin sahip oldukları kabul edilen haklara ve onların korunmasına yönelik bir yöntem vaat ederek idarenin faaliyetlerinin politik değil fakat hukuki bir çerçevede biçimlenmesinin bir aracı olarak işlevselleşme potansiyelini kendi içinde barındırır<sup>[77]</sup>. Bu potansiyel, kamusal alanda birbirinden çok

bunu önlemek için alınan tedbir tehdit ve tehlikenin ağırlığı ile orantılı mıdır ve etkili midir, yoksa hak ve hürriyetleri yersiz olarak veya gereksiz ölçüde sınırlayıp kısıtlamış mıdır gibi sorunlar aydınlatılmadıkça, kolluk yetkisinin hukuka uygun yolda kullanılıp kullanılmadığı anlaşılamaz ve saptanamaz. (...) (Z)abitanın emir veya tatbik edeceği tedbir ve çareler, amacı gerçekleştirme yolunda etkili olmalıdır. Başka bir deyişle, kamu düzeninin korunmasına veya geri getirilmesine elverişli ve yararlı olmayan yollara başvurulması, temel hak ve özgürlükleri boş yere sınırlama ve kısıtlama sonucu doğuracağından, hukuka aykırı bir davranıştır. Ayrıca kolluk gücü, yöneldiği hak ve hürriyetlere hukuk düzenince verilen değer ve sağlanan güvence ölçüsünde müdahale imkânına sahiptir”. Lutfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1982, s.261-263.

[76] Metin, Ölçülülük İlkesi, *op. cit.*, s.59.

[77] Malcolm Thorburn, “Proportionality”, in David Dyzenhaus ve Malcolm Thorburn (Ed.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford, 2016,

farklı biçimlerde sirayet edebilecek sivil itaatsizlik eylemleri aracılığıyla, anayasal güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklere sahip çıkılması ve onların korunması yönündeki taleplerinin hukuki meşruluğunun gerekçelendirilebilmesinde eşsiz bir imkân sağlar.

Anayasa hukuku bakımından da, yasama organınca gerçekleştirilen yasal düzenlemelerde öngörülen temel hak ve özgürlüklere ilişkin kısıtlamaların, anayasada ve uluslararası sözleşmelerde çerçevesi belirlenmiş güvenceleri tehdit edecek bir boyutta olmaması kuşkusuz ki büyük önem taşır<sup>[78]</sup>. Ölçülülük ilkesi, gerek anayasa gerek uluslararası sözleşmelerle korunan temel hak ve özgürlükler ile onları kısıtlayan hükümler ihtiva eden yasal düzenlemeler arasındaki çatışmaların çözülmesinde yönetsel bir kılavuz sunarak araç ile amaç arasındaki sınırlamaya ilişkin problemlerin giderilmesinde yine önemli bir işlev üstlenir. Gerçekten hak ve özgürlükleri sınırlayan ya da pratikte kullanılma imkânlarını önemli ölçüde ortadan kaldırarak onların işlevsiz hale gelmelerine yol açan yasa, idari işlem veya eylemler ile yargı kararlarının denetlenebilmesini mümkün kılar<sup>[79]</sup>. Araç ile amaç arasında makul bir bağlantının bulunmasını gerektiren ölçülülük ilkesine dayalı denetimde, teoride ve uygulamada “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilke esas alınmaktadır<sup>[80]</sup>. Böylece ölçülülük ilkesi te-

s.322.

[78] Metin, Ölçülülük İlkesi, *op. cit.*, s.247.

[79] *Ibid.*, s.23.

[80] Araç ile amaç ilişkisi bağlamında değerlendirildiğinde, burada amaç ile kastedilenden, sınırlandırılacak temel hak veya özgürlüğün anayasada öngörülmüş olan sınırlama sebepleri anlaşılmalıdır. Yasa koyucunun bunu aşan bir sınırlama amacı öngörebilmesi mümkün değildir. Keza anayasadaki genel sınırlama nedenlerinin yanı sıra, kanunlarda da farklı sınırlama nedenlerinin düzenlendiği göz önüne alınacak olursa, bunların da anayasaya uygun olması mutlak bir zorunluluktur. Başka bir ifadeyle temel hak ve özgürlükler sadece anayasada belirtilen sebep ve amaçlarla sınırlandırılmalıdır. Alt düzey normda böyle bir sınırlama söz konusuysa ölçülülük ilkesine bile başvurulmadan bu durumun anayasaya aykırılığı saptanmalıdır. Aykırılık kolayca saptanamıyorsa, ölçülülük ilkesinden yararlanma yoluna gidilmelidir. Amacı gerçekleştirmek maksadıyla

mel hak ve özgürlükler üzerinde sınırlandırıcı etki doğuran bir yasa, idari

başvurulan araç ise, anayasal düzeyde koruma altına alınmış olan temel hak ve özgürlüğün sağladığı hukuki statünün sınırlanış biçimidir. Benzer bir araç ile amaç değerlendirmesi, kanunların temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere aykırı olup olmadığı noktasında da yapılabilir. Ölçülülük ilkesinin araç ile amaç yönünden değerlendirilmesinde elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olarak adlandırılan üç alt ilkenin önemli bir işlev üstlendiğinin ayrıca belirtilmesi gerekir. Elverişlilik ilkesi, alınan tedbirin istenen sonucun elde edilmesinde amaç yönünden uygunluğunu -elverişliliğini- inceler. Yasa koyucu tarafından benimsenen araçların yerindeliği ile söz konusu araçlara başvurulmasının nedeninin makul ve kanıtlanabilir şekilde gerekçelendirilip gerekçelendirilmediği sorgulanmalıdır. Başka bir ifadeyle tercih edilen aracın hedeflenen amacı gerçekleştirmeye uygun olup olmadığının araştırıldığı elverişlilik denetiminde temel kural, kısıtlamanın ancak anayasal yönden meşru bir amacın varlığı halinde yapılabileceğidir. Dolayısıyla anayasanın izin vermediği amaçları yasama organının ya da idarenin de izlememesi gerekir. Gereklilik ilkesi ise belirlenen amaca ulaşmak için birden çok elverişli araç söz konusuysa bunlardan temel hak ve özgürlüklere en az müdahalede bulunup onları minimum düzeyde kısıtlayan aracın seçilmesi kuralını esas alır. Sınırlayıcılığı daha az olan bir araçla müdahale imkânı varken daha çok sınırlamaya neden olan bir araç tercih ediliyorsa bu aracın kullanımı gereksizdir. Bu yönüyle büyük önemi haiz olan gereklilik denetiminde temel cevaplanması gereken soru, yasa koyucu tarafından seçilen araçların, amaca ulaşmak için mevcut tüm araçlar içinde gerçekten de en az kısıtlayıcı olanlardan seçilip seçilmediğidir. Bu sorunun titiz biçimde incelenmesi ve cevaplandırılması temel bir zorunluluktur. Söz konusu ilke, amaca ulaşmada yeterli olan en hafif tedbirin seçilmesi gerektiği anlamına gelerek daha ağır tedbirlere ihtiyaç duyulduğunda ancak aşamalı bir geçişin meşru olabileceği kabulünden hareket eder. Örneğin daha hafif araçlar kullanabilme imkânı varken genel bir yasaklama kararı almak aşamalı geçişi ortadan kaldırdığı için, gereklilik ilkesinin ölçüsüz bir kullanımıdır. Son olarak orantılılık veya dar anlamda ölçülülük ilkesi ise başvurulacak aracın ulaşmak istenen amaçla orantısızlık içinde olmamasını, her ikisi arasında ölçülü bir oran olması gerektiğini ifade etmektedir. Yani belirli bir amaca ulaşmanın avantajlarının, muhtelif anayasal hakları kısıtlamanın dezavantajlarına veya maliyetlerine ağır basıp basmadığı hesaplanmalıdır. Orantılılık ilkesi, sivil itaatsizlik eylemleriyle temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlandırıcı müdahaleler ekseninde düşünüldüğünde, alınan tedbirin bireyler üzerinde ölçüsüz yükümlülükler getirmemesini, yani ilgililer için katlanılabilir olmasını şart koşar. Devletin alacağı sınırlandırıcı tedbir, ulaşmak istenen amaca göre denetlenmelidir. Müdahale veya sınırlandırmanın ağırlığıyla onları meşrulaştıran nedenlerin önem ve gerekliliği arasında yapılacak bir değerlendirmede, bireyler yönünden katlanılabilirlik sınırlarının korunup korunmadığı titiz biçimde sorgulanmalıdır. Fazıl Sağlam, *op. cit.*, s.113-117; Metin, Ölçülülük İlkesi, *op. cit.*, s.190; 26-38; Sabuncu, *op. cit.*, s.66-67; Alexy “Constitutional Rights”, *op. cit.*, s.52-54; Wojciech Sadurski, “Reasonableness and Value Pluralism in Law and Politics”, *in*

veya yargısal karar söz konusu olduğunda, sınırlamaya sebep olan amacın hukuka -daha üst normlara veya hukukun genel ilkelerine- aykırı olup olmadığının, meşru kabul edilip edilemeyeceğinin, belirlilik -aynı zamanda genellik ve nesnellik- arz edip etmediğinin denetlemesini sağlar<sup>[81]</sup>. Araç ile amaç ilişkisinin denetlenebilmesi için sınırlandırıcı tedbirdeki amaç belirli olmalı, çok genel veya müphem bir anlam taşımamalı, başka bir ifadeyle soyut yasaklar koymamalı, özellikle alt ilkelerden biri olan gereklilik ilkesi yönünden içeriği somutlaştırılabilir bir nitelik göstermelidir<sup>[82]</sup>. Anayasal temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin yoğunluğu ile müdahaleyi haklı kılan nedenlerin ağırlığı arasındaki ilişkinin tartımı hassas bir biçimde yapılmalıdır<sup>[83]</sup>. Bu bağlamda ister bir yasa hükmüyle ister idari veya yargısal bir kararla olsun güvenliğin sağlanması, genel sağlık, genel ahlak, kamu düzeni veya milli güvenlik gibi belirsiz ve çok genel ifadelerden hareketle anayasa veya uluslararası hukuk tarafından güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması hallerinde araç ile amaç arasında

---

Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor ve Chara Valentini (Ed.), *Reasonableness and Law*, New York, Springer, 2009, s.133-134. Bu noktada alınan tedbirin, anayasal bir dayanak olarak temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamasının, öncelikle mevcudiyeti gerekli, zorunlu iki şart olduğu belirtilmelidir. Temel hak ve özgürlükleri kısıtlamaya dönük yasal veya idari nitelikli her türlü düzenleme ya da uygulamanın denetlenmesinde, bu iki şarta ek olarak orantılılık ve onun uzanımında ölçülülük ilkesi daha fazla koruma imkânı sunduğundan denetimin etkinliğini artırma olanağı sağlamaktadır.

[81] Fazıl Sağlam, op. cit., s.113-114; Metin, Ölçülülük İlkesi, op. cit., s.23-24.

[82] Metin, Ölçülülük İlkesi, op. cit., s.24; 191; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, op. cit., s.137-138.

[83] Robert Alexy, "Thirteen Replies", in George Pavlakos (Ed.), *Law, Rights and Discourse - The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, s.345. Benzer bir durumun, iki farklı hakkın çatışması halinde de gündeme geldiği belirtilmelidir. Burada öncelikle, hak ihlalinin yoğunluğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, ilk haktaki ihlalin ihmal edilmesiyle ortaya çıkacak durumun, diğer haktaki ihalden daha ağır olup olmadığı incelenmeli ve haklar arasında buna göre bir denge kurulmalıdır. Ibid., s.343.

bir ölçüsüzlük olacağı aşikârdır<sup>[84]</sup>. Tedbirle amaçlananın somutlaştırılması ve bu amacın temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında onun özünü bütünüyle veya büyük ölçüde işlevsiz kılarak anlamsız hale getirecek bir yoğunlukta olmaması gerekir.

Önceki bölümde ele alındığı üzere, temel hak ve özgürlüklerle ilgili insan hakları bildirgelerinde, uluslararası sözleşmelerde ve çeşitli anayasalarda yer bulması itibarıyla pozitif hukukun da konusu haline gelen direnme hakkından beslenen bir mücadele yöntemi olarak sivil itaatsizliğin hangi durumlarda hukuki meşruiyetten yararlanabileceği, gerçekleştirilen eylemler nedeniyle temel haklara ilişkin normlarla diğer yasal düzenlemelerin çatışması durumunda belirsiz hale gelebilmektedir. Özellikle -düşünce ve ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı gibi- temel hakları sınırlayan bir yasanın ilgili temel hakkı ne ölçüde sınırladığı ve hakkın içerdiği değerın hukuk düzeni içinde varlığını ve etkinliğini nasıl sürdürebileceği tartışmasında, ilgili normun sınırlandırıcı etkisinin yorum yoluyla sınırlandırılması zorunluluğu, özgürlükçü ve demokratik bir hukuk devletinın devamlılığı açısından büyük önem taşımaktadır<sup>[85]</sup>. Devlet, belirli kişilerin özel alanlarına yönelik yasal, idari veya polisiye tedbirler alması gerektiğinde bile temel hak ve özgürlükleri lüzumsuzca sınırlamamalı; ilgili tedbirleri, diğer insanların bireysel haklarıyla özgürlük alanlarının korunması amacı dışında keyfi biçimde yürürlüğe sokmamalıdır.<sup>[86]</sup> Bu yönüyle ölçülülük ilkesi, yargı yetkisinin hak temelli genişlemesinde önemli bir doktriner dayanak sağlayarak anayasal bakımdan tanınan hak-

[84] Metin, Ölçülülük İlkesi, *op. cit.*, s.24; 191-192. Kanunlarda soyut yasaklamalar yapılmasının açıkça bir keyfiyete yol açacağı aşikârdır. Ancak Erdoğan'ın belirttiği üzere, Türkiye'de yasama organına hâkim olan yasa yapma tekniği "kısıtlamayı istisna haline getirecek şekilde bu kavramları açık-seçik olarak tanımlamak yerine, söz konusu soyut ve müphem kavramları genellikle aynen tekrarlamak yönündedir". Erdoğan, *op. cit.*, s.203.

[85] Ökçesiz, "Sivil İtaatsizlik Hakkı", *op. cit.*, s.59-60.

[86] Metin, Ölçülülük İlkesi, *op. cit.*, s.43.

larla yine anayasal düzeyde bunların kısıtlanmasına ilişkin kamu menfaatine atıfla getirilen sınırlandırıcı - istisnai hükümler arasındaki çatışmada yargıçlara geniş bir yetki devri yapılabilmesine imkân tanır<sup>[87]</sup>. Alexy'nin yerinde biçimde tespit ettiği üzere, temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa kuralları, sadece anayasa düzeyinde pozitif hukuk olmanın ötesinde ideal bir boyuta da sahiptirler<sup>[88]</sup>. Anayasal hakların ideal boyutu; ahlaki, evrensel, temel, soyut haklar olarak tüm normlara göre önceliği bulunan insan haklarını pozitifize etme niyetiyle anayasaya kaydedilmiş olmalarıyla ilintilidir ve hem kurucu hem de kalıcı olduğu varsayılan daha yüksek hukuki normlar aracılığıyla devlet otoritesinin kullanımını düzenleyerek politik önderlerin keyfiyetlerini sınırlamaktadır<sup>[89]</sup>. Bu bağlamda anayasalarda yer alan haklar, olması gerekeni ifade etmeleri itibarıyla ilkelere denk düşerler ve bu ilkelerin en iyi hale getirilebilmeleri, yani etkinliklerinin sağlanabilmesi için nelere ihtiyaç duyduklarının doğru bir biçimde tespiti lazımdır<sup>[90]</sup>. Ölçülülük ilkesi, belirli bir bağlamda incelemeye tabi tutulması gereken -anayasal- ilkeye yönelik sınırlamanın haklı olup olmadığının analizi için çözümlemeli bir yapı sağlar<sup>[91]</sup>. Dolayısıyla ölçülülük ilkesine dayalı bir analiz yapılması, tam da insan haklarının ideal boyutunun korunabilmesi yönünden büyük önem taşımaktadır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal güvencelerin bir kanun tarafından kısıtlanması durumunda, bunların korunabilmesi yönünden demokratik bir hukuk devletinde alınması gereken önlemlerin gerekçesini ve sınırı yine ölçülülük incelemesiyle somutlaştırılabilir. Ölçülülüğün bu amaçla kullanımını ifade

[87] Alec Stone Sweet ve Jud Mathews, “Proportionality, Judicial Review and Global Constitutionalism”, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor ve Chara Valentini (Ed.), *Reasonableness and Law*, New York, Springer, 2009, s.180; 187.

[88] Alexy “Constitutional Rights”, *op. cit.*, s.61.

[89] *Ibid.*; Stone Sweet ve Mathews, “Proportionality”, *op. cit.*, s.209.

[90] Kumm, “Political Liberalism”, *op. cit.*, s.136-137.

[91] *Ibid.*, s.137.

eden bir yaklaşım, Ökçesiz'in Dreier'a atıf yaparak aktardığı Alman Federal Mahkemesi'nin Paetsch kararında göze çarpar<sup>[92]</sup>:

“Paetsch, Federal Anayasa'yı Koruma Dairesi'nin belirli uygulamalarına karşı taşıdığı anayasal kuşku ve kaygılar nedeniyle, yasadışı bir devlet sırrını kamuya açıklar ve Alman Federal Mahkemesi'nin görüşüne göre ceza yasasının 100. maddesini ihlal eder. Ancak aynı mahkeme bu eylemi, değerlerin takdiri ve karşılıklı etkime kuramları ile ölçülülük ilkesi gereği Anayasa'nın 5. maddesinin 1. fıkrasına (açıklama ve basın, bilim ve sanat özgürlüğü) göre haklı bir temel hak kullanımı olarak niteler.

Bu söylenenlerden sonra Dreier,<sup>[93]</sup> sivil itaatsizlik unsurlarını taşıyan tüm eylemlerin aynı zamanda temel hakların, özellikle açıklama ve toplanma özgürlüğü ile aynı bağlamda yer alan yürüyüş özgürlüğüne ilişkin temel hakların korunma alanına girdiğini; koruma alanının, söz konusu temel hakla ilişkin normların geniş yorumlanan bir hukuksal garanti kalıbını ifade ettiğini belirtir<sup>[94]</sup>.

Dreier'in yukarıdaki yorumu, sivil itaatsizlik içeren eylemlerin hukuki meşruiyeti meselesinde, ihlal edilen norm ile anayasal düzen içinde öncelikle korunması gereken temel hak ve özgürlüklerin çatışması durumunda, sınırlandırıcı yasa hükmünün mü yoksa anayasal normun mu uygulama alanı bulması gerektiği yönündeki tartışmalarda yol gösterici niteliktedir. Ölçülülük ilkesinin bu bağlamda, çatışan normlar arasındaki sınırların belirlenebilmesi ve ideal bir hukuk devletindeki insan haklarına ilişkin kazanımların korunabilmesi ve sürdürülebilirliği yönünden önemli bir işlev görebileceği açıktır. Bu bakımdan ölçülülük ilkesi hem -devlet ile sivil toplum arasındaki- birbiriyle uyuşmayan menfaatlerin dengelenmesinde hem

[92] Ökçesiz, “Sivil İtaatsizlik Hakkı”, *op. cit.*, s.60.

[93] Dreier, Recht -Staat- Vernunft. Studien zur Rechtssteorie 2, Frankfurt/M. 63'ten aktaran Ibid.

[94] Ökçesiz, “Sivil İtaatsizlik Hakkı,” *op. cit.*, s.60.

de anayasal güvence altındaki temel haklar ile onları sınırlayan alt düzey hukuki düzenlemeler arasındaki çatışmaların hak, adalet ve özgürlük idealleri temelinde giderilebilmesinde rol oynayacaktır.

Ölçülülük ilkesinin temel hak ve özgürlükler ile onları sınırlayan diğer hukuki düzenlemelerin çatışmasında ölçü norm olarak kullanılması, aynı zamanda sivil itaatsizlik eylemlerine ilişkin meşruiyet ile yasallık tartışmasına yeni bir boyut katar. Bu noktada sivil itaatsizliğin en temel özellikleri arasında sayılan ve bütün tanımlarında şiddetsizlikle birlikte kendine yer bulan yasaya aykırılığın varlığı ve cezalandırılabilirliği hususlarının yeniden değerlendirilmesi gerekir. Sivil itaatsizlik içeren eylem her halükarda yasaya aykırı olmaya devam etmekteyse de eylemcinin cezalandırılabilirliğinin meşruiyeti, alt düzey normun anayasal temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan veya onların kullanılmasını büyük ölçüde ortadan kaldıran niteliği dolayısıyla şüpheli hale gelir. Hukuk düzeninin de genel anlamda meşruiyetine gölge düşürebilecek alt ve üst düzey normlar arasındaki çatışma, demokratik hukuk devletinin bir ideal ve onun değerlerinin gereği olarak temel hak ve özgürlüklerin birer ilke olarak kabul edilip sınırlama karşısında özgürlükler lehinde bir yorum yönteminin benimsenmesiyle ve böylece sivil itaatsizliğe pozitif hukukun imkânlarıyla yargı organı tarafından içerik kazandırılmasıyla engellenebilecektir.

Sivil itaatsizlik bağlamında düşünülebilecek pek çok eylemin yasaya aykırı ama anayasaya uygun olması<sup>[95]</sup> gerçeği karşısında hem sivil itaatsizliğin hukuki nitelendirmesindeki hukuk kurallarının çığnınlmasına vurguyla biçimlenen klasik tanımımın hem de doğal hukuk ve pozitif hukuk arasındaki meşruiyet ile yasallık tartışmaları ekseninde alevlenen cezalandırılabilirliğe ilişkin hususların yeniden değerlendirilmesi gerekir. Adaletsiz ve haksız bir yasa ya da uygulamaya karşı gerçekleştirilen sivil itaatsizlik eylemi bir taraftan alt düzey normları üst düzey normların etkinliği adına ihlal ederken diğer taraftan ahlaki meşruiyetini hukuki meşruiyetin -ya-

[95] Özlem, *op. cit.*, s.84-86.

sallığın- alanında yeniden kurarak cezalandırılabilirliğe ilişkin hukuki pozivist gerekçelendirmeyi şüpheli hale getirir. Tüm bunlar kuşkusuz, sivil itaatsizlik olgusunun hukuk felsefesi kadar başta anayasa ve ceza hukuku olmak üzere pozitif hukuk boyutuyla bir arada yeniden ele alınması gereken yönleri olduğunu gösterir. Aşağıda Türkiye'deki pozitif hukuk düzeni açısından, sivil itaatsizlik içeren eylemlerin ölçülülük ilkesi merkezinde nasıl değerlendirilebileceğine ilişkin bir tartışma yürütölmeye çalışılacaktır.

Ölçülülük ilkesi, 1961 Anayasası'nda açık bir biçimde yer almamasına karşın, 1982 Anayasası'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması" başlıklı 13. maddesine 2001 yılında yapılan değişiklikle eklenmiştir. Bu maddeye göre "temel hak ve hürriyetler, özlörüne dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz". 2001 değişikliğiyle son haline kavuşan ilgili madde, temel hak ve özgürlöklere ilişkin "genel sınırlama" yerine<sup>[96]</sup>

[96] 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nın ilk biçimindeki her hak ve özgürlük için farklı ayarlanmış, aşamalandırılmış, belirgin ve özelleştirilmiş sınırlama nedenleri yerine bütün temel hak ve özgürlökleri kısıtlamaya dönük hem genel hem de özel sınırlama nedenlerini aynı anda, "katmerli" biçimde barındıran bir sistemi benimsemiştir. Bu doğrultuda konuyla ilgili 13. madde ilk olarak "(t)emel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütönlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörölen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngöröldükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir" şeklinde düzenlenmiştir. Eroğöl'a göre ilgili düzenlemeyle esas amaçlanan, sınırlanamayacak hiçbir hak ve özgürlük bırakmamaktır. Bu nedenle ilk fıkrada akla gelebilecek her türlü sınırlama nedeni sayıldığı gibi ayrıca her hakkın özel maddelerinde de ilave sınırlama nedenlerinin bunlara eklenebileceğı belirtilmiştir. Üçüncü fıkrada da genel ve özel sınırlama nedenlerinin Anayasa'daki bütün hak ve özgürlökleri sınırlayabileceğı hükmü yer almıştır. Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul, Gerçek, 7. Baskı, 1987, s.196-197; Tanör ve Yüzbaşıoğılu, *op. cit.*,

“genel koruma”yı düzenleyen bir içerikle donatılmıştır.<sup>[97]</sup> Temel hak ve özgürlükler, 2001 yılında eklenen öze dokunma yasağı<sup>[98]</sup> hükmüne kadar sadece demokratik toplum düzenine<sup>[99]</sup> atıfla, sınırlamanın nasıl yapılması

s.139-141; Cem Eroğul, *Anatüzeğe Giriş* (“Anayasa Hukuku”na Giriş), Ankara, İmaj, 11. Baskı, 2010, s.323-324.

[97] Sabuncu, *op. cit.*, s.58; Eroğul, *op. cit.*, s.324.

[98] İlk olarak 1961 Anayasası’nda düzenlenen öze dokunma yasağına ilişkin bu dönemde son derece olumlu kararlar veren Anayasa Mahkemesi, “(b)ir hak ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırııcı” nitelikteki sınırlamaları, öze dokunma yasağı kapsamında değerlendirmiştir. 1982 Anayasası’nın yürürlüğe girmesinden sonra temel hak ve özgürlükleri daraltıcı nitelikte yorumlayan kararları varsa da AYM’nin 2001 Anayasa değişikliklerinden sonra eski yorumunu yeniden kabul etmesinin önünde yasal bir engel kalmadığı söylenebilir. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *op. cit.*, s.153; Anayasa Mahkemesi, 04 Ocak 1963 Tarih ve E.1962/208, K.1963/1 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1963-1-nrm.pdf>).

[99] Bu kavramın ne olduğu veya nasıl bir demokrasi anlayışını yansıttığı hususu farklı görüşlerin savunulmasına yol açmıştır. Bu doğrultuda 13. maddedeki ifadenin, “Başlangıç” bölümünde yer alan “bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi” mi yoksa gelişmiş Batılı ülkelerde yürürlükte olan evrensel standartlarla uyumlu çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi mi olduğu yönünde farklı görüşler savunulmuştur. İlgili maddenin gerekçesinde yer alan “genellikle kabul gören demokratik rejim” ifadesinin evrensel standartlardaki bir demokrasiyi akla getirmesine karşılık Anayasa Komisyonu sözcüsü tarafından dile getirilen “Türk ülkesinde kurulan demokrasi bu Anayasadaki demokrasidir” sözleri tartışmalara neden olmuştur. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, ilk başlarda Türkiye’ye özgü demokrasi anlayışını ön plana çıkaran bir yaklaşımı benimsemiş fakat sonrasında, evrensel demokrasi kavramına daha fazla atıf yaptığı kararlara da imza atmıştır. Ancak 13. maddenin ilk biçiminden, 1982 Anayasası ile çerçevesi çizilmiş “Türkiye tipi demokrasi”nin anlaşılması gerçekten mümkündür. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *op. cit.*, s.150-152; Oktay Uygun, “1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları”, in Oktay Uygun, *Kamu Hukuku İncelemeleri - İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik*, İstanbul, On İki Levha, 2011, s.289-291. İdeal bir hukuk devletinde ilgili kavramdan anlaşılması gerekenin Batılı ülkelerdeki çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi anlayışı olduğu açıktır. 2001 Anayasa değişikliklerinin ardından, 13. maddenin yorumu bağlamında, “demokratik toplum düzeni” ifadesinden söz konusu anlamın çıkartılması ve bu doğrultuda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin bir çerçeve anlayışın

gerektiğini belirten bir kıstasla korunmaya çalışılırken değişikliğin ardından mutlak dokunulmaz bir alanın sağladığı ek güvenceyle müdahaleye daha az açık bir düzenleme haline getirilmiştir<sup>[100]</sup>.

Ölçülülük ilkesinin, 1982 Anayasası'nda yer alan “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “öze dokunma yasağı” güvenceleriyle birlikte temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların sınırlandırılmasında ve bu sayede temel hak ve özgürlüklerin etkinliklerini en düşük orandaki kısıtlamalarla sürdürebilmelerinde önemli bir araç olduğu belirtilmelidir. 2015 tarihli bir kararında “Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, ‘temel hak ve hürriyetlerin özü’, ‘demokratik toplum düzeninin gerekleri’ ve ‘ölçülülük ilkesi’ kavramları, bir bütünün parçaları olup, ‘demokratik bir hukuk devleti’nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır”<sup>[101]</sup> diyen Anayasa Mahkemesi,

benimsenmesi çok daha kolay hale gelmiştir. Benzer bir yaklaşım için bkz. Erdoğan, *op. cit.*, s.207-208.

[100] Sabuncu, *op. cit.*, s.58.

[101] Anayasa Mahkemesi, 22 Ekim 2015 Tarih ve E.2015/10, K.2015/93 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2015-93-nrm.pdf>). Anayasa Mahkemesi'nin hem temel hak ve özgürlüklere hem de ceza hukukunda suç ve cezalara ilişkin hususlarda, ölçülülük ilkesine doğrudan veya dolaylı atıf yaptığı muhtelif kararları vardır. Keza Anayasa Mahkemesi'nin, konuyla ilgili yakın tarihli kararlarında ölçülülük ilkesinin ne olduğuna ilişkin üç alt ilkedен hareketle standart bir tanımı benimsediğinden de bahsetmek gerekir. Buna göre “(ö)lçülülük ilkesi (...) elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmışının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir”. Anayasa Mahkemesi, 30 Kasım 2023 Tarih ve E.2023/102, K.2023/203 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-203-nrm.pdf>). Ölçülülük ilkesinin esas alındığı diğer bazı kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 04 Kasım 1989 Tarih ve E.1988/50, K.1989/27 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1989-27-nrm.pdf>). Anayasa Mahkemesi, 22 Mayıs 1987 Tarih ve

söz konusu kavramlar arasında sıkı bir bağlantı kurmuştur. Bununla birlikte Anayasa’da belirtilen iki güvencenin, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında son aşamayı, daha fazla sınırlamanın veya tedbirin olanaksız olduğu son noktayı gösteren düzenlemeler olduğu gözden uzak tutulmamalıdır<sup>[102]</sup>. Kısıtlamaların -en geniş değil de en dar biçimde yapılmasının demokratik bir hukuk devletinin olmazsa olmazı olduğu düşünüldüğünde-, nasıl en alt düzeyde gerçekleştirileceği meselesinde ölçülülük ilkesi devreye girerek çeşitli olumsuzlukların ortadan kaldırılabilesinde önemli bir eksikliği giderecektir<sup>[103]</sup>. İlkenin kullanılması suretiyle bir taraftan menfaatleri tartma noktasına varmadan önce, iki güvenceye başvurma durumunun olup olmadığı ile sınırlamanın hukuka uygunluğu hususlarında bir denetim yapma imkânı doğmakta diğer taraftan sınırlama amacına ulaşırken gerekli ölçünün aşılması sağlanarak temel hak ve özgürlüklerin keyfi biçimde daraltılmasının önüne geçilebilmektedir<sup>[104]</sup>. Anayasal temel

E.1986/17, K.1987/11 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1987-11-nrm.pdf>). Anayasa Mahkemesi, 26 Kasım 1986 Tarih ve E.1985/8, K.1986/27 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1986-27-nrm.pdf>). Anayasa Mahkemesi, 30 Kasım 2023 Tarih ve E.2023/142, K.2023/210 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-210-nrm.pdf>). Anayasa Mahkemesi, 21 Ekim 2023 Tarih ve E.2020/76, K.2023/172 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-172-nrm.pdf>). Anayasa Mahkemesi, 11 Ekim 2023 Tarih ve E.2021/14, K.2023/173 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-173-nrm.pdf>). Anayasa Mahkemesi, 13 Eylül 2023 Tarih ve E.2022/70, K.2023/152 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-152-nrm.pdf>). Anayasa Mahkemesi, 20 Temmuz 2022 Tarih ve E.2022/22, K.2022/92 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2022-92-nrm.pdf>).

[102] Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması”, op. cit., s.4.

[103] Metin, Ölçülülük İlkesi, op. cit., s.194; 249.

[104] Tanör ve Yüzbaşıoğlu, op. cit., s.154-155; Metin, Ölçülülük İlkesi, op. cit., s.194; 249; Fazıl Sağlam, op. cit., s.111-112.

hak ve özgürlükler ile daha alt düzeydeki normların birbirleriyle çatışması durumunda normlar hiyerarşisinden hareketle sorunun çözülebilmesi daha kolay olsa da, söz konusu durum iki anayasal norm (hak ve kısıtlama normlarının) arasında yaşandığında, ölçülülük ilkesine başvurularak menfaatlerin tartımından hareket etmek gerekecektir. Gerçekten iki anayasal menfaatin çatıştığı durumlarda, hangisinin üstün geleceğinin belirlenmesinde, dengelemenin belirleyici bir önemi olacağı açıktır. Mahkemeler bu noktada belirli anayasal hakların, örneğin insan haklarını pozitifleştiren temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir anayasal düzenlemenin, onu kısıtlamaya dönük başka bir hükümle çatışması halinde, hangi anayasal değerlerin üstün olması gerektiğinin tespiti bakımından menfaatlerin dengelenmesi testine başvurabilirler<sup>[105]</sup>. Menfaatler arası çatışmayı giderebilmek veya uzlaştırabilmek için bir değer başka bir değere neden üstün olduğuna ilişkin gerekçelendirmeler sunmalı; olaya ilişkin salt şekli nitelendirmeler yapmaktan kaçınarak maddi yönden tüm olguları esastan incelemeli ve böylece somut olayda normlar arası bir dengelemeyi gerçekleştirmelidirler<sup>[106]</sup>. Ölçülülük ilkesi, hak temelli yargılamalarda ortaya çıkan bu tür belirsizlik durumlarında, anayasa içinde ortaya çıkan çatışma veya gerilimleri çözmek için tasarlanmış bir argümantasyon çerçevesi sunar<sup>[107]</sup>. Böyle bir dengeleme mekanizmasının kullanılması suretiyle -Alexy'nin de benimsediği biçimde- hem ilkeler arasındaki çatışmalar çözümlenir hem de devletin tüm organlarının, hakları ve diğer karşıt ilkeleri uygun şekilde optimize edebilmelerine yardımcı olunur<sup>[108]</sup>. Ölçülülük ilkesinin ve menfaat tartımının sadece anayasa hukuku bağlamında değil, aşağıda değinileceği gibi, sivil itaatsizlik eylemcilerinin fiillerinin cezalandırılabilirliği gibi hususlarda, ceza hukuku boyutuyla da fonksiyonel bir niteliği haiz olduğu

[105] Stone Sweet ve Mathews, "Proportionality", op. cit., s.181.

[106] Ibid., s.186; Porat, "Some Critical", op. cit., s.248.

[107] Stone Sweet ve Mathews, "Proportionality", op. cit., s.182

[108] Ibid., s.186.

ayrıca belirtilmelidir. Söz konusu ilkenin kullanılması suretiyle, sınırlayıcı kanuni düzenlemeler karşısında temel hak ve özgürlüklerin en üst düzeyde korunmaya çalışılması, sivil itaatsizlik içeren eylemlerin de hukuki meşruiyete sahip olup olamayacağı tartışmasına farklı bir boyut katmaktadır. Bu bağlamda sivil itaatsizlik eylemcilerinin gerçekleştirdikleri fiillerin suç vasfı ve özellikle cezalandırılabilirlikleri de tartışmaya açık hale gelmektedir.

Yasaya aykırı ama anayasa uygun sivil itaatsizlik eylemlerinin cezalandırılabilirliği meselesine anayasa hukuku bağlamında bakıldığında, ilk olarak Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde geçen "(u)sulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" şeklindeki düzenlemenin, sivil itaatsizlikle bağlantılı fiillerin -herhangi bir ceza normu tarafından suç kapsamında tanımlanması gibi hallerde-, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere -ve Anayasa'ya- uygunlukları durumunda, ilgili fiiller dolayısıyla yapılan yargılamalarda cezalandırılabilirlik imkânını önemli ölçüde sınırlayacağı söylenebilir. Anayasanın açık lafzından da anlaşılabileceği üzere bir ceza normunun temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası sözleşmeyle çatışması durumunda sözleşme hükümlerinin esas alınması hukuki bir zorunluluktur<sup>[109]</sup>. Örneğin Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleş-

[109] Öğretide bazı tartışmalar olmakla birlikte benzer bir sonuca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde bir basamakta olduğunun kabul edilmesi halinde de ulaşılabilir. Kaboğlu'na göre uluslararası sözleşmeler her ne kadar kanun düzeyinde kabul edilebilirlerse de eğer bunlar temel hak ve özgürlüklere ilişkin iseler kanun üstü niteliği haiz olduklarından bahsetmek gerekir. Benzer yaklaşımı savunan Gözler'e göre, söz konusu sözleşmelerin -normlar hiyerarşisinde anayasanın altında ama kanunların üstünde yer alması dolayısıyla-, kanunlarla çatışması halinde her halükarda *lex superior* ilkesinden hareketle öncelikle uygulanmaları gerekir. Aşağıda 2004 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri öncesi bazı görüşlere -bilhassa özgürlükçü yargısal yorumun önemini vurgulamak amacıyla- yer verilecekse de değişiklik sonrasında doktrindeki hâkim görüş bu tür bir hiyerarşi bulunduğu yönündedir. 2004 öncesinde

## mesi ve eklerinin veya Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın düşünce ve

Turhan, 2001 değişikliklerine ilişkin 90. madde bağlamındaki Anayasa Komisyonu tartışmalarından hareketle, uluslararası sözleşmelerin temel hak ve özgürlüklere ilişkin konuları düzenlemeleri durumunda kanunların üzerinde olduğu tezini açık biçimde savunur. Bu tür sözleşmelerin kanunlar karşısında bir üstünlüğü olup olmadığı konusunda 90. maddenin kesin bir açıklık getirmediğini söylemesine rağmen Aslan ise, bu sorunun yasa koyucu ek bir düzenleme yapmasa dahi yüksek mahkemeler ile Anayasa Mahkemesi'nin yorumu yoluyla kolaylıkla aşılabileceğini söyler. 90. maddede böyle bir yorumu engelleyen düzenlemenin olmadığını belirtir. Soysal'a göre de "bir devlet uluslararası bir sözleşmeyi imzalayıp onaylayarak kendisi açısından da hüküm ifade eder duruma getirirken, koyduğu çekinceler dışında, sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki etkilerini bilerek ve öngörerek bunu yapıyor demektir. Bu, uluslararası sözleşmelere yasalardan biraz farklı, Anayasaya yaklaşıcı, en azından Anayasaya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir ağırlık tanımak oluyor. Uluslararası sözleşme hükümlerinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine göre, o hükümleri de Anayasayla birlikte düşünmek ve Anayasayı onlarla birlikte yorumlamak gerekecektir. Bu nokta, haklara ve özgürlüklere ilişkin yasaların Anayasaya uygunluğu denetlenirken önem kazanıyor. Yasanın usulüne göre imzalanıp onaylanarak yürürlüğe konmuş uluslararası bir sözleşmeye göre hak ve özgürlükleri daha da sınırlayıcı oluşu, o sözleşmeyi Anayasasındaki hükümleri bilerek ve çekince koymadan kabul etmiş olan bir devlette büsbütün göze batmaktadır. Devlet, sözleşmeyi kabul ederken, Anayasasının o sözleşmeden daha sınırlayıcı olmadığını varsayarak, Anayasasını öyle yorumlayarak kabul etmiştir. Daha sınırlayıcı olan yasa, devletin bu iradesiyle, yani -andlaşmaların onaylanmasının uygun bulunuşuna ilişkin Anayasa hükümleri anımsanacak olursa- yasama ve yürütme organlarının ortak tercihlerinden oluşan iradeyle çatışıyor demektir. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya uygunluk denetimi yaparken bu iki irade arasında bir tercihte bulunması ve sözleşmenin gerisindeki genişletici iradeyi yasanın gerisindeki sınırlayıcı iradeye üstün sayarak daha özgürlükçü bir Anayasa yorumu getirmesi hem uluslararası andlaşmalara özel bir yer tanıyan Anayasanın ruhuna uygun düşecek hem de insan hakları konusundaki uluslararası gelişmelerin iç hukuka yansımaları çabuklaştırarak Anayasaya yeni bir dinamizm kazandıracaktır". Beşinci fıkraya ilişkin 2004 değişikliğinin ardından bu özgürlükçü yorum imkânlarının kolaylaştığını söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin yine Danıştay Beşinci Dairesi tarafından 1991 yılında verilen bir kararda, uluslararası sözleşmelerin iç hukuk kurallarından üstün konumda olacağı vurgulanmıştır. Buna göre "uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine ve bu sözleşmelerle bir devlet diğer devletlere karşı sözleşmede yeralan hak ve hürriyetlerden kendi vatandaşlarını da yararlandırmak konusunda diğer devletlere karşı uluslararası yükümlülük altına girmiş olduğuna göre, usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bu nitelikte bir sözleşmenin Anayasaya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulamayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı, ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını

ifade özgürlüğü ile gösteri ve yürüyüş hakkına ilişkin düzenlemelerinin, sivil itaatsizlik eylemleri kapsamında değerlendirilebilecek pek çok fiil nedeniyle faillerin cezalandırılmalarını, pozitif hukuk düzeninin sınırları içinde kalındığında dahi ortadan kaldıracabilecek olanağı sunduğunu söylemek hukuken yanlış olmayacaktır. Keza sivil itaatsizlik eylemleri hakkında karar verilirken uluslararası sözleşmeler kadar hukukun genel ilkeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) gibi uluslararası mahkemelerin karar ve içtihatlarının da temel hak ve özgürlüklerin korunması ve ölçülülük ilkesinin bu koruma süreçlerinde işlevselleştirilebilmesi yönünden hem yol gösterici hem de bağlayıcı olacağı açıktır. Bu nedenle hem AİHM'in hem de Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) konuya ilişkin yaklaşımının kısaca açıklanması faydalı olacaktır. Ölçülülük ilkesine ilişkin AİHM içtihatlarına bakıldığında ilkenin sözleşmenin bütününe hâkim olduğu yönünde bir anlayışın benimsendiği ve bu doğrultuda toplumun genel çıkarı

---

değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının savsaklanamayacağı Türk Hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, andlaşmaların Anayasa aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle, iç hukuk yönünden andlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır" denmektedir. Yeni beşinci fıkra hükmüyle, Danıştay'ın vermiş olduğu kararın bilhassa temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler yönünden daha güçlü bir anayasal dayanağa kavuştuğu da eklenmelidir. İbrahim Ö. Kaboğlu, "Değerlendirme", İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md. 90/son) - 5 Kasım 2004, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2005, s.227-228; Kemal Gözler, Hukuka Giriş, Bursa, Ekin, 21. Baskı, 2024, s.215-216; Ali Acar, "Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Madde 90/5 Hakkındaki Zımni İlga Tespiti ve İnsan Haklarına Dayalı (Yeni Bir) Yargısal Denetim", Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 6, Sayı 11, 2017, s.146; Ahmet Burak Bilgin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 1, 2016, s.104-105; Mehmet Turhan, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi", Anayasa Yargısı, Cilt 20, 2003, s.229; Zühtü Arslan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", Anayasa Yargısı, Cilt 17, 2000, s.279; Mümtaz Soysal, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", Anayasa Yargısı, Cilt 2, 1985, s.16-17; Danıştay Beşinci Dairesi, 22 Mayıs 1991 Tarih ve E.1986/1723, K.1991/933 Sayılı Kararı, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/5-daire-e-1986-1723-k-1991-933-t-22-5-1991>).

ile temel haklara saygı arasında adil bir dengenin kurulabilmesinde temel kıstas olarak görüldüğü belirtilmelidir<sup>[110]</sup>. AİHM, ulusal mahkemelere öl-

- [110] Metin, Ölçülülük İlkesi, *op. cit.*, s.91. Örneğin AİHS ve ek protokollerindeki düzenlemelerin -Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasının hükmü de düşünüldüğünde-, çatıştığı iç hukuk normu karşısında *lex superior* ilkesine dayanılarak uygulanması keza yerel mahkemelerin de AİHM kararlarını, yorum ve hükümlerinde öncelikle gözetmesi gerekmektedir. Örneğin Akıllıoğlu, AİHS'in pek çok ülkede yasa ile anayasa arasında olduğunu, böylece Sözleşme'ye aykırı bir yasa hükmü yürürlüğe girse bile Sözleşme'nin uygulanmasının -*lex superior* ilkesinin *lex posterior* ilkesine göre öncelikle uygulanması gerektiğinden- devam edebildiğini söyler. Hatta ona göre anayasaya uygunluk bloğunun içine AİHS'e uygunluk da alınabilir; bu durumu, Sözleşme'nin Anayasa'yla eş düzeyde uygulanması şeklinde düşünmek de mümkündür. Türmen ise konuya ilişkin görüşlerini şu şekilde açıklar: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bütün taraf devletler için başka devletlere bağlı olmaksızın var olan, nesnel yükümlülükler getirmektedir. (...) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile iç hukuk arasındaki ilişkide, sonraki yasa (*lex posterior*) ya da özel yasa (*lex specialis*) kurallarının geçerli olmayacağı kanısındayım. Bunun ötesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa'da bir ortak alan yaratmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ve bu kararlarda belirlenen esaslar bütün Avrupa ülkelerinde geçerli olan ortak hukuki standartları yansıtmaktadır. (...) Türk yargı organlarının da kendilerini ulusal sınırları aşan daha büyük bir hukuki topluluğun üyesi olarak görmeleri önem taşımaktadır". AİHS'in taraf devletlerin iç hukuk sistemlerinin bir parçası haline geldiğini belirten Bychawska-Siniarska ise, kamu otoriteleri ile yerel mahkemeler üzerinde Sözleşme hükümlerinin bağlayıcı bir etkiye sahip olduğunu öncelikle vurgular. Ona göre, "yerel mahkemeler dahil tüm ulusal makamlar, ulusal kanunların Sözleşme ve Mahkeme'nin içtihadı ile çeliştiği durumlarda Sözleşme'ye öncelik vermelidir. Sözleşme'nin metni, Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadı dışına çıkılarak okunmamalıdır. Sözleşme, içtihat hukuku sistemi çerçevesinde işlev görmektedir. Mahkeme'nin kararları Sözleşme metnini açıklar ve yorumlar. Bu [kararlar] uygulanması zorunlu bir hukuki statüye sahip olan yasal normlar olarak bağlayıcı nitelikte içtihatları oluştururlar. Bu nedenle, Sözleşme'nin onaylanmasıyla, medeni (Kıta Avrupası) sistemini uygulayanlar da dahil olmak üzere tüm imzacı devletlere ait kamu makamları Mahkeme'nin içtihadını bağlayıcı hukuk olarak değerlendirmek zorundadırlar". Tekin Akıllıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 44, Sayı 3, 1989, s.160-161; Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri", *Anayasa Yargısı*, Cilt 17, 2000, s.37; Dominika Bychawska-Siniarska, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması*, Çev. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi, 2018, s.9-10. Konuyu AİHS'in "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 6. maddesi bağlamında iç hukuk yönünden değerlendiren bir çalışma için bkz. Kerem Altıparmak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.

çölülük ilkesinin uygulanması gerektiğini söylerken söz konusu mahkemelerin verdikleri kararlarda bu ilkeyi bir kıstas olarak değerlendirip değerlendirmediklerini denetleyeceğini bildirmiştir<sup>[111]</sup>. AİHM'in ölçülülük ilkesine atıf yaptığı pek çok kararında, hak olarak korunan menfaatleri dar anlamda ifade, din, örgütlenme veya mahremiyet özgürlükleri gibi klasik haklar kataloğuyla sınırlı tutmadığı görülür; oldukça geniş bir bakış açısıyla, özgürlüklere ilişkin menfaatleri de kapsayacak biçimde incelemeye dönük bir eğilimi bulunduğu dikkat çeker<sup>[112]</sup>. İlke aracılığıyla Mahkeme,

---

Maddesinin Uygulama Alanı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 53, Sayı 1, 1998, s.1-3.

[111] Stone Sweet ve Mathews, "Proportionality", *op. cit.*, s.210.

[112] Kumm, "Political Liberalism", *op. cit.*, s.140-141. AİHM'in ölçülülük ilkesinden doğrudan ve dolaylı biçimde yararlandığı kararlarında, AİHS'in pek çok maddesini söz konusu ilkeden hareketle değerlendirdiği dikkat çeker. Başvurucunun müstehcen içerikli yayın dolayısıyla para cezasına çarptırılmasının AİHS m.10 -ve diğer bazı sair maddeler- kapsamında incelendiği *Handyside v. Birleşik Krallık* kararı; dini duyguları inciten bir filmin yasaklanmasının AİHS m.10 kapsamında incelendiği *Otto-Preminger-Institut v. Avusturya* kararı; basın özgürlüğüne getirilen sınırlamaların AİHS m.10'a aykırılığının incelendiği *Sunday Times v. Birleşik Krallık* kararı; mahkûmların mektuplarının cezaevi yetkililerince kontrol edilmesinin AİHS m.6, 8 ve 13 kapsamında incelendiği *Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararı; çocukların ebeveynlerinden alınmasının bazı yönlerden AİHS m.8'e aykırılığının incelendiği *Olsson ve İsveç* kararı; sanatsal bir eserin yasaklanmasının AİHS m.10'a aykırılığının incelendiği *Vereinigung Bildender Künstler v. Avusturya* kararı; kürtaj yasağının kadınların özel hayatına müdahale teşkil edip etmediğinin AİHS m.8 kapsamında incelendiği *A, B ve C v. İrlanda* kararı; başvurucunun ABD'ye iadesinin, idam cezası dolayısıyla AİHS m.3'ü ihlal edip etmeyeceğinin incelendiği *Soering v. Birleşik Krallık* kararı; başvuruçuların kendi evlerinde ikamet etmelerinin engellenmesinin AİHS m.8 kapsamında incelendiği *Gillow v. Birleşik Krallık* kararı; ücretsiz avukat sağlanması konusunda devletten talep edilen bilgilerin verilmesinin reddedilmesinin AİHS m.10 kapsamında bilgiye erişim hakkını kısıtlayıp kısıtlamadığının incelendiği *Magyar Helsinki Bizottság v. Macaristan* kararı, AİHM'in ölçülülük ilkesini kullandığı veya müdahalenin AİHS yönünden orantılı olup olmadığını değerlendirdiği bazı önemli örneklerdir. Son olarak Mahkeme'nin Türkiye'ye karşı açılan *Sürek v. Türkiye*, *Ceylan v. Türkiye*, *Gündüz v. Türkiye*, *Başkaya ve Okuçuoğlu v. Türkiye* ve *Tüzel v. Türkiye* gibi çeşitli davalarda devlet organlarınca yapılan müdahaleleri AİHS m.10 kapsamında ölçülülük ilkesini gözeterek karara bağladığı ayrıca belirtilmelidir. AİHM,

olağanüstü durumlarda dahi kamu otoritelerinin, insan hakları çerçevesinde belirlenmiş sınırlar içinde hareket edip etmediklerini, ulaşılması hedeflenen meşru amaçlar için makul olandan daha fazla bir müdahalede bulunulup bulunmadıklarını araştırmaktadır<sup>[113]</sup>. AİHM’in yine sivil itaatsizlik eylemleriyle ilişkilendirilebilecek ve ifade hürriyeti ile toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlükleri kapsamında verdiği pek çok kararında da ölçülülük ilkesini değerlendirmelerine esas aldığı dikkat çeker<sup>[114]</sup>. Benzer bir yak-

*Handyside v. Birleşik Krallık*, No 5493/72, 7 Aralık 1976; AİHM, *Sunday Times v. Birleşik Krallık*, No 6538/74, 26 Nisan 1979; AİHM, *Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, No 5947/72, 25 Mart 1983; AİHM, *Olsson ve İsveç (No. 1)*, No 10465/83, 24 Mart 1988; AİHM, *Vereinigung Bildender Künstler v. Avusturya*, No 68354/01, 25 Ocak 2007; AİHM, *Otto-Preminger-Institut v. Avusturya*, No 13470/87, 20 Eylül 1994; AİHM, *A, B ve C v. İrlanda*, No 25579/05, 16 Aralık 2010; AİHM, *Soering v. Birleşik Krallık*, No 14038/88, 7 Temmuz 1989; AİHM, *Gillow v. Birleşik Krallık*, No 9063/80, 24 Kasım 1986; AİHM, *Magyar Helsinki Bizottság v. Macaristan*, No 18030/11, 8 Kasım 2016; AİHM, *Sürek v. Türkiye*, No 26682/95, 8 Temmuz 1999; AİHM, *Ceylan v. Türkiye*, No 23556/94, 8 Temmuz 1999; AİHM, *Gündüz v. Türkiye*, No 35071/97, 4 Aralık 2003; AİHM, *Tüzel v. Türkiye*, No 57225/00, 21 Şubat 2006; AİHM, *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye*, No 23536/94 ve 24408/94, 8 Temmuz 1999.

[113] Yücel Oğurlu, “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak ‘Ölçülülük İlkesi’”, *Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE’ye Armağan*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2001, s.504-505.

[114] Bu doğrultuda Mahkeme’nin, askeri bir geçit töreni sırasında savaş karşıtı bir pankart açan göstericiye yapılan müdahaleyi AİHS m.10 ve 11 kapsamında incelediği *Chorherr v. Avusturya* kararı; çevre eylemlerine katılan eylemcilerin tutuklanmalarını AİHS m.10 ve 11 kapsamında incelediği *Steel ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararı; başvuru avukatın bir gösteriye katıldığı için disiplin cezasına çarptırılmasını AİHS m.11 kapsamında incelediği *Ezelin v. Fransa* kararı; barışçıl fakat izinsiz protesto gösteri yapan eylemcilerin polis tarafından dağıtılmasını AİHS m.11 kapsamında incelediği *Bukta ve Diğerleri v. Macaristan* kararı; hükümet karşıtı protestolara katılan ve hapis cezasına çarptırılan başvuruçunun durumunu AİHS m.5, 10 ve 11 kapsamında incelediği *Taranenko v. Rusya* kararı; çeşitli gösterilere katılan, para ve hapis cezalarına çarptırılan başvuruçuların durumunu AİHS m.5, 6, 11 ve 13 kapsamında incelediği *Navalnyy ve Yashin v. Rusya* kararı; Moskova Onur Yürüyüşü’nün 2006, 2007 ve 2008 yıllarında yasaklanmasını AİHS m.11, 13 ve 14 kapsamında incelediği *Alekseyev v. Rusya* kararı; toplumsal gösteri ve eylemler

laşımı benimseyen ABAD yönünden de, ölçülülük ilkesinin son derece

bağlamında yine Rusya'ya karşı açılan ve öncelikle AİHS m.11 -ve bazı davalarda diğer sair maddeler- kapsamında incelediği Primov ve Diğerleri v. Rusya, Frumkin v. Rusya, Obote v. Rusya, Annenkov ve Diğerleri v. Rusya, Kasparov ve Diğerleri v. Rusya kararları; 1 Mayıs İşçi Bayramı gösterilerine katılmak isteyen sendika üyelerine orantısız müdahalede bulunulmasını ve toplanma özgürlüğünün engellenmesini AİHS m.11 kapsamında incelediği DİSK ve KESK v. Türkiye kararı; Kıbrıslı bir Türk'ün Kıbrıs Rumlarıyla barışçıl bir toplantıya katılmasının engellenmesini AİHS m.11 ve 13 kapsamında incelediği Djavit An v. Türkiye kararı; başvuruçuların izinsiz gösteriye katılmalarını ve gözaltına alınmalarını AİHS m.11 kapsamında incelediği Akgöl ve Göl v. Türkiye ile Oya Ataman v. Türkiye kararları; vicdani ret hakkını kullanan başvuruçunun hapis cezasına çarptırılmasını AİHS m.9 kapsamında incelediği Bayatyan v. Ermenistan kararı; vicdani ret hakkını kullanan başvurunun hapis cezasına çarptırılmasını AİHS m.3 kapsamında incelediği Ülke v. Türkiye kararı, doğrudan ölçülülük ilkesinden yararlandığı çeşitli örneklerdir. Ayrıca Türkiye aleyhinde açılan ve konusu vicdani retle ilişkili olan Erçep v. Türkiye, Savda v. Türkiye, Tarhan v. Türkiye ile Buldu ve Diğerleri v. Türkiye davalarında mahkemenin, doğrudan ölçülülük ilkesine atıf yapmasa da kararlarında, “genel anlamda toplum çıkarları ile vicdani retçiler arasında adil bir denge kurma” yükümlülüğünden bahsetmesi ve “gerekli olmayan bir müdahale” gibi ifadeler kullanması itibarıyla dolaylı olarak ilkeyi gözettiği söylenebilir. AİHM, *Chorherr v. Avusturya*, No 13308/87, 25 Ağustos 1993; AİHM, *Steel ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, No 24838/94, 23 Eylül 1998; AİHM, *Ezelin v. Fransa*, No 11800/85, 26 Nisan 1991; AİHM, *Bukta ve Diğerleri v. Macaristan*, No 25691/04, 17 Temmuz 2007; AİHM, *Taranenko v. Rusya*, No 19554/05, 15 Mayıs 2014; AİHM, *Navalnyy ve Yashin v. Rusya*, No 76204/11, 4 Aralık 2014; AİHM, *Alekseyev v. Rusya*, No: 4916/07, 25924/08 ve 14599/09, 21 Ekim 2010; AİHM, *Primov ve Diğerleri v. Rusya*, No 17391/06, 12 Haziran 2014; AİHM, *Frumkin v. Rusya*, No 74568/12, 5 Ocak 2016; AİHM, *Obote v. Rusya*, No 58954/09, 19 Kasım 2019; AİHM, *Annenkov ve Diğerleri v. Rusya*, No 31475/10, 25 Ekim 2017; AİHM, *Kasparov ve Diğerleri, v. Rusya*, No 21613/07, 3 Ekim 2013; AİHM, *DİSK ve KESK v. Türkiye*, No: 38676/08, 25 Ekim 2016; AİHM, *Djavit An v. Türkiye*, No 20652/92, 20 Şubat 2003; AİHM, *Akgöl ve Göl v. Türkiye*, No 28495/06 ve 28516/06, 17 Mayıs 2011; AİHM, *Oya Ataman v. Türkiye*, No 74552/01, 5 Aralık 2006; AİHM, *Bayatyan v. Ermenistan*, No 23459/03, 7 Temmuz 2011; AİHM, *Ülke v. Türkiye*, No 39437/98, 24 Ocak 2006; AİHM, *Erçep v. Türkiye*, No 43965/04, 22 Kasım 2011; AİHM, *Savda v. Türkiye*, No 42730/05, 12 Haziran 2012; AİHM, *Tarhan v. Türkiye*, No 9078/06, 17 Temmuz 2012; AİHM, *Buldu ve Diğerleri v. Türkiye*, 14017/08, 3 Haziran 2014. Vicdani ret eylemlerini sivil itaatsizlik bağlamında değerlendiren ve bu bağlamda Türkiye'nin taraf olduğu AİHM davalarını inceleyen bir çalışma için bkz. Nieminen, *op. cit.*, *passim*.

önemli olduğu ve Avrupa Birliği hukukuna dâhil edildiği ayrıca belirtilmelidir. ABAD’a göre bu ilkenin temelinde, menfaatleri dengeleme arayışı yer almakta olup bir kamu otoritesinin sadece kamusal veya özel nitelikli çıkarları tartmakla kalmayarak özel çıkarlara en az yük getirecek önlemleri seçmesi gerektiği düşüncesi bulunmaktadır<sup>[115]</sup>. Uluslararası mahkemele-  
rin verdikleri kararların gerekçelerinde ölçülülük ilkesine dayanmalarının, ulusal mahkemeler açısından da göz önünde bulundurulması gereken bir

[115] Giacinto della Cananca, “Reasonableness in Administrative Law”, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor ve Chara Valentini (Ed.), Reasonableness and Law, New York, Springer, 2009, s.303. Oğurlu, ABAD’ın ölçülülük ilkesine başvurduğu kararlarında gereklik, elverişlilik ve orantılılık alt ilkelerinden bilhassa orantılılığı sıklıkla kullandığını belirtir. Oğurlu, “AİHM Kararları”, op. cit., s.490-491. Bu bağlamda ABAD’ın doğrudan ölçülülük ilkesine atf yaptığı bazı kararları için bkz. Avrupa Birliği Adalet Divanı, 3 Aralık 2019 Tarihli Karar, Çek Cumhuriyeti v. Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi, C-482/17, EU:C:2019:1035; Avrupa Birliği Adalet Divanı, 12 Haziran 2003 Tarihli Karar, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Avusturya Cumhuriyeti, C-112/00, EU:C:2003:333; Avrupa Birliği Adalet Divanı, 24 Şubat 2022 Tarihli Karar, PJ v. Agenzia delle Dogane e dei Monopoli and Ministero dell’Economia e delle Finanze, C-452/20, EU:C:2022:111; Avrupa Birliği Adalet Divanı, 9 Aralık 1997 Tarihli Karar, Avrupa Toplulukları Komisyonu v. Fransa, C-265-95, EU:C:1997:595; Avrupa Birliği Adalet Divanı, 18 Mart 2004 Tarihli Karar, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, 36/02, EU:C:2004:614; Avrupa Birliği Adalet Divanı, 17 Mayıs 2023 Tarihli Karar, P.M. v. Dyrektor Izby Administracji Skarbowej w Warszawie, C-105/22, EU:C:2023:414; Avrupa Birliği Adalet Divanı, 4 Mayıs 2016 Tarihli Karar, Pillbox 38 (UK) Limited v. Secretary of State for Health, C-477/14, EU:C:2016:324; Avrupa Birliği Adalet Divanı, 10 Haziran 2014 Tarihli Karar, Telefónica SA and Telefónica de España SAU v. Avrupa Komisyonu, C-295/12 P, EU:C:2014:2062; Avrupa Birliği Adalet Divanı, 10 Nisan 2014 Tarihli Karar, Areva ve Diğerleri v. Avrupa Komisyonu, C-247/11 P ve C-253/11 P, EU:C:2014:257; Avrupa Birliği Adalet Divanı, 26 Haziran 2012 Tarihli Karar, Polonya Cumhuriyeti v. Avrupa Komisyonu, C-335/09 P, EU:C:2012:385; Avrupa Birliği Adalet Divanı, 5 Mayıs 2011 Tarihli Karar, Ze Fu Fleischhandel GmbH (C-201/10) and Vion Trading GmbH (C-202/10) v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas, C-201/10 ve C-202/10, EU:C:2011:282; Avrupa Birliği Adalet Divanı, 29 Nisan 1999 Tarihli Karar, The Queen v Secretary of State for the Environment and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, C-293/97, EU:C:1999:215.

mahiyeti olduğu açıktır. Bu durumu, aşağıda değinilecek olan Anayasa'nın 138. maddesinin uzantısında da düşünmek mümkündür.

Sivil itaatsizlik eylemleri bağlamında Anayasa'nın 90. maddesinin ilgili hükmünün yanı sıra “Mahkemelerin Bağımsızlığı” başlıklı 138. maddesi birinci fıkrasında yer alan “(h)akimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler” düzenlenmesini de ele almak gerekir. İlgili düzenleme, bilhassa suç ve cezaların kanuniliği prensibine dayanan ceza hukukunda, hâkimin öncelikle anayasaya ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere, sonra yasaya uygun karar vermesi gerektiğini bildirerek failin “yasaya uygun ama anayasanın -ya da sözleşmelerin- temel ilkelerine aykırı” norma dayanarak cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda bir belirsizliğe neden olmakta ya da en azından bu hususu tartışılabilir hale getirmektedir. 138. maddede belirtilen hususu göz önüne alarak yargılama yapacak bir hâkimin, yasaya aykırı ama onun üstünde yer alan uluslararası sözleşme ile anayasaya uygun fiil dolayısıyla, bunlara aykırı normu cezalandırmada esas almasının aynı maddede yer alan hukuka -ya da daha geniş anlamda hukuk devletinin gereklerine- ne kadar uygun olacağı tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin eski üyelerinden Aliefendioğlu'nun 138. madde bağlamında belirttiği üzere, anayasaya aykırı bir yasa karşısında hâkimin karar verirken izleyeceği yol, alt kuraldan üst kurala doğru değil, soyut üst kuraldan somut alt kurala doğru gitmek şeklinde olmalı; hâkim alt kuralın üst kurala uygunluğunu araştırmalıdır<sup>[116]</sup>. Bu araştırma sürecinde 90. maddenin ilgili fıkrası da göz önüne alındığında hâkimin temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerdeki hükümleri de yapacağı değerlendirmede göz önüne almasının anayasal bir zorunluluk olduğu söylenebilir. Ceza davasına konu edilmiş birtakım sivil itaatsizlik

[116] Yılmaz Aliefendioğlu, “Tartışma”, in Hayrettin Ökçesiz (Ed.), *Sivil İtaatsizlik - Disiplinlerarası Kolokyum, 7-9 Kasım 1997*, İstanbul, Demokrasi Kitaplığı, 1999, s.231.

eylemlerinin anayasada -ya da temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerde- yer alan düşünce ve ifade özgürlüğü ile gösteri ve yürüyüş hakkına ilişkin çeşitli kısıtlayıcı düzenlemeler kapsamında olup olmadığı hususunda hâkimin -özellikle delillerin değerlendirilmesi bağlamında- takdir hakkının olacağı kuşkusuzdur. Keza aşağıda değinileceği üzere, fiilin haksızlık içeriğinin azlığı dolayısıyla Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) m. 223/4(d) hükmü gereği cezalandırılabilirlik durumunun müphem hale gelebileceği de göz ardı edilmemelidir.

Hukuki yönden sivil itaatsizlik eylemleri veya daha genel olarak sivil itaatsizlik olgusu, yukarıda ana hatlarıyla ele alındığı üzere idare ve esasen anayasa hukuku boyutlarının yanı sıra ceza hukuku yönünden de değerlendirilmesi gereken bir niteliği haizdir. İdeal bir demokratik hukuk devletinde, bilhassa temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını kısıtlayan ve bu kısıtlamalar bağlamında faille ceza öngören normların ölçülülük denetiminden geçirilmesi<sup>[117]</sup> büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda ölçülülük, hak ve özgürlüklerle cezai nitelikteki sınırlandırıcı düzenlemelerin tartımında ve çatışan menfaatlerin dengelenbilmesinde hem yasama organı hem de yargılama makamları bakımından önemli bir kıstastır. Yasama yönünden bu ilkenin gözetilmesi suretiyle, ceza hükmü içeren yasaların katılığının hafifletilmesi ve demokratik bir hukuk devletinin gerekleriyle uyumlu biçimde, temel hak ve özgürlükleri koruyucu bir içerikle donatılarak ilerlemeci bir karaktere sahip kılınması mümkündür; yargılama makamları açısından da hükmün emredici içeriğinin amacına göre aşırı veya orantısız cezai müeyyideler barındırması nedeniyle uygulama aşamasında olumsuz sonuçlara yol açması gibi durumlarda çatışan menfaatlerin tartımı kolaylaşacaktır<sup>[118]</sup>. Roxin'in belirttiği gibi, devletin ceza hukuku

[117] Ölçülülük ilkesi ile ceza hukuku arasındaki ilişkiye dair farklı bir yaklaşım için bkz. Rumpf, op. cit., s.36-37.

[118] Andrea Morrone, "Constitutional Adjudication and the Principle of Reasonableness", in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor ve Chara Valentini

alanında sahip olduğu gücün sınırlandırılabilmesi ve meşruluğunu koruyabilmesi için hem ceza kanunlarının oluşturulması hem de uygulanması aşamalarında adalete dayalı bir ölçülülük analizinin esas alınması ve anayasada düzenlenmiş demokratik hukuk devleti düşüncesinin temel ilkelerine bağlılığın sürdürülmesi zorunludur<sup>[119]</sup>. Demokratik bir hukuk devletinde olması gereken; gücün kaynağı olan halkın yaşam koşullarının adil biçimde düzenlenerek bir arada yaşamanın toplumsal koşullarının sağlanması ve bireylerin varoluşuna ilişkin vazgeçilmez nitelikteki temel hak ve özgürlükleri sınırlamayan, aksine onları koruyup geliştirmeye odaklanan bir ceza hukuku düzeninin kurulmasıdır<sup>[120]</sup>. Gerçekten de hukuk devletinin sadece şekli bakımından değil maddi anlamda da hayata geçirilebilmesi için, ceza normlarının insana saygı ilkesinden hareketle insan onuruyla bağ-

---

(Ed.), *Reasonableness and Law*, New York, Springer, 2009, s.224.

[119] Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin, 2003, s.313.

[120] *Ibid.*, s.313-314. Roxin'e göre "devlet, ne yalın ahlaka aykırılık ne yalın düzene aykırılık niteliğindeki davranışları suç haline getirebilir". Bu açıdan düşünüldüğünde adaletsizlik ve haksızlıklara karşı bir mücadele aracı ve esasen düzene aykırı davranışlar biçiminde yorumlanabilecek farklı sivil itaatsizlik eylemlerinin suç niteliği vasfının dahi tartışılabilir olduğundan bahsedilebilir. En azından bu noktada devletin ceza hukuku politikasının ve yargılama makamlarının uygulama aşamasında izledikleri usullerin demokratik bir hukuk devletinin gereklilikleri doğrultusunda yeniden gözden geçirilmesi her zaman mümkündür. Gerçekten devlet, "yalnızca vatandaşların tehlikelerden arındırılmış bir biçimde birlikte yaşamlarını güvenceye almak hakkına sahiptir. Ceza hukuku yasakları da, yalnızca yaşam, özgürlük, malvarlığının korunması veya bu amacını icra edebilmesi için ve bu amaçla yetkilendirilmiş devlet organlarının faaliyette bulunma yeteneklerinin korunmasıyla meşrulaştırılabilir. Böylece siyasi gücün ceza hukuku yetkileri insanların bir arada varoluşları ve çok çeşitli açılardan değerli olan koşulların korunması fonksiyonuna hizmet etmektedir". *Ibid.*, s.314. Sivil itaatsizlik eylemlerinin ayırt edici noktalarından birinin de şiddetsizlik olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu eylemlerle yurttaşların veya toplumun herhangi bir tehlike altına sokulmadığı açıktır. Dahası, pek çok eylemin, insanların eşit ve adil koşullar altında yaşamlarını sürdürebilmelerine yönelik talepleri hayata geçirmek amacıyla gerçekleştirildiği dikkate alındığında sivil itaatsizliğin toplumsal varoluşu güçlendirici nitelikte bir katkı sunduğundan dahi bahsedilebilir.

daşmayan cezalar içermemesi, eziyet veya işkence niteliğinde uygulamalar barındırmaması ve hâkimlerin keyfi kararlar almasının önüne geçecek kurumlara yer vermesi gibi birtakım özelliklere sahip olması gerekir<sup>[121]</sup>. Rudolphi'ye göre hukuk devleti, sadece kanunilik prensibine dayanmakla yetinmemeli; maddi adaleti gerçekleştiren, koruyan, düzenleyen ve geliştiren bir yapı olarak bireysel ve politik özgürlükleri en geniş biçimde hayata geçirmeli; keza ceza normları da, devletin maddi ve ahlaki meşruiyetini sağlayabilmek için, toplumsal yaşamın bir arada sürdürülmesiyle ve temel insan haklarının güvence altına alınmasıyla sınırlı bir çerçeve içinde konumlandırılmalıdır<sup>[122]</sup>. Keza bu normların, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini kullanmalarını sınırlandıran veya engelleyen hükümlerinin, daha önce bahsedilen araç ile amaç ilişkisini gözeterek düzenlenmesi gerekir. Bu gereklilik, ideal bir hukuk devletinde yasa koyucuya, ceza yasalarında öngörülen suç ve cezaları belirlerken temel hak ve özgürlüklerle ilgili güvenceleri her halükarda gözetilen bir hukuk politikasına bağlı kalma; yargı

[121] Kayıhan İçel ve Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku - Genel Kısım - 1. Kitap*, İstanbul, Beta, 5. Baskı, 2006, s.72-73.

[122] Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması*, *op. cit.*, s.321-322. Konuyu hukuk devleti bağlamında ele alan başka Alman hukukçu olan Michael Marx ise devletin, hukukun ve özelde ceza hukukunun amacının insanlara hizmet etmek olduğunu, yasa koyucunun yeni suç tipleri yaratırken keyfi davranamayacağını ve hukuk devletinin maddi yönden gerçekleştirilebilmesi için yapılan düzenlemelerin mantıken denetlenebilen ölçütlerle değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedir. Ona göre ceza hukuku düzenlemelerin esas amacı, bireylerin kendilerini özgürce geliştirmesini sağlayacak bir ortamı yaratmakla yükümlü olan hukuk düzeninin kurduğu yapıya yönelik saldırıları engellemekle sınırlıdır. Radbruch'un tezlerinden hareket eden Marx, "bireysel bir değer sistemine taraftar olmuş ve devletin tarihsel tecrübelerle dayanarak insan onurunu değer olarak kabul etmek ve onun en üst değer olarak değerlendirmek ödevi olduğu görüşünü savunmuştur. Uluslararası sözleşmelerin de desteklediğini ifade ettiği bu düşüncesi açısından (Alman Anayasası'nın) da bu yöndeki düzenlemelere zemin hazırladığını ifade eden Marx, (Alman Anayasası'nın) 1. maddesinde ifade edilen insan onurunun kanun koyucunun tasarruflarında en belirleyici ölçüt olduğunu, hukuksal norm yaratılması, yorumu ve uygulamasında anayasanın bu hükmünün temel ölçüt olduğunu ifade etmiştir". *Ibid.*, s.330-332.

organına da önüne gelen olayda suç ve ceza içeren normu, anayasa ya da uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınan temel hak ve özgürlükleri işlevsiz kılacak ya da tamamen ortadan kaldıracak biçimde yorumlamaktan kaçınma sorumluluğu yüklemektedir. Yasaya aykırı ama anayasaya uygun sivil itaatsizlik eylemlerinin cezalandırılabilirliği tartışmasında, kaçınma sorumluluğu bağlamında düşünüldüğünde de ölçülülük ilkesi, bilhassa suç ve cezanın yorumlanmasında, demokratik bir hukuk devletinin içinin doldurulması ve temel hak ve özgürlüklerin üstün tutularak somutlaştırılabilmeleri bakımından kendisinden yararlanılabilecek hukuki bir çerçeveyi sunmaktadır.

Türk Ceza Kanunu bağlamında düşünüldüğünde bir fiil olarak sivil itaatsizliğin doğrudan ayrı bir suç kategorisi olarak düzenlenmediği ve Kanun'un 2. maddesinde yer alan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinden hareketle de suç vasfı taşımadığı, dolayısıyla cezalandırılabilirliğinin mümkün olmadığı gibi bir düşünce ilk etapta öne sürülebilirse de, sivil itaatsizliğin konusunu oluşturan eylem ya da eylemler hakkında farklı suç isnatlarıyla yargılama yapılabilmesi her zaman mümkündür. Sivil itaatsizlik eylemlerine ilişkin yapılan ceza yargılamaları da bu doğrultuda gerçekleşmektedir. Sivil itaatsizlik eylemlerini ceza hukuku mevzuatı bağlamında incelemeye geçmeden önce, çalışmanın bu bölümünde benimsenen metodu kısaca açıklamak gerekir. Öncelikle çalışmanın sınırları dolayısıyla, sivil itaatsizlik eylemlerinin özelleştirilmiş örnekler üzerinden farklı suç tipleri bağlamında ilgili hukuk normları bakımından ayrı ayrı değerlendirmesinin yapılmayacağı belirtilmelidir. Sivil itaatsizlik eylemleri, tümel bir olgu olarak, belirli bir somutlaştırmaya gidilmeden, farklı hareket tarzlarıyla eylem biçimlerini barındırabilen bir mücadele yöntemi olarak soyut biçimde ele alınacak; Türkiye'deki hukuksal düzenlemeler bağlamında hukuka aykırı fiiller kapsamında değerlendirilerek haksızlık içeriğinin niceliği ve cezalandırılabilirlik tartışması etrafında, teorik bir genellenebilirlik analizine tabi tutularak incelenecektir.

Sivil itaatsizlik eylemcilerinin, ceza kanunları kapsamında suç olarak düzenlenen bir fiili gerçekleştirmeleri nedeniyle ortaya çıkan hukuka aykırılık; norm tarafından düzenlenmiş emir veya yasağa aykırı hareket edilmesinin bir sonucudur ve fiilin de hukuk düzenince onaylanmadığının, kabul edilebilir olmadığının bir ifadesidir<sup>[123]</sup>. Hâlihazırda suç oluştursun veya oluşturmamasın hukuka aykırılığın fiilin bir vasfı olması dolayısıyla sadece varlığından ya da yokluğundan bahsedilebileceği, azlığından veya çokluğundan söz edilemeyeceği fakat hukuka aykırı olan fiilin kendisini ifade eden haksızlığın, muhtevası itibarıyla birbirlerinden farklılaşabileceği, dolayısıyla da fiilin haksızlık içeriğinin azlığının ya da çokluğunun ayrıca incelenmesi gereken bir olgu olduğu söylenmelidir<sup>[124]</sup>. Hukuka aykırılık, itaatsizlik eyleminin içkin bir uzantısı olduğundan, tam da bu noktada fiilin haksızlık içeriğine ilişkin tartışmalara girmeden önce, hukuka uy-

[123] Veli Özer Özbek *et al.*, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 15. Baskı, 2024, s.290; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 20. Baskı, 2024, s.294.

[124] Özgenç, *op. cit.*, s.298; Neslihan Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2016, s.418-419. Özgenç’e göre fiilin hukuka aykırılığının kusurluluk gibi bir derecelendirmeye bağlı olup olmadığı doktrinde tartışma konusu yapılmışsa da, buradaki tartışma, hukuka aykırılık ile haksızlık kavramlarının birbirine karıştırılmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin basit yaralama fiiliyle, ağır yaralama fiilinin her ikisi de hukuka aykırıdır. Birinin daha az, diğerinin daha fazla hukuka aykırı olduğundan bahsedilemez. Bu iki fiil arasında ancak haksızlık muhtevası dolayısıyla bir farklılık mevcuttur. Bekar’a göre de burada “hukuka aykırılık” ile “haksızlık” kavramları arasında bir ayırım yapılması zorunluluğu vardır. Buna göre “hukuka aykırılık suçun bir unsuru olup, fiile atfedilen bir özelliktir. Hukuka aykırılık, fiilin tüm hukuk düzeni bakımından aykırılığı anlamına gelir ve tüm hukuk düzeni ile çelişmesini ifade eder. Bu nedenle hukuka aykırılık bir derecelendirmeye tabi tutulamaz. Bununla birlikte hukuka aykırı fiili ifade eden haksızlık, fiilin bir sıfatı veya vasfı değil; bizzat kendisidir ve görüldüğü gibi derecelendirmeye bağlı tutulması da mümkündür”. Özgenç, *op. cit.*, s.298-299; Elif Bekar, “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 75, Sayı 1, Haziran 2017, s.39.

gunluk veya kusurluluğu etkileyen nedenler gibi<sup>[125]</sup> faktörler özelinde kısa bir değerlendirme yapılması da gerekmektedir. TCK'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, haber verme hakkı ile “eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları” şeklinde tanımlanan ve ifade özgürlüğü bağlamında eleştiri hakkını kapsadığı doktrince belirtilen “hakkın kullanılması” durumunun<sup>[126]</sup>, bazı sivil itaatsizlik eylemleri yönünden hukuka uygunluk ne-

[125] Hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen nedenler TCK'nın birinci kitap, ikinci kısım, ikinci bölümünde “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında 24 ile 34. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre hukuka uygunluk nedenleri; kanun hükmünün yerine getirilmesi (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın kullanılması (m.26/1) ve ilgilinin rızasıdır (m.26/2). Kusurluluğu etkileyen (kusuru ortadan kaldıran veya azaltan) nedenler ise; hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (m.24/2-4), zorunluluk hali (m.25/2), ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerle meşru müdafaada sınırın aşılması (m.27), cebir, şiddet, korkutma ve tehdit (m.28), haksız tahrik (m.29), hata halleri (m.30), yaş küçüklüğü (m.31), akıl hastalığı (m.31), sağır ve dilsizlik (m.32) ve alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde bulunmak gibi geçici nedenlerdir (m.34). Ana metinde kısaca değinileceği üzere, genel olarak hukuka uygunluk nedenlerinin ve kusurluluğu etkileyen nedenlerin, ancak sınırlı bazı eylem biçimlerini kapsamına alabilen ve TCK m.26/1'de düzenlenen “hakkın kullanılması” durumu dışında, sivil itaatsizlik eylemleri bağlamında uygulanabilir olduklarını söylemek mümkün gözükmemektedir. Fiilin toplumsal uygunluğunu, TCK m.26/2'de belirtilen ilgilinin rızası kapsamında, hukuka uygunluk yönünden değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesine ilişkin bir tartışma için bkz. Arif Emre Sümer, “Türk Ceza Hukukunda Müsamaha Edilen Zimmet Kavramı ve Müsamaha Edilen Zimmetin Cezalandırılmamasının Nedeni”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, 2023, s.1261-1264.

[126] Berrin Akbulut, *Türk Ceza Hukuku - Temel Bilgiler*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2024, s.204-206; Özgenç, *op. cit.*, s.305-309. Hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için, özel veya kamu hukukundan kaynaklanan sübjektif bir hakkın, yine hakkın sınırları dâhilinde ölçülülük ilkesi gözetilerek kullanılması gerekmektedir. Sübjektif hak, hukuk düzenince korunan ve hak sahibinin başka hiçbir otoritenin iradesi ve aracılığına başvurmaksızın doğrudan kendi kararıyla yararlanabileceği bir hak türüdür. Söz konusu hakka dayanarak gerçekleştirilen fiiller, hak ile aralarındaki nedensellik bağıını korudukları sürece hukuka uygun sayılmaktadırlar. Ayrıca hakkın kötüye kullanılmaması da şarttır. Bu doğrultuda menfaatler arasında denge kurulması, yani ölçülülüğün gözetilmesi suretiyle hakkın koruduğu menfaat ile suçun maddi unsuru olan fiilin çiğnediği menfaat arasında denkleştirme ve uyumlaştırmanın gözetildiği bir tartımın yapılması gerekmektedir.

deni olarak kabul edilmesi düşünülebilir. Ancak ilgili düzenlemenin, fiilin haksızlık içeriğinin azlığında olduğu gibi genel bir niteliği haiz bulunmadığı ancak bazı özel vakalarda kabul edilebilir olduğu açıktır.

Sivil itaatsizlik, birinci kuşak haklar gibi bir hak statüsüne kavuşturularak pozitif hukuk tarafından tanınsa bile, bunun klasik haklar gibi hukuk düzeniyle bütünleştirilebilmesi; eylemsel niteliğinin hukuka aykırılıkla kendi özgün kimliğine kavuşması ve Türkiye'deki pozitif hukuk düzenlemelerinin içeriği gibi etmenler dolayısıyla kolay olmayacaktır. Böyle bir durumda dahi eylemin hukuka uygunluk nedenleri kapsamında suç vasfının mı yoksa haksızlık niteliği üzerinden cezalandırılabilirliğinin mi ortadan kalkacağı tartışması devam edecektir. Çalışmada söz konusu tartışmaya derinlemesine girilmeksizin, CMK kapsamında eylemlerin haksızlık içeriğinin niceliğinin belirlenmesi meselesi üzerinde bu nedenlerle durulmaktadır. Bu amaç doğrultusunda, evrensel insan hakları düşüncesi, hukukun genel ilkeleri, doğal hukuk anlayışları, direnme hakkı, insan onuru, eşitlik ve adalet fikri gibi olması gereken hukuka ilişkin soyut ilke ve kavramlarla birlikte pozitif hukukun en önemli bileşenleri olan 1982 Anayasası'ndaki temel hak ve özgürlükler kataloğu ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin bir arada değerlendirilmesine

Bununla birlikte Özbek ve diğerlerinin belirttiği üzere, hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılmasına ilişkin şartlar, sadece çerçeve şart niteliğindedir; her bir durum için ona özgü olan koşullar ayrıca değerlendirilmelidir. Son olarak, hakkın kullanılması durumunun -yukarıda sivil itaatsizlik eylemleriyle ilişkilendirilebileceği için değinilen-, “haber verme” ve “eleştiri” haklarıyla sınırlı olmadığı eklenmelidir. Hekimlik mesleğinin icrası ile iddia ve savunma dokunulmazlığı hakları da bu kapsamda incelenmektedir. Özgeçen, op. cit., s.304; Akbulut, op. cit., s.203; Özbek et al., op. cit., s.328; 329-343; Uğur Uruşak, *Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması*, İstanbul, On İki Levha, 2010, s.213. Hakkın kullanılması bağlamında ayrıca bkz. Uruşak, op. cit., s.192-217. Hakkın sınırları kavramının yine sivil itaatsizlik eylemleri açısından sorun yaratabileceği, daraltıcı yorum yapılması halinde, sivil itaatsizlik eylemcisinin bu sınırları aştığına kolaylıkla karar verilebileceği ve hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanabilmesi imkânının ortadan kaldırılabilirliği belirtilmelidir. Her durumda fiilin haksız içeriğinin niceliğinin sorgulanması, bu nedenle daha işlevsel olacaktır.

dayanan bir ölçüt - çözüm arayışı ön plana çıkmaktadır. Böylece, örneğin izinsiz gösteri yapmak gibi tek bir somut olay için, anayasaya veya uluslararası sözleşmelere atıfla hukuka uygunluk nedenleri bulmak ve buna ilişkin bir tartışma yürütmek yerine; özgürlüklerin geniş, kısıtlamaların veya yetkilerin dar yorumlanması gibi ilkelere dayanarak, genel olarak “hukuka aykırı” sivil itaatsizlik eylemlerinin haksızlık içeriğinin niceliği meselesine odaklanılmaktadır. Zira hukuk düzeninin kurucu değerleri olarak, insan haklarına ilişkin ideallerle temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa kurallarını öncelikle gözeten demokratik bir hukuk devletinin ceza hukuku sistematğinde, hukuka aykırılığın alanında gerçekleşecek sivil itaatsizlik eylemlerinin haksızlık içeriğinin niceliğinin tartışmaya açık olması gerekmektedir.

Bu bağlamda, sivil itaatsizlik eylemleri sonucunda ortaya çıkan fiilin haksızlık içeriğinin niceliği tartışmasının daha ayrıntılı biçimde yapılması gerekmektedir. Söz konusu fiil, son kertede yargılama makamınca suç olarak nitelendirildiğinde dahi, bu fiilin karşılığında failin cezalandırılabilirliği, özellikle CMK göz önüne alındığında, pozitif hukuk açısından çeşitli soru işaretlerine yol açmaktadır. CMK’nın 223. maddesinin 4. fıkrasının (d) bendinde yer alan “(i)şlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen; (...) işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı, (d)olayısıyla faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir” hükmünün sivil itaatsizlik eylemlerinden kaynaklı yasa ihlallerinde, ilgili fiilin haksızlık içeriğinin son derece tartışmalı olması nedeniyle gündeme gelebilmesi mümkündür. Haksızlık içeriğinin azlığının tartışılabilir olmasının en önemli sebebi -ilk bölümde değinildiği üzere-, sivil itaatsizlik eylemlerinin başta direniş hakkı ve diğer temel hak ve özgürlükler olmak üzere doğal hakların uzanımında somut adaletsizlik, eşitsizlik ve haksızlıklara karşı gerçekleştirilmeleri, dolayısıyla barındırdıkları felsefi, ahlaki ve toplumsal meşruiyettir. Sivil itaatsizlik eylemiyle çiğnenen yasa hükmü açısından bakıldığında hâkimin, CMK’nın ilgili hükmü doğrultusunda fiilin her ne

kadar hukuka aykırılığı tespit edilmiş olsa bile haksızlık içeriğinin niceliğinin mahkûmiyeti gerektirecek bir ağırlıkta olup olmadığı noktasında bir takdir yetkisinin olacağı -olması gerektiği- açıktır<sup>[127]</sup>. Bir normun, gerçek hayatta karşılaşılan bir olaya uygulanırken, öncelikle olayın kapsamına girip girmediğinin belirlenmesi, eğer giriyorsa, ifade ettiği hukuki neticenin olaya nasıl uygulanacağının saptanması için yoruma başvurulması bir zorunluluktur<sup>[128]</sup>. Keza yoruma başvurulması, sivil itaatsizlik eylemleri bağlamında fiilin haksızlık içeriğinin niceliğinin saptanması açısından da kaçınılmazdır. Örneğin fiilin haksızlık içeriğinin niceliği konusunda karar verilirken, TCK'nin "Cezaların Belirlenmesi" başlıklı 61. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen hususlar, hâkimin, haksızlık içeriğinin az ya da çok olduğu yönündeki hükmüne bir gerekçelendirme sağlayabilir<sup>[129]</sup>. Özellikle ilgili maddenin (g) bendinde düzenlenen, "failin güttüğü amaç ve saik" göz önünde bulundurularak cezanın alt veya üst sınırı arasındaki temel cezanın belirleneceği hükmü, doğrudan CMK'nın ilgili maddesinin uygulanması bağlamında kullanılamasa bile haksızlık içeriğinin niceliğinin tespitinde dolaylı yoldan, takdirin somutlaştırılabilmesi açısından etkili olabilecektir. Zira sivil itaatsizliğin gerçekleştirilmesiyle güdülen amaç ve saikin barındırdığı ahlaki içerik ile meşruiyet, doğal hukuktan gelen ve ayrıca uluslararası sözleşmeler ve anayasada da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin bir kullanım biçimi olarak nitelendirilebilecek, yasaya aykırı ama anayasaya uygun eylem iddiası, başta ölçülülük ilkesi olmak üzere Anayasa'nın 13. maddesinin hükmüyle birlikte düşünüldüğünde fiilin haksızlık içeriğinin varlığını ciddi manada sorgulanabilir hale getirecektir.

[127] Zahit Yılmaz, "Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından İşlenen Fiilin Haksızlık İçeriğinin Azlığı", in İbrahim Şahbaz, Gonca Kuru ve Melike Ezgi Yetimoğlu (Ed.), *Anayasa Hukukundaki Gelişmeler Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu - 30-31 Temmuz 2021*, İstanbul, Maltepe Üniversitesi, 2022, s.162.

[128] Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2003, s.180.

[129] Yılmaz, *op. cit.*, s.162.

Başka bir ifadeyle failin güttüğü amaç ve saikin bir taraftan evrensel insan hakları düşüncesiyle, ideal bir demokratik hukuk devleti düzeninin gereklilikleriyle, adalet, eşitlik ve özgürlüğe ilişkin etik değerlerle ne kadar bağlantılı olduğu diğer taraftan da temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal düzenlemelerin ve uluslararası sözleşmelerin koruma alanından yararlanıp yararlanmadığı, her somut olay özelinde yargılama makamlarınca belirlenmelidir.

Fiilin haksızlık içeriğinin azlığı halinin sivil itaatsizlik eylemleri bağlamında değerlendirilmesinde, doktrinde özellikle normativist anlayış tarafından eleştirilen<sup>[130]</sup> fiilin toplumsal uygunluğu teorisinin ele alınması son derece faydalı olacaktır<sup>[131]</sup>. Kullandığı kavramların muğlak ve sınırlarının belirsiz olması nedeniyle eleştirilen bu teoriye göre fiilin haksızlık içeriği, sadece suç tipinin lafzıyla sınırlı biçimde incelenmemeli; toplumsal yaşamdaki ahlaki -etik- düzen de göz önüne alınarak tespit edilmelidir<sup>[132]</sup>. Fiilin

[130] Bu konuyla ilgili olarak bkz. Yener Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul, Beta, 1998, s.118.

[131] Fiilin haksızlık içeriğinin azlığı ifadesinin ne olduğunun ortaya konabilmesi için ilgili ifadenin fiilin toplumsal uygunluğu kavramı ile birlikte incelenmesi gerektiği yönündeki doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz. Veli Özer Özbek, *CMK İzmir Şerhi - Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Gerekçeli - İhtihatlı)*, Ankara, Seçkin, 2005, s.867-868; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 16. Baskı, 2023, s.718-719; Koray Doğan, “Ceza Muhakemesinde Hüküm”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 3, Sayı 7, Ağustos 2008, s.189; Bekar, *op. cit.*, s.39.

[132] Ünver, *Ceza Hukukunda İzin*, *op. cit.*, s.71; Veli Özer Özbek ve Serkan Meraklı, “Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, 2017, s.5. Teorinin muğlak ve belirsiz olması, uygulamada her ne kadar hukuki belirsizlik sorunuyla karşılaşma gibi bir durum yaratıyorsa da, bu durumun, yargıçların uygun yorum yöntemlerini kullanmaları suretiyle, kurallardan kaynaklı olabilecek maddi adaletsizlik sorununa bir çözüm getirebilmesine imkân tanıdığı da belirtilmelidir. Gerçekten Dworkin’in kural - ilke ayrımı üzerinden düşünüldüğünde, ilkelerin kurallarla kıyaslandığında hem belirsiz hem esnek olmalarının, onlara muhtelif avantajlar sağlayabileceği göz ardı edilmemelidir. İlkelerin uzun bir zaman aralığında, sosyo-kültürel süreçlerin uzanımında oluşmaları ve değişimleri, onlara bir

toplumsal uygunluğu teorisi bakımından, şekli niteliği itibarıyla kanunda suça ilişkin öngörülen tipikliğe uyan ancak tarihsel süreç içerisinde, toplumsal düzen tarafından tolerans gösterilen ya da hoşgörüyle karşılanan fiillerin suç olarak değerlendirilmemesi, hukuka uygun veya normun korumaya alanının dışında olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir<sup>[133]</sup>. Keza toplumsal yönden değer taşıyan bir eylemin sosyal düzen üzerinde bir zarara yol açıp açmadığı incelenmekte, failin kişiliğine ilişkin unsurların eylemin niteliğini belirlediği kabul edilerek gerçekleştirilen fiilin toplumsal yaşamın sürdürülmesi açısından önem arz edip etmediği araştırılmaktadır<sup>[134]</sup>. Suçun belirlendiği yasal tanıma uymakla birlikte haksızlık içeriği az olan bazı fiillerin, toplumun en azından bir kesimi tarafından da hoş karşılanması veya kabul edilebilir görünmesi durumunda, toplumsal uygunluk teorisi bağlamında irdelenebileceği söylenebilir<sup>[135]</sup>. Bu yaklaşımın, sivil itaatsizlik eylemcilerinin ortaya koydukları eylemlerin toplumsal niteliği dikkate alındığında, öncelikle adaletsiz ve haksız sonuçlar doğuran bir yasa ya da uygulama karşısında ona karşı tepkilerini göstermek ve kimliklerini gizlemeden, hatta onları ön plana çıkararak kamuoyu nezdinde meşru gördükleri taleplerinin duyulmasını sağlamak gibi amaçlarla hareket etmeleri nedeniyle, toplumsal yönden uygunluğu bulunduğu ölçüde, fiilin haksızlık içeriğinin niceliğini tartışılabilir hale getirdiğinden bahsedilebilir.

belirsizlik görüntüsü katıyorsa da kuralın yarattığı “ya hep ya hiç” sonucu, ilkelere başvurulması durumunda ortaya çıkmamaktadır. Yorum aşamasında ilkeler, tartılarak ve dengelenerek, yargılama süreçlerindeki kararlar için gerekçeler sağlayabilmektedir. Dolayısıyla fiilin toplumsal uygunluğunun değerlendirilip yorumlanmasında da, tıpkı Dworkin’in kural - ilke ayrımında olduğu gibi yargıca önemli görevler düşmektedir. Ahmet Ulvi Türkbağ, “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 27, Sayı 1, 2011, s.82; Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 6. Baskı, 2019, s.340-341.

[133] Akbulut, *op. cit.*, s.103; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 17. Baskı, 2024, s.95.

[134] Koca ve Üzülmmez, *op. cit.*, s.94-95; Özgenc, *op. cit.*, s.168.

[135] Sümer, *op. cit.*, s.1260.

Welzel'in ifade ettiği biçimiyle “(t)opluumsal yaşamın tarihsel olarak oluşan toplumsal-etik düzeninin alanı içinde yapılan bütün faaliyetler, toplumsal bakımdan uygundur”<sup>[136]</sup>. Ceza hukukunun görevi; üçüncü kişilerin yaşam, sağlık, özgürlük ve mülkiyet gibi haklarının gözetilmesi keza toplumsal etik hareket değerlerinin, hukuksal inanç ile düşüncelelerin ve temel hakların korunup geçerliliklerinin onaylanması süreçlerinde, bütünsel olarak belirli hukuksal değerleri güvence altına almaktır<sup>[137]</sup>. Söz konusu güvencenin sağlanabilmesinde fiilin toplumsal uygunluğu teorisini, her somut olayın olgusal yönden değerlendirilmesinde dikkate alarak kullanabilmek mümkündür. Böylece ceza kanunlarındaki hükümlerin içerikleri; evrensel insan hakları düşüncesi, anayasal temel hak ve özgürlükler ile hukuk devleti ilkeleri gibi yüksek hukuksal değerlerin gereklilikleriyle sınırlandırılabilir. Teoriye ilişkin soyut bir evrensel insan hakları düşüncesi ile Alexy'nin ilkeler yaklaşımına benzer bir perspektifi merkeze alarak değerlendirmede bulunmak kuşkusuz Welzel'in ilk öngördüğü perspektiften yer yer uzaklaşmak manasına geliyorsa da, böyle bir uzaklaşmanın, adalet ve adaletsizlik kavramlarının toplumsal yaşam ile olması gereken hukuk düzeni idealleri içindeki anlamı düşünüldüğünde yersiz olmayacağı -hatta insanın değerini merkeze alan etik bir anlayışın geliştirilebilmesi yönünden faydalı olacağı- kuşkusuzdur. Sürekli değişim ve dönüşüm içinde olan toplumsal yapıda her ne kadar tek bir ahlaki - etik anlayıştan bahsetmek güç olsa da sivil itaatsizlik eylemlerinin toplumun belirli kesimlerince benimsenen güçlü bir ahlaki dayanağa sahip olması<sup>[138]</sup> ve bu bağlamda

[136] Hans Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, 516-517'den aktaran Ünver, *Ceza Hukukunda İzin*, *op. cit.*, s.71.

[137] Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması*, *op. cit.*, s.276; 391; 542.

[138] Sivil itaatsizlik eylemcisinin bireysel çıkardan ziyade toplumsal yararı korumak için suç -fiilini- işlemesi, bunu yaparken felsefi ve ahlaki ilkelerden hareket etmesi, suç teşkil eden fiilleri güvenlik görevlilerin gözü önünde gerçekleştirmesi, fiili saklama gayreti içinde olmaması ve yargılanmaktan kaçınmaması gibi unsurlar onu diğer suçlulardan ayıran temel özelliklerdir. Bu noktada sivil itaatsizlik eylemcisini, ceza yaptırımının

da kamuoyu nezdinde meşruiyetinin bulunması, ilgili eylemlerin hukuki yönden değerlendirilmesinde fiilin toplumsal yönden uygunluğunun da analiz edilmesini gerektirir.

Demokratik bir hukuk devletindeki yargısal yorum süreçlerinde, özgürlüklerin asıl buna karşın kısıtlamaların istisna olması kuralından hareketle de fiilin toplumsal uygunluğu yaklaşımından yararlanmak mümkündür. Gerçekten farklı suç tiplerine ilişkin unsurların yorumunda fiilin toplumsal uygunluğuna bakılması, muhtelif konulardaki adaletsizlik ve haksızlıkları ortadan kaldırmayı amaçlayan sivil itaatsizlik eylemlerini de içerecek biçimde, toplumsal yaşamla bağlantılı faaliyetlerin olağanlığı kapsamında ele alınmasını ve özellikle fiilin haksızlık içeriği azsa bunun suça ilişkin tipikliği dahi ortadan kaldıran -en azından tartışılabilir hale getiren- bir durum olarak değerlendirilmesini olanaklı kılar<sup>[139]</sup>. Sivil itaatsizlik eylemlerinin toplum nezdinde önem arz eden ve dolayısıyla ceza hukuku bakımından da anlam taşıyan hareketler olabileceği düşüncesi üzerinden, fiilin toplumsal uygunluğu yaklaşımının büyük oranda bir yorum aracı olarak işlev görebileceği göz ardı edilmemelidir<sup>[140]</sup>. Her ne kadar doktrinde lafzi yorum yerine *ratio legis*'e -yasanın gerçek amacına-<sup>[141]</sup> uygun bir yorumun

suçlu üzerinde yaratması beklenen etkileri yönünden adli suçlulardan farklı bir konuma yerleştiren husus, söz konusu eylemcinin daha yüksek ilke veya kanunlara uygun hareket ettiği yönünde beslediği içsel inançla yakından ilgilidir. Tüm bu nedenlerle, sivil itaatsizlik eylemcilerinin cezalandırılmaları hususunda, cezalandırma kurumundan beklenen işlevlerin gerçekleşmeyeceği kolaylıkla söylenebilir. Hatta cezalandırmanın çoğunlukla intikamdan başka bir saik taşımayacağı da yine bu bağlamda belirtilebilir.

[139] Ünver, *Ceza Hukukunda İzin*, *op. cit.*, s.79-81; 94.

[140] Özbek ve Meraklı, *op. cit.*, s.4-5.

[141] *Ratio legis* yöntemine başvurmak suretiyle yasa koyucunun değil, normun nesnel anlam ve amacının ne olduğu belirlenmek istenir. Salt yasa koyucunun tarihsel iradesine bakmak ve onu bağlayıcı kabul etmek yanlış olacağı için yasanın zaman içinde toplumsal koşullar, ilişkiler ve değer yargılarıyla kazandığı anlam ortaya konulmalı ve ilgili norm, güncel ihtiyaçlara cevap verebilecek biçimde yorumlanmalıdır. Yasa koyucunun iradesinden bağımsız, objektif bir amaçsal yorum açısından *ratio legis*

yapılması halinde, fiilin toplumsal uygunluğu teorisiyle varılan sonuçlara ulaşılabilceği söyleniyorsa da<sup>[142]</sup>, teorinin, her somut olayda hukuk kuralının adaletsizlik ve eşitsizlikleri ortadan kaldıran keza insan haklarını temel değer olarak gözeten bir minvalde uygulanabilmesi bakımından hâkime geniş bir perspektif sağlayabileceği unutulmamalıdır. Toplumsal uygunluk teorisi, sadece belirli bir suçun tipik olup olmadığının tespitinde gerçekleştirilecek yorum faaliyetinin bir aracı olarak *ratio legis*'i temel alan bir amaçsal yorumla suç tipinin daraltılmasını sağlamakta<sup>[143]</sup> sınırlı

metodu, normu, günün şartlarıyla toplumun yeni gereksinimlerine göre kapsamı değişebilen bir içeriğe haiz tamamlanmamış bir metin olarak inceler ve rasyonel amaçlar doğrultusunda anlamlandırmaya çalışır. Bu aşamada artık norm aracılığıyla gerçekleştirilmesi hedeflenen belli değerlerin ölçü alınmaya başlandığından bahsedilebilir. Örneğin normun amacına bakılarak istisnai hükümlerin, suç ve cezaya ilişkin ya da evrensel hukuk ilkelerine aykırı olan bazı yasaklayıcı kuralların dar yorumlanması gerekir. Benzer biçimde, özellikle normlar hiyerarşisinin aynı basamağında yer alan sınırlama hükümleriyle temel hak ve özgürlüklerin kullanımına ilişkin belirli kuralların çatışması durumunda; anayasaya, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere, hukukun genel ilkelerine veya evrensel insan hakları değerlerine dayanmak; sınırlamalara ilişkin daraltıcı fakat hak ve özgürlükler konusunda genişletici yoruma başvurmak yerinde olacaktır. Işıktaç ve Metin, *op. cit.*, s.204.-210. Sivil itaatsizlik eylemcilerinin gerçekleştirdikleri eylemleri de bu bağlamda düşünmek mümkündür. Zira söz konusu eylemlerle, var olan adaletsiz ve eşitsiz uygulamalara bir tepki gösterildiği gibi, bu tepki; insan hakları, doğal hukuk, adalet, eşitlik, özgürlük, hukukun üstün ilkeleri gibi daha üstün değerlere atıfla meşrulaştırılmaktadır. Keza pozitif hukuk açısından bakıldığında da, anayasal değerlerle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerde benimsenen ilkelere dayanılması ve bu doğrultuda normların, olması gereken demokratik bir hukuk devletinin çoğulculuk anlayışına uygun biçimde amaçsal bir yoruma tabi tutulması, bu yorum faaliyetinde hangi değerlerin ölçü alınması gerektiği yönünden bir kılavuz olacaktır.

[142] Ünver *Ceza Hukukunda İzin*, *op. cit.*, s.125.

[143] Hakan Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 69, 2007, s.76-77. Hakeri'ye göre fiilin toplumsal uygunluğunun hukuka uygunluk sebebi olarak görülebilmesi, en azından mevcut TCK hükümleri göz önüne alındığında, mümkün değildir. Bu bağlamda toplumsal uygunluk, fiilin hukuka aykırı olma niteliğini ortadan kaldırmamakta fakat suç tiplerinin yorumunda farklı bakış açılarının kurulabilmesine, özellikle tipikliğin daraltılmasına ve olayların

HAKEMLİ

bir işlev görmeyecek ayrıca hâkime, fiilin haksızlık içeriğinin niceliğinin belirlenmesi ve ceza normu ile anayasal temel hak ve özgürlüklerin -ve aynı zamanda geniş anlamıyla evrensel insan haklarına ilişkin değerlerin- tartı-  
mı ve dengelenmesi gibi hususlarda da yardımcı olacaktır. Bu noktada bir ara parantez olarak sivil itaatsizlik eylemlerinin toplumsal uygunluk teori-  
si bağlamında değerlendirilmesinde, söz konusu eylemlerin yapılış amacı ve temel karakteristik özelliklerinden dolayı toplumun tamamı tarafından onaylanmayacağı, özellikle muhafazakâr bakış açısına sahip farklı kesim-  
lerce şiddetle reddedilebileceği belirtilmelidir. Ancak toplumsal bütünün bir kesiminin reddi dolayısıyla eylemcilerin taleplerinin toplumsal niteli-  
ğinin tümüyle yok sayılması ve eylemlerin toplumsal uygunluğun dışın-  
da bırakılması çoğulculuğa dayalı bir demokrasi anlayışıyla kesin biçimde çelişecektir. Çoğulculuğa dayalı bir demokraside ve onun imkân tanıdığı alternatif kamusal alanlar anlayışı içerisinde sivil itaatsizliğin, bir azınlık hareketi olsa dahi haksız ve adaletsiz yasa ya da uygulamalar dolayısıyla ayrımcılığa uğrayanların taleplerini kamuoyu önünde dile getirebilmeleri-  
nin başka meşru imkânı kalmadığında, yegâne mücadele yöntemi olması dolayısıyla toplumsal yönden büyük önemi haiz olacağı açıktır. İlk burjuva devrimlerinden başlayarak tarihsel süreçlerde farklı kesimlerin hâkim ikti-  
dar odakları karşısında elde ettikleri ve bugün anayasaların temel hak ve özgürlükler kataloglarında yer alan kazanımların ancak bu eşitlik, hak ve özgürlük mücadelelerinden geçerek şu anki hukuki ve siyasi niteliklerine kavuştukları unutulmamalıdır. Başka bir ifadeyle toplumsal uygunluğun sadece egemen siyasi, kültürel ve hukuki paradigmanın doğrularına sıkış-

---

bu yönleriyle değerlendirilebilmesine imkân tanımaktadır. *Ibid.*, s.81. Çalışmada, sivil itaatsizlik eylemlerinin fiilin toplumsal uygunluğu teorisi ekseninde incelenmesinde, eylem sonucu ortaya çıkan fiilin hukuka uygunluğunun tartışılmasından ziyade fiilin haksızlık içeriğinin niceliğinin hâkim tarafından değerlendirilmesi gerektiği bu nedenle vurgulanmaktadır. Böylece sivil itaatsizlik unsurları taşıyan tek tek fiillerin incelenmesi yerine, genel olarak fiillerin haksızlık içeriği meselesi tartışmaya açılmak istenmekte ve konuyla ilgili genelleştirici sonuçlara ulaşılması hedeflenmektedir.

tırılarak görmezden gelinmesi, olması gereken çoğulcu demokrasiye dayalı bir hukuk devletinin nitelikleriyle uyuşmayacaktır. Dolayısıyla Welzel tarafından geliştirilen fiilin toplumsal uygunluğu teorisi, CMK'nın 223. maddesinin 4. fıkrasının (d) bendinde belirtilen haksızlık içeriğinin azlığı dolayısıyla faile ceza verilmemesi olgusunun değerlendirilmesinde bir ölçüt olarak kullanılabilir. CMK kapsamında değerlendirildiğinde Welzel'in teorisinin her ne kadar suçun tipikliğini, yani sivil itaatsizlik eyleminin suç vasfını ortadan kaldırmadığı söylenebilir de suçun cezalandırılabilirliği meselesinde, normun yorumlanması bağlamında esas alınabileceği belirtilmelidir. Normun yorumunda bu yaklaşımdan hareket edilmesi bilhassa kamu güvenliği, kamu yararı, kamu düzeni, milli güvenlik, genel sağlık gibi belirsiz, takdire açık ve kolaylıkla keyfi biçimde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılabilecek kavramların fiil açısından ir-delenip değerlendirilmesinde hâkime kuşkusuz yardımcı olacaktır.

Yukarıda belirtilen hususlara karşın doktrinde CMK'nın ilgili hükmünün yorum yoluyla tüm suç tiplerinde uygulanamayacağı, böyle bir yaklaşımın kanunilik ilkesine aykırı olduğunu belirten görüşler ağırlıktadır<sup>[144]</sup>. Bununla birlikte ilgili düzenlemenin fiili suç olmaktan çıkarmadığı, sadece fiilin haksızlık içeriğinin azlığı dolayısıyla failin cezalandırılmamasına yönelik<sup>[145]</sup> bir ceza yargılaması hükmü olduğu<sup>[146]</sup> göz ardı edilmemelidir.

[144] Yasemin Baba, *Hırsızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi* (Doktora Tezi, Danışman Adem Sözüer), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2017, s.274.

[145] Bekar, op. cit., s.41.

[146] Yenisey ve Nuhuğlu'na göre eylemin suç, sanığın suçlu olduğunun anlaşıldığı fakat ceza verilmediği 223. maddenin 4. fıkrası kapsamındaki durumları “cezanın düşürülmesi” de denebilecek bir tür “sorumsuzluk” durumu olarak nitelendirmek mümkündür. Yazarlar, böyle bir “sorumsuzluk” kararının ayrıca kanuna eklenmesi gerektiğini belirtirler. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhuğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2015, s.793; 805.

Keza doktrinde sıklıkla dile getirilen hırsızlık suçuna ilişkin 145, zimmet suçuna ilişkin 249 veya yağma suçuna ilişkin 150. madde kapsamında-ki<sup>[147]</sup> cezasızlık ya da cezanın indirimine dair düzenlemelerin dışında yasa koyucunun muhakeme hukuku açısından farklı bir hüküm tesis ettiği göz önüne alındığında,<sup>[148]</sup> ilgili hükmün açık lafzına rağmen normu kanuni-lik ilkesine atıfla daraltıcı biçimde yorumlamanın yerindeligi tartışmalıdır.

[147] Doktrindeki bu yaklaşımın bir örneği, Centel ve Zafer'in ilgili CMK hükmünü, TCK m.249 ve m.145'le ilişkilendirmesinde görülür. Benzer bir tutum, hem ilgili CMK hükmünün hem de fiilin toplumsal uygunluğu teorisinin geçerliliğinin genişletilmemesini savunan ve sadece TCK'nın ilgili hükümleriyle sınırlı olması gerektiğini belirten Özbek ve Meraklı tarafından da sergilenir. Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta, 21. Baskı, 2022, s.859 (dp.133); Özbek ve Meraklı, *op. cit.*, s.6; 31-32; 34-35.

[148] TCK 145. maddede belirtilen hususun haksızlık içeriğinin azlığıyla ilgili olmadığını aksine hırsızlık konusu malın değerinin azlığını ifade ettiğini belirten görüşler de doktrinde savunulmaktadır. Özbek, *op. cit.*, s.867; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op. cit.*, s.718; Doğan, *op. cit.*, s.189; Bekar, *op. cit.*, s.39-40. Bekar'a göre hırsızlık suçunda yasa koyucunun malın değerinin azlığına atıf yapması, CMK'da düzenlenen haksızlık içeriğinin tüm suçlar bakımından değerlendirilmesine bir engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla ilgili CMK hükmü her suçta uygulanabilir nitelikte olup esasen hukuka aykırı fiilin varlığı dolayısıyla suça ilişkin beraat kararı verilmesine engel oluşturmaktadır. Bununla birlikte haksızlık içeriğinin azlığı dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı yönünde bir karar her zaman verilebilecektir. Bekar, *op. cit.*, s.39-40. Yukarıda belirtilen çerçeveden hareket edildiğinde, CMK'nın 223. maddesinin 4. fıkrasının (d) bendindeki düzenlemenin, sivil itaatsizlik içeren eylemler bakımından her halükârda uygulanabileceği hususunda pozitif hukuk yönünden bir engel bulunmadığı söylenebilir. Keza ilgili hükmü, TCK'nın "Cezanın Belirlenmesi" başlıklı 61. maddesinin 1. fıkrasındaki "hâkim somut olayda; a) Suçun işleniş biçimini, b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları, c) Suçun işlendiği zaman ve yeri, d) Suçun konusunun önem ve değerini, e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, g) Failin güttüğü amaç ve saiki, (g)öz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler" düzenlemesinin bir uzantısı olarak değerlendirmek mümkündür. Buna göre nasıl TCK'nın 61. maddesinin ilgili fıkrası hâkimin her suçta gözetmesi gereken bir kural niteliğini haizse CMK m. 223/4(d) düzenlemesi de tüm suçlar için fiilin haksızlık içeriğinin tespit edilerek faile ceza verilmesine yer olup olmadığına karar verilmesi hususunda genel bir hükümdür.

Keza fiilin haksızlık içeriğinin azlığı ifadesinden, haksız fiilin sonucunda ortaya çıkan zararın -maddi anlamda- azlığının mı yoksa haksızlık olgusunun toplumsal yaşam bağlamında kamuya verdiği zararın azlığının mı anlaşılması gerektiği yine tartışılabilir niteliktedir. Olması gerekeni sorgulayan bir hukuk felsefesi ve ceza hukuku felsefesinden hareket edildiğinde, yasaya aykırı ama anayasaya uygun bir sivil itaatsizlik eylemi, var olan adaletsiz, eşitsiz ya da haksız bir uygulamayı kamuoyu gündemine getirip tartışılmasını ve en nihayetinde değiştirilmesini amaçlandığından, söz konusu fiilin haksızlık içeriğinin kamuoyunun nezdinde nasıl bir etki yarattığı veya algılandığı gibi meseleler -azlık veya çokluğa karar verilmesi bağlamında- son derece müphemdir. Bu tür eylemlerin adaletsiz veya haksız bir yasa, uygulama ya da karar karşısında onun değiştirilmesi, haksızlık ve adaletsizliğin giderilmesine yönelik gerçekleştirildiği keza toplumun belirli bir kesimi açısından da meşru görüldüğü göz ardı edilmemelidir. Yapılan kanuna aykırılıkla amaçlananın, bu yönüyle anayasal temel hak ve özgürlükler ile hukuk devletinin maddi içeriğiyle çatıştığını söylemek mümkün olmadığı gibi pratik sonuçları düşünüldüğünde söz konusu eylemlerdeki fiilin haksızlık içeriğinin azlığı dolayısıyla - eylemcilerin çoğunlukla bir haksızlığın telafisi saikiyle yasayı ihlal ettikleri dikkate alındığında- ilgili CMK hükmünün uygulanmasının pozitif hukuka aykırılık taşıyacağı söylenemez.

Sivil itaatsizlik eylemlerinin cezalandırılabilirliği tartışmasının ceza hukuku bağlamında değinilmesi gereken son boyutu, cezalandırmadan beklenen önleyicilik ve ıslah gibi sonuçların, bu eylemler ve eylemciler açısından gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususudur. Sivil itaatsizlik eylemcilerinin cezalandırılması, modern yaklaşımlarda cezalandırmaya ilişkin ön plana çıkan suçlunun yeniden sosyalleştirilmesi, uslu hale getirilmesi, iyileştirilmesi, ıslahı, topluma kazandırılması veya başkalarına ibret teşkil ederek genel önleme amacının sağlanması gibi hedefleri hiçbir biçimde hayata geçiremeyecek; aksine daha ilkel nitelikte sayılabilecek suçluda şok

etkisi yaratma, ölç alma, suçluya kefarete ödetme veya cezayı bir araçtan ziyade amaç olarak kabul eden ve mutlak adaletin ancak böyle sağlanabileceği düşüncesinden beslenen arkaik anlayışla örtüşerek eylemden rahatsız olan tarafın cezalandırma isteğini tatmin etmekten başka bir sonuç doğurmayacaktır<sup>[149]</sup>. Sivil itaatsizlik eylemcisinin fiilini veya fiillerini bireysel çıkardan ziyade toplumsal yararı korumak için gerçekleştirmesi, bunu yaparken felsefi ve ahlaki temellendirmelere dayanan doğal hukuk ilkelere hareket etmesi, suç teşkil edebilecek fiilleri güvenlik görevlilerin gözü önünde yapması, fiili saklama gayreti içinde olmaması, konusu suç olsa da her halükârda eylemine sahip çıkması ve yargılanmaktan -dolarısıyla cezalandırılmaktan ve sorumluluktan- kaçınmaması gibi unsurlar onu diğer suçlulardan ayıran temel özellikleridir<sup>[150]</sup>. Bu noktada sivil itaatsizlik eylemcisini ceza yaptırımının işlevleri yönünden diğer suçlulardan farklı bir konuma yerleştiren husus, aynı zamanda söz konusu eylemcinin daha yüksek ilke veya kanunlara uygun hareket ettiği yönünde beslediği içsel inançtan kaynaklanmaktadır<sup>[151]</sup>. Tüm bu nedenlerle, sivil itaatsizlik

[149] Sulhi Dönmezer ve Sahir Etman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku - Genel Kısım - Cilt: II*, İstanbul, Beta, 11. Baskı, 1997, s.547-566; Nur Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, in *Prof. Dr. Turhan Tüfân Yüce*’ye Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2001, s.338; 347; Hakan Karakehya, “Modern Cezalandırma Sistemlerinin Büyük Anlatıları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 66, Sayı 1, 2008, s.97.

[150] Özgür Küçüktaşdemir, “Ceza Hukuku Bağlamında Sivil İtaatsizlik Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, Aralık 2016, s.2213-2214; Şeniz Anbarlı, “Baskıya Karşı Direnme Biçimi Olarak Sivil İtaatsizlik ve Meşruluğu Sorunu”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2007, s.74; 84-86.

[151] Küçüktaşdemir, *op. cit.*, s.2213. Cezalandırmanın sivil itaatsizlik eylemcileri üzerinde ne kefarete ne önleme işlevi yönünden -düşman ceza hukuku uygulanarak eylemcilerden intikam alınması gibi durumlar dışında- herhangi bir anlam ifade etmeyeceği ve sonuç doğurmayacağı söylenebilir. Küçüktaşdemir’in belirttiği üzere kefaretçi -ödetici- yaklaşım, cezalandırma açısından salt normun ihlali yeterli görmekte, itaatsizliğin meşruluğunun ceza sürecini kesinlikle etkilememesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak

eylemcilerinin amaç ve saiki sorgulanmaksızın cezalandırılmaları halinde, demokratik bir hukuk devletindeki cezalandırma kurumundan beklenen işlevin gerçekleşmeyeceği keza adalete yönelik inancın da tahrip olacağı açıktır. Hatta bu tür cezalandırma yöntemlerine başvurmayı öncelikle tercih eden bir devlet aklının ve onun yönetim pratiğinin çoğunlukla intikam almaktan başka bir saik dışında hareket etmediğini söylemek de yanlış olmayacaktır.

Cezalandırmayı birincil öncelik olarak kabul eden bu anlayış hukuk felsefesi boyutuyla değerlendirildiğinde, birbirinden önemli nüans farkları olmakla birlikte Kant ve Hegel tarafından savunulan, cezalandırmanın amacını caydırıcılık ya da ıslahtan ziyade “mutlak adalet”in gerçekleşebilmesi ekseninde açıklayan<sup>[152]</sup> devlet merkezli dünya görüşünün mirasının

sivil itaatsizlik eyleminin gerçekleştirilmesinin ahlaki yönden bir zorunluluk olduğuna inanan ve bu uğurda cezalandırılmayı gönüllüce ve doğal biçimde kabul eden bir kimse açısından cezanın kefaret niteliği taşıdığından pek bahsedilemez. Eylemcinin söz konusu bilinç ve ruh hali içinde hareket ettiği göz önünde bulundurulacak olursa, toplumun ve devletin bekası için cezanın önleme -aynı zamanda fail için ıslah- işlevini ön plana çıkartan anlayışın da geçerliliğini yitirdiği belirtilmelidir. Gerçekten böyle bir eylemcinin -haksızlık ve adaletsizliklerin ortadan kaldırılmasını amaçlayan üstün ahlaki ilkelere referansla hareket ettiği sürece- toplum için doğrudan bir tehdit olduğu ve bu nedenle normatif anlamda suç teşkil eden fiili nedeniyle cezalandırılma yoluyla ıslah edilmesi gerektiği gibi düşüncelerin yerindeliği son derece şüphelidir. Dolayısıyla cezalandırmada hangi cezai yaptırım teorisi ölçüt alınacak olursa olsun sivil itaatsizlik eylemcisinin cezalandırılmasının, özünde ne topluma ne faile bir anlamı ve faydası bulunacaktır. *Ibid.*, s.2221-2222.

- [152] Melike Belkıs Aydın, “Kant’ın ve Hegel’in Felsefesinde Cezanın Amacı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1, 2020, s.127. Mutlak adalet anlayışının savunucusu olan Kant, ceza hukukunu ve cezalandırmayı, uyruklarının işledikleri suçlar dolayısıyla devletin acı çektiği ödev ve hakkı olarak tanımlayarak bunları egemenin hükmetme yetkisinin bir uzantısına dönüştürür. Hegel’e göre ise suç, öncelikle hukukun hiçe sayılması anlamına gelir. Hukukun eski haline getirilebilmesi ve bozulan adaletin yeniden tesis edilebilmesi için -aynı zamanda özgür iradesiyle hareket edip evrensel düzeni bozan fail için bir hak ve onurlandırma olan- cezalandırılmaya ihtiyaç duyulur. Bu yönüyle ilk kötülük, suç işlenerek yasanın ihlalidir fakat ceza ikincil bir kötülük değil; ilk kötülüğü ortadan kaldıran

yansımalarını içerdiği söylenebilir. Bu geleneksel - tarihsel görüş, ıslah ve önleyicilik gibi amaçlara ulaşılabilmesinde bir araç olması gereken ceza normunu, “itaatsiz bireyi” her halükarda cezalandırabilmek için, adeta düşman ceza hukukunun uygulanması anlamında, basit bir intikam aracına indirgemekte;<sup>[153]</sup> keza bu niteliği itibarıyla temel hak ve özgürlükleri en üst düzeyde korumayı ve geliştirmeyi hedefleyen demokratik bir hukuk devletinde olması gereken hukuk düzenine bütünüyle ters düşen bir mantığa dayanmaktadır. Sivil itaatsizlik eylemiyle ceza kanununun muhtelif hükümlerini çiğneyen bir kişinin, eylemini, belirli felsefi ve ahlaki temel-

ve suçlunun aklına değer verildiğini göstererek onu onurlandıran bir etmendir. Her iki düşününün mutlak adalet ve ceza anlayışına dayanan söz konusu yaklaşımlarının esasen cezalandırmayı kefaretle özdeşleştiren gelenekten beslendiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Cezalandırmanın kendisini bizatihi amaç olarak nitelendiren kefarete dayalı bu görüşler, cezayı suçlunun acı çekmesinin bir zorunluluğu olarak olumlar. Fail işlediği suç dolayısıyla cezalandırıldığında yaptığı kötülüğe bir karşılık verilmiş ve bozulan evrensel adaletin intikamı da alınmış olacaktır. *Ibid.*, s.129; 134-136; Sururi Aktaş, “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1-2, Haziran 2009, s.15-19.

- [153] Hafizoğulları’na göre ceza, kendi kendisinin bir amacı olarak değerlendirilemez. Bir tepki olarak ceza, onarıcı olmadığı gibi öç alma kökeninden besleniyor olsa bile öç alma da değildir. Öç almanın ötesinde bir amacı haizdir. “Tepki vasıtasıyla gerçekleşen bir savunma” olarak ceza, “bastırma suretiyle önleme” veya “önleme amacıyla bastırma” şeklinde ifade edilebilir. Bununla birlikte cezalandırmaya ilişkin anlayışların modern devletin gelişim süreçleri içerisindeki farklı basamaklarda dahi sürekli bir değişim ve dönüşüm içinde olduğu belirtilmelidir. Ketizmen’e göre modern devletteki her türlü değişimin ceza hukukuna da yansıyan boyutları vardır. Zira cezalandırma hak ve yetkisini tekel olarak elinde bulunduran devlet, zaman ve mekândan bağımsız değildir. Refah devletinin ardından neo-liberal devlete geçiş sürecinde de bu yönüyle cezalandırma politikalarında bir değişiklik olduğundan bahsedilebilir. Söz konusu süreçte cezalandırmanın amacı, suçlunun ıslah edilmesi düşüncesinden giderek uzaklaşırken hem suçla daha sert mücadeleyi benimseyen hem de onarıcı adalet yaklaşımlarıyla alternatif uyumsuzluk çözüm yollarını ön plana çıkartan anlayışlarla şekillenmektedir. Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu - Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, US-A, 2. Baskı, 1996, s.191-193; Muammer Ketizmen, *Cezalandırıcı Adaletten Onarıcı Adalet: Türk Ceza Hukukunda Uzlaştırma*, Ankara, Adalet, 2022, s.22-42.

lerden hareketle, haksız ve adaletsiz gördüğü durumların ortadan kaldırılabilmesi amacıyla yapması ve yasa ihlali hukukun daha yüksek ilkelerine referansla gerçekleştirmesi, cezalandırmadan beklenen önleyicilik ya da ıslah gibi amaçları söz konusu fail açısından anlamsız ve geçersiz hale getirmektedir. Eylemcinin bilinçli ihlaliyle gerçekleşen fiiller neticesinde, devletin sarsılan otoritesinin yeniden tesisi ve itaatsizlik gösteren kişinin başkalarına ibret olması için cezalandırılması, olması gereken bir suç ve ceza politikasından beklenenleri karşılamaktan son derece uzaktır. Fiil, pozitif hukuk açısından suç vasfını koruyor olsa bile failin cezalandırılması söz konusu olduğunda, cezanın infazının eylemci nezdinde beklenen sonuçları gerçekleştirmesi mümkün değildir. Dolayısıyla cezalandırmanın meşru olup olmadığı son kertede bu yönden de tartışmaya açık hale gelmektedir.

## SONUÇ

Henry David Thoreau'dan Mahatma Gandhi'ye, Rosa Parks'tan Martin Luther King'e yaşadıkları düzenin haksızlık ve adaletsizliklerine başkaldırarak sivil itaatsizliği otoritenin kurallarına karşı bir mücadele aracı olarak kullanan pek çok eylemcinin ortak amacı, olması gereken bir hukuka atıfla olan hukuku çiğnemek ve böylece olanın değiştirilmesi gerektiği yönünde bir kamuoyu oluşturarak adaleti yeniden tesis edebilmektir. Yasadışılığın sınırında yasanın yeniden gözden geçirilmesi ve düzeltilmesi talebine dayanan sivil itaatsizlik eylemlerinin uzun dönemli sonuçlarına bakıldığında, ilk başta egemen otorite tarafından asla kabul edilemeyecek istekler olarak görülen pek çok talebin eylemcilerin mücadelesinin haklılığının zamanla geniş kitlelerce onaylanmasını müteakip yasal çerçevede düzenlenmiş hak ve özgürlükler haline geldiği dikkat çeker. King'in belirttiği üzere "özgürlük ezen tarafından asla gönüllü olarak verilmez, ezilen tarafından talep edilmelidir"<sup>[154]</sup>. Sömürge yönetimi altında yaşamaktan kurtularak

[154] King, *op. cit.*, s.91.

bağımsızlığın kazanılması, köleliğin veya ırk ayrımcılığının yasaklanması, kadın - erkek eşitliğinin sağlanması ya da işçi sınıfının talep ettiği pek çok sosyal hakkın yasal ve anayasal düzenlemelerin konusu haline gelmesi; egemen sınıfların kontrolündeki iktidar sahiplerince şiddetle bastırılmak veya görmezden gelinmek istenen madunların taleplerinin siyasi ve hukuki boyutlarıyla birer kazanım haline gelmiş önemli bazı örnekleridir. Sivil itaatsizliğin felsefi, ahlaki ve toplumsal meşruiyetinin zeminini oluşturan haksızlıklara karşı durma olgusu ve tarihsel süreçte yarattığı dönüşümler sivil itaatsizliğin neden bir doğal haktan pozitif hukukça tanınması gereken bir temel hakkın konusu haline getirilmesi gerektiği sorusunun cevabını oluşturur.

Çalışmada ele alındığı üzere sivil itaatsizlik eylemlerinin meşruiyeti, eylemcilerinin haksız, adaletsiz, ayrımcı veya eşitsiz yasaları ya da kamu otoritelerinin emir ve uygulamalarını ortadan kaldırmak - dönüştürmek için giriştikleri, doğal hukukun en temel ilkelerinden biri olan direnme hakkının uzanımında biçimlenir. Bu yönüyle olması gereken hukukun olan hukuk haline getirilebilmesi için sivil itaatsizlik eylemcisi, normatif düzenin tüm cezalandırma tehditlerine rağmen topluma karşı hissettiği vicdani ve politik bir sorumluluğun gereği olarak adil olmayanı değiştirme talebi ve amacı doğrultusunda mağduriyetlerin giderilebilmesi saikiyle harekete geçer. Adaletsizliğin, ayrımcılığın, eşitsizliğin, haksızlığın bir parçası olmamak, başka bir ifadeyle suçun ortağı olmamak ve mağdurun yanında olduğunu gösterebilmek için itirazını dillendirir. Bu özellikleri itibarıyla sivil itaatsizlik, mevcut düzenin doğrularına itaat etmeme ve daha adaletli ve hakkaniyetli bir dünya tasavvuruyla doğal hukuk düşüncesinin tam da merkezinde var olur. Tıpkı 18. yüzyıla kadar yasal ya da anayasal anlamda koruma altına alınmamış yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, hukuki ve siyasi eşitlik, adil yargılanma güvencesi gibi klasik temel hak ve özgürlüklerin bir parçası haline gelir. Dolayısıyla sivil itaatsizliği de, temel hak ve özgürlüklere ilişkin paradig-

manın içinde kalarak doğal haklar yelpazesi kapsamında pozitif hukukta düzenlenebilecek bir hak olarak düşünmek mümkündür.

Doğal hukuk düşüncesinin dışına çıkıp salt hukuk teorisi yönünden bakıldığında da sivil itaatsizliğin hem anayasal hem de insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler bağlamında pozitif hukukun konusu haline getirilebilmesinde bir engel olmadığı söylenmelidir. Çalışmada ele alınan ölçülülük ilkesinin, bir temel hak ve özgürlük olarak kabul edilmesi gereken sivil itaatsizlik eylemlerini sınırlandırmaya dönük yasa, idari karar veya uygulamaların sınırlandırılması noktasında, demokratik bir hukuk devletinin gereklerinin gerçekleştirilebilmesi için önemli bir imkân sağlayabileceği dikkat çeker. Bu bağlamda Türkiye'nin mevcut yasal ve anayasal düzenlemelerinin içinde kalındığında dahi sivil itaatsizlik eylemlerine yönelik idari müdahalelerin yoğunluğunun azaltılabilmesi mümkündür keza eylemcilerin fiillerinin suç sayılıp sayılmayacağı ile suçun varlığı kabul edilse bile faillerin cezalandırılmalarına ilişkin meselelerinin büyük oranda yargısal aşamadaki yorum ve analizlerle demokratik bir hukuk devletinde olması gereken biçimde değerlendirilebilmesi olanağı vardır. Özellikle sivil itaatsizlik eylemlerinin haksızlık ve adaletsizliklerin telafisine yönelik içkin bir amaca sahip olmaları, söz konusu eylemlerle ihlal edilen normların varlığına karşı fiilin haksızlık içeriğinin azlığının veya yokluğunun tartışılmasını mümkün kılar. Sonuç olarak sivil itaatsizlik, bir hak olarak pozitif hukukun içine dâhil edilme imkânına hukuk teorisi yönünden sahip olduğu gibi mevcut Anayasa ve ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler kapsamında eylemcilerin cezalandırılmaması yoluna gidilebilmesi de mümkündür. Bu noktada demokratik bir hukuk devletinde yargılama süreçlerinde hâkim olması gereken “ötekiler” için düşman ceza hukukunu uygulamamak, özgürlükleri asıl buna karşın kısıtlamaları istisna kabul etmek, devletin yetkilerini dar insanların hak ve özgürlüklerini geniş yorumlamak ve özgürlükler ile sınırlamalar çatıştığında her zaman özgürlük karinesini esas alan bir yoruma başvurmak yeterlidir.

## KAYNAKLAR

- Acar, Ali, “Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Madde 90/5 Hakkındaki Zımni İlga Tespiti ve İnsan Haklarına Dayalı (Yeni Bir) Yargısal Denetim”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt 6, Sayı 11, 2017, s.137-190.
- Aiskhülos ve Sofokles, *Eski Yunan Tragedyaları 1 - Persler Aiskhülos - Antigone Sofokles*, İstanbul, Mitos Boyut, 2. Baskı, 2002.
- Akbulut, Berrin, *Türk Ceza Hukuku - Temel Bilgiler*, Ankara, Seçkin, 4. Baskı, 2024.
- Akıllıoğlu, Tekin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 44, Sayı 3, 1989, s.155-173.
- Aktaş, Sururi, “Cezalandırmanın Amacı Üzerine”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1-2, Haziran 2009, s.1-25.
- Alexy, Robert, “Constitutional Rights and Proportionality”, *Revus*, Sayı 22, 2014, s.51-65.
- Alexy, Robert, *Hukuk Kavramı ve Hukukun Geçerliliği*, Çev. Altan Heper, İstanbul, Fol, 2024.
- Alexy, Robert, “The Reasonableness of Law”, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor ve Chara Valentini (Ed.), *Reasonableness and Law*, New York, Springer, 2009, s.5-15.
- Alexy, Robert, “Thirteen Replies”, in George Pavlakos (Ed.), *Law, Rights and Discourse - The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, s.334-366.
- Aliefendioğlu, Yılmaz, “Tartışma”, in Hayrettin Ökçesiz (Ed.), *Sivil İtaatsizlik - Disiplinlerarası Kolokyum, 7-9 Kasım 1997*, İstanbul,

Demokrasi Kitaplığı, 1999, s.229-275.

Altıparmak, Kerem, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin Uygulama Alanı”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 53, Sayı 1, 1998, s.1-35.

Ambrozas, Diana, “The University as Public Sphere”, *Canadian Journal of Communication*, Cilt 21, Sayı 1, Haziran 1998, <https://cjc.utppublishing.com/doi/10.22230/cjc.1998v23n1a1024> (E.T. 23/12/2024).

Anbarlı, Şeniz, “Baskıya Karşı Direnme Biçimi Olarak Sivil İtaatsizlik ve Meşruluğu Sorunu”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2007, s.71-98.

Arendt, Hannah, “Sivil İtaatsizlik Karşıtlığı”, in Hannah Arendt *et al.*, *Sivil İtaatsizlik*, Çev. Yakup Coşar, İstanbul, Ayrıntı, 1997, s.76-115.

Arslan, Zühtü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 17, 2000, s.274-293.

Aydın, Melike Belkıs, “Kant’ın ve Hegel’in Felsefesinde Cezanın Amacı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2020, s.126-138.

Aygün, Tarık, *Efendiliğin Reddi - Sivil İtaatsizlik ve Doğrudan Eylem*, İstanbul, Versus, 2. Baskı, 2006.

Baba, Yasemin, *Hırsızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi* (Doktora Tezi, Danışman Adem Sözüer), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2017.

Bekar, Elif, “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m. 223)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 75, Sayı

1, Haziran 2017, s.15-60.

Bilgin, Ahmet Burak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 1, 2016, s.81-130.

Bove, Jose ve Gilles Luneau, *Sivil İtaatsizliğe Çağrı*, Çev. Işık Ergüden, Ankara, Fol, 2021.

Bychawska-Siniarska, Dominika, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması*, Çev. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi, 2018.

Calhoun, Craig, “Introduction: Habermas and the Public Sphere”, in Craig Calhoun (Ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, The MIT, 4. Baskı, 1996, s.1-48.

Centel, Nur, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, in Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2001, s.337-372.

Centel, Nur ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Beta, 21. Baskı, 2022.

Coşar, Yakup, “Önsöz: Sivil İtaatsizlik” in Hannah Arendt *et al.*, *Sivil İtaatsizlik*, Çev. Yakup Coşar, İstanbul, Ayrıntı, 1997, s.9-29.

Çap, Güneş, “Robert Alexy’nin İlkeler Teorisine Genel Bir Bakış”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 38, Sayı 2, Aralık 2021, s.221-245.

Çelebi, Aykut, “Demokrasinin Derinleşmesi: Bir Yöntem Olarak Sivil İtaatsizlik”, *Cogito (Sivil İtaatsizlik)*, Sayı 67, Yaz 2011, s.80-96.

Çiçek, Atıl Cem ve Selçuk Aydın, *Sivil İtaatsizlik ve Anarşizm*, İstanbul, Doruk, 2018.

della Cananca, Giacinto, “Reasonableness in Administrative Law”, in Gi-

- orgio Bongiovanni, Giovanni Sartor ve Chara Valentini (Ed.), *Reasonableness and Law*, New York, Springer, 2009, s.295-310.
- Doğan, Koray, “Ceza Muhakemesinde Hüküm”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 3, Sayı 7, Ağustos 2008, s.171-201.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Etman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku - Genel Kısım - Cilt: II*, İstanbul, Beta, 11. Baskı, 1997.
- Duran, Lûtfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1982.
- Duva, Özlem, “Hannah Arendt’te Bir Sorumluluk Meselesi Olarak Sivil İtaatsizlik”, *Felsefe Logos (Başkaldırı)*, Sayı 39, Eylül 2010, s.53-65.
- Dworkin, Ronald, *Hakları Ciddiye Almak*, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Ankara, Dost, 2007.
- Dworkin, Ronald, “Sivil İtaatsizliğin Etiği ve Pragmatizi”, in Hannah Arendt *et al.*, *Sivil İtaatsizlik*, Çev. Yakup Coşar, İstanbul, Ayrıntı, 1997, s.137-155.
- Eley, Geoff, “Nations, Publics, and Political Cultures: Placing Habermas in Nineteenth Century”, in Craig Calhoun (Ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, The MIT, 4. Baskı, 1996, s.289-339.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Orion, 7. Baskı, 2011.
- Eroğul, Cem, *Anatüzeğe Giriş (“Anayasa Hukuku”na Giriş)*, Ankara, İmaj, 11. Baskı, 2010.
- Fraser, Nancy, “Kamusal Alanı Yeniden Düşünmek: Gerçekte Var Olan Demokrasinin Eleştirisine Bir Katkı”, Çev. Meral Özbek ve Cemal Balcı, in Meral Özbek (Ed.), *Kamusal Alan*, Hil, İstanbul, 3.

Baskı, 2015, s.103-155.

Fraser, Nancy, “What’s Critical about Critical Theory? The Case of Habermas and Gender”, *New German Critique*, Sayı: 35, Bahar - Yaz 1985, s.97-131.

Göktürk, Neslihan, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2016, s.407-450.

Göze, Ayferi, “Onaltıncı Yüzyıl Düşünürlerinde Baskıya Karşı Direnme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 34, Sayı 1-4, 1968, s.243-277.

Göze, Ayferi, “Onyedi ve Onsekizinci Yüzyıl Düşünürlerinde Baskıya Karşı Direnme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 35, Sayı 1-4, 1969, s.49-73.

Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi - Cilt I*, Bursa, Ekin, 2. Baskı, 2020.

Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin, 21. Baskı, 2024.

Gros, Frederic, İtaat Etmemek, Çev. Zeynep Büşra Bölükbaşı, İstanbul, Yapı Kredi, 2020.

Habermas, Jürgen, “Kamusal Alan”, Çev. Meral Özbek, in Meral Özbek (Ed.), *Kamusal Alan*, Hil, İstanbul, 3. Baskı, 2015, s.95-102.

Habermas, Jürgen, “İdeoloji” Olarak Teknik ve Bilim, Çev. Mustafa Tüzel, YKY, İstanbul, 9. Baskı, 2016.

Habermas, Jürgen, İletişimsel Eylem Kuramı, Çev. Mustafa Tüzel, Kabalcı, İstanbul, 2001.

Habermas, Jürgen, *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*, Çev. Tanıl Bora ve Mithat Sancar, İstanbul, İletişim, 1997.

- Habermas, Jürgen, “Sivil İtaatsizlik: Demokratik Hukuk Devletinin Denek Taşı - Almanya’da Otoriter Legalizm Karşıtlığı”, *in* Hannah Arendt *et al.*, *Sivil İtaatsizlik*, Çev. Yakup Coşar, İstanbul, Ayrıntı, 1997, s.116-136.
- Hafizoğulları, Zeki, *Ceza Normu - Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, US-A, 2. Baskı, 1996.
- Hakeri, Hakan, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 69, 2007, s.55-96.
- Işıқтаç, Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 6. Baskı, 2019.
- Işıқтаç, Yasemin ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2003.
- İçel, Kayıhan ve Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku - Genel Kısım - 1. Kitap*, İstanbul, Beta, 5. Baskı, 2006.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, İstanbul, Legal, 8. Baskı, 2012.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., *Anayasa ve Toplum*, Ankara, İmge, 2000.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., “Değerlendirme”, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md. 90/son) - 5 Kasım 2004, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2005, s.221-228.
- Karakaş, Halime, “Sivil İtaatsizlik Ne Kadar İtaatsiz?”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi (Kamusal Alan)*, Sayı 5, Kasım-Aralık-Ocak 1998-1999, s.171-193.
- Karakehya, Hakan, “Modern Cezalandırma Sistemlerinin Büyük Anlatıları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 66, Sayı 1, 2008, s.87-108.

- Kardaş, Ümit, ‘Ötekiler’ İçin Sivil İtaatsizlik Rehberi - Demokrasiyi Militarizmden Nasıl Koruruz?, İstanbul, Hayykitap, 2008.
- Ketizmen, Muammer, *Cezalandırıcı Adaletten Onarıcı Adalet: Türk Ceza Hukukunda Uzlaştırma*, Ankara, Adalet, 2022.
- Kırlı, Özlem, “Sivil İtaatsizlik ve Henry David Thoreau”, *Akademik Bakış Dergisi*, Sayı 48, Mart-Nisan 2015, s.445-459.
- King, Jr., Martin Luther, *Why We Can't Wait*, New York, Signet Classic, 2000.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 17. Baskı, 2024.
- Kumm, Mattias, “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, in George Pavlakos (Ed.), *Law, Rights and Discourse - The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, s.131-166.
- Küçüktaşdemir, Özgür, “Ceza Hukuku Bağlamında Sivil İtaatsizlik Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, Aralık 2016, s.2195-2239.
- Locke, John, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme - Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni ve Amacı Üzerine Bir Deneme*, Çev. Fahri Bakırcı, Ankara, Ebabil, 2. Baskı, 2012.
- Losurdo, Domenico, *Pasif Direniş - Mitin Ötesinde Bir Tarih*, Çev. Emrullah Ataseven, İstanbul, Ayrıntı, 2019.
- Luneau, Gilles, “Giriş - Köyde Bir Mücadele”, in Jose Bove ve Gilles Luneau, *Sivil İtaatsizliğe Çağrı*, Çev. Işık Ergüden, Ankara, Fol, 2021, s.21-31.
- Metin, Yüksel, *Ölçülülük İlkesi - Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara, Seçkin, 2002.

- Metin, Yüksel, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2017, s.1-74.
- Morrone, Andrea, “Constitutional Adjudication and the Principle of Reasonableness”, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor ve Chiara Valentini (Ed.), *Reasonableness and Law*, New York, Springer, 2009, s.215-241.
- Negt, Oskar ve Alexander Kluge, “Kamusal Alan ve Tecrübe’ye Giriş”, Çev. Meral Özbek, in Meral Özbek (Ed.), *Kamusal Alan*, Hil, İstanbul, 3. Baskı, 2015, s.133-139.
- Nieminen, Kati, “Rebels without a Cause? Civil Disobedience, Conscientious Objection and the Art of Argumentation in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Oñati Socio-legal Series*, Cilt 5, Sayı 5, 2015, s.1291-1308.
- Oğurlu, Yücel, “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak ‘Ölçülülük İlkesi’”, *Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE’ye Armağan*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2001, s.485-521.
- Oğurlu, Yücel, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Ankara, Seçkin, 2002.
- Ökçesiz, Hayrettin, “Hukuk ve Adalet Üstüne Duygular”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi (Hukuk ve Adalet Üstüne)*, Sayı 13, Kasım-Aralık-Ocak 2000-2001, s.225-230.
- Ökçesiz, Hayrettin, *Sivil İtaatsizlik*, İstanbul, Afa, 1994.
- Ökçesiz, Hayrettin, “Sivil İtaatsizlik Hakkı”, in Hayrettin Ökçesiz (Ed.), *Sivil İtaatsizlik - Disiplinlerarası Kolokyum, 7-9 Kasım 1997*, İs-

tanbul, Demokrasi Kitaplığı, 1999, s.45-63.

Özbek, Meral, “Giriş: Kamusal Alanın Sınırları”, in Meral Özbek (Ed.), *Kamusal Alan*, Hil, İstanbul, 3. Baskı, 2015, s.21-90.

Özbek, Meral, “Giriş: Politik Kamusal Alan ve Kolektif Yaratıcılık”, in Meral Özbek (Ed.), *Kamusal Alan*, Hil, İstanbul, 3. Baskı, 2015, s.179-260.

Özbek, Veli Özer, *CMK İzmir Şerhi - Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Gerekçeli - İçtihatlı)*, Ankara, Seçkin, 2005.

Özbek, Veli Özer et al., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 15. Baskı, 2024.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 16. Baskı, 2023.

Özbek, Veli Özer ve Serkan Meraklı, “Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, 2017, s.1-42.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 20. Baskı, 2024.

Özlem, Doğan, “Sivil İtaatsizlik Üzerine Bir Felsefi İnceleme Denemesi”, in Hayrettin Ökçesiz (Ed.), *Sivil İtaatsizlik - Disiplinlerarası Kolokyum, 7-9 Kasım 1997*, İstanbul, Demokrasi Kitaplığı, 1999, s.83-100.

Porat, Iddo, “Some Critical Thoughts on Proportionality”, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor ve Chara Valentini (Ed.), *Reasonableness and Law*, New York, Springer, 2009, s.243-250.

Postone, Moishe “Political Theory and Historical Analysis”, in Craig Calhoun (Ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, The

- MIT, 4. Baskı, 1996, s.164-177.
- Rawls, John, “Sivil İtaatsizliğin Gerekçelendirilmesi”, Çev. Erkal Ünal, *Cogito (Sivil İtaatsizlik)*, Sayı 67, Yaz 2011, s.167-181.
- Rawls, John, “Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı”, in Hannah Arendt *et al.*, *Sivil İtaatsizlik*, Çev. Yakup Coşar, İstanbul, Ayrıntı, 1997, s.54-75.
- Raz, Joseph, *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford, 2. Baskı, 2009.
- Rivers, Julian, “Proportionality, Discretion and Second Law of Balancing”, in George Pavlakos (Ed.), *Law, Rights and Discourse - The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart, 2007, s.167-188.
- Rumpf, Christian, “Ölçülülük İlkesinin Özellikle Türk Hukuku Dikkate Alınarak İrdelenmesi Üzerine Bir Deneme”, Çev. Forum Çeviri, in Ulrike Dufner (Ed.), *Demokrasinin Garantisi: İnsan Onuru ve İnsan Hakları*, İstanbul, Heinrich Böll Stiftung Derneği, 2008, s.33-40.
- Sabuncu, Yavuz, *Anayasaya Giriş - Ek: 1982 Anayasası*, Ankara, İmaj, 15. Baskı, 2012.
- Sadurski, Wojciech, “Reasonableness and Value Pluralism in Law and Politics”, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor ve Chara Valentini (Ed.), *Reasonableness and Law*, New York, Springer, 2009, s.129-146.
- Sağlam, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1982.
- Sağlam, Rabia, “Bir Sivil İtaatsizlik Örneği Olarak Vicdani Red”, in Hayrettin Ökçesiz (Ed.), *HFSA - Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi - 18. Kitap*, İstanbul, İstanbul Barosu, 2007, s.251-265.

- Sancar, Mithat, *Temel Hakların Yorumu* (Doktora Tezi, Danışman Yahya K. Zabunoğlu), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 1995.
- Saner, Hans, “Demokrasilerde Direnme Sorumluluğu Üzerine”, in Hannah Arendt *et al.*, *Sivil İtaatsizlik*, Çev. Yakup Coşar, İstanbul, Ayrıntı, 1997, s.156-171.
- Santos, Jose-Antonio, “The Basis of the Right to Resistance in the Legal Thought of Arthur Kaufmann”, *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Cilt 95, Sayı 3, 2009, s.352-358.
- Sarıbay, Ali Yaşar, “III. Oturum - I. Bildiri”, in Hayrettin Ökçesiz (Ed.), *Sivil İtaatsizlik - Disiplinlerarası Kolokyum, 7-9 Kasım 1997*, İstanbul, Demokrasi Kitaplığı, 1999, s.154-158.
- Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul, Gerçek, 7. Baskı, 1987.
- Soysal, Mümtaz, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 2, 1985, s.7-18.
- Stone Sweet, Alec ve Jud Mathews, “Proportionality, Judicial Review and Global Constitutionalism”, in Giorgio Bongiovanni, Giovanni Sartor ve Chara Valentini (Ed.), *Reasonableness and Law*, New York, Springer, 2009, s.173-214.
- Sümer, Arif Emre, “Türk Ceza Hukukunda Müsamaha Edilen Zimmet Kavramı ve Müsamaha Edilen Zimmetin Cezalandırılmamasının Nedeni”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, 2023, s.1241-1269.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta, 15. Baskı, 2015.

- Tanör, Bülent, “Anayasa Hukuku Açısından Sivil İtaatsizlik”, *Argumentum*, Sayı 36-41, Temmuz-Aralık 1993, s.701-703.
- Thorburn, Malcolm, “Proportionality”, in David Dyzenhaus ve Malcolm Thorburn (Ed.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford, 2016, s.305-322.
- Thoreau, Henry David, “Devlete Karşı İtaatsizlik Görevi Üstüne”, in Hannah Arendt *et al.*, *Sivil İtaatsizlik*, Çev. Yakup Coşar, İstanbul, Ayrıntı, 1997, s.30-53.
- Turhan, Mehmet, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 20, 2003, s.215-248.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi, “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 27, Sayı 1, 2011, s.71-82.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi, “Postmodernite ve Hukuk İdealleri: Adalet, Hukuk Devleti”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi (Hukuk ve Adalet Üstüne)*, Sayı 13, Kasım-Aralık-Ocak 2000-2001, s.200-211.
- Türmen, Rıza, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İç Hukukumuzda Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 17, 2000, s.32-42.
- Uruşak, Uğur, *Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması*, İstanbul, On İki Levha, 2010.
- Uygun, Oktay, “1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları”, in Oktay Uygun, *Kamu Hukuku İncelemeleri - İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik*, İstanbul, On İki Levha, 2011, s.277-314.
- Uygun, Oktay, “Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi”, in Oktay Uygun, *Kamu Hukuku İncelemeleri - İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik*, İstanbul, On İki Levha,

2011, s.315-332.

Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul, Beta, 1998.

Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin, 2003.

Weissert, Johannes, “Açılış / Eröffnung”, Çev. Hayrettin Ökçesiz, *Argumentum*, Sayı 36-41, Temmuz-Aralık 1993, s.653.

Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2015.

Yılmaz, Zahit, “Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından İşlenen Fiilin Haksızlık İçeriğinin Azlığı”, in İbrahim Şahbaz, Gonca Kuru ve Melike Ezgi Yetimoğlu (Ed.), *Anayasa Hukukundaki Gelişmeler Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu - 30-31 Temmuz 2021*, İstanbul, Maltepe Üniversitesi, 2022, s.157-172.

Yükselbaba, Ülker, *Habermas ve Kamusal Alan: Burjuva Kamusal İlkesinden, İletişimsel Kamusalığa Geçiş*, On İki Levha, İstanbul, 2012.

## KARARLAR

AİHM, *Handyside v. Birleşik Krallık*, No 5493/72, 7 Aralık 1976.

AİHM, *Sunday Times v. Birleşik Krallık*, No 6538/74, 26 Nisan 1979.

AİHM, *Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, No 5947/72, 25 Mart 1983.

AİHM, *Gillow v. Birleşik Krallık*, No 9063/80, 24 Kasım 1986.

AİHM, *Olsson ve İsveç (No. 1)*, No 10465/83, 24 Mart 1988.

AİHM, *Soering v. Birleşik Krallık*, No 14038/88, 7 Temmuz 1989.

AİHM, *Ezelin v. Fransa*, No 11800/85, 26 Nisan 1991.

AİHM, *Chorherr v. Avusturya*, No 13308/87, 25 Ağustos 1993.

- AIHM, *Otto-Preminger-Institut v. Avusturya*, No 13470/87, 20 Eylül 1994.
- AIHM, *Steel ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, No 24838/94, 23 Eylül 1998.
- AIHM, *Sürek v. Türkiye*, No 26682/95, 8 Temmuz 1999.
- AIHM, *Ceylan v. Türkiye*, No 23556/94, 8 Temmuz 1999.
- AIHM, *Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye*, No 23536/94 ve 24408/94, 8 Temmuz 1999.
- AIHM, *Djavit An v. Türkiye*, No 20652/92, 20 Şubat 2003.
- AIHM, *Gündüz v. Türkiye*, No 35071/97, 4 Aralık 2003.
- AIHM, *Ülke v. Türkiye*, No 39437/98, 24 Ocak 2006.
- AIHM, *Tüzel v. Türkiye*, No 57225/00, 21 Şubat 2006.
- AIHM, *Oya Ataman v. Türkiye*, No 74552/01, 5 Aralık 2006.
- AIHM, *Vereinigung Bildender Künstler v. Avusturya*, No 68354/01, 25 Ocak 2007.
- AIHM, *Bukta ve Diğerleri v. Macaristan*, No 25691/04, 17 Temmuz 2007.
- AIHM, *A, B ve C v. İrlanda*, No 25579/05, 16 Aralık 2010.
- AIHM, *Alekseyev v. Rusya*, No 4916/07, 25924/08 ve 14599/09, 21 Ekim 2010.
- AIHM, *Akgöl ve Göl v. Türkiye*, No 28495/06 ve 28516/06, 17 Mayıs 2011.
- AIHM, *Bayatyan v. Ermenistan*, No 23459/03, 7 Temmuz 2011.
- AIHM, *Erçep v. Türkiye*, No 43965/04, 22 Kasım 2011.
- AIHM, *Savda v. Türkiye*, No 42730/05, 12 Haziran 2012.
- AIHM, *Tarhan v. Türkiye*, No 9078/06, 17 Temmuz 2012.

- AİHM, *Kasparov ve Diğerleri v. Rusya*, No 21613/07, 3 Ekim 2013.
- AİHM, *Taranenko v. Rusya*, No 19554/05, 15 Mayıs 2014.
- AİHM, *Buldu ve Diğerleri v. Türkiye*, No 14017/08, 3 Haziran 2014.
- AİHM, *Navalnyy ve Yashin v. Rusya*, No 76204/11, 4 Aralık 2014.
- AİHM, *Frumkin v. Rusya*, No 74568/12, 5 Ocak 2016.
- AİHM, *Magyar Helsinki Bizottság v. Macaristan*, No 18030/11, 8 Kasım 2016.
- AİHM, *DİSK ve KESK v. Türkiye*, No 38676/08, 25 Ekim 2016.
- AİHM, *Annenkov ve Diğerleri v. Rusya*, No 31475/10, 25 Ekim 2017.
- AİHM, *Obote v. Rusya*, No 58954/09, 19 Kasım 2019.
- Anayasa Mahkemesi, 04 Ocak 1963 Tarih ve E.1962/208, K.1963/1 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1963-1-nrm.pdf>).
- Anayasa Mahkemesi, 26 Kasım 1986 Tarih ve E.1985/8, K.1986/27 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1986-27-nrm.pdf>).
- Anayasa Mahkemesi, 22 Mayıs 1987 Tarih ve E.1986/17, K.1987/11 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1987-11-nrm.pdf>).
- Anayasa Mahkemesi, 04 Kasım 1989 Tarih ve E.1988/50, K.1989/27 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1989-27-nrm.pdf>).
- Anayasa Mahkemesi, 22 Ekim 2015 Tarih ve E.2015/10, K.2015/93 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2015-93-nrm.pdf>).

- Anayasa Mahkemesi, 20 Temmuz 2022 Tarih ve E.2022/22, K.2022/92 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2022-92-nrm.pdf>).
- Anayasa Mahkemesi, 13 Eylül 2023 Tarih ve E.2022/70, K.2023/152 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-152-nrm.pdf>).
- Anayasa Mahkemesi, 11 Ekim 2023 Tarih ve E.2021/14, K.2023/173 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-173-nrm.pdf>).
- Anayasa Mahkemesi, 21 Ekim 2023 Tarih ve E.2020/76, K.2023/172 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-172-nrm.pdf>).
- Anayasa Mahkemesi, 30 Kasım 2023 Tarih ve E.2023/102, K.2023/203 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-203-nrm.pdf>).
- Anayasa Mahkemesi, 30 Kasım 2023 Tarih ve E.2023/142, K.2023/210 Sayılı Kararı, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-210-nrm.pdf>).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 9 Aralık 1997 Tarihli Karar, *Avrupa Toplulukları Komisyonu v. Fransa*, C-265-95, EU:C:1997:595.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 29 Nisan 1999 Tarihli Karar, *The Queen v Secretary of State for the Environment and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, C-293/97, EU:C:1999:215.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 12 Haziran 2003 Tarihli Karar, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Avusturya Cumhuriyeti*, C-112/00, EU:C:2003:333.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 18 Mart 2004 Tarihli Karar, *Omega Spielhal-*

*len- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, EU:C:2004:614.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, 5 Mayıs 2011 Tarihli Karar, *Ze Fu Fleischhandel GmbH (C-201/10) and Vion Trading GmbH (C-202/10) v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-201/10 ve C-202/10, EU:C:2011:282.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, 26 Haziran 2012 Tarihli Karar, *Polonya Cumhuriyeti v. Avrupa Komisyonu*, C-335/09 P, EU:C:2012:385.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, 10 Nisan 2014 Tarihli Karar, *Areva ve Diğerleri v. Avrupa Komisyonu*, C-247/11 P ve C-253/11 P, EU:C:2014:257.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, 10 Haziran 2014 Tarihli Karar, *Telefónica SA and Telefónica de España SAU v. Avrupa Komisyonu*, C-295/12 P, EU:C:2014:2062.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, 4 Mayıs 2016 Tarihli Karar, *Pillbox 38 (UK) Limited v. Secretary of State for Health*, C-477/14, EU:C:2016:324.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, 3 Aralık 2019 Tarihli Karar, *Çek Cumhuriyeti v. Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi*, C-482/17, EU:C:2019:1035.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, 24 Şubat 2022 Tarihli Karar, *PJ v Agenzia delle Dogane e dei Monopoli and Ministero dell'Economia e delle Finanze*, C-452/20; EU:C:2022:111.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, 17 Mayıs 2023 Tarihli Karar, *P.M. v Dyrektor Izby Administracji Skarbowej w Warszawie*, C-105/22, EU:C:2023:414.

Danıştay Beşinci Dairesi, 22 Mayıs 1991 Tarih ve E.1986/1723,

K.1991/933 Sayılı Kararı, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/5-daire-e-1986-1723-k-1991-933-t-22-5-1991>).

# Beyin Ölümü Gerçekleşen Gebe Kadında Gebeliğin Sona Erdirilmesine İlişkin Bir Değerlendirme

Gizem GÖRMEZ\*

---

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Arş. Gör. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı. gizem.gormez@atilim.edu.tr. **ORCID:** 0000-0002-9873-0241.

**Makale geliş tarihi:** 12.02.2025 **Makale kabul tarihi:** 21.04.2025

**Atıf önerisi:** Görmez, Gizem, “Beyin Ölümü Gerçekleşen Gebe Kadında Gebeliğin Sona Erdirilmesine İlişkin Bir Değerlendirme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 2, Nisan 2025, s.586-622, **DOI:** 10.30915/abd.1686670

## Beyin Ölümü Gerçekleşen Gebe Kadında Gebeliğin Sona Erdirilmesine İlişkin Bir Değerlendirme

### ÖZ

Ölüm yaşamı sona erdiren biyolojik bir olgu olmanın yanında, hukuki bir olaydır. Bu hukuki olayın ne zaman gerçekleştiğinin tespit edilmesi ise, çözülmesi gereken ilk sorundur. Ancak bunun tespiti tıp biliminin işidir. Tıp bilminde ise, bugünkü teknolojiler ile geline nokta ölüm anının tespiti için beyin ölümünün gerçekleşmesi aranmaktadır. Beyin ölümü, beyindeki tüm fonksiyonların geri dönüşü olmaksızın durmasıdır. Dolayısıyla kişi bu andan itibaren tıbben ölü kabul edilmekte ve organ nakli prosedürleri işletilebilmektedir. Oysa son teknolojik gelişmeler sayesinde kadının beyin ölümü gerçekleşmesine rağmen, belirli sürenin üzerindeki gebeliklerde ceninin sağlıklı bir şekilde doğması sağlanabilmektedir. Bu halde ise, beyin ölümü gerçekleşen gebe kadının ölüm anının nasıl tespit edileceği ve gebeliğin akıbeti sorgulanabilir hale gelmektedir.

### Anahtar Kelimeler:

ölüm anı

beyin ölümü

gebe kadın

gebeliğin devamı

gebeliğin sona erdirilmesi

## **An Evaluation Of Termination Of Pregnancy In Pregnant Women With Brain Death**

### **ABSTRACT**

Death is not only a biological phenomenon that ends life, but also a legal event. Determining when this legal event occurs is the first problem to be solved. However, the determination of this is a matter for medical science. In medical science, at the point reached with today's technologies, brain death is required to determine the moment of death. Brain death is the irreversible cessation of all functions in the brain. Therefore, from this moment on, the person is considered medically dead and organ transplantation procedures can be carried out. However, thanks to recent technological developments, it is possible to ensure that the fetus is born healthy in pregnancies over a certain period of time, despite the woman's brain death. In this case, it becomes questionable how to determine the moment of death of a pregnant woman with brain death and the fate of the pregnancy.

### **Keywords:**

the moment of death

brain death

pregnant women

termination of pregnancy

continuation of pregnancy

## GİRİŞ

Ölüm doğal yaşamın sonunu ifade etmektedir. Birçok araştırma alanının konusunu oluşturan ölüm, hukukun da yakından ilgilendiği olaylardan birisidir. Zira ölümün gerçekleşmesi bazı hukuksal sonuçları da beraberinde getirmektedir. Nitekim kişiliğin sona ermesi, miras hükümlerinin gündeme gelmesi, organ nakli gibi sonuçlar ölümün gerçekleşmesi ile ortaya çıkan hukuksal sonuçların bazılarıdır. Her ne kadar ölümün gerçekleşmesi doktrinde bir süreç olarak kabul edilse de hukukun kesinliğe olan ihtiyacı, ölüm anının da bir an olarak tespit edilmesini gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla öncelikle ölüm anının nasıl tespit edilmesi gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Çalışmamızda da öncelikle ölüm anının tespiti açısından Türk Hukuku'nda ileri sürülen görüşler organ nakli ve kişiliğin sona ermesi açısından ayrı ayrı ele alınacaktır.

Beyin ölümü gerçekleşmesine rağmen gebe olmasından dolayı kişilere tıbbi destek verilerek ceninin sağlıklı bir şekilde dünyaya gelmesini sağlayan teknolojik gelişmeler karşısında çalışmamızda değerlendirilecek bir diğer husus ise, beyin ölümü gerçekleşen gebe kadınlara sağlanan tıbbi destek ve gebeliğin sonlandırılması konularıdır. Dolayısıyla burada öncelikle beyin ölümü gerçekleşen gebe kadınlar hakkında tıbbi desteğe devam edilen ve desteğin kesildiği vaka örneklerine yer verilecektir. Akabinde ise, beyin ölümü gerçekleşen kadının gebeliğinin sonlandırılmasının ilk olarak rahim tahliyesi yoluyla mümkün olup olmadığı gebelik haftasına göre değerlendirilecek; ikinci olarak tıbbi desteğin kesilmesi yoluyla gebeliğin sonlandırılması ele alınacaktır.

### 1. ÖLÜM ANININ TESPİT EDİLMESİ

#### A) ÖLÜM KAVRAMI

Ölüm yaşamın sona erdiği biyolojik ve doğal bir olgu, aynı zamanda da hukuki bir olaydır<sup>[1]</sup>. Ölüm kavramından ne anlaşılması gerek-

[1] Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku – Birinci Cilt*, İstanbul, Beta Yayıncılık, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 19. Bası, 2024, s.248; Saibe Oktay Özdemir, “Ölüm Anının Belirlenmesi ve Beyin Ölümü ile Ölüm Anı Arasındaki Sürece İlişkin Hukuki Durum”, in Emrehan İnal, Hasan Erman, Başak Baysal, Tufan Ögüz, Şükran Şıpka (Ed.), *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s.445;

tiği ise, tıp alanındaki teknolojik gelişmeler ile birlikte değişmekte ve dönüşmektedir<sup>[2]</sup>. Nitekim geleneksel anlamda ölüm (*biyolojik ölüm*) kişinin solunum ve kalp atışının durması olarak ifade edilirken<sup>[3]</sup>, bugün gelinen noktada aşağıda da açıklanacağı üzere ölümün tespiti, beyin ölümü ile yapılmaya başlanmış ve çeşitli kriterlere bağlanmıştır. Ölüm ile yakından ilişkili olan alanlardan birisi de hukuktur. Nitekim Medeni hukukta kişiliğin ölümle sona ermesine ilişkin düzenlemeler, Ceza hukukunda bir kişiyi öldürmenin suç olmasına ilişkin düzenlemeler, Miras hukukunda ölümden sonra kişilerin malvarlığı haklarının mirasçılara geçmesine ilişkin düzenlemeler, tıp hukukunda ölen kişinin organlarının nakline ilişkin düzenlemeler hukukun ölüm ile olan ilişkisine örnek olarak gösterilebilir. Bu düzenlemelerden çalışmamız kapsamında bizi ilgilendiren ise, beyin ölümünün gerçekleştiği gebe kadınlar açısından ceninin akıbetine nasıl karar verileceğidir. Bu anlamda öncelikle ölüm kavramından hukuken ne anlaşılması gerektiğine bakılmalıdır.

---

Hasan Petek, *Kişilik Değerlerinin Ölümden Sonra Korunması*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s.32-33. Türk Dil Kurumu tarafından “*Bir insan hayatının tam ve kesin olarak sona ermesi*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. *TDK Güncel Türkçe Sözlük* (<https://sozluk.gov.tr/>) (Erişim Tarihi: 27 Aralık 2024).

[2] Petek, *op. cit.*, s.34.

[3] Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s.213; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 23. Baskı, 2022, N.109; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Eklemeler Yapılmış 23. Bası, 2024, N.49; Bilge Öztan, *Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler*, Ankara, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Bası, 2021, s.65; Çağlar Özel, “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 1, 2001, s.4849; Petek, *op. cit.*, s.35. Doktrinde Atamer bu durumu *linik ölüm* olarak nitelendirmektedir. Bkz. Yeşim Atamer, “Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 19, Sayı 1-2, 2011, s.123. Dural ve Ögüz klinik ölüm ile biyolojik ölümün birbirine karıştırılmaması gerektiğini belirtmektedir. Yazarlara göre klinik ölümden kalp atışı ve solunum var, fakat merkezi sinir sistemi çalışmamaktadır. Bu nedenle burada biyolojik ölümden söz edilemeyecektir. Bkz. Dural ve Ögüz, *op. cit.*, N.110. Aynı yönde bkz. Öztan, *op. cit.*, s.65.

Ölüm, TMK md. 28 gereği kişiliğin sona ermesine neden olan bir olgudur<sup>[4]</sup>. İlgili düzenleme her ne kadar ölüm ile kişiliğin sona ereceğini düzenlemekteyse de ölüm kavramından ne anlaşılması gerektiği, ölüm zamanının tespitinin nasıl yapılacağı gibi hususlarda herhangi bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla bu noktada kanun koyucunun bunların tespitini ve açıklamasını bilinçli olarak tıp bilimine bıraktığını söylemek yanlış olmayacaktır<sup>[5]</sup>. Tıp bilimine bakıldığında ise, yeni teknolojik gelişmeler karşısında geleneksel anlamdaki ölüm (*biyolojik ölüm*) anlayışından daha ötede bir bakış açısı geliştirildiği söylenebilir<sup>[6]</sup>. Nitekim ilk olarak Harvard Tıp Komitesi tarafından 1968 yılında yayınlanan bir makalede, hekimin hastanın tüm beyin fonksiyonlarını kalıcı olarak kaybettiğini tespiti yarayan bir kısım kriterlere<sup>[7]</sup> yer verilmiş ve ölüm teşhisinin bu kriterlere göre yapılabileceği önerilmiştir<sup>[8]</sup>. Bu makalenin ardından söz konusu kriterler göz önüne alınarak Amerika Birleşik Devletleri'nin birçok eyaletinde ölüm anının tespitinde, beyin ölümünün gerçekleştiği anın esas alınması kabul edilmiş ve bu yönde yasal düzenlemeler yapılmıştır<sup>[9]</sup>. Bunun dışında ölüm anının tespiti konusunda ikinci olarak 1976

- [4] Ölümün kişiliği ve dolayısıyla hak ehliyetini sona erdirdiğine; ayrıca cesedin eşya olarak nitelendirilemeyeceğine dair bkz. Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.427.
- [5] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *op. cit.*, N.48; Oktay Özdemir, *op. cit.*, s.443; Dural ve Ögüz, *op. cit.*, N.112; Öztan, *op. cit.*, s.64; Özel, *op. cit.*, s.48; Petek, *op. cit.*, s.34.
- [6] Geleneksel ölüm anlayışının değişmesinde etkili olan gelişmeler, kalbin ve solunumun durması karşısında bunların tekrar ilaç, elektrik şok, kalp masajı ya da suni solunum gibi yöntemlerle tekrar hayata dönüşün sağlanmasıdır. Bkz. Atamer, *op. cit.*, s.124; Petek, *op. cit.*, s.35.
- [7] Bundan sonra çalışmada *Harvard kriterleri* olarak anılacaktır.
- [8] Makale için bkz. Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School, "A Definition of Irreversible Coma: Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death", *Journal of American Medical Association*, Cilt 205, Sayı 6, 1968, s.337 vd.
- [9] Elizabeth Wicks, "The Legal Definition of Death and the Right to Life", in Shane McCorristine (Ed.), *Interdisciplinary Perspectives on Mortality and its Timings*, Palgrave Historical Studies in the Criminal Corpse and its Afterlife. Palgrave Macmillan, London, 20 Eylül 2017, s.120. Amerika Birleşik Devletleri'nde *The*

yılında İngiltere’de Tıp Kraliyet Kolejleri Akademisi (*Academy of Medical Royal Colleges*) tarafından ise, ölüm konusunda beyin sapı ölümünü benimseyen başka bir anlayış daha ortaya atılmış<sup>[10]</sup> ve ardından o zaman için İngiltere’de ölüm anının tespiti mahkemeler tarafından beyin sapı ölümü kabul edilmiştir<sup>[11]</sup>.

## B) ÖLÜM ANININ TESPİTİ

### 1- Organ Nakli Açısından

Türk Hukuku’nda Harvard Tıp Komitesi tarafından yayınlanan beyin ölümü kriterlerinin, organ nakli kapsamında ölüm anının tespiti açısından kabul edildiğini belirtmek gerekir<sup>[12]</sup>. Beyin ölümünden ne anlaşılması gerektiğine bakıldığında, Harvard kriterlerinde beyin sapı dahil, tüm beyin fonksiyonlarının geri dönüşü olmaksızın kaybedilmesi beyin ölümü olarak ifade edilmektedir<sup>[13]</sup>. Dolayısıyla beynin sadece belirli bölümlerinin fonk-

---

*Uniform Determination of Death Act* olarak anılan ortak bir Kanun çıkarılmış ve sonrasında eyaletler bu Kanunu kendi hukuk sistemlerine entegre etmişlerdir. *Ibid.*

[10] İngiltere’de Tıp Kraliyet Kolejleri Akademisi, sonrasında 2008 yılında, Ölümün Teşhisi ve Onaylanması İçin Uygulama Kurallarını (*A Code of Practice for the diagnosis and confirmation of death*) yayınlamıştır. Burada da ölümün tanımı yapılan kısımda 2.3 maddede kişinin ölü kabul edilebilmesi için beyin sapı işlevinin kalıcı olarak durmasından bahsedilmektedir. Bkz. [https://www.aomrc.org.uk/wp-content/uploads/2024/11/Code\\_of\\_Practice\\_DC\\_of\\_Death\\_041124.pdf](https://www.aomrc.org.uk/wp-content/uploads/2024/11/Code_of_Practice_DC_of_Death_041124.pdf) (Erişim Tarihi: 28 Aralık 2024).

[11] Alex Warren *et al.*, “Brain death in early pregnancy: A legal and ethical challenge coming to your intensive care unit?”, *Journal of the Intensive Care Society*, Cilt 22, Sayı 3, 2021, s.214-216; Özge Demir, *Yaşam Hakkı Açısından Özellik Arz Eden Tıbbi Müdahaleler (Kürtaj, Klonlama, Ötanazi)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2024, s.45.

[12] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *op. cit.*, N.53; Oktay Özdemir, *op. cit.*, s.448; Öztan, *op. cit.*, s.67; Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, *op. cit.*, s.425.

[13] Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School, “A Definition of Irreversible Coma: Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death”, *Journal of American Medical Association*, Cilt 205, Sayı 6, 1968, s.337 vd.

siyon kaybına uğraması beyin ölümü olarak kabul edilmemektedir<sup>[14]</sup>.

Türk Hukuku'nda beyin ölümünün ne şekilde düzenlendiğine bakıldığında; Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin ekinde mevcut olan Ek 1-Beyin Ölümü Tanı Kriterleri'nde beyin ölümü "... *linik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybıdır...*" şeklinde tanımlanmaktadır. Bununla birlikte yine Ek-1 içerisinde beyin ölümü tanısı konulabilmesi adına mevcut olması gereken kriterler tek tek sayılmaktadır. Tüm bu kriterler tamamlandığında ise, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 11. maddesine göre, tıbbi ölümün gerçekleştiğine "*biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile*" karar verilebilecektir. Kanunda yer alan *tıbbi ölüm* kavramından anlaşılması gerekenin Yönetmelik'te yer alan *beyin ölümü* olduğu doktrinde hakim görüş tarafından kabul edilmektedir<sup>[15]</sup>. Dolayısıyla beyin ölümüne ilişkin belirtilen kararın alınmasından itibaren artık organ nakli yapılabilecektir.

Organ nakli konusunda ölüm anının tespiti açısından kabul edilen beyin ölümü kriterleri hakkında doktrinde belirtilen tereddüte de yer vermek gerekir<sup>[16]</sup>. Nitekim doktrindeki bir görüş tarafından, beyin ölümünün gerçekleşmesiyle ölümün gerçekleştiğini söylemenin duraksamadan kabul edilebilecek bir görüş olmadığı ifade edilmektedir<sup>[17]</sup>. Yazarlar tarafından tıp alanındaki teknolojik gelişmelere atıf yapılarak beyin ölümünün ölüm anının tespiti açısından artık bir kesinlik taşımama ihtimali olduğu vurgulanmaktadır<sup>[18]</sup>. Zira bilim insanları BrainEx isimli yapay bir perfüzyon sistemi kullanarak, ölü domuzların beyinlerine dört saat sonra bazı yapı-

[14] Atamer, *op. cit.*, s.127-128.

[15] Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 19. Baskı, 2024, s.275.

[16] Bu tereddütler hakkında bkz. Atamer, *op. cit.*, s.117.

[17] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *op. cit.*, N.51.

[18] *Ibid.*

sal ve işlevsel özellikleri tekrar kazandırmıştır<sup>[19]</sup>. Bu gelişmenin insanlarda denenmesi halinde, organ nakli açısından artık beyin ölümü kriterlerinin değişmeye mahkum olacağını ve ölüm anının tespiti konusunda yeni kriterlerden yararlanılması gerekeceği açıktır.

## 2- Kişiliğin Sona Ermesi Açısından

Organ nakli açısından ölüm anının belirlenmesinde kabul edilen beyin ölümü, kişiliğin sona ermesi açısından bazı tereddütler ile karşılanmakta ve doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüş farklılıkları kalp atışı ve solunumun durmasından sonra beyin hücrelerinin bir süre daha çalışmaya devam etmesi halinde, ölüm anı olarak kalp atışları ve solunumun durduğu anın mı yoksa beyin ölümünün gerçekleştiği anın mı esas alınacağı konusunda önem arz etmektedir. Bu noktada beyin ölümünün gerçekleştiği andan kastedilenin, tüm beyin fonksiyonlarının geri dönüşü olmaksızın kaybedildiği an olduğunu hatırlatmak gerekir. Yine beyin ölümü ile bitkisel hayatın farklı durumlar olduğunu da belirtmek gere-

[19] Stuart Youngner ve Insoo Hyun, “Pig brain study could fuel debates around death”, *Nature*, Cilt 568, Sayı 7752, 18 Nisan 2019, s.302-304. Yazarlar bu gelişmenin özellikle kişilerin hayatlarını kurtarma çabaları ile başkalarının organ elde etme çabaları arasındaki gerilimi artırabileceğini ifade etmektedir. Söz konusu çalışmanın insanlar için kullanılmak üzere geliştirilmesi halinde ise, öncelikle oksijen eksikliği nedeniyle oluşan beyin hasarından dolayı beyin ölümü gerçekleşen kişilerin aday olabileceği ifade edilmektedir. *Ibid.*, s.302.

kir<sup>[20][21]</sup>. Bitkisel hayatta olan hastalarda beynin bir kısım fonksiyonları çalışmaya devam etmektedir<sup>[22]</sup>. Bu hastalar açısından ölüm halinden bahsedilmemekte ve bu kişilerin hayatta olduğu kabul edilmektedir<sup>[23]</sup>.

#### a) Ölüm Anına İlişkin Görüşler

Doktrinde hakim görüş tarafından ölüm bir süreç olarak nitelendirilmekte<sup>[24]</sup> ve kişiliği sona erdiren ölüm anının tespiti açısından “somut olayda ölüm sürecine geri dönülemez şekilde girme anı” ölüm anı olarak kabul edilmektedir<sup>[25]</sup>. Bu ana ilişkin doktrinde değerlendirilen iki

[20] Atamer, *op. cit.*, s.139; Petek, *op. cit.*, s.37, dpn.41; Özel, *op. cit.*, s.51, dpn.54; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Güncellenmiş 21. Baskı, 2023, s.227; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op. cit.*, s.227. Doktrinde bir yazar tarafından şu ifadeler kullanılmaktadır: “Beyinsel ölümü kabul edenlere göre, beyin fonksiyonlarını yitirmesi ve bilincin ortadan kalkması halinde, kan dolaşımı ve solunumun yapay olarak sürdürülmesi sadece bir ‘görünüşte yaşam’ (bitkisel hayat) sağlayabilir.” Bkz. Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, *op. cit.*, s.214. Doktrinde bir başka yazar tarafından ise şu ifadelere yer verilmektedir: “Beynin tüm fonksiyonları durmasına rağmen, dolaşım ve solunum sistemlerinin çalışması da mümkündür. Bitkisel hayat olarak bilinen bu halde ölüm söz konusu olmaması gerekirken, tıbbın bu gelişimi yeni bir öğretinin kabulü ile sonuçlanmıştır. Bu da beyinsel ölümdür.” Bkz. Oktay Özdemir, *op. cit.*, s.449. Belirtmek gerekir ki her iki görüş de bitkisel hayatı, beyin ölümü gibi ifade etmektedir. Ancak bunlar farklı durumları anlatmak üzere kullanılmaktadır.

[21] Nitekim Türk Ceza Kanunu’nda da *bitkisel hayat* md. 87’de “Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama” başlığı altında; yine TCK md. 89’da “Taksirle yaralama” başlığı altında ve diğer bazı hükümlerde ayrıca düzenlenen başka bir durumu ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

[22] Atamer, *op. cit.*, s.139; Tezcan, Erdem ve Önok, *op. cit.*, s.227.

[23] Atamer, *op. cit.*, s.139; Özel, *op. cit.*, s.51, dpn.54; Petek, *op. cit.*, s.37, dpn.41; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op. cit.*, s.227.

[24] Atamer, *op. cit.*, s.138.

[25] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *op. cit.*, N.53; Öztan, *op. cit.*, s.67; Atamer, *op. cit.*, s.138. Bu görüşe yakın olduğunu düşündüğümüz bir başka görüş tarafından da ölüm anının tespiti konusunda “ölümün belirtilerinin ortaya çıkmasından sonra ölüme karar verebilmek için, ölüme engel olmayı sağlayacak tüm çabaların

ihtimal söz konusudur.

Birinci ihtimal, kalp atışı ve solunumun durmasından sonra beyin fonksiyonlarının bir süre daha çalışmaya devam etmesidir. Doktrinde hakim görüş tarafından, kalp atışı ve solunumun durmasından sonra beyin fonksiyonlarının bir süre daha çalışmaya devam etmesi halinde, ölüm anı kalp ve solunumun durması anı olarak kabul edilmekte, bu andan itibaren ölüm sürecine geri dönüşü olmayan bir şekilde girildiği belirtilmektedir<sup>[26]</sup>.

İkinci ihtimal ise, kalp ve solunum durmasından önce beyin fonksiyonlarının durmuş olmasıdır. Bu halde doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Nitekim doktrinde bir görüş, kalbin çalıştığı, fakat beyin ölümünün gerçekleştiği olaylar açısından ölüm anının tespitinde beyin ölümünün gerçekleştiği anın kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>[27]</sup>.

*denenmesi ve buna rağmen hastanın hayata hiçbir zaman dönemeyeceğinin tubben saptanması” hali aranmaktadır. Bkz. Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No:768, 1972, s.188-189; Dural ve Ögüz, op. cit., N.114; Özel, op. cit., s.52.*

[26] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *op. cit.*, N.50-51. Aynı yönde bkz. Atamer, *op. cit.*, s.138. Burada biyolojik ölüm görüşünün uygulama bulduğuna dair bkz. Petek, *op. cit.*, s.38. Almanya’da yaşanan bir olayda karı-koca uğradıkları saldırı sonucu ölmüş; yapılan otopsi sonucu kalbin durduğu an ölümün gerçekleştiği an olarak esas almış; fakat İstinaf Mahkemesi tek ölüm kriteri olabileceği ve bunun da beyin ölümü olmasından dolayı beyin ölümünün gerçekleştiği anın esas alınması gerektiğine karar vermiştir (OLG Köln, NJW-RR 1992, s.1480-1481.). Söz konusu İstinaf Mahkemesi kararı, Atamer tarafından eleştirilmekte ve bu konuda Mahkeme’nin yaklaşımı esneklikten uzak ve uygulama ihtiyaçlarına cevap vermeyecek nitelikte görülmektedir. Ayrıca yazar nasıl ki beyin ölümü gerçekleştikten sonra kalbin bir süre çalışması halinde, beyin ölümünün ölüm anı bakımından esas alınması gerektiği kabul edilmekteyse; aynı şekilde kalbin geri dönülemez şekilde durması ve beynin birkaç dakika daha çalışmaya devam etmesi halinde de kalbin durması anının ölüm anı olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Atamer, *op. cit.*, s.138.

[27] Atamer, *op. cit.*, s.138; Petek, *op. cit.*, s.38. Doktrinde bir görüş ihtimallere göre ayırım yapmamakta ve hukuki anlamda ölüden bahsedilebilmesi için beyin ölümünün kabul edilmesi gerektiğini; beyin ölümünün gerçekleşmesinden sonra, dolaşım ve solunum devam etse de kişinin artık hukuksal anlamda ölü olduğunu, tıbbi desteğin bu andan itibaren sona erdirilmesinin ise kasten öldürme suçuna vücut vermeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *op. cit.*, s.95.

Zira beyin ölümüyle birlikte ölüm sürecine geri dönülemez şekilde girildiği belirtilmektedir. Bir diğer görüş tarafından ise, beyin ölümünün gerçekleşmesine rağmen, vücudun tüm yaşamsal fonksiyonları durmadığı takdirde ölümden bahsedilemeyeceği belirtilmektedir<sup>[28]</sup>. Nitekim bu görüş, beyin ölümünün yalnızca organ naklinde ölüm anının belirlenmesinde esas alındığını, ancak genel bir düzenleme olmadığını, bu nedenle organ naklinin söz konusu olmadığı hallerde beyin ölümünün gerçekleşmesi ile ölümün gerçekleştiğinin söylenemeyeceğini belirtmektedir<sup>[29]</sup>. Bu durum ise, kişinin beyin ölümünün gerçekleştiği an ile tüm yaşamsal fonksiyonlarının durduğu an arasındaki süreç açısından kişiliğin devam etmesi ve kişinin hayatta olduğunun kabul edilmesi anlamına gelmektedir.

#### b) Görüşlerin Değerlendirilmesi

Doktrinde ölüm anının tespiti konusunda farklı görüşlerin olmasının sebebi, bu anın tespitinde organ nakline ilişkin düzenleme dışında, mevzuatta açık bir düzenleme olmamasıdır<sup>[30]</sup>. Doktrinde bir görüş, ölüm anının tespiti konusunda organ nakli dışında herhangi bir yasal düzenleme olmamasını eleştirmekte ve bunun kötüye kullanımlara açık kapı bırakacağını belirtmektedir<sup>[31]</sup>. Doktrinde başka bir görüş ise, kanun koyucunun suskunluğunun, kasıtlı bir suskunluk olduğunu, dolayısıyla ölüm anını tespit etme işinin tıp biliminin işi olduğunu belirtmektedir<sup>[32]</sup>. Ölüm anının hangi an olduğunun tespit edilmesi konusunda gerçekten de yetkili olan tıp bilimidir. Tıp biliminin ölüm anı konusundaki yaklaşımına bakıldığında; 1968 tarihli Türkiye Tabipler Birliği Komite Kararı'nda, beyin

[28] Oktay Özdemir, *op. cit.*, s.452 ve s.457.

[29] *Ibid.*, s.449-450.

[30] Tezcan, Erdem ve Önok, *op. cit.*, s.96. Mevzuatta bu konuda bir boşluk olduğuna dair bkz. Köksal Bayraktar, "Kasten Adam Öldürme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2 (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan), 2013, s.68.

[31] Tezcan, Erdem ve Önok, *op. cit.*, s.96.

[32] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *op. cit.*, N.48; Oktay Özdemir, *op. cit.*, s.443; Dural ve Öğüz, *op. cit.*, N.112; Öztan, *op. cit.*, s.64; Özel, *op. cit.*, s.48; Petek, *op. cit.*, s.34.

fonksiyonlarının durmasına rağmen, dolaşım ve solunumun yapay araçlarla devam ettirilmesi, ancak bu araçlar olmadan dolaşım ve solunumun sürdürülmesinin de mümkün olmadığı hallerde ölümün gerçekleştiğini belirtmektedir<sup>[33]</sup>. Yüksek Sağlık Şurası'nın 24.11.1969 tarihli kararında ise ölüm için “*bugünkü telakkilerin en kuvvetlisi ve hakim durumunda olan beyin fonksiyonunun tamamıyla durması halinin tespiti şeklinde kabul olunmuştur.*” ifadeleri kullanılmıştır<sup>[34]</sup>. Yine Türk Tabipler Birliği tarafından kabul edilen Yaşamın Sonuna İlişkin Bildirge'de<sup>[35]</sup> *Boşuna Tedavi* başlığı altında 4. madde ile “*Beyin ölümü tanısı konduktan sonra yapılacak uygulama ve girişimler tıbbi tedavi kapsamında nitelendirilemez. Hekim, tıbbi ve yasal anlam da ölüm anlamına geldiğinden beyin ölümü tanısı sonrasında herhangi bir uygulama yapmaya zorlanamaz.*” ifadeleri kabul edilmiştir. Son olarak her ne kadar organ nakli açısından kabul edilmiş bir düzenleme olsa da 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 11. maddesinde tıbbi ölüme ne şekilde karar verileceği ele alınmakta; yine Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin Ek

[33] Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, *op. cit.*, s.216; Özel, *op. cit.*, s.53; Tezcan, Erdem ve Önok, *op. cit.*, s.96. Kararda ölüm anının tespiti için şu şartlar aranmaktadır: 1.İki taraflı ve devam eden midriasis; 2.Bütün reflekslerin tam kaybı (derin hissiyatın kaybolması); 3.Solunum ve dolaşım spontan çalışmasının durması ve ancak reanimasyon tedbirleri ile sağlanması; reanimasyon tedbirleri yeterli sürece uygulandığı halde, normal solunum ve dolaşımın sağlanamayacağına dair karar verilmesi; 4.Beynin fonksiyon yapmadığının EEG metoduyla tespit edilmesi, EEG'nin aktif bir belirti göstermemesi ve yeniden canlandırma metodlarıyla da aktif hiç bir belirti göstermemekte devam etmesi; 5. Ölümün tespiti için bu kriterlerin tek tek değil bütününe göz önüne alınması. Bkz. Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, *op. cit.*, s.216'dan naklen.

[34] Karar için bkz. Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, *op. cit.*, s.186. Yargıtay ise bir kararında “ölüm anı bütün organların durduğu andır.” kararını vermiştir. Karar için bkz. Özel, *op. cit.*, s.53.

[35] Söz konusu Bildirge'nin başlangıç kısmı şu şekildedir: “4-5 Nisan 2008 tarihlerinde “TTB Etik Bildirgeler Çalıştayı”nda geliştirilmiş, 20 Haziran 2009 tarihinde “TTB II. Etik Bildirgeler Çalıştayı”nda güncellenmiş, 26 Haziran 2009 tarihinde TTB 58. Büyük Kongre'sinde kabul edilmiştir. 15-16 Aralık 2018 tarihinde Ankara'da düzenlenen “TTB III. Etik Bildirgeler Çalıştayı”nda yeniden gözden geçirme çalışmaları başlamış ve 24 Kasım 2019 tarihinde TTB Olağanüstü 71. Büyük Kongre'sinde kabul edilmiştir.”. Bildirge hakkında bkz. <https://www.ttb.org.tr/kutuphane/etikbildirgeler2020.pdf> (Erişim Tarihi: 10 Nisan 2025).

1'inde ise beyin ölümü tanısı için aranan kriterler tek tek sayılmaktadır. Teknolojik gelişmelerin geldiği noktada bugün için beyin ölümü tıp bilimi tarafından ölümün tespiti için kabul edilen bir kriterdir<sup>[36]</sup>. Dolayısıyla beyin ölümü gerçekleşmiş olan bir kimsenin, hayata döndüğüne dair bir araştırmayla da karşılaşılması, beyin ölümünün gerçekleştiği anın ölüm anı olduğunun kabul edilmesi gerektiğini göstermektedir<sup>[37]</sup>. Burada doktrinde ileri sürülen farklı görüşler ihtimallere göre değerlendirilecektir.

Birinci ihtimalde, kalp ve solunumun durması, fakat beyin fonksiyonlarının çalışmaya devam etmesi söz konusudur. Bu ihtimalde kişinin kalbinin ve solunumunun tekrar canlandırılmaya çalışılması ve kişinin hayata dönmesi muhtemeldir<sup>[38]</sup>. Ancak bu kişinin ne zaman beyin ölümü gerçekleşirse artık hayata dönme ihtimali o andan itibaren söz konusu olmayacaktır. Bu halde doktrindeki hakim görüş tarafından yukarıda da belirttiğimiz üzere, kalp ve solunumun durmasının ölüm sürecine geri dönülemez şekilde girme anı olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmekte ve dolayısıyla bu an ölüm anı olarak değerlendirilmektedir. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki ölümün bir süreç olarak nitelendirilmesi kanaatimizce de isabetlidir. Dolayısıyla doktrindeki hakim görüş olan “ölüm sürecine geri dönülemez şekilde girme anı” ölüm anı olarak kabul edilmelidir. Ancak burada birinci ihtimali de ikiye ayırarak incelemek gerekir. Örneğin, kişinin kalbinin ve solunumunun durmasından sonra, bu fonksiyonların hiç çalıştırılmadan kişinin beyin ölümü gerçekleştiği noktada, ölüm sürecine geri dönülemez şekilde girme anı kalp ve solunumun durma anı olarak kabul edilebilir<sup>[39]</sup> ve kişinin bu andan itibaren sona erdiği söylenebilir. Ancak kişinin kalbinin ve solunumunun durmasından sonra, eğer beyin ölümü henüz gerçekleşmeden bu fonksiyonlar yeniden çalıştırılır ve birkaç saniye bile olsa devam ederse, artık bu noktada ölüm sürecine geri dönülemez şekilde gir-

[36] Oktay Özdemir, *op. cit.*, s.449. Tıp alanında ayrıca bkz. Dilek Özcengiz, “Beyin Ölümünün Hukuki Boyutu”, *Türk Yoğun Bakım Dergisi*, Cilt 21, Sayı Özel 1, 2023, s. 37-39. s.38-39.

[37] Beyin ölümü gerçekleştikten sonra, artık ortada bir kadavra olduğu, kadavranın da donör olmaması durumunda ona tıbbi destek verilmesinin anlamsız olduğu, zira bu halde herhangi bir endikasyon olmadığı hakkında bkz. Özcengiz, *op. cit.*, s.38.

[38] Oktay Özdemir, *op. cit.*, s.449.

[39] Atamer, *op. cit.*, s.138.

me anı olarak kalp ve solunumun durma anı esas alınamaz. Zira bu halde kişinin kalbi ve solunumu dursa da *geri döndürülemez an* bu an değildir<sup>[40]</sup>.

İkinci ihtimal ise, kişinin beyin ölümünün gerçekleşmesi, ancak kalp ve solunumun yapay olarak devam ettirilmesidir. Bu ihtimal bizim çalışmamız açısından asıl önem arz eden ihtimal olup; beyin ölümünün gerçekleşmesi halinde, kişinin hayatta mı yoksa artık ölü mü olduğuna cevap verilmesi gerekmektedir. Bu konuda doktrinde farklı görüşler söz konusudur. Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz üzere doktrinde bir görüş tarafından, beyin ölümünün gerçekleşmesinden sonra tüm yaşamsal fonksiyonlar sona erene kadar kişinin hayatta olduğu kabul edilmekte, kişinin bu sıradaki makineye bağlı yaşamına son verilemeyeceği belirtilmektedir<sup>[41]</sup>. Başka bir görüş tarafından, bu halde hekimin tıbbi desteğe devam yükümlülüğü olmadığı, zira kişinin beyin ölümü ile birlikte artık hukuksal anlamda da ölü olduğu savunulmaktadır<sup>[42]</sup>. Biz de beyin ölümü ile birlikte kişinin ölüm sürecine geri dönülemez şekilde girdiğini kabul etmekle birlikte, kişinin beyin ölümünün gerçekleşmesinden sonra artık hukuken ölü kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Zira ölüm her ne kadar bir süreç olarak değerlendirilse de kalp ve solunumun durmasından önce beyin ölümünün gerçekleşmesi artık geri dönülemez şekilde ölüm sürecine girme anı olup, kişinin hayata geri dönmesi mümkün değildir<sup>[43]</sup>. Buradaki asıl soru ise, kişinin beyin ölümü gerçekleşmesine rağmen, hangi hallerde tıbbi desteğe devam edilmesinin zorunlu olduğudur. Beyin ölümü sonrası tıbbi desteğe

[40] Bu konuda ayrıca bkz. Oktay Özdemir, *op. cit.*, s.449; Atamer, *op. cit.*, s.138.

[41] Oktay Özdemir, *op. cit.*, s.456 ve s.456, dñn.25. Belirtmek gerekir ki yazar beyinsel ölüm hakkında da şu ifadeleri kullanmaktadır: “*Beynin tüm fonksiyonları durmasına rağmen, dolaşım ve solunum sistemlerinin çalışması da mümkündür. Bitkisel hayat olarak bilinen bu halde ölüm söz konusu olmaması gerekirken, tıbbın bu gelişimi yeni bir öğretinin kabulü ile sonuçlanmıştır. Bu da beyinsel ölümdür.*”. *Ibid.*, s.449.

[42] Tezcan, Erdem ve Önok, *op. cit.*, s.95. Ayrıca bu halde tıbbi desteğin çekilmesinin kasten öldürme sayılmayacağı belirtilmektedir. *Ibid.* Beyin ölümünden sonra artık kişinin canlı kabul edilemeyeceğine dair bkz. Atamer, *op. cit.*, s.136-137.

[43] Atamer, *op. cit.*, s.135-137; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *op. cit.*, s.227. Bu andan itibaren, donör olunmayacaksa tıbbi desteğin anlamsız olacağına dair bkz. Özcengiz, *op. cit.*, s.38.

devam edilmesi meselesi organ nakli açısından, Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nde dolaylı olarak md. 8/5 hükmünde “*Beyin ölümü teşhisi konulan vakalarda organ bağışlanmasına ilişkin aile veya yasal vasi onayı olmaması durumunda uygulanan organ koruma protokollerine son verilir. Aile veya yasal vasi tarafından organ bağışında bulunulması durumunda ise organın bekleyen hastaya nakledilmesine kadar geçen süre içerisinde, verici bakımı için ihtiyaç duyulan organ koruma protokolleri devam ettirilir.*” şeklinde düzenlenmektedir. Organ koruma protokolü ise yine aynı Yönetmeliğin 4/1-t hükmünde “*Organ koruma protokolü: Beyin ölümü teşhisi ile ölümü kesinleşen bedendeki organların nakil için kullanılabilmesi amacıyla korunması işlemleri*” şeklinde ele alınmaktadır. Dolayısıyla kişinin organ nakli için sağlıklıyken rıza göstermesi ya da ölümünden sonra kişi kendisi organ naklini yasaklamadıysa aile ya da yasal vasinin onay göstermesi durumunda, tıbbi desteğe organları korumak için devam edilmektedir. Onay verilmediği halde ise, organ koruma protokolüne son verileceği düzenlenmektedir. Ancak bu protokole son verilmesinin aynı zamanda tüm tıbbi desteğin çekilmesi anlamına gelip gelmeyeceği açık değildir. Diğer taraftan tıbbi desteğin devam etmesine ya da kesilmesine dair mevzuatta başka bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Başka bir deyişle beyin ölümü gerçekleşmiş olan kişilerde, ne zamana kadar tıbbi desteğe devam edileceği meselesi mevzuatta açık olmamakla birlikte, bu konunun yasal olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>[44]</sup>. Nitekim daha önceki 1993 tarihli Organ Nakli Merkezleri Yönetmeliği'nin Ek-1 kısmındaki düzenleme gereği, beyin ölümü gerçekleşen hastaya uygulanan tıbbi desteğin kesilmesine hekim karar verebilirken; 2000 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin Ek-1 kısmındaki düzenlemeye göre, buna hasta yakınları izin verebilmekteydi; ancak ne 2012 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin Ek-1 kısmında ne de 2022 tarihli Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin Ek-1 kısmında böyle bir düzenlemeye yer verilmektedir<sup>[45]</sup>. Dolayısıyla eski düzenlemelerde bu durum açık olma-

[44] Selma Tepehan ve İmdat Elmas, “Beyin Ölümü Tanısı Almış Hastalarda Tıbbi Desteği Kesme Kararı ve Bu Konudaki Yetki Sorunu”, *Bakırköy Tıp Dergisi*, Cilt 12, Sayı 4, 2016, s.211.

[45] 1993 tarihli Organ Nakli Merkezleri Yönetmeliği'nin Ek-1 kısmında, beyin ölümü gerçekleşen hastalarda, durum hasta yakınlarına açıklandıktan sonra, eğer organ nakli için izin alınamazsa, hastaya uygulanan tıbbi desteğin kesilebileceği belirtilmektedir

sına rağmen bugün ne yazık ki konu açık değildir. Sonuç olarak biz ikinci ihtimal açısından beyin ölümünün gerçekleşmesinden sonra artık geri dönülemez şekilde ölüm sürecine girildiği ve bu durumun bugünkü teknolojik gelişmeler karşısında geri dönüşü olmadığı kabulünden dolayı, ölüm anının beyin ölümü olduğunu kabul etmekteyiz. Ancak bu andan sonra sağlanan tıbbi desteğin çekilip çekilemeyeceği konusunda tereddütlerimiz olduğunu belirtmemiz gerekir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere güncel anlamda, eski mevzuatta olduğu gibi açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla her ne kadar hukuki anlamda beyin ölümünün ölüm anı olduğunu ve bu anda artık kişiliğin sona erdiğini kabul etsek de tüm tıbbi desteğin çekilmesi meselesi mevzuatta açık olmadığından bu konuda bir boşluk olduğunu ve düzenleme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Buna rağmen yine de beyin ölümü gerçekleşmiş olan kişiler açısından organ naklinin söz konusu olmadığı hallerde tıbbi desteğe devam etmenin faydasız ve anlamsız olacağının kabul edilmesinden yola çıkarak<sup>[46]</sup> biz de hekimin tıbbi desteğe devam yükümlülüğünün olmadığını düşünmekteyiz. Kaldı ki organ bağışının söz konusu olmadığı hallerde organ koruma protokollerine sona verilmesi de bir noktaya kadar desteğin çekilmesi anlamını taşımaktadır. Ancak beyin ölümü gerçekleşen gebe kadınlar açısından durum farklı şekilde ele alınmak zorundadır. Zira bu halde tıbbi desteğe devam edilmemesi aynı zamanda gebeliğin sonlandırılması anlamına gelecektir. Bu sorun aşağıda ayrıca değerlendirileceğinden burada ele almıyoruz.

### C) BEYİN ÖLÜMÜ GERÇEKLEŞEN GEBE KADINLARA İLİŞKİN VAKA ÖRNEKLERİ

(20 Ağustos 1993 tarihli Resmi Gazete, Sayı 21674). 2000 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin Ek-1 kısmında ise beyin ölümü gerçekleşen hastalarda, durum hasta yakınlarına açıklandıktan sonra, yakınların organ nakline izin vermesi ya da yaşam desteğinin kesilmesine izni vermesi ile yaşam desteğinin kesilebileceği ifade edilmektedir (1 Haziran 2000 tarihli Resmi Gazete, Sayı 24066). 2012 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin Ek-1 kısmında ise, bu düzenleme kaldırılmış ve tıbbi destek ile ilgili yeni bir düzenleme öngörülmemiştir (1 Şubat 2012 tarihli Resmi Gazete, Sayı 28191). 2022 tarihli Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin Ek-1 kısmında ise, yine yeni bir düzenlemeye yer verilmemiştir (9 Aralık 2022 tarihli Resmi Gazete, Sayı 32038).

[46] Özcengiz, *op. cit.*, s.38.

Burada çalışma konumuzu oluşturan beyin ölümü gerçekleşmiş olan gebe kadınlara yönelik tıbbi desteğe devam edilmesi ve dolayısıyla gebeliğin devam ettirilmesine, ayrıca tıbbi desteğin kesilerek gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin örneklere yer verilmektedir.

Gebelik döneminde beyin ölümünün oldukça nadir görülen ancak giderek de yaygınlaşan bir durum olduğu doktrinde belirtilmektedir<sup>[47]</sup>. Nitekim yapılan bir araştırmaya göre, 1982-2010 yılları arasında, toplam 30 vakanın tespit edildiği, bunlardan 12 canlı bebeğin başarılı şekilde doğduğu ve yeni doğan döneminde de hayatta kaldığı ifade edilmektedir<sup>[48]</sup>. Bununla birlikte beyin ölümü gerçekleşmesine rağmen, ceninin yaşatılması için anneye tıbbi destek verilmesi tıbbi, etik ve yasal belirsizlikleri beraberinde getirmektedir<sup>[49]</sup>. Zira bir tarafta beyin ölümü gerçekleşmiş olan gebe bir kadın, diğer tarafta ise henüz dünyaya gelmemiş fakat anne karnında yaşayan bir cenin söz konusudur.

Beyin ölümü gerçekleşmesine rağmen, ceninin yaşatılabilmesi için tıbbi destek verilen ve ceninin sağlıklı bir şekilde doğduğu örneklerden biri Birleşik Arap Emirlikleri'nde kaydedilen vakadır. Vakada, gebe bir kadının 16. gebelik haftasında beyin ölümünün gerçekleşmesinden sonra, fetüsün 110 güne kadar rahimde yaşatılarak, 32. haftada başarılı bir biçimde sezaryen doğumun gerçekleştiği raporlanmıştır<sup>[50]</sup>. Bu vakanın özelliği ise,

[47] Roman Gal *et al.*, "Delivery of a Healthy Baby from a Brain-Dead Woman After 117 Days of Somatic Support: A Case Report", *American Journal of Case Reports*, Cilt 22, Sayı e930926, 18 Mayıs 2021, s.6.

[48] Majid Esmailzadeh *et al.*, "One life ends, another begins: Management of a brain-dead pregnant mother-A systematic review", *BMC Medicine*, Cilt 8, Sayı 74, 18 Kasım 2010, s.1-11. Makale için bkz. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3002294/> (Erişim Tarihi: 29 Ocak 2024).

[49] Gal *et al.*, *op. cit.*, s.6.

[50] Abuhasma Said *et al.*, "A brain-dead pregnant woman with prolonged somatic support and successful neonatal outcome: A grand rounds case with a detailed review of literature and ethical considerations", *International Journal of Critical Illness & Injury Science*, Temmuz-Eylül 2013, Cilt 3, Sayı 3, s.220-224. Rapor için bkz. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3883204/#ref-list-a.d.btitle> (Erişim Tarihi: 29 Aralık 2024).

2013 yılına kadar bildirilen vakalar içerisinde cenine sağlanan ve ceninin sağlıklı bir şekilde dünyaya geldiği en uzun tıbbi desteğin bildirildiği ilk vaka olmasıdır<sup>[51]</sup>.

Bir diğer vaka Portekiz'in Porto şehrinde 26 yaşındaki eski uluslararası atlet olan Catarina Sequeira vakasıdır. Söz konusu atlet hastaneye yatırıldığı sırada 19 haftalık gebe ve astım krizi nedeniyle yoğun bakım ünitesine alınmış, birkaç gün sonra ise atletin beyin ölümü gerçekleşmiştir. Bunun üzerine hastanenin etik komitesi ceninin sezaryen ile doğumunu sağlayabilmek adına tıbbi desteğe devam etme kararı almış ve cenin 31 hafta 6 günlükken 2019 yılında dünyaya getirilmiştir<sup>[52]</sup>. Yani yaklaşık olarak 84 gün civarı cenin yaşatılmıştır. Hastane etik komitesi, beyin ölümü gerçekleşmiş olan kadına verilen tıbbi destek konusunda iki hususu vurgulamışlardır. Bunlardan birincisi, Sequeira'nın anne ve babasının bu durumun Sequeira'nın talebi olduğu yönündeki ortak ifadeleri ve Sequeira'nın Portekiz'in organ bağışı için varsayılan rıza düzenlemesine göre de organ bağışından vazgeçmemiş olması gösterilmiştir<sup>[53]</sup>. Bu vaka hastane etik komitesinin karar alma sürecinde dikkate aldığı hususlarla ilgili olarak önemlidir.

Beyin ölümü gerçekleşmesine rağmen ceninin yaşamsal fonksiyonlarına devam edebilmesi için tıbbi desteğe devam edilmesi konusunda yargıya yansıyan örneklerle de yer vermek gerekir. Bu anlamda değinilmesi gereken vakalardan birisi *Erlanger Baby* olarak anılan ve 1992 yılında Almanya'da gerçekleşen olaydır<sup>[54]</sup>. Olayda 13-15 haftalık gebe olduğu tahmin edilen

[51] *Ibid.*, s.222. Bir diğer vakada Birleşik Arap Emirlikleri'nde bildirilen 110 gün daha da uzatılmış ve 117 güne çıkarılmıştır. Bu vaka ise 2021 yılında Çek Cumhuriyeti, Brno şehrinden bildirilmiş olup, vakada 16. gebelik haftasında beyin ölümü gerçekleşen kadına 117 günlük tıbbi destek verilmiş ve cenin başarılı bir şekilde dünyaya gelmiştir. Bkz. Gal *et al.*, *op. cit.*, s.1.

[52] Olay hakkında bkz. <https://www.bbc.com/news/world-europe-47741343> (Erişim Tarihi: 22 Aralık 2024).

[53] Warren *et al.*, *op. cit.*, s.215.

[54] Olay hakkında bkz. Christoph Anstötz, "Should a brain-dead pregnant woman carry her child to full term? The case of the 'Erlanger baby'", *Bioethics*, Cilt 7, Sayı 4, Temmuz 1993, s.340 vd. Ayrıca bkz. Heuermann, Paul, "Verfassungsrechtliche

Marion Ploch isimli kişinin bir kaza sonucu hastaneye kaldırılmasından yaklaşık üç gün sonra beyin ölümü gerçekleşmiştir. Sonrasında tıbbi destek verilmeye devam edilmiş, ancak 16 Kasım tarihinde kendiliğinden gerçekleşen düşük neticesinde cenin kaybedilmiştir. Olayda beyin ölümü gerçekleşen kadına Mahkeme tarafından bir temsilci atanmıştır<sup>[55]</sup>. Mahkeme kararında kişinin beyin ölümünün gerçekleşmesinden dolayı yasal olarak da ölü kabul edildiğini; bu somut vakanın henüz kanun ile düzenlenmediğini; ölü kadının kişilik hakları ile doğmamış çocuğun bağımsız yaşam hakkı arasındaki menfaatin tartılması sonucu, çocuğun bağımsız yaşam hakkının öncelikli olduğu; her ne kadar beyin ölümü gerçekleşen kadının yapay tıbbi desteğin devamına ilişkin daha öncesinde bir irade açıklaması olmasa da ebeveynlerin ölen kişinin yaşama karşı tutumu ve yaşam tarzına ilişkin beyanları ve çocuğun büyük olasılıkla sağlıklı olduğu gerçeği dikkate alındığında, böyle bir iradenin varsayılması gerektiği; beyin ölümü gerçekleşen kadının varsayılan bu menfaati karşısında ona temsilci atanması gerektiğini belirterek kadına geçici olarak temsilci atanmıştır.

Yargıya yansıyan ve değinilmesi gereken bir diğer vakaya 2014 yılında İrlanda'da rastlanmaktadır<sup>[56]</sup>. Bu vakada cenin sağ olarak doğmamıştır. Zira Mahkeme tıbbi desteğin sona erdirilmesine karar vermiştir. Burada Mahkeme'de tartışılan konulara kısaca yer verilecektir. Öncelikle vakadan bahsetmek gerekirse, 26 yaşındaki gebe olan N.P. isimli kadına 3 Aralık 2014 tarihinde beyin ölümü teşhisi konulmuştur. Davacı baba P.P. (N.P.'nin babası) tıbbi desteğin sona erdirilmesi için dava açmıştır. Gebelik süresi konusunda Mahkeme toplanan delillerden N.P.'nin 15 haftalık gebe olduğuna kanaat getirmiş; davada ortaya konulan tıbbi kanıtlar ve

---

Probleme der Schwangerschaft einer hirntoten Frau", *Juristenzeitung*, 1994, s.133 vd. Beyin ölümü gerçekleştikten sonra tıbbi destek devam ederken beş haftalık sürede nüfus memurunun anneyi ölü olarak kaydetmeyi reddetmiş olması hakkında bkz. Atamer, *op. cit.*, s.116.

[55] Karar için bkz. AG Hersbruck, Beschluß vom 16-10-1992, XVII 1556/92, *NJW* 1992, s.3245.

[56] İrlanda Yüksek Mahkemesi P.P v. Health Service Executive kararı. Bkz. [https://www.courts.ie/viewer/pdf/d4e3e556-ac7d-4f23-839d-c82501a27fb0/2014\\_IEHC\\_622\\_1.pdf/pdf#view=fitH](https://www.courts.ie/viewer/pdf/d4e3e556-ac7d-4f23-839d-c82501a27fb0/2014_IEHC_622_1.pdf/pdf#view=fitH) (Erişim Tarihi: 28 Aralık 2024).

dinlenen hekimler<sup>[57]</sup> neticesinde ise ceninin sağ bir şekilde doğma ihtimali olmadığına ve tıbbi desteğe devam edilmesinin cenine de zarar vereceğine karar vermiştir. Mahkeme davada doğmamış ceninin avukatı tarafından ileri sürülen Anayasa'nın 40.3.3 hükmünü değerlendirme kapsamına almıştır<sup>[58]</sup>. Ceninin avukatı ceninin yaşam hakkının N.P.'nin ailesinin kederinden ve N.P.'nin onurlu bir şekilde ölme hakkından önce geldiğini ifade etmiş, ancak Mahkeme çocuğun da yararını düşünerek, onun sağ doğma ihtimalinin toplanan tıbbi deliller neticesinde söz konusu olmamasından dolayı, anneye verilen tıbbi desteğin sona erdirilmesi kararı vermiştir. Söz konusu kararda Anayasa'da yer alan doğmamış çocuğun yaşam hakkı, annenin onurlu bir şekilde ölme hakkı ve nihayetinde çocuğun yararı konuları ele alınmıştır.

Son olarak Türkiye'de de ilk olduğu belirtilen bir vakada, 2008 yılında beyin ölümü gerçekleşen Y.A. isimli 24 haftalık gebe bir kadına, ceninin dünyaya gelebilmesi için tıbbi destek verilmiş ve cenin yaklaşık 3 hafta sonra sağlıklı bir şekilde dünyaya gelmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki vaka hakkında herhangi bir yargı kararı ya da tıp literatüründe bilimsel bir çalışmayla karşılaşılmadığından, olay hakkındaki veriler de sınırlı kalmıştır. Olaya ilişkin yalnızca basın organları aracılığıyla kamuya yansıyan haberler tespit edilebilmiştir<sup>[59]</sup>.

[57] Davada dinlenen hekimlerin ortak açıklaması 13-14 haftada başlanan tıbbi desteğin başarılı olduğuna dair o zamana kadar herhangi bir vakanın bildirilmediği; yine hekimlerin ortak kanısı annede ortaya çıkan çeşitli enfeksiyon hastalıkları, yüksek ateş ve komplikasyonlar sebebiyle ceninin başarılı bir şekilde dünyaya gelemeyeceği yönündedir. Ayrıca hekimlerden birisi gebe kadında gebeler açısından test edilerek onaylanmamış olan enfeksiyon ilaçlarının kullanılmak zorunda kaldığını ve artık bu durumun nispeten deneysel olduğunu ifade etmektedir. Karar için bkz. [https://www.courts.ie/viewer/pdf/d4e3e556-ac7d-4f23-839d-c82501a27fb0/2014\\_IEHC\\_622\\_1.pdf/pdf#view=fitH](https://www.courts.ie/viewer/pdf/d4e3e556-ac7d-4f23-839d-c82501a27fb0/2014_IEHC_622_1.pdf/pdf#view=fitH) (Erişim Tarihi: 28 Aralık 2024).

[58] Dava kapsamında ele alınan düzenleme şu şekildedir: “40.3.3. *Devlet, doğmamış çocuğun yaşama hakkını kabul eder ve annenin eşit yaşama hakkını göz önünde tutarak, yasalarında bu hakka saygı göstermeyi ve mümkün olduğu ölçüde yasalarıyla bu hakkı savunmayı ve korumayı garanti eder.*”

[59] Basındaki haberler için bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/beyin-olumu-gerceklesti-bebegi-icin-yasatiliyor-8013311> (Erişim Tarihi: 31 Ocak 2025). Ayrıca bkz. <https://www.birgun.net/haber/>

Görüldüğü üzere beyin ölümü gerçekleşmesine rağmen, cenini yaşatmak adına kişilere tıbbi destek verilerek organların yaşamsal fonksiyonları devam ettirilmeye çalışılmaktadır. Bazı hallerde tıbbi desteğe devam edilip edilemeyeceği konusu yargıya taşınmakta ve buna Mahkeme karar vermektedir. Nitekim İrlanda'da yaşanan yukarıda bahsedilen olayda bu desteğin kesilmesine Mahkeme tarafından karar verilmiştir. Belirtmek gerekir ki beyin ölümü gerçekleşen gebe kadınlara, cenini yaşatmak üzere, tıbbi destek verilmesi örneğine dünyanın her yerinde rastlanmaktadır<sup>[60]</sup>. Fakat bu konuda ulusal ve uluslararası alanda pozitif anlamda özel hukuki düzenlemeler bulmak oldukça zordur. Yukarıda bildirilen vaka raporlarında da hekimler yasal zorluktan bahsetmekte ve karar alınmasında problemler yaşandığının altını çizmektedir<sup>[61]</sup>. Dolayısıyla Türk Hukuku açısından da konunun incelenmesi gerekmektedir.

## II. BEYİN ÖLÜMÜ GERÇEKLEŞEN GEBE KADINDA GEBELİĞİN SONLANDIRILMASI

### A) GENEL OLARAK

Burada ele alınacak olan ihtimal kalp ve solunum devam etmesine rağmen, kişinin beyin ölümünün gerçekleştiği hallerdir. Bu hallerde yukarıda da ifade edildiği üzere ölüm anı beyin ölümünün gerçekleştiği andır. Beyin ölümü gerçekleşen kadın ölü kabul edilse de gebe olması durumunda, söz konusu gebeliğin sonlandırılıp sonlandırılmayacağını değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada ilk olarak, rahim tahliyesi yoluyla gebeliği sonlandırma; sonrasında ise, gebeliği kadına verilen tıbbi desteği kesme yoluyla

---

bebeyini-dogurdu-organlariyla-baskalarina-hayat-verdi-38517 (Erişim Tarihi: 31 Ocak 2025); <https://www.cnnturk.com/turkiye/makinaya-bagli-yasatilan-alcidogum-yapti-178802> (Erişim Tarihi: 11 Nisan 2025).

[60] 2016 yılında yine Lizbon'da beyin ölümü gerçekleşen gebe kadına 15 hafta boyunca tıbbi destek verilmiş ve bebek 32. haftada başarılı bir şekilde doğurtulmuştur. Bkz. Warren *et al.*, *op. cit.*, s.215. Bir diğer örnek 2019 yılında, Çek Cumhuriyeti'nde gerçekleşmiştir. Bildirilen vakada, 16 haftalık gebe bir kadının hastaneye yatışından 6 gün sonra beyin ölümü gerçekleşiyor ve bebek sağlıklı bir şekilde 35. haftada dünyaya getiriliyor. Vaka çalışmasının yayınlandığı raporda, tıbbi tedavi süreciyle ilgili karar alma sürecinin yasal, etik ve profesyonel çerçevenin olmamasından dolayı karmaşık olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Gal *et al.*, *op. cit.*, s.1-4.

[61] Gal *et al.*, *op. cit.*, s.6.

sonlandırma değerlendirilecektir.

## B) GEBELİĞİN RAHİM TAHLİYESİ YOLUYLA SONLANDIRILMASI<sup>[62]</sup>

Gebeliğin rahim tahliyesi yoluyla sonlandırılması 2827 sayılı Nüfus Planlanması Hakkında Kanun ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük<sup>[63]</sup> ile düzenlenmektedir. Bununla birlikte her ne kadar söz konusu düzenlemelerde beyin ölümü gerçekleşen kadının gebeliğinin sonlandırılması açısından özel bir hükme yer verilmemiş olsa da gebeliğin ne şekilde sonlandırılacağı bu düzenlemeler kapsamında ele alınabilmelidir<sup>[64]</sup>.

2827 sayılı Nüfus Planlanması Hakkında Kanun'da ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te gebeliğin sona erdirilmesi, süre olarak on haftadan önce ve on haftadan sonra şeklinde, iki açıdan ele alınmaktadır. Bu nedenle biz de aşağıda gebeliğin sona erdirilmesini on haftadan daha kısa süreli ve daha uzun süreli gebelikler açısından ayrı ayrı ele almayı uygun bulduk.

### 1- On Haftadan Kısa Süreli Gebelikler

Öncelikle on haftadan kısa süreli gebelikler açısından, 2827 sayılı Nüfus

[62] Belirtmek gerekir ki mevzuatta gebeliğin sona erdirilmesi farklı kavramlarla ifade edilmekte ve bir kavram birliğinden söz edilememektedir. Nitekim TCK açısından gebeliğin sonlandırılması *çocuk düşürtme*; Nüfus Planlaması Hakkında Kanun bakımından *gebeliğin sonlandırılması ve sterilizasyon*; Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük ise rahim tahliyesi ve sterilizasyon kavramları kullanılmaktadır. Ancak kanun yapma tekniği bakımından kavram birliğinin sağlanması gerekmektedir. Aynı yönde bkz. Dönmez, Burcu, "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2007, s.107.

[63] Bundan sonra *Tüzük* olarak anılacaktır.

[64] Doktrinde Oktay Özdemir'de NPHK'da yer alan düzenlemeleri beyin ölümü gerçekleşen gebe kadınlar açısından ele almaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki yazar beyin ölümü gerçekleşen kadını yaşıyor olarak nitelendirmektedir. Bkz. Oktay Özdemir, *op. cit.*, s.456.

Planlanması Hakkında Kanun'un md. 5/1 hükmü "*Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.*" şeklindedir. Aynı yöndeki bir başka düzenleme Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük md. 3 hükmünde de yer almaktadır. İlgili düzenleme "*Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar kadının sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde, istek üzerine rahim tahliye edilir.*" şeklindedir. Dolayısıyla on haftaya kadar gebeliğin sonlandırılması hususunda, annenin sağlığı açısından bir tehdit olmaması ve bu yönde bir talebin olması gerekmektedir. Yine NPHK'nın 6. maddesinde, kimlerin izni ya da rızası olması gerektiği düzenlenmektedir. Bu hükme göre, öncelikle gebe kadının izninin olması, gebe kadının evli olması halinde ise, eşinin de rızasının alınması gerekmektedir<sup>[65]</sup>.

Beyin ölümü gerçekleşmiş olan ve on haftalık gebelik süresinde daha kısa bir gebelik süresine sahip olan kadın açısından hükümler yorumlandığında, öncelikle kadının beyin ölümü gerçekleştiği için "*annenin sağlığı açısından tıbbi bir sakınca olmaması*" şartı burada aranmamalıdır. İkinci olarak aranan şart ise, "*istek*" şartıdır. Ancak beyin ölümü gerçekleşen kadının izin vermesi mümkün görünmemektedir. Bu noktada acaba kadın sağlıklıyken, kendisinin beyin ölümü gerçekleşmesi halinde ceninin yaşatılması ya da yaşatılmamasına ilişkin bir irade açıklamasında bulunduyorsa, bu dikkate alınabilir mi? Doktrinde bu konuda farklı görüşler söz konusudur. Bu görüşlerden birisine göre, kadın sağlıklıyken kendisinin beyin ölümü gerçekleşmesi halinde ceninin yaşatılmaması yönünde bir irade açıklamasında

[65] Gebeliğin rıza ile sona erdirilmesine ilişkin TCK md. 99/1 düzenlemesi de söz konusudur. İlgili düzenlemenin birinci fıkrasında "*Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" hükmü yer almaktadır. Hükmün uygulanabilmesinin ilk şartı rızanın olmamasıdır. Ancak buradaki rızanın yalnızca kadın açısından mı gerekli olduğu yoksa, NPHK md. 6 hükmündeki düzenleme gereği eşin de mı rızasının aranacağı konusunda Ceza Hukuku'nda farklı görüşler vardır. Hakim görüş, NPHK'da aranan eş rızasının mevcut olmamasının bu suça vücut vermeyeceği yönünde olmakla birlikte, bu fiilin ancak NPHK'ya aykırılık sebebiyle başka sorumluluklara yol açabileceği yönündedir. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *op. cit.*, s.304; Dilek Özge Erdem, "Çocuk Düşürme Düzenlemesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s.1664.

bulunduysa, bunun dikkate alınması gerekmektedir<sup>[66]</sup>. Diğer görüş ise, beyin ölümü gerçekleşen kadının, doğmamış cenin üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisi olmadığından, ceninin kurtarılması ya da kurtarılmamasına yönelik önceden açıklanan veya muhtemel rızanın dikkate alınamayacağını belirtmektedir<sup>[67]</sup>. Bu görüşleri değerlendirmeden önce cevaplandırılması gereken soru beyin ölümü gerçekleşen kadının hayatta mı yoksa ölü mü olduğudur. Biz yukarıda da ifade ettiğimiz üzere beyin ölümünün ölüm sürecine geri dönülemez şekilde girme anı olduğunu kabul ettiğimizden, kişinin ölü olduğunu kabul ederek bu soruya cevap arayacağız. Bu halde biz de kadının artık cenin üzerinde herhangi bir tasarruf hakkı olmadığını kabul etmekteyiz. Zira kadın sağken gebeliğin sonlandırılmasına ya da devamına karar verebilirken, bu aslında kendi vücut bütünlüğü hakkında karar verebilmesi ile ilgili olup<sup>[68]</sup>; kadının ölümünden sonraki süreç açısından gebeliğin devamı ya da sonlandırılmasına ilişkin sağlığında bir karar alabilmesi mümkün görünmemektedir. Doktrinde bir görüş tarafından çözüm olarak gebeliğin sonlandırılması için, TMK md. 426 gereği çocuğa kayyım atanması ve kayyım ile eşin bu konuda birlikte karar vermesinin düşünülebileceği önerilmektedir<sup>[69]</sup>. Bu noktada cenine kayyım atanma-

[66] Oktay Özdemir, *op. cit.*, s.453. Bu görüş hakkında ayrıca bkz. Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, 2012, s.722.

[67] Hakeri, *op. cit.*, s.722 ve s.722, dpn.7'deki yazar. Kadının çocuğun kurtarılmaması yönündeki irade açıklamasına itibar edilemeyeceğine dair bkz. Salih Oktar, *Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürme ve Çocuk Düşürme Suçları (TCK. M. 99-100)*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2016, s.183.

[68] Tülay Aydın Ünver, *Cenin Hukuki Konumu*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.43. Nitekim bu konuda Anayasa Mahkemesi bir kararında “..Kadınların istenmeyen gebeliği sona erdirmeyi talep etmesi kişisel özerklik ve ruhsal veya bedensel bütünlükleriyle doğrudan ilgilidir. Gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmemesinin kişisel özerklik ve ruhsal veya bedensel sağlık yönünden vücut bütünlüğü ile ilgili olması sebebiyle başvuru maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında incelenmiştir..” ifadelerini kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, 2 Kasım 2023 Tarih ve 2020/26150 Başvuru Numaralı C.Ö. Kararı, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2020/26150>, Erişim Tarihi: 11 Nisan 2025).

[69] Oktay Özdemir bu çözümü, kadının kendi beyin ölümü gerçekleştikten sonra ceninin yaşatılmamasına yönelik bir irade açıklaması olmadığı durum açısından önermektedir. Zira yazara göre, eğer kadın kendi beyin ölümü gerçekleştiğinde

sının mümkün olup olamayacağı değerlendirilmelidir. Cenin tam ve sağ doğma<sup>[70]</sup> anına kadar hak ehliyetine ve kişiliğe sahip değildir<sup>[71]</sup>. Dolayısıyla cenine kanuni temsilci tayin edilmesi de kural olarak mümkün gö-

ceninin de yaşatılmamasına yönelik bir irade açıklamasında bulunduyorsa, artık bu irade açıklamasının dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Oktay Özdemir, *op. cit.*, s.453.

[70] Doktrinde hak ehliyetinin kazanılmasındaki *sağ doğma* şartı tartışmalıdır. Zira doktrinde bir görüş, *sağ doğma* şartının hak ehliyetini kazanmada geciktirici bir şart olduğunu savunmaktadır. Bkz. Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, *op. cit.*, s.20; Ergun Özsunay, *Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar*, İstanbul, 1998, s.30, dpn.51; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *op. cit.*, s.247; Dural ve Ögüz, *op. cit.*, N.101; Dilşad Keskin, “Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s.746; Petek, *op. cit.*, s.28; Leyla Müjde Kurt, “Cenin Malvarlığı Hakları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2011, s.183. Aksi yönde görüş ise *sağ doğma* şartının bozucu şart olduğunu belirtmektedir. Bkz. Öztan, *op. cit.*, s.52.

[71] Nitekim TMK md. 28 hükmünün ikinci fıkrasında, çocuğun hak ehliyetini, ancak “*sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak*” elde edeceği düzenlenmektedir. Bu düzenlemelerden yola çıkarak doktrinde çocuğun tam ve sağ doğmakla kazandığı hak ehliyetinin geriye etkili olarak hükümlerini doğurduğu kabul edilmektedir. Bkz. Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, *op. cit.*, s.20; Özsunay, *Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar*, *op. cit.*, s.30, dpn.51; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *op. cit.*, s.246; Kurt, *op. cit.*, s.181; Petek, *op. cit.*, s.28. Burada *ana rahmine düşme anı* ifadesini de kısaca değerlendirmek gerekir. Zira gelişen teknoloji ile birlikte, artık döllenmenin yapay yollarla da sağlanabilmesi söz konusudur. Bu nedenle doktrinde *ana rahmine düşme anı* genel itibarıyla artık *döllenme anı* olarak kabul edilmektedir. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *op. cit.*, N.43; Keskin, *op. cit.*, s.747-748; Kurt, *op. cit.*, s.184. Doktrinde Hatemi tarafından, *de lege ferenda* cenine yaşam hakkıyla sınırlı bir hak ehliyeti tanınması gerektiği; ayrıca bu hak ehliyetinin yaşam hakkı bakımından döllen sperm ve yumurtanın rahme tutunmasından itibaren tanınması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku*, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, Güncellenmiş 9. Bası, 2021, s.12-13. Ceninin ancak tam ve sağ doğum ile kişilik kazanacağına dair Yargıtay’a yansıyan bir olayda mahkeme şu ifadeleri kullanmıştır: “*İstanbul Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun 03.07.2010 tarihli raporunda, annenin geçirdiği kaza ile bebeğin ölümü arasında illiyet bağı bulunduğu belirtilmiş ise de; sanığın eylemi sırasında bebeğin henüz anne karnında olduğu, sağ ve tam doğmamış bebeğin kişilik kazanmadığı dikkate alındığında; sanığın yalnız yaya G. A.’nın ölümünden*

rünmemektedir<sup>[72]</sup>. Ancak bunun Kanun'da düzenlenen bazı istisnaları söz konusudur. İlk istisna, evlilik dışında anne rahmine düşen cenin için TMK md. 301-303 gereği babalık davası açılabilmesi adına kayyım atanmasıdır<sup>[73]</sup>. Bir diğer istisna ise, mirasçılar arasında ceninin bulunması halinde TMK md. 427/b.3 gereği ceninin menfaatlerinin gerekli kıldığı durumda, ona atanacak olan kayyımdır<sup>[74]</sup>. Bu istisnalar dışında beyin ölümü gerçekleşen kadının söz konusu olduğu hallerde, cenine kayyım atanmasına dair özel bir düzenleme söz konusu değildir. Bununla birlikte TMK md. 426 hükmünde uygulanacağı düşünülebilecek olan tek düzenleme “*Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa*” kayyım atanmasına ilişkin düzenlemedir. Ancak bu hükme göre, cenine kayyım atanabilmesi için ceninin korunmaya değer bir menfaatinin olması gerekmektedir. Bu menfaat ceninin yaşam hakkı olarak değerlendirilebilir. Fakat Türk Hukuku açısından ne ulusal mevzuatta ne de uluslararası mevzuatta cenine yaşam hakkı tanındığına dair açık bir düzenleme söz konusu değildir<sup>[75]</sup>. Doktrinde katıldığımız görüşe göre ise, ceninin kişiliği ancak sağ ve tam doğum ile başlayacağından, kişiliğinin korunmasından<sup>[76]</sup> ve dolayısıyla yaşam hakkından<sup>[77]</sup> bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla bu an-

*sorumlu olup, ...*” (Yargıtay 12. CD., T. 31.03.2011, E. 2013/6933, K. 2014/491, karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/#>, Erişim Tarihi: 10 Nisan 2025.)

[72] Dural ve Ögüz, *op. cit.*, N.103; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *op. cit.*, N.33; Kurt, *op. cit.*, s.197; Aydın Ünver, *op. cit.*, s.28.

[73] Dural ve Ögüz, *op. cit.*, N.103; Akipek, Akıntürk ve Ateş, *op. cit.*, s.247; Kurt, *op. cit.*, s.198; Aydın Ünver, *op. cit.*, s.29.

[74] Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *op. cit.*, N.33; Kurt, *op. cit.*, s.198; Aydın Ünver, *op. cit.*, s.29. Doktrinde bir görüş tarafından, cenine hak ehliyeti tanınması ve TMK md. 427/b.3 hükmüne göre kayyım atanması yoluyla kürtajın engellenmeye çalışılmasının hayali bir yaklaşım olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Genişletilmiş İkinci Bası'dan Tıpkı Bası, 2017, s.91.

[75] Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, *op. cit.*, s.119 vd. ve s.143.

[76] Serozan, *Çocuk Hukuku*, *op. cit.*, s.90-91; Dural ve Ögüz, *op. cit.*, N.104.

[77] Dural ve Ögüz, *op. cit.*, N.104. Ceninin yaşam hakkı ile ilgili olarak, çocuk düşürme suçunu düzenleyen TCK md. 99 hükmünün koruduğu hukuksal yarar açısından, doktrinde bir görüş, ilgili düzenlemenin bir açıdan gelecekte hayat bulacak

lamda ceninin özellikle on haftadan önceki dönem açısından herhangi bir menfaati olduğu söylenememektedir. Bu nedenle gebeliğe son verilmesi konusunda tek yetkinin NPHK gereği eşte olduğunu söylemek kanaatimizce daha isabetlidir.

## 2- On Haftadan Uzun Süreli Gebelikler

On haftadan uzun süreli gebeliklerde, NPHK'nın md. 5/2 hükmü "*Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.*" şeklindedir. Dolayısıyla on haftayı aşan bir gebeliği sonlandırmak için, gebeliğin ya annenin hayatının tehdit ediliyor olması ya da tehdit edilecek olması veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması gerekmektedir. Bu şartlardan birisi varsa gebelik sonlandırılabilir. Bununla birlikte benzer bir düzenlemeye Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük md. 5/1'de rastlanmaktadır. İlgili düzenleme "*Gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda, rahim tahliyesi yapılamaz.*" şeklindedir. Madenin ikinci fıkrasında ise, hangi hallerin varlığı durumunda on haftayı geçen gebeliğin tahliye edilebileceği sayılmaktadır. Yine bir başka düzenlemeye TCK md. 99/2 hükmünde "*Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır...*" şekliyle rastlanmaktadır. Bu düzenleme de NPHK'ya paralel bir düzenlemedir. Dolayısıyla tıbbi zorunluluk olmadığı sürece on hafta üzerindeki gebelik kural olarak sona erdirilemez<sup>[78]</sup>.

NPHK'daki hüküm hangi hallerde gebeliğin sona erdirilebileceğine dair

---

olan ceninin yaşam hakkını koruduğunu belirtmektedir. Bkz. Dönmez, *op. cit.*, s.108.

[78] Burada TCK md. 99/6 hükmüne de bakmak gerekir. İlgili düzenleme "*Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez...*" şeklinde olup, on haftadan fazla da olsa gebeliğin sonlandırılmasına izin vermektedir.

açık bir düzenleme içermektedir. Bu hükümde yer alan “*annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği*” şartı burada artık gündeme gelemez, çünkü artık annenin hayata geri dönmesi mümkün olmadığından, kadın ölü olarak kabul edilmektedir. Ancak cenin açısından doğumun gerçekleşmesi, eğer onun ve takip edecek nesillerin ağır maluliyetine neden olarsa o halde gebeliğin sona erdirilmesi düşünülebilecektir<sup>[79]</sup>. Buna örnek olarak yukarıda açıklanan İrlanda’da gerçekleşen olay verilebilir. Zira olayda gebe kadına verilen tıbbi destekte, gebeler açısından test edilerek onaylanmamış olan enfeksiyon ilaçlarının kullanılmak zorunda kalması, ceninin geleceği açısından ağır maluliyetlere sebep olabilecek bir durumdur<sup>[80]</sup>. Yine burada da beyin ölümü gerçekleşen kadının sağlıklıyken yaptığı irade açıklaması ve eşin rızası gebeliğin artık on haftayı geçmesinden dolayı yukarıda belirtilen düzenlemeler nedeniyle dikkate alınmamalıdır. Zira burada gebeliğin sonlandırılması, NPHK anlamında kanuna aykırılık teşkil edecektir<sup>[81]</sup>.

### C) GEBELİĞİN TIBBİ DESTEĞİ KESME YOLUYLA SONLANDIRILMASI

[79] Oktay Özdemir, *op. cit.*, s.453. Yazar burada “..*çocuk için sağlıklı yaşama imkan verecek doğum şartları mümkün olmak kaydıyla anne evli ise babanın, evli değil ise anne ya da çocuk yakınlarının kararına ya da iznine bağlı olmaksızın çocuğun doğumuna imkan verilmesi gerekecektir...*” ifadelerini kullanmaktadır.

[80] Bu konuda tıp literatüründe beyin ölümü gerçekleşen gebe kadınlar açısından klinisyenlerin öncelikle fetusun hayatını kurtarmaya odaklanması gerektiği ve tedavi protokolünün annenin yaşatılarak sağlıklı bir bebek dünyaya getirebilmesi için özelleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Kerem Erkalp, “Beyin Ölümü Tanısında Özel Durumlar”, *Türk J Intensive Care*, Cilt 21, Sayı 1, Ekim 2023, s.19.

[81] Aynı zamanda doktrinde bir kısım yazar tarafından TCK md. 99 anlamında çocuk düşürtme suçu oluşturabileceği de ifade edilmektedir. Bkz. Sibel Can, “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2015, s.87. Suni solunum cihazının kapatılmasının da bu suçu oluşturacağına dair bkz. Can, *op. cit.*, s.87. Ayrıca bkz. Yılmaz, Candan, *Çocuk Düşürtme ve Düşürtme Suçları* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Güneş Okuyucu Ergün), Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı), 2019 (<https://tez.yok.gov.tr>, Tez No:535010), s.62. Doktrinde *Hakeri*, tıbbi desteğin kesilmesini yaşayabilecek bir çocuğun öldürülmesi anlamına geleceğini ifade etmektedir. Bkz. *Hakeri*, *op. cit.*, s.723.

Gebeliğin beyin ölümü gerçekleşmiş olan kadına tıbbi desteği keserek sona erdirilmesi de fiilen mümkündür. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere beyin ölümü gerçekleşene sağlanan tıbbi desteğin sona erdirilmesi konusu mevzuatta açık değildir. Buna rağmen kişinin beyin ölümünün gerçekleştiği an sona erdiğini kabul ettiğimizden dolayı, hekimin beyin ölümü gerçekleşene tıbbi destek verme yükümlülüğü yoktur<sup>[82]</sup>. Diğer taraftan beyin ölümü gerçekleşenin gebe olması halinde ise, tıbbi desteğin sona erdirilmesi gebeliğin sona erdirilmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle rahim tahliyesi ile aynı sonuca neden olacak bu uygulama açısından da yine 2827 sayılı Nüfus Planlanması Hakkında Kanun ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük dikkate alınabilir. Dolayısıyla burada da değerlendirme yine ilgili düzenlemeler dikkate alınarak gebeliğin on haftadan kısa süreli ve on haftadan uzun süreli olması şeklinde ikili bir ayrım yapılmalıdır.

### 1- On Haftadan Kısa Süreli Gebelikler

Yukarıda da ifade edildiği üzere, beyin ölümü gerçekleşmiş olan gebe kadının söz konusu olduğu hallerde, eğer gebelik on haftadan kısa süreli ise, gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin kararı NPHK gereği eş verebilmelidir. Bununla birlikte yine beyin ölümü gerçekleşmiş olan kişiler açısından hekiminin tıbbi desteğe devam yükümlülüğü olmadığını ve tıbbi desteğin çekilebileceğini kabul ettiğimizden, burada eşin gebeliğin sonlandırılmasına rızasının olması halinde, doğrudan tıbbi destek çekilerek de gebelik kanaatimizce sonlandırılabilir.

### 2- On Haftadan Uzun Süreli Gebelikler

On haftadan uzun süreli gebeliklerde ise, yine NPHK gereği cenin açısından doğumun gerçekleşmesi, eğer onun ve takip edecek nesillerin ağır maluliyetine neden olarsa o halde gebeliğin sona erdirilmesi düşünülebilecektir. Aksi halde burada da gebeliğin sona erdirilmesi eş rızasıyla ya da kadının önceden açıkladığı irade açıklamasıyla mümkün değildir. Dolayısıyla on haftayı geçen gebeliklerde cenin açısından doğumun ger-

[82] Beyin ölümünün gerçekleşmesinden sonra, tıbbi desteğin kesilmesinin kasten öldürme suçuna vücut vermeyeceği hakkında bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *op. cit.*, s.95.

çekleşmesi, eğer onun ve takip edecek nesillerin ağır maluliyetine neden olarsa o halde tıbbi desteğin çekilmesiyle yoluyla gebeliğin sonlandırılması mümkündür.

## SONUÇ

Her canlının bir yaşam süresi vardır. Bu sürenin sona ermesi ölüm olarak nitelendirilmektedir. Fakat hukuk her canlının ölümü ile değil, insanların ölümü ile ilgilenmektedir. Zira insanlar açısından ölüm biyolojik ve doğal bir olgu olmanın yanında, aynı zamanda hukuku yakından ilgilendiren hukuksal bir olaydır. Nitekim kişinin ölümü halinde kişiliğinin sona ermesi, malvarlığının mirasçılara intikal etmesi, organlarının bağışlanması gibi birçok hukuksal olay vuku bulmaktadır. Dolayısıyla tüm bu olayların başlangıcı, yani ölüm anının tespit edilmesi büyük önem arz etmektedir.

Ölüm anının tespiti için kullanılacak ölçütler, tıp alanında yaşanan teknolojik ve bilimsel gelişmeler ile birlikte değişime uğramaktadır. Nitekim daha önceki dönemlerde ölüm anı kalp ve solunumun durduğu an olarak kabul edilirken, yaşanan gelişmeler karşısında kesinliğini yitiren bu anlayış terkedilmiş ve beynin tüm fonksiyonlarının kaybını arayan beyin ölümü anlayışı ortaya çıkmıştır. Bu anlayış ile birlikte, birçok ülke gerek organ nakli açısından gerekse kişiliğin sona ermesi açısından tıp biliminin izinden gitmiş ve beyin ölümünü ölüm anı olarak kabul etmiştir. Nitekim Türk Hukuku'nda da organ nakli açısından bu anlayış kabul edilmiştir. Ancak kişiliğin sona ermesi açısından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte, hakim görüş tarafından ölüm anının tespiti konusunda her somut olay açısından ayrıca değerlendirme yapmayı gerekli kılan *ölüm anına geri dönülemez şekilde girme anı* "ölüm anı" olarak kabul edilmektedir. Bu anın tespiti ise somut olaya göre yapılacaktır. İlk olarak kalp ve solunumun durduğu, bununla birlikte bu fonksiyonların çalıştırılmadan beyin ölümünün de gerçekleşmesi halinde, ölüm anı kalp ve solunumun durduğu an olarak kabul edilmektedir. İkinci olarak eğer kişinin kalp ve solunumu durmuş, ancak beyin ölümü gerçekleşmeden önce tekrar bu fonksiyonlar bir an bile olsa çalıştırıldıysa artık ölüm sürecine geri dönülemez şekilde girildiği anın kalp ve solunumun durduğu an olduğu söylenemeyecektir. Son olarak ise, kalp ve solunum devam etmesine rağmen, beyin ölümü gerçekleşirse, bu halde yine beyin ölümünün gerçekleştiği an ölüm anı olarak

esas alınmalıdır. Dolayısıyla beyin ölümünün gerçekleştiği gebe kadınlar açısından, beyin ölümünün gerçekleşmesiyle birlikte ölümün gerçekleştiği ve kişiliğin son bulduğu kabul edilmelidir.

Beyin ölümü gerçekleşen gebe kadınlar açısından, bugünkü teknoloji ile tıbbi destek sağlanarak ceninin dünyaya gelmesi sağlanabilmektedir. Söz konusu vakalara her ne kadar nadiren rastlansa da giderek sayılarının arttığı belirtilmektedir. Bu noktada beyin ölümü gerçekleşen gebe kadınlarda gebeliğin sona erdirilip erdirilemeyeceği ise, aydınlatılması gereken bir diğer sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim Türk Hukuku'nda bu konuda özel bir düzenleme söz konusu değildir. Ancak gebeliğin sonlandırılması mevzuatta ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Bununla birlikte gebelik rahim tahliyesi yoluyla sonlandırılabilir gibi, beyin ölümü gerçekleşen kadına yönelik tıbbi desteğin kesilmesi yoluyla da sonlandırılabilir. Öncelikle rahim tahliyesi yoluyla gebeliğin sonlandırılmasına bakıldığında; gebeliğin on haftadan daha kısa süreli olduğu hallerde, kural olarak Nüfus Planlanması Hakkında Kanun ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük gereği kadının rızasıyla ve kadının sağlığı açısından herhangi bir tıbbi sakınca olmaması şartıyla gebeliğin sonlandırılması mümkündür. Ayrıca Nüfus Planlanması Hakkında Kanun gereği, eşin evli olması durumunda ayrıca eşin rızası da aranmaktadır. Beyin ölümü gerçekleşmiş kadın açısından gebeliğin sonlandırılması, onun için tıbbi bir sakınca ortaya çıkaramayacaktır. Zira kadının zaten beyin ölümü gerçekleşmiştir. Diğer yandan gebeliğin sonlandırılması için kadının rızasının alınması, kadının beyin ölümü gerçekleştiğinden ve kişiliği sona erdiğinden artık mümkün değildir. Dolayısıyla bu noktada kimin karar verebileceğine bakıldığında, kanaatimizce eş tek başına karar verebilecektir. Beyin ölümü gerçekleşen kadın henüz beyin ölümü gerçekleşmeden önce, beyin ölümünün gerçekleşmesi halinde ceninin yaşatılması yönünde irade açıklamasında bulunduysa da bu açıklamanın artık dikkate alınamayacağını belirtmek gerekir. Zira bu halde kadının cenin üzerinde bir tasarruf hakkı söz konusu değildir. On haftadan daha uzun süreli gebeliklerde ise gerek Nüfus Planlanması Hakkında Kanun gerekse Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te yer alan düzenlemeler nedeniyle, gebelik kural olarak sona erdirilemez. Dolayısıyla bu halde kanaatimizce ne annenin ne de eşin herhangi bir rızasına ihtiyaç yoktur. Bu nedenle on haftadan büyük

gebeliklerde gebeliğin sona erdirilmesi, ancak doğacak çocuk ve onu takip eden nesiller açısından ağır maluliyete neden olarsa mümkündür. Tıbbi desteğin kesilmesiyle gebeliğin sonlandırılması da rahim tahliyesi yoluyla gebeliğin sonlandırılmasındaki kurallara tabidir. Dolayısıyla on haftadan önce eşin gebeliğin sonlandırılmasına rızasının olması halinde, doğrudan tıbbi destek çekilerek de gebelik kanaatimizce sonlandırılabilir. On haftadan sonrasında ise, cenin açısından doğumun gerçekleşmesi, eğer onun ve takip edecek nesillerin ağır maluliyetine neden olarsa o halde tıbbi desteğin çekilmesi yoluyla gebeliğin sonlandırılması mümkündür.

## KAYNAKÇA

- Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School, “A Definition of Irreversible Coma: Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death”, *Journal of American Medical Association*, Cilt 205, Sayı 6, 1968, s.337-340.
- Akipek, Jale, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku – Birinci Cilt*, İstanbul, Beta Yayıncılık, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 19. Bası, 2024.
- Anstötz, Christoph, “Should a brain-dead pregnant woman carry her child to full term? The case of the ‘Erlanger baby’”, *Bioethics*, Cilt 7, Sayı 4, Temmuz 1993, s.340-350.
- Atamer, Yeşim, “Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 19, Sayı 1-2, 2011, s.115-159.
- Aydın Ünver, Tülay, *Ceninin Hukuki Konumu*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No:768, 1972.
- Bayraktar, Köksal, “Kasten Adam Öldürme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2 (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), 2013, s.57-77.
- Can, Sibel, “Çocuk Düşürtme Suçunun Suç Sonucu Oluşan Gebelikler Açısından Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, 2015, s.81-104.
- Demir, Özge, *Yaşam Hakkı Açısından Özellik Arz Eden Tıbbi Müdahaleler (Kürtaj, Klonlama, Ötanazi)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Dönmez, Burcu, “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2007, s.99-141.
- Dural, Mustafa ve Tufan Ögüz, *Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 23. Baskı, 2022.

- Erdem, Dilek Özge, “Çocuk Düşürtme Düzenlemesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s.1637-1688.
- Erkalp, Kerem, “Beyin Ölümü Tanısında Özel Durumlar”, *Türk J Intensive Care*, Cilt 21, Sayı 1, Ekim 2023, s.18-21.
- Esmacilzadeh, Majid *et al.*, “One life ends, another begins: Management of a brain-dead pregnant mother-A systematic review”, *BMC Medicine*, Cilt 8, Sayı 74, 18 Kasım 2010, s.1-11.
- Gal, Roman *et al.*, “Delivery of a Healthy Baby from a Brain-Dead Woman After 117 Days of Somatic Support: A Case Report”, *American Journal of Case Reports*, Cilt 22, Sayı e930926, 18 Mayıs 2021, s.1-7.
- Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, 2012.
- Hatemi, Hüseyin, *Kişiler Hukuku*, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, Güncellenmiş 9. Bası, 2021.
- Heuermann, Paul, “Verfassungsrechtliche Probleme der Schwangerschaft einer hirntoten Frau”, *Juristenzeitung*, 1994, s.133-139.
- Keskin, Dilşad, “Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1-2, 2013, s.743-774.
- Kurt, Leyla Müjde, “Ceninin Malvarlığı Hakları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2011, s.177-209.
- Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Eklemeler Yapılmış 23. Bası, 2024.
- Oktar, Salih, *Türk Ceza Kanununda Çocuk Düşürtme ve Çocuk Düşürme Suçları (TCK. M. 99-100)*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2016.
- Oktay Özdemir, Saibe, “Ölüm Anının Belirlenmesi ve Beyin Ölümü ile Ölüm Anı Arasındaki Sürece İlişkin Hukuki Durum”, in Emrehan İnal, Hasan Erman, Başak Baysal, Tufan Öğüz, Şükran Şıpka (Ed.), *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s.443-461.

- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 19. Baskı, 2024.
- Özcengiz, Dilek “Beyin Ölümünün Hukuki Boyutu”, *Türk Yoğun Bakım Dergisi*, Cilt 21, Sayı Özel 1, 2023, s. 37-39.
- Özel, Çağlar, “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 1, 2001, s.43-77.
- Özsunay, Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979.
- Özsunay, Ergun, *Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar*, İstanbul, 1998.
- Öztan, Bilge, *Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler*, Ankara, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Bası, 2021.
- Petek, Hasan, *Kişilik Değerlerinin Ölümünden Sonra Korunması*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- Said, Abuhasma *et al.*, “A brain-dead pregnant woman with prolonged somatic support and successful neonatal outcome: A grand rounds case with a detailed review of literature and ethical considerations”, *International Journal of Critical Illness & Injury Science*, Temmuz-Eylül 2013, Cilt 3, Sayı 3, s.220-224.
- Serozan, Rona, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Serozan Rona, *Çocuk Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Genişletilmiş İkinci Bası’dan Tıpkı Bası, 2017.
- Tepehan, Selma ve İmdat Elmas, “Beyin Ölümü Tanısı Almış Hastalarda Tıbbi Desteği Kesme Kararı ve Bu Konudaki Yetki Sorunu”, *Bakırköy Tıp Dergisi*, Cilt 12, Sayı 4, 2016, s. 207-212.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Güncellenmiş 21. Baskı, 2023.
- Yılmaz, Candan, *Çocuk Düşürme ve Düşürme Suçları* (Yüksek Lisans Tezi, Danışman Güneş Okuyucu Ergün), Ankara, Ankara Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı), 2019 (https://tez.yok.gov.tr, Tez No:535010).

Youngner, Stuart ve Insoo Hyun, “Pig brain study could fuel debates around death”, *Nature*, Cilt 568, Sayı 7752, 18 Nisan 2019, s.302-304.

Warren, Alex *et al.*, “Brain death in early pregnancy: A legal and ethical challenge coming to your intensive care unit?”, *Journal of the Intensive Care Society*, Cilt 22, Sayı 3, 2021, s.214-219.

Wicks, Elizabeth, “The Legal Definition of Death and the Right to Life”, *in* Shane McCorristine (Ed.), *Interdisciplinary Perspectives on Mortality and its Timings*, Palgrave Historical Studies in the Criminal Corpse and its Afterlife. Palgrave Macmillan, London, 20 Eylül 2017, s.119-131.

# KVKK Hükümlerinin TTK'ya göre Birleşen Şirketler Üzerindeki Etkileri

Hakkı Cihan TÜRK\*

---

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM  
Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Avukat - Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler  
Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Eposta: [cihan@turkco.net](mailto:cihan@turkco.net),  
ORCID: 0009-0002-6929-2905.

**Makale geliş tarihi:** 13.02.2025 **Makale kabul tarihi:** 14.05.2025

**Atıf önerisi:** Hakkı Cihan Türk, “KVKK Hükümlerinin TTK'ya göre Birleşen  
Şirketler Üzerindeki Etkileri”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 83, Sayı 2,  
Nisan 2025, s.623-660 DOI: 10.30915/abd.1639249.

## KVKK Hükümlerinin TTK'ya göre Birleşen Şirketler Üzerindeki Etkileri

### ÖZ

TTK md. 134 vd. hükümlerine göre şirketlerin birleşme karar almalarından evvel gündeme gelen en temel konu, devrolunan şirketin mali durumunun kapsamlı bir şekilde analiz edilmesi ve birleşme ile ilgili risklerin tespit edilmesidir. Özellikle birleşme işlemleri öncesi hazırlık aşamasında devralan şirket, devrolunan şirketin varlıkları hakkında mümkün olduğunca ayrıntılı bilgi edinmek ister. Müşteri veya çalışan verileri gibi kişisel veriler, günümüzde şirketin söz konusu varlıkları içerisinde önemli bir rol oynamakta, hatta bazen müşteri portföyü, devralan şirket için devrolunan şirketteki tek değerli varlığı teşkil edebilmektedir.

Bu bağlamda, birleşme işlemlerinin öncesinde yapılan durum tespiti-nde (*due diligence*) aktarılan bilgilerin kişisel veriler olabileceği sıklıkla göz ardı edilmektedir. Diğer taraftan birleşmenin en temel etkisi olan külli halefiyetin bir hukuki sonucu olarak devrolunan şirketin tasfiyesiz infisah olması, tüm hak ve borçlarının, özellikle tarafı olduğu sözleşmelerin ve söz konusu sözleşmeler ile ilintili kişisel veri ihtiva eden bilgi ve belgelerin devralan şirkete intikali, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na ("KVKK") göre veri koruma düzenlemelerinin dikkate alınması gerekliliğini doğurur. Bu makale, TTK'ya göre birleşen şirketlerin birleşme işlemlerinin her bir aşamasını (Due Diligence'dan Birleşme Kararının Ticaret Siciline Tescili Sonrasına kadar) veri koruma hukuku açısından değerlendirmeye odaklanmaktadır.

### Anahtar Kelimeler:

şirketlerin birleşmesi

due diligence

birleşmenin VERBİS kayıtlarına etkisi

şirket birleşmelerinde KVKK'dan doğan sorumluluk.

şirket birleşmesinde kişisel verilerin korunması

## **Effects Of The Personal Data Protection Law (“KVKK”) Provisions on Merging Companies According to the TCC**

### **ABSTRACT**

According to Art. 134 and following of the Turkish Commercial Code (TCC), the most fundamental issues in the decision-making process prior to a company merger are the comprehensive analysis of the financial status of the transferring company and the identification of the risks associated with the merger. Particularly in the preparatory phase before the merger transactions, the acquiring company seeks to obtain as much detailed information as possible about the assets of the transferring company. Personal data, such as customer or employee information, now plays a significant role among these assets, and in some cases, the customer portfolio may constitute the only valuable asset for the acquiring company in the transferring company.

In this context, it is often overlooked that the information transferred during the due diligence conducted prior to the merger transactions may include personal data. On the other hand, as a legal consequence of the principle of universal succession, which is the primary impact of the merger, the transferring company will dissolve without liquidation, transferring all its rights and obligations—especially contracts to which it is a party, along with information and documents containing personal data related to those contracts—to the acquiring company. This necessitates consideration of data protection regulations in accordance with the Personal Data Protection Law (“KVKK”).

This article focuses on evaluating each stage of the merger process (from Due Diligence to the registration of the merger decision with the Trade Registry) in terms of data protection law, according to the TCC.

**Keywords:**

merger of companies

due diligence

protection of personal data in company  
mergers

impact of mergers on  
VERBIS registration

Liabilities Arising from KVKK in  
Company Mergers

## 1. GİRİŞ

Günümüzde kişisel verilerin korunması, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almak adına giderek daha fazla önem kazanmaktadır. Özellikle dijitalleşmenin ve veri işleme faaliyetlerinin artmasıyla birlikte, şirketlerin kişisel verilere ilişkin yükümlülükleri daha karmaşık hale gelmiştir. Bu çerçevede, işletmelerin çeşitli sebeplerle gerçekleştirdiği birleşme işlemleri, kişisel verilerin korunması açısından özel bir değerlendirme gerektirmektedir. Çünkü birleşme yoluyla bir şirketin malvarlığı ile birlikte, bünyesinde tuttuğu kişisel veriler de devralan şirkete aktarılabilir.

Bu bağlamda 24.03.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun<sup>[1]</sup> ("KVKK") beşinci maddesinde genel nitelikli kişisel verilerinin gerekse altıncı madde uyarınca özel nitelikli kişisel verilerin belirli bir hukuki sebebe dayanarak aktarılması gerektiği düzenlenmiştir. Diğer taraftan söz konusu kişisel verilerin devredildiği şirketin yurtiçinde (KVKK md. 8) yahut yurtdışında (KVKK md. 9) olmasına göre söz konusu şartlarda farklılıklar mevcuttur.

Keza yukarıda da değinildiği üzere şirket birleşmesi neticesinde devrolunan şirketten devralan şirkete tüm aktif ve pasifler devrolunduğundan, bu devrin devrolan şirket tarafından işlenen kişisel verilerin de devrolunan şirkete devrini sağlayıp sağlamadığı özellikle değerlendirilmelidir<sup>[2]</sup>. Yine birleşme işlemlerinin kişisel verilerin korunması mevzuatıyla nasıl kesişti-

[1] 07.04.2016 tarih ve 29677 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

[2] Bu noktada kişisel verilerin bir mülkiyet hakkı mı yoksa kişisel hak mı teşkil ettiği hususu özellik arz etmektedir. Türk hukuk doktrininde ve Avrupa'daki genel yaklaşımda kişisel verilerin korunması, şahsiyet hakkı (kişilik hakkı) kapsamında değerlendirilmekle birlikte özellikle Amerikan Hukuku'nda mülkiyet hakkı olduğu yönünde görüşlerin olduğu ifade edilmektedir (Bak. Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 60; Çiğdem Azözger, *Kişisel Verilerin Korunması-Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil*, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2019, s. 13; Sezen Kama-Işık, *Avrupa Veri*

ğini, birleşme öncesinde ve birleşmenin hüküm doğurması için gerçekleştirilen işlemlerin söz konusu kişisel verilerin işlenmesi için ihtiyaç duyulan hukuki sebebi oluşturup oluşturmayacağını anlamak önem arz etmektedir.

Şirketlerin birleşmesi öğretide “*bir veya birden çok ticaret ortaklığının malvarlığının tasfiye olunmaksızın, içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa, kendiliğinden ve külli halefiyet yolu ile geçmesi; bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak, infisah eden ortaklığın ortaklarının, hesaplanan bir değiş-tokuş ölçüsüne göre, bünyesinde birleşilen ortaklıkta, kendiliğinden ortaklık payı kazanması*”<sup>[3]</sup> şeklinde tanımlanmakta, söz konusu tanım uyarınca da bir şirkete (“devrolunan şirket”) ait tüm malvarlığı unsurları, hukuki sebebini TTK md. 134 vd. hükümlerinde düzenlenen birleşme işlemlerine dayalı olarak bir başka şirkete (“devralan şirkete”) devretmektedir. Kişisel verilerin ise şirketin çok önemli bir malvarlığı unsurunu, hatta kimi birleşme kararlarının altındaki esas finansal sebebi teşkil edebileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu noktada birleşecek şirketlerin risklerini asgariye indirme yönündeki amaçlarına ayrıntılı bir şekilde inceleme altına alındıkları süreç olarak nitelendirilebilecek, Amerikan Hukuku’ndaki ifadesiyle “*due diligence*”<sup>[4]</sup> sürecinde yoğun bir şekilde karşılıklı olarak kişisel veri ihtiva eden bilgi ve belgelerin paylaşılması nedeniyle öğretide konuyla ilgili sınırlı da olsa akademik çalışma gerçekleştirilmiş<sup>[5]</sup>, ancak birleşme sözleşmesinin akde-

*Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış*, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2020, s. 36.).

- [3] Hamdi Yasaman, “**Şirketlerin Birleşmesi ve Bölünmesi**”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, İstanbul, Cilt 1, 2003, s. 700; Ünal Tekinalp, Reha Poroy ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklık ve Kooperatif Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 11. Baskı, 2009, s. 108; Hikmet Sami Türk, *Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s. 37.
- [4] Jakob Höhn, *Einführung in die Rechtliche Due Diligence*, Zürich, Schulthess Verlag, 2003, s. 5.
- [5] Ozan Akman ve Naz Calay, “*Birleşme Devralma Süreçlerinde Due Diligence Aşamasının Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Paralelinde Değerlendirilmesi*”,

dilmesi ve birleşme kararının ticaret siciline tescili sonrası gerçekleştirilmesi gereken KVKK uyum çalışmalarına dair herhangi bir esere rastlanmamıştır. Oysaki TTK md. 134 vd. hükümlerine göre şirketlerin birleşmesi ile birlikte devrolunan şirketin tasfiyesiz olarak ticaret sicilinden terkin edilmesi ve buna bağlı olarak KVKK anlamında veri sorumlusu sıfatını haiz bu şirketin hak ve fiil ehliyetinin de son bulması, yine külli halefiyet ilkesinin bir hukuki sonucu olarak taraf oldukları tüm sözleşmelerin hak ve borçları ile birlikte bir başka veri sorumlusu olan devralan şirkete geçmesinin kişisel verileri koruma hukuku açısından önem arz eden noktaları bulunmaktadır<sup>[6]</sup>.

Söz konusu kesişim noktalarına değinmeden evvel inceleme açısından önem arz eden bazı kavramların açıklanmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

## II. KESİŞİM NOKTALARI BAKIMINDAN ÖNEM ARZ EDEN KVKK VE BİRLEŞME KAVRAMLARI

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği çerçevesinde Anayasa md. 20'ye “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir*” şeklinde bir fıkra eklenmek suretiyle kişisel verilerin korunması hakkı anayasal bir güvenceye kavuşmuştur. Söz konusu Anayasa değişikliğini takiben 24.03.2016 tarihinde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun kabul edilmesi ile birlikte kişisel veri ile birlikte ilgili kişi, veri sorumlusu, kişisel veri işleme gibi kavramlara açıklık getirilmiştir.

KVKK’nın koruma sujesini teşkil eden kişisel veri kavramı md. 3/1, e’de “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu noktada yalnızca gerçek kişilerin kişisel verisinin

Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C. 4 S. 2, 2022, s. 19 vd.

[6] Tekinalp, Poroy, Çamoğlu, *op. cit.*, s. 113; Türk, *op. cit.*, s. 23; Christoph Bauer, “Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang, Unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes”, Dissertation, Zürich, 2010, s. 296

bulunabileceğini; dernek, vakıf, şirket gibi tüzel kişilere dair verilerin ise kişisel veri olarak kabul edilmediğini, bu itibarla KVKK'nın koruması altında bulunmadığını belirtmek gerekir<sup>[7]</sup>. Söz konusu düzenleme 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe giren AB Genel Veri Koruma Tüzüğü<sup>[8]</sup> (GDPR) ile uyumlu olmasına karşın İsviçre Hukuku'nda tüzel kişiler de kişisel veri koruma kanunlarının (Datenschutzgesetz – “DSG”) kişi bakımından uygulama alanı içerisinde kalmaktadır (DSG md. 3/b).

KVKK'nın gerekçesinde gerçek kişinin adı, soyadı, doğum tarihi, doğum yeri, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm verilerin kişisel veri olarak kabul edildiği ifade edilmektedir<sup>[9]</sup>.

KVKK açısından önem arz eden bir diğer kavram “*ilgili kişi*” olup, KVKK md. 3/1-ç'de “*kişisel verisi işlenen gerçek kişi*” olarak tanımlanmaktadır. Bu noktada şirketlerin çalışanları ve gerçek kişi müşterileri, tedarikçileri, şirket ortakları ve yetkilileri ile iş ortaklarının ilgili kişilere örnek olarak sayılması mümkündür. Buna karşın kişisel veri tanımından hareketle vakıf, dernek, şirket gibi tüzel kişilerin ilgili kişi olarak değerlendirilmesi söz konusu değildir.

Bir başka önemli kavram da “*veri sorumlusu*” olup, KVKK md. 3/1-ı'da

[7] Nafiye Yücedağ, “Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *İÜHF*M, Cilt LXXV, Sayı 2, 2017, s. 766.

[8] Söz konusu Tüzüğün yürürlüğe girmesi ile birlikte 95/46/AT sayılı yönerge yürürlükten kalkmıştır.

[9] Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> , 13.11.2024. Ayrıca bak. Noor Talaat Azzat Sahar, “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununda Yer Alan Temel Kavramlar ile Terminoloji”, *SÜAMYOD*, Cilt 4, Sayı 1, 2021, s. 36 vd.

“*kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin<sup>[10]</sup> kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde tanımlanmaktadır. Due diligence sürecinde değerlemeye konu devrolunan şirketin “*veri sorumlusu*” sıfatı ve bu sıfatın getirdiği yasal yükümlülüklerle uyarlık önem taşımakla birlikte, birleşmenin ticaret siciline tescili ile devrolunan şirketin veri sorumlusu sıfatının sona ermesi ile devralan şirketin “*külli halef*” sıfatıyla KVKK anlamında veri sorumlusu olarak yerine getirmesi gereken yükümlülükler mevcuttur.

Birleşmenin en temel kavramlarından ve hukuki sonuçlarından biri olan külli halefiyet, öğretide yasanın özel olarak öngördüğü durumlarda bir malvarlığını meydana getiren bütün hak, alacak ve borçların bir bütün halinde bir başkasına intikal etmesi şeklinde tarif edilmektedir<sup>[11]</sup>. Birleşme bakımından da devrolunan şirket veya şirketlerin hak ve yükümlülüklerinin külli halefiyet yoluyla, yani yasa gereği ve malvarlığı değerlerinin devri için öngörülen şekil koşullarına riayet etmeye gerek olmaksızın varlığını sürdürmeye devam eden şirkete kendiliğinden intikal etmesi öngörülmüştür<sup>[12]</sup>. Bu itibarla külli halefiyet ilkesi, özellikle kişisel verilerin bir veri sorumlusundan diğerine, belirli şekil koşullarına riayet edilmeksizin devri bakımından temel bir özellik arz etmektedir.

Birleşme ve veri koruma hukukunun kesişim noktası açısından önem az eden bir diğer kavram da “*tasfiyesiz infisah*”tır. Kural olarak anonim şirketlerin sona ermesi bir tasfiye sürecine girmesiyle gerçekleşir (TTK md. 533). Bahsi geçen kuralın istisnalarından biri birleşme olup, şirketlerin birleşmesine bağlanan temel hukuki sonuçlardan biri de birleşmenin ticaret

[10] Veri kayıt sistemi, KVKK md. 3/1-h’de *kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemi* olarak tanımlanmaktadır. Bu kayıt sistemleri elektronik veya fiziki ortamlarda oluşturulabilir.

[11] Türk, *op. cit.*, s. 160 vd.; Yasaman, *op. cit.*, s. 22 vd.

[12] Ersin Çamoğlu, Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Ortaklık ve Kooperatif Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.129.

siciline tescili ile birlikte TTK md. 152/3 gereği devrolunan şirketin infisah etmesidir. İnfisah; kanunda veya esas sözleşmede öngörülen bir sebebin meydana gelmesi ile birlikte şirketin, ayrıca bir karar almasına veya bir ihbarda bulunmasına gerek olmaksızın kendiliğinden sona ermesidir<sup>[13]</sup>. Burada devrolunan şirket tarafından işlenen kişisel veriler de dahil olmak üzere külli halefiyet ilkesi gereğince birleşmede her tür aktif ve pasif birleşmenin ticaret siciline tescili ile birlikte devralan veri sorumlusuna geçmekte ve devrolunan veri sorumlusunun da birleşme kararının tescil anı itibarıyla mevcudiyeti ortadan kalkmaktadır.

Ancak en başta da değinildiği üzere birleşmeye dair hukuki sonuçlar birleşme kararının ticaret siciline tescili ile birlikte ortaya çıkmakta olup, söz konusu hukuki sonuçları KVKK yönünden değerlendirmeden evvel, tescilden önceki due diligence aşamasında bir veri sorumlusundan diğerine aktarılan kişisel veriler ve bunun birleşmeye aday şirketler bakımından KVKK yönünden hukuki sonuçları incelenecektir.

### III. KİŞİSEL VERİLERİN BİRLEŞME İŞLEMLERİ ÇERÇEVESİNDE BİR VERİ SORUMLUSUNDAN DİĞERİNE AKTARILMASI

#### A. HAZIRLIK İŞLEMLERİ (DUE DİLIGENCE)

Due diligence süreci, şirket birleşme kararlarının alınması öncesi devrolunan şirkette mevcut risklerin tespiti açısından büyük önem arz etmektedir. Uygulamada *Due Diligence* aşaması, muhasebeci, avukat, vergi uzmanları gibi kişilerden oluşan bir ekibin “kapalı bir alanda (Data Room)” şirketin tüm malvarlıksal ilişkilerini ortaya koyan belge ve bilgileri incelemesi ile başlar ve ilgili sonucun bir rapor haline getirilmesi ile birlikte sona erer<sup>[14]</sup>.

[13] Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 5. Bası, İstanbul, 2020, s. 163.

[14] Stefan Schröcker, *Datenschutz und Universalsukzession nach dem Umwandlungsgesetz*, Dissertation, Deutscher Universitätsverlag, Kassel, 2006, s. 5 vd.

Diğer taraftan risklerin tespiti ile beraber değerlemesi gerçekleştirilecek şirketin KVKK'dan kaynaklı yükümlülüklerinin ve korudukları ticari sırların karşı tarafla paylaşılması, due diligence süreci neticesinde birleşme kararının alınması bir kesinlik arz etmediğinden önemli bir risk teşkil etmektedir. Bu nedenle her iki tarafın da menfaatlerinin zedelenmemesi için birleşme işlemleri öncesi yürütülen due diligence sürecindeki bilgi ve belge alışverişi söz konusu birleşme ile ilgili karar alınması süreci için gerekli olduğu ölçüde yapılmalıdır<sup>[15]</sup>.

Diğer taraftan due diligence sürecinde KVKK hükümleri dikkate alınarak veri haritalama (sınıflandırma) yapılması ve veri envanterinin çıkarılması, özellikle devrolunan şirketin KVKK'ya uyumluluğun tespiti açısından zaruridir. Öyle ki due diligence çalışmasına dayanak teşkil edecek verilerin devrolunan şirket tarafından devralan şirkete aktarılabilmesi için hukuka uygunluk sebeplerin mevcut olup olmadığının da belirlenmesi gerekir.

Bu kapsamda özellikle çalışanların adı, soyadı, doğum tarihlerinin yanı sıra özlük dosyası; müşterilerin ve tedarikçilerin adı-soyadı, iletişim bilgileri; şirket ortaklarının adı-soyadı gibi kişisel verilerin ve söz konusu kişisel verilerin işlenmesi hususunda ilgili kişilerin bilgisine sunulan aydınlatma metinleri ve onaylanan açık rıza metinleri devrolunan şirket tarafından devralan şirkete iletilmektedir.

Söz konusu KVKK belgelerine konu kişisel verilerin aktarımının yurtiçinde KVKK md. 8 ve yurtdışına KVKK md. 9 uyarınca hukuka uygun kabul edilmesi için *kural olarak* ilgili kişinin açık rızası şartına tabi olduğunu belirtmek gerekir. KVKK md. 3/1-a'da "*ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konu ile ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı*" şeklinde tanımlanan açık rıza, ilgili kişiyi verilerinin işlenmesi süre-

[15] Martin Heiss, *Die Mängelhaftung Beim Unternehmenskauf In Der Digitalwirtschaft*, Dissertation, Johannes Kepler Universität, Linz, 2022, s. 40.

cine katarak veri işleme faaliyetinin hukuka aykırı olmasını engellemekte, başka bir anlatımla, faaliyeti hukuka uygun kılmaktadır<sup>[16]</sup>. Bu noktada çalışan yahut müşteri gibi ilgili kişilerin kişisel verisinin birleşme işlemleri öncesi hazırlık sürecinde veri sorumlularından birleşme işleminin karşı âkidi diğer veri sorumlusuna aktarılmasına “açık rızasının” yahut yasada belirtilen diğer hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Öncelikle geçerli bir açık rızadan söz edilebilmesi için ilgili kişinin onayının özgür iradeye ve bilgilendirmeye dayalı, belirli bir konuya ilişkin olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>[17]</sup>. Dolayısıyla ilgili kişinin hangi kişisel verilerinin nasıl kullanılacağını, hangi amaçlarla verilerinin işlendiğini veya verilere erişim yetkisine kimlerin sahip olduğunu bilmesi ve bu bilgiye dayalı olarak rızasını açıklaması gerekmektedir.

Bu noktada ilgili kişinin kişisel verilerinin üçüncü kişiler ile “her türlü” amaçla yahut hiçbir şekilde birleşme işlemi gündemde yok iken günün birinde ihtiyaç olacağı düşüncesiyle “birleşme görüşmeleri kapsamında değerlendirme işlemlerine esas olmak üzere paylaşabileceği” yönündeki açık rıza beyanının geçerli, bir başka deyişle birleşmeye hazırlık sürecinde ilgili kişinin kişisel verisinin üçüncü kişilere aktarımında hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilip edilmeyeceğinin de değerlendirilmesi gerekir. Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 02.05.2019 tarih ve 2019/122 sayılı Kararında kişisel veri işleme amaçlarının, ilgili kişilerin kişisel verilerinin KVKK md. 5 ve 6’da belirtilen işleme şartlarından hangisine dayanılarak işlendiğine yönelik hukuki sebep açıkça belirtilmeksizin sıralandığı; kişisel veri işleme amaçları sıralandıktan sonra metin içerisinde yer verilen “*gibi amaçlar kapsamında işlenmektedir*” ifadesinin ise, gündeme gelmesi muhtemel başka amaçlar için kişisel verilerin işlenebileceği kanaatini uyandırır

[16] Ozan Selek, “Genel Veri Koruma Tüzüğü Işığında Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza Açıklaması”, *DEÜHFD*, Cilt 21, Sayı 2, 2019, s. 915.

[17] Selek, *op. cit.*, s. 922 vd.

nitelikte olduğu; bu çerçevede söz konusu aydınlatma metninin “*Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ*”ine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir<sup>[18]</sup>. Kurul kararından da anlaşılacağı üzere kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarımı için belirsizlik ifade edecek şekilde yahut gelecekte gerçekleşmesi muhtemel amaçlarla veri aktarımına açık rıza verilmesi hukuken geçersizdir.

Bu nedenle başka bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğu kabul edilmedikçe due diligence sürecine özgü veri aktarım sürecinin ilgili kişilerin söz konusu işlem özelinde açık rızası olmaksızın gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Diğer taraftan KVKK md. 8 kapsamında kişisel verilerin yurtiçinde aktarımı için KVKK md. 5/2’de sayılan hukuki sebeplerden birinin mevcudiyeti halinde açık rıza aranmamaktadır. Buna göre;

*a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi,*

*b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması,*

*c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması,*

*ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması,*

*d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması,*

*e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması veya*

*f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması” ha-*

[18] <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5461/2019/122> (Karar Özeti - 20.11.2024 tarihinde online)

linde veri işlemenin hukuka uygun olacağı düzenlenmektedir<sup>[19]</sup>. Bir başka deyişle KVKK md. 8/2 hükmünde de yukarıda sayılan hukuka uygunluk sebeplerine atıfla sayılan hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut olması halinde açık rızaya gerek olmaksızın ilgili kişinin kişisel verisinin üçüncü kişilere aktarılabilmesi öngörülmektedir<sup>[20]</sup>.

KVKK md. 5/2-a'da “*Kanunlarda açıkça öngörülmesi*” şeklinde ifade edilen hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğunun kabulü için veri işleme faaliyetinin yasada öngörülen bir hukuki yükümlülüğünden kaynaklanması gerekir. Bu itibarla yasanın gerekçesinde kolluk tarafından bir suç soruşturması sebebiyle, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu md. 5 uyarınca şüphelilerin parmak izlerinin alınması; 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu uyarınca Adalet Bakanlığının kişilerin ceza mahkûmiyetlerine ilişkin verilerini işlemesi gibi örnekler sayılmaktadır<sup>[21]</sup>. Due diligence sürecinde taraflar *iradi* olarak birbiriyle kişisel veri paylaştığından bir veri sorumlusu

[19] KVKK md. 6 uyarınca özel nitelikli kişisel verilerin yurtiçinde aktarımı için ise KVKK md. 5/2'de düzenlenen c, ç ve f bentlerindeki hukuki sebepler kabul edilmemiş olmakla birlikte “Sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlarca, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla gerekli olması”, “İstihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması”, “Siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların, tâbi oldukları mevzuata ve amaçlarına uygun olmak, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak ve üçüncü kişilere açıklanmamak kaydıyla; mevcut veya eski üyelerine ve mensuplarına veya bu kuruluş ve oluşumlarla düzenli olarak temasta olan kişilere yönelik olması” aktarım için bir hukuki sebep olarak kabul edilmiştir (KVKK md. 6/3- e, f, g).

[20] Buna karşın kişisel verilerin yurtdışına aktarılma istenmesi halinde KVKK md. 5 ve özel nitelikli kişisel veriler bakımından KVKK md. 6'daki şartların karşılanması gerekli olmakla birlikte; veri aktarımının gerçekleştirileceği ülke ilgili Kurulun “yeterlilik kararı” vermiş olması birlikte KVKK md. 9/4'de sayılan şartların sağlanması gerekmektedir.

[21] Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> , 13.11.2024.

tarafından işlenen kişisel verilerin bir başka veri sorumlusuna aktarılması bakımından “kanundan kaynaklanan” bir yükümlülüğün mevcut olduğundan söz etmek mümkün olmayacaktır.

Kişisel veri işleme faaliyetinin “*Bir Sözleşmenin Kurulması veya İfasıyla Doğrudan Doğruya İlgili Olması Kaydıyla, Sözleşmenin Taraflarına Ait Kişisel Verilerin İşlenmesinin Gerekli Olması*” hali bakımından ise özellikle amaçla bağlılık ve ölçülülük ilkelerinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>[22]</sup>. Keza hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyetinden söz edilebilmesi için a) akdedilmesi görüşülen yahut akdedilmiş bir sözleşme olması, b) işlenecek kişisel verilerin sözleşmenin taraflarına ilişkin olması ve c.) sözleşmenin ifası yahut kurulması için doğrudan doğruya ilgili ve gerekli olması gerekmektedir<sup>[23]</sup>.

Bu itibarla due diligence süreci öncesi niyet mektubu, gizlilik sözleşmesi gibi belgelerin imzalanması kapsamında sözleşme taraflarının yahut temsilcilerinin/vekillerinin kişisel verilerinin sözleşmenin ifası veya kurulması açısından gerekli olduğu kabul edilebilir. Buna karşın due diligence süreci kapsamında veri sorumluların (sözleşme taraflarının) çalışanlarının, müşterilerinin, tedarikçilerinin, iş ortaklarının veya şirket ortaklarının kişisel verisini karşılıklı olarak paylaşmasını söz konusu hukuka uygunluk sebebine dayandırmak mümkün değildir. Zira söz konusu kişisel verilerin aktarımı bahsi geçen sözleşmelerin ifası yahut kurulması için zorunlu bir unsur teşkil etmemektedir.

Keza “veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünün yerine getirilmesi” şeklinde ifade edilen hukuka uygunluk sebebinde veri sorumlusunun sözleşmesel yükümlülüğünü yerine getirmesi için zorunlu olan haller kast

[22] Şehriban İpek Aşıkoğlu, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk - Acquis Communautaire’in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, *Istanbul University Press*, İstanbul, 2020, s. 1071.

[23] Aşıkoğlu, *op. cit.*, s. 1071.

edilmemektedir. İlgili düzenleme, bir tercihte bulunma imkanı olmaksızın yasal bir düzenleme sebebiyle kişisel veri işlemenin zorunlu olması halini kapsamaktadır<sup>[24]</sup>. Bu itibarla işverenin işçilerin maaş ödemesini gerçekleştirmesi için banka hesap numarasını, işçinin bakmakla yükümlü olduğu kişilere ilişkin verileri işlemesi, İş Kanunu md. 75 hükmüne göre özlük dosyasını tutması için veri işlemesi bu kapsamda değerlendirilmektedir<sup>[25]</sup>. Dolayısıyla bahsi geçen hukuka uygunluk sebebine dayalı olarak due diligence kapsamında yine aynı şekilde kişisel verilerin bir veri sorumlusundan diğerine aktarımı mümkün değildir.

Bir diğer hukuka uygunluk sebebi *kişisel verinin ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş* olmasıdır. İlgili kişinin kendisine ait kişisel veriyi bilerek ve isteyerek sınırsız sayıda kişi için ulaşılabilir kılması alenileştirme olarak kabul edilmektedir<sup>[26]</sup>. Due diligence süreci kapsamında özellikle ticari faaliyette bulunan, reklam yahut yasal birtakım yükümlülüklerin ifası amacıyla (örneğin ticaret sicili yahut vergi idaresinin bilgileri talep etmesi sebebiyle) bir takım kişisel verilerini alenileştiren iş ortakları, tedarikçiler olabilmekle birlikte veri sorumlusu tarafından çalışanlar yahut müşterilere dair işlenmiş birtakım kişisel verilerin kendileri tarafından ayrıca alenileştirilmiş olması söz konusu kişisel verileri başka bir amaçla işlemiş olan bir veri sorumlusunun diğerine aktarması bakımından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyebilir. Örneğin bir çalışanın sosyal medya hesabından bir eğitim sertifikasını paylaşması nedeniyle söz konusu özlük evrakının bir veri sorumlusundan diğerine aktarılması mümkün değildir.

KVKK md. 5/2’de sayılan hukuka uygunluk sebeplerinden bir diğeri de “*bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin*

[24] Yücedağ, *op. cit.*, s. 779.

[25] *Ibid*, s. 779.

[26] *Ibid*, s. 779.

*zorunlu olması*” halidir. KVKK’nın gerekçesinde bir şirkete karşı ikame edilen işçilik alacağı davasında ispat için çalışanın kişisel verilerini kullanması veya kısıtlı bir kişinin haklarının korunması amacıyla vasinin veya kayyımın, kısıtlının mali bilgilerine erişebiliyor olması söz konusu hukuka uygunluk sebebine örnek olarak verilmiştir. Bu kapsamda dava açılması, tescil işlemleri, tapu işlemleri gibi bir hak tesisi, korunması yahut kullanılmasına ilişkin olarak o iş ile sınırlı bir şekilde kişisel verilerin işlenmesi hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir<sup>[27]</sup>. Yine KVKK uygulama rehberinde sözleşme sona erdikten sonra, olası yasal takiplere karşı zamanaşımı süresinin sonuna kadar fatura, sözleşme, kefaletname gibi belgelerin saklanması bu kapsamda değerlendirileceği ifade edilmektedir<sup>[28]</sup>. Due diligence aşamasında ise bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işleme gerçekleşmemektedir. Zira due diligence aşamasında her ne kadar çalışanın özlük verisi yahut müşterinin finansal verisi devrolunan şirketin değerine etki edebilecek bir unsur olsa da sürecin sonunda herhangi bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunmasına hizmet etmek zorunda değildir.

Öğretide due diligence süreci kapsamında kişisel veri aktarımının “*İlgili Kişinin Temel Hak ve Özgürlüklerine Zarar Vermemek Kaydıyla, Veri Sorumlusunun Meşru Menfaatleri İçin Veri İşlenmesinin Zorunlu Olması*” hukuki sebebine dayandırabileceği, ancak bununla beraber söz konusu hukuka uygunluk sebebinin ölçüsüz biçimde veri işlenmesine dair sınırsız ve genel bir yetki vermediği, söz konu hukuka uygunluk sebebinin KVKK md. 4’de sayılan veri işleme ilkeleri ile bir arada değerlendirilmesi, özellikle kişisel verinin işlenme amacı ve ölçülülük ilkelerine riayet edilmesi gerekti-

[27] Yücedağ, *op. cit.*, s. 1073.

[28] Kişisel Verileri Koruma Kurumu, “Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi” (“Rehber”), Ankara, 2019, s. 77 (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4197/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanununa-Iliskin-Uygulama-Rehberi>)

ği ifade edilmektedir<sup>[29]</sup>. Söz konusu görüş, kişisel veri aktarımının bu huku-ki sebebe dayalı olarak bir veri sorumlusundan diğerine ilgili kişilerin açık rızasına ihtiyaç olmaksızın aktarımını mümkün görmekle birlikte due diligence sürecinde veri sorumlusunun hangi meşru menfaatinin korunmaya değer olduğuna bir açıklık getirmemektedir. KVKK md. 5/2'nin gerekçe- sinde işverenin çalışanlarının temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, terfi, maaş zamları yahut sosyal haklarının düzenlenmesinde ya da işletmenin yeniden yapılandırılması sürecinde görev ve rol dağıtımında esas alınmak üzere çalışanların kişisel verilerini işleminin meşru menfaat hukuka uygunluk sebebi altında değerlendirilebileceği belirtilmektedir<sup>[30]</sup>.

Veri sorumlusunun meşru menfaat temelli hukuka uygunluk sebebine dayanabilmesi için aranan şartlara ilişkin olarak olarak Kişisel Verileri Ko- ruma Kurulunun 25/03/2019 tarihli ve 2019/78 Sayılı kararının da ince- lenmesi gerekmektedir<sup>[31]</sup>. Söz konusu kararda veri sorumlusunun meşru menfaat temelli hukuka uygunluk sebebine dayanabilmesi için;

- Kişisel verinin işlenmesi sonucunda elde edilecek menfaat ile ilgili kişinin temel hak ve hürriyetlerinin yarışabilir düzeyde olması,
- Söz konusu menfaate ulaşılabilmesi bakımından kişisel veri işlen- mesinin zorunluluk arz etmesi,
- Meşru menfaatin halihazırda mevcut, belirli ve açık olması,
- İlgili kişinin temel hak ve hürriyetler ile yarışabilir nitelikte olan meşru menfaatin elde edilmesi halinde bir yarar sağlanacak olması ve kişisel veri işlenmeksizin başkaca bir yol ve yöntemle bu yararın ortaya çıkmasının mümkün olmaması,
- Meşru menfaat belirlenirken söz konusu yararın çok sayıda kişiyi etkilemesi, yalnızca kâr elde edilmesi ya da ekonomik yararın sağlanması

[29] Akman ve Calay, *op. cit.*, s. 22.

[30] Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> , 13.11.2024.

[31] Karar özeti için bak. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerk/5434/2019-78>

amacına yönelik olmaması, iş süreçlerin ya da bir işleyişin kolaylaştırması (örneğin bir birim ya da az sayıda personel nezdinde değil, kurumsal olarak genel etkileyecek şekilde) gibi şeffaf ve hesap verilebilir nitelikleri haiz kriterlerin esas alınması,

- Bu açıdan ilgili kişinin başta kişisel verilerinin korunması olmak üzere temel hak ve hürriyetlerinin zarar görmesini engellemek amacıyla öngörülebilir, açık ve yakın her türlü tehlikeden uzak tutulması,

- Kişisel verilerin bir veri kayıt sisteminde amaçla sınırlı olarak hukuka uygun işleyişini temin ile zararı ve ihlalleri engellemek için her türlü teknik ve idari tedbirin alınması,

- Kişisel verilerin işlenmesinde genel ilkelere uygunluğun sağlanması<sup>[32]</sup>.

Bu noktada TTK md. 158/4'ün atfıyla TTK md. 178 çerçevesinde iş sözleşmelerinin birleşme ile devrolunan şirketten devralan şirkete işçinin onayına ihtiyaç duyulmaksızın devrolması sebebiyle devralan şirketin akdedilmiş iş sözleşmeleri hakkında bilgi sahibi olması, yalnızca birleşmenin hukuken geçerli hale gelmesi açısından değil, irade oluşumunun, bir başka deyişle due diligence sürecinin de önemli bir parçasını oluşturması sebebiyle makul kabul edilmektedir<sup>[33]</sup>.

Diğer taraftan Alman hukukunda due diligence aşamasında şirkete ait gizli bilgilerin korunması konusunda yönetim kurulu üyeleri bakımından Aktiengesetz md. 93/1, c. 2 ve md. 404/1'de yer alan sır saklama yükümlülüğünün sınırını şirketin *objektif meşru menfaatlerinin* çizeceği

[32] Nurdan Balkan, “*Kişisel Veri Koruma Hukuku İle Ticaret Sicilinin Aleniyet Fonksiyonu Arasındaki Menfaat Dengesi*”, Ankara Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara Nisan 2024, S. 2, s. 222 d. 33.

[33] Urs L. Baumgartner, “Wahrung des Datenschutzes in M&A- Transaktionen”, *sic!* 12/2004, s. 4 ([https://www.sic-online.ch/fileadmin/user\\_upload/Sic-Online/2004/documents/957.pdf](https://www.sic-online.ch/fileadmin/user_upload/Sic-Online/2004/documents/957.pdf)).

ifade edilmektedir<sup>[34]</sup>. Şayet şirketin gizli bilgilerinin açıklanması söz konusu bilgilerin açıklanmamasından daha üstün bir yarar sağlıyorsa gizli bilginin açıklanması bakımından meşru menfaatin mevcut olduğu kabul edilmektedir<sup>[35]</sup>. Türk hukukunda ise yönetim kurulu üyelerinin sır saklama yükümlülüğü TTK md. 369’da düzenlenen “özen ve bağlılık yükümlülüğü” kapsamında değerlendirilmektedir<sup>[36]</sup>. Bu noktada özellikle devrolunan şirket yönetim organının birtakım bilgilerin, özellikle de birleşme kararının alınmasına doğrudan tesir edebilecek bilgilerin paylaşılmaması nedeniyle birleşme işleminin tamamlanmasından sonra *culpa in contrahendo* sorumluluğunun gündeme gelebilecek olması “meşru menfaatin mevcut olup olmadığı” belirlenirken önemli bir ölçüt teşkil edebilir<sup>[37]</sup>. Diğer taraftan eksik bilgilere dayalı olarak hatalı bir değerlendirme nedeniyle devrolunan şirketin ortaklarına tahsis edilmesi gereken pay adedinden fazlası tahsis edilirse ve buna bağlı olarak devralan şirket ortaklarının haklarına hanel gelirse TTK md. 191’e göre denkleştirme davası ikame edebileceğine dikkat etmek gerekir<sup>[38]</sup>. Keza TTK md. 193 uyarınca yönetim organının hukuki sorumluluğuna da gidilebileceği göz önünde bulundurulmalıdır<sup>[39]</sup>.

Ne var ki due diligence aşamasında kişisel verilerin paylaşılmasında şirketin meşru bir menfaatinin olduğunun kabul edilmesi halinde dahi bu

[34] Schröcker, *op. cit.*, s. 26.

[35] Markus Stoffels, “Grenzen der Informationsweitergabe durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft im Rahmen einer Due Diligence”, *ZHR 165 (2001)*, s. 368.

[36] Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Adalet Yayınevi, 5. Bası, Ankara, 2024, s. 761 vd.

[37] Torsten Körber, “Geschäftsleitung der Zielgesellschaft und due diligence bei Paketerwerb und Unternehmenskauf”, *NZG, Heft 6/2002*, s. 264.

[38] Felix Meier-Dieterle, *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (FusG-ZK)*, Zürich, Schulthess Verlag, 2004, s. 808.

[39] Hans Caspar Von Der Crone, Sarah Dobler ve Karin Eugster, “Privatrechtliche Aspekte der Ausgleichsleistung und Abfindungen Gemäss FusG”, *Festschrift für Peter Bockli zum 70. Geburtstag*, Schulthess Verlag, Zürich, 2006, s. 251.

hakkın sınırsız ve koşulsuz olduğu düşünülmemelidir. Bu itibarla due diligence ile gözetilen amaca gerçek kişilere ait kişisel verilerin anonimleştirilmesi, bir başka deyişle veri sahibi gerçek kişinin bilgilerinin kimliğı ile bağdaştırılamayacak şekilde maskelenmesi yahut kişisel verilerin paylaşılacağı kişilerin çevresinin (örneğı mesleki olarak sır saklama yükümlülüğü altında olan kişiler ile) sınırlı tutulması ile ulaşılmalıdır<sup>[40]</sup>. Keza çalışanların isim ve soy isim bilgilerinin yanı sıra birleşme tarihi itibarıyla hak ettikleri kıdem ve ihbar tazminatının paylaşılması değerleme açısından önem arz edebilecekken, TC Kimlik numarası, diploma, eğitim sertifikası gibi kişisel verilerin ve kişisel veri içeren belgelerin due diligence aşamasında temin edilmesinin zaruri olup olmadığı değerlendirilmelidir. Zira kişisel verilerin aktarımı “veri minimizasyonu ilkesi” gereğı aktarım amacıyla bağlantılı ve sınırlı olarak gerçekleştirilmelidir<sup>[41]</sup>.

Netice itibarıyla due diligence sürecinde çalışanların, müşterinin, tedarikçilerin, iş ortaklarının ve şirket ortaklarının/temsilcilerinin kişisel verilerinin bir veri sorumlusundan diğere aktarılmasında meşru bir menfaatinin mevcut olabileceğı, ancak amaçla bağlantılı ve sınırlı bir şekilde veri aktarımında bulunulabileceğı, buna karşın veri aktaran şirketin

[40] Körber, *op. cit.*, s. 267.

[41] “Mahkemece veri sorumlusundan ilgili kişi hakkında bazı kişisel verilerin talep edilmesi ve veri sorumlusunun gereğinden fazla kişisel veri aktarımında bulunmasının; Kanunun 8 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasında atıfta bulunulan Kanunun 5 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (ç) bendinde yer verilen hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesi için zorunlu olması kapsamında değerlendirilemeyeceğı, Kanunun 4 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde yer alan işlendikleri, amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkesine aykırılık teşkil ettiğı, dikkate alınarak, Kurul tarafından Kanunun 12 nci maddesinin (1) numaralı fıkrası çerçevesinde ilgili kişiye ait kişisel verilerin güvenliğini sağlayamayan veri sorumlusu hakkında Kanunun 18 inci maddesi uyarınca idari yaptırım uygulanması” yönündeki Kişisel Verileri Koruma Kurulu kararı için bak. <https://kvkk.gov.tr/Icerik/5413/Islenme-Amacinin-Gerektirdiginden-Fazla-Kisisel-Veri-Islenmesi-Aktarilmasi-Veri-Minimizasyonu-Ilkesine-Aykirilik->

veri aktarımında meşru bir menfaate sahip olmadığına kabul edileceği hallerde, örneğin çalışanların her birinin ayrı ayrı findeks verisinin, ailesindeki diğer bireylerin çalışma durumunun, sağlık verisi yahut adli sicil kaydı gibi özel nitelikli kişisel verilerin talep edilmesi halinde çalışanların açık rızasının alınması gerekecektir. Aksi bir durumda belirtilen hukuka uygunluk sebebinin uygulama alanı içerisinde kalınmayacak ve özellikle de şirket yönetim kurulu üyelerinin gelecekte hukuki sorumluluklarını doğurabilecek şekilde şirket değerlemesine etki edebilecek bir bilginin hukuka uygun bir şekilde temin edilememesi durumu söz konusu olacaktır.

## **B. BİRLEŞME SÖZLEŞMESİNİN AKDİNDEN BİRLEŞME KARARININ TESCİLİNE KADAR OLAN SÜREÇ**

Hazırlık sürecinin sonunda tarafların birleşme konusunda bir mutabak sağlaması halinde söz konusu mutabakat ifadesini TTK md. 145 uyarınca birleşen şirketlerin yönetim kurullarınca akdedilen birleşme sözleşmesinde bulur. Ne var ki birleşme süreci, birleşme sözleşmesine taraf şirketlerin yönetim kurulunca akdedilmesi ile neticelenmemekte, mezkur sözleşmesinin aynı zamanda birleşen şirketlerin genel kurullarınca TTK md. 151’de öngörülen nisaplara uyularak onaylanması ve birleşme kararının ticaret siciline TTK md. 152 uyarınca tescil edilmesi gerekmektedir. Ne var ki birleşme sözleşmesinin akdedilmesinden birleşme kararının tescil edildiği aşamaya kadar KVKK hükümleri ile temas edilen noktalar bulunmaktadır. Birleşme sözleşmesinin akdedilmesinden birleşme kararının tesciline kadar hangi kişisel verilerin işlendiği ve söz konusu kişisel verilerin işlenmesi için KVKK md. 5/2 çerçevesinde bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olup olmadığı, mevcut değil ise ilgili kişilerin ayrıca açık rızalarının alınmasına gerek olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

TTK md. 146 uyarınca birleşme sözleşmesinin içerisinde yer alması zorunlu bilgiler mevcut olmakla bu bilgilerden hangisinin birleşme sözleşmesinin “objektif esaslı bir unsurunu” teşkil ettiği üzerinde durulmalıdır.

Sözleşmeler hukukunda objektif esaslı noktalar, sözleşmenin niteliği ve iş hayatındaki anlayışa ve koşullara göre, üzerinde mutlaka anlaşılması gereken noktalar olarak tanımlanmaktadır<sup>[42]</sup>. TTK md. 146’da birleşme sözleşmesinin içeriğine yer verilmiş olup, bahsi geçen kayıtlardan her birinin birleşme sözleşmesinin “objektif esaslı bir unsurunu” teşkil edip etmediği konusundaki tartışmalardan<sup>[43]</sup> bağımsız olarak ticaret sicili uygulamasında maddede sayılan;

a) Birleşmeye katılan şirketlerin ticaret unvanlarının, hukuki türlerinin, merkezlerini; yeni kuruluş yolu ile birleşme hâlinde, yeni şirketin türünün, ticaret unvanının ve merkezinin,

b) Şirket paylarının değişim oranını, öngörülmüşse denkleştirme tutarını; devrolunan şirketin ortaklarının, devralan şirketteki paylarına ve haklarına ilişkin açıklamaların,

c) Devralan şirketin, imtiyazlı ve oydan yoksun payların sahipleriyle intifa senedi sahiplerine tanıdığı hakların,

d) Şirket paylarının değiştirilmesinin şeklinin,

e) Birleşmeyle iktisap edilen payların, devralan veya yeni kurulan şirketin bilanço kârına hak kazandığı tarihin ve bu isteme ilişkin bütün özelliklerin,

f) Gereğinde TTK md. 141 uyarınca ayrılma akçesinin,

g) Devrolunan şirketin işlem ve eylemlerinin devralan şirketin hesabına

[42] Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 27. Baskı, 2022, s. 210; Selahattin Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993, s. 75.

[43] Ulysses Von Salis, *Fusionsgesetz*, Zürich, 2004, s. 91; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, Zürich, Basel, Genf, Schulthess Verlag, 4. Auflage, 2009, s. 356; Jürg A. Luginbühl, *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (FusG-ZK)*, Schulthess Verlag, Zürich 2008, s. 153; Marc Amstutz ve Ramon Mabillard, *Fusionsgesetz*, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008, Art. 13 No. 4.

yapılmış sayılacağı tarihin,

h) Yönetim organlarına ve yönetici ortaklara tanınan özel yararların,

i) Gereğinde sınırsız sorumlu ortakların isimlerinin

j) Birleşme sözleşmesinin tarihinin birleşme sözleşmesinde yer alması şart koşulmaktadır<sup>[44]</sup>. Dolayısıyla devrolunan ve devralan şirketin gerçek kişi ortaklarının ve intifa senedi sahiplerinin, özel yarar sağlanan gerçek kişi yönetim organı üyelerine ait kişisel verilerin (ad, soyad, TC kimlik no, adres) birleşme sözleşmesinde yer alması gerekir. Mezkur kayıtların TTK md. 146 uyarınca birleşme sözleşmesinin kurulması bakımından bir geçerlilik şartı olduğu kabul edildiğinde KVKK md. 5/2-c uyarınca bahsi geçen kayıtların sözleşmenin kurulması açısından zorunlu olduğu ve buna bağlı olarak söz konusu kişisel verilerin işlenmesi için hukuka uygunluk sebebinin var olduğu kabul edilebilecektir<sup>[45]</sup>.

Aynı şekilde TTK md. 147 uyarınca kural olarak<sup>[46]</sup> birleşme raporunun hazırlanması ve TTK md. 147/2'de sayılan hususların hukuki ve iktisadi açıklamalarına yer verilmesi gerekmektedir. İlgili maddede hukuki ve iktisadi açıklamaların neyle ilgili olması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamakla birlikte yine İstanbul Ticaret Odası'nın web sitesinde birleşme raporunda yer alması gereken hususlar;

- a) Birleşmenin amacı ve sonuçları,
- b) Birleşme sözleşmesi,
- c) Şirket paylarının değişim oranı ve öngörölmüşse denkleştirme

[44] <https://www.ito.org.tr/tr/hizmetler/ticaret-sicili-islemleri/tescil-islemleri/birlesme-bolunme> (online 16.12.2024)

[45] Aksi görüşte Mesut Serdar Çekin, M. Furkan Akıncı ve Ahmet Esad Berktaş, *Veri Hukuku*, OnikiLevha Yayıncılık, Nisan 2023, s. 180.

[46] TTK md. 147/4 uyarınca küçük ve orta ölçekli şirketlerde, ortakların tamamının onaylaması halinde birleşme raporunun düzenlenmesinden vazgeçilebilir. Yine TTK md. 156 uyarınca TTK md. 155'e göre kolaylaştırılmış şekilde birleşmesine izin verilen şirketlerde birleşme raporunun düzenlenerek genel kurul onayına sunulma mecburiyeti bulunmamaktadır.

akçesi; devrolunan şirketlerin ortaklarına devralan şirket nezdinde tanınan ortaklık hakları,

d) Gereğinde ayrılma akçesinin tutarı ve şirket pay ve ortaklık hakları yerine ayrılma akçesi verilmesinin sebepleri,

e) Değişim oranının belirlenmesi yönünden payların değerlemesine ilişkin özellikler,

f) Gereğinde devralan şirket tarafından yapılacak artırımın miktarı,

g) Öngörölmüşse, devrolunan şirketin ortaklarına, birleşme dolayısıyla yüklenecek olan, ek ödeme ve diğer kişisel edim yükümlülükleri ile kişisel sorumluluklar hakkında bilgi,

h) Değişik türdeki şirketlerin birleşmelerinde, yeni tür dolayısıyla ortaklara düşen yükümlülükler,

i) Birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ile mümkünse bir sosyal planın içeriği,

j) Birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin alacaklıları üzerindeki etkileri,

k) Gerekliyse, ilgili makamlardan alınan onaylar şeklinde sıralanmaktadır<sup>[47]</sup>. Diğer taraftan TTK md. 147/3 uyarınca yeni kuruluş yoluyla birleşmede birleşme raporuna yeni şirketin sözleşmesinin de eklenmesi şarttır. Mezkur raporun hazırlanış amacı göz önünde bulundurulduğunda kişisel verilerin kullanımı mecburi olmayıp, belirli kişilere vurgu yapılmak istendiğinde (örneğin yüksek bir işçilik tazminatı bulunan bir çalışanla ilgili bilgi verildiğinde) anonimleştirme yoluyla ilgili kişisel verinin paylaşımından imtina edilebilir. Benzer bir yöntemle alacaklılarla ilgili de başvurulabilir.

Birleşme sözleşmesi ve birleşme raporu ile birlikte şirketin finansal bilgilerinin TTK md. 149 uyarınca ticaret sicilinde ve sermaye şirketi olması halinde ayrıca ilgili şirketlerin web-sitesinde ilan edilmesi ve genel kurul tarihinden asgari 30 gün önce birleşecek şirketlerin genel merkezinde in-

[47] <https://www.ito.org.tr/tr/hizmetler/ticaret-sicili-islemleri/tescil-islemleri/birlesme-bolunme> (24.12.2024 tarihinde online)

celenmek üzere hazır edilmesi gerekir. İlan, şirket ortakları ve menfaati bulunan diğer kişilerin<sup>[48]</sup> inceleme ve bilgi alma hakkına işaret etmeye yönelik olup, birleşme sözleşmesi, birleşme raporu ve şirket finansallarının içeriğine dair bir bilgi içermemektedir. Bu itibarla kişisel veri ve ticari sır olarak kabul edilecek bilgilerin yalnızca şirket ortakları ve menfaati olan diğer kişiler ile paylaşılması amaçlanmıştır.

En nihayetinde TTK md. 151 uyarınca birleşmenin icra edilebilmesi için birleşme sözleşmesinin, birleşen şirketlerin her birinin genel kurulunca onaylanması gerekir. Bu bağlamda birleşme sözleşmesi, ancak birleşmeye katılan şirketlerin tümü tarafından onaylanması hâlinde geçerli hale gelmektedir<sup>[49]</sup>. Öte yandan kişisel verilerin korunması hukuku açısından birleşme kararının tescil edilmesinden evvel çalışanların ve müşterilerin birleşme süreci hakkında bilgilendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>[50]</sup>. Zira birleşmenin ticaret siciline tescili ile birlikte külli halefiyet ilkesine bağlı olarak devrolunan şirket ticaret sicilinden silinmekte, bir başka deyişle hukuken yok olmakta ve taraf olduğu tüm sözleşmeler (müşteri ve iş sözleşmeleri de dahil) devralan şirkete geçmektedir. Bu itibarla birleşmenin icrasından önce gerekli tüm hazırlıkların tamamlanması ve işletmenin devamlılığının sağlanmasına ilgili kişilerin, özellikle işçilerin ve müşterilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin menfaati karşısında üstünlük tanımak gerekir<sup>[51]</sup>. Bu nedenle tescilden evvel devralan şirkette gerçekleştirilmesi gereken uyum çalışmaları için ön çalışmalar tamamlanmalıdır.

### C. BİRLEŞME KARARININ TESCİLİNDEN SONRAKİ SÜREÇ

[48] Şirket ortağının bilgi alma hakkı için bak. Arslan Kaya, “Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, s.155-161, İstanbul, 1997, s. 155. Menfaat sahibi diğer kişiler kavramı için ise bak. Jürg A. Luginbühl, *op. cit.*, s. 185.

[49] Von Salis, *op. cit.*, s. 137., Böckli, *op. cit.*, s. 378.

[50] Schröcker, *op. cit.*, s. 29.

[51] *Ibid.*, s. 30.

TTK md. 152/1 gereğince birleşme, ticaret siciline tescil ile birlikte geçerli hale gelmekte ve devrolunan şirketin bütün hak, alacak ve borçları bir bütün halinde külli halefiyet yoluyla devralan şirkete intikal etmektedir<sup>[52]</sup>. Cüzi intikallerden farklı olarak, külli halefiyet yoluyla kişisel verilerin devrolunan tarafından devralan şirkete aktarılmasının, veri koruma hukuku ile nasıl uyumlu hale getirileceği Türk Hukukunda henüz kesin bir şekilde açıklığa kavuşmamıştır. Ancak, özellikle Alman Hukukunda yasa değişikliğinden önce veri koruma hukukuna külli halefiyet ilkesi karşısında üstünlük tanınması ve bu nedenle ilgili kişinin veri aktarımına rıza göstermesinin şart koşulması gerektiği görüşü yalnızca nadiren dile getirilmekteydi<sup>[53]</sup>. Buna karşılık baskın görüşe göre, veri koruma hukuku açısından kişisel verilerin devrolunan şirketten devralan şirkete aktarılmasında külli halefiyete dair prensiplerin farklı yorumlanmasını gerektirecek bir özellik bulunmamaktadır<sup>[54]</sup>. Burada özellikle eski Federal Veri Koruma Kanunu (“BDSG”) md. 28/1 No 1 ve 2’de bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğu ifade edilmekteydi<sup>[55]</sup>. GDPR ile birlikte söz konusu yasada de-

[52] Birleşmedeki külli halefiyet kavramı için bak. Türk, *op. cit.*, s. 160 vd.; Hamdi Yasaman, *Anonim Şirketlerin Birleşmesi*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987, s. 22 vd.

[53] Spiros Simitis, “Umwandlungen: ein blinder Fleck im Datenschutz”, *ZHR 200I*, s. 461.

[54] Oliver Rieckers ve Matthias Cloppenburg, *Habersack/Wicke Umwandlungsgesetz: UmwG*, Beck Verlag, 2017, UmwG § 20 Rn. 56; Reinhard Marsch-Barner, *in Kallmeyer UmwG*, 6. Baskı, 2017, UmwG § 20 Rn. 23a; Stefan Simon, *Kölner Kommentar zum UmwG*, Heymanns Verlag, Köln, 2009, § 20 Rn. 35; Andreas Früh, “Übergang von Kreditrisiken – Einzelübertragungen, Umwandlungsmaßnahmen et al.”, *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Unternehmen, Markt und Verantwortung*, s. 1823 vd.

[55] İlgili düzenlemeye göre belirli bir ticari amaca ulaşılabilmesi için kişisel verilerin toplanması, saklanması, değiştirilmesi veya aktarılması aşağıdaki durumlarda mümkündür:

1- İlgili kişiyle bir hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri bir borç ilişkisinin kurulması, yürütülmesi veya sona erdirilmesi için gerekli olması,

ğişikliğe gidilmiş ve amaçla sınırlılık ilkesi geçerli hale gelmiştir (GDPR Madde 5/1, b). Yine GDPR mevzuatının uygulandığı Avusturya'da Federal Mahkemenin yayınladığı 22.08.2023 tarihli kararında geçmiş yasa döneminde hukuka uygunluk sebebi olarak atıf yapılan hükümlerin tamamı yürürlükten kaldırılmasına rağmen külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu birleşmeler bakımından tereddütsüz bir şekilde devralan şirketin devrolunan şirketin işlediği verilerin maliki haline geleceği, burada üçüncü kişilere bir veri aktarımının söz konusu olmadığı, bu nedenle devralan şirketin veri kullanımının önünde herhangi bir engelin mevcut olmadığı ifade edilmiştir<sup>[56]</sup>.

Yukarıda değinilen kararda her ne kadar üçüncü kişiye bir devrin mevcut olmadığı ifade edilmekteyse de veri sorumlusu değişmektedir. Bu değişim ilgili kişinin bilgisi veya onayı doğrultusunda gerçekleşmemektedir. Ne var ki birleşmenin ticaret sicilinde tescilinden sonra ilgili kişi, farklı veya genişletilmiş ticari faaliyetlere sahip olabilecek başka bir kuruluşla karşı karşıya kalabilir. Bunun önemli ölçüde veri koruma hukuku ile çatışma potansiyeli doğurabileceği açıktır.

Bu noktada birleşmenin ticaret siciline tescil ile icra edilmesi neticesinde devrolunan şirketin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olduğu veri kayıt sistemi ve söz konusu veri kayıt sisteminde kayıtlı kişisel veriler de devralan şirkete intikal etmekte, buna bağlı olarak da kişisel verisi

- 2- Veri sorumlusunun meşru menfaatlerini korumak için gerekli olması ve verilerin işlemenin veya kullanmanın ilgili kişinin korunmaya değer menfaatleri karşısında daha üstün tutulması.

[56] Federal İdare Mahkemesinin 22.8.2023 tarih ve W137 2251172-1 sayılı kararı [https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bvvg&Entscheidungsart=Undefined&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=True&GZ=W137+2251172-1&VonDatum=01.01.2014&BisDatum=11.10.2023&Norm=&ImRisSeitVonDatum=&ImRisSeitBisDatum=&ImRisSeit=Undefined&ImRisSeitForRemotion=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=&Position=1&SkipToDocumentPage=true&ResultFunctionToken=397ad383-d665-4713-9559-ad2fb1d604bd&Dokumentnummer=BVWGT\\_20230822\\_W137\\_2251172\\_1\\_00](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bvvg&Entscheidungsart=Undefined&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=True&GZ=W137+2251172-1&VonDatum=01.01.2014&BisDatum=11.10.2023&Norm=&ImRisSeitVonDatum=&ImRisSeitBisDatum=&ImRisSeit=Undefined&ImRisSeitForRemotion=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=&Position=1&SkipToDocumentPage=true&ResultFunctionToken=397ad383-d665-4713-9559-ad2fb1d604bd&Dokumentnummer=BVWGT_20230822_W137_2251172_1_00) (online 24.12.2024)

işlenen ilgili kişilerin bilgilendirilmesi, belirli şartlarda<sup>[57]</sup> veri sorumluları bakımından kayıt mecburiyeti bulunan Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sisteminde (VERBİS) de güncelleme yapılması gerekmektedir. Bu itibarla devrolunan şirket VERBİS’e kayıtlı bir şirket ise birleşmenin ticaret siciline tescili anında Ticaret Sicil Yönetmeliği’nin 127. Maddesinde her ne kadar VERBİS sayılmamaktaysa da birleşen şirketlerin talebi üzerine VERBİS’e de durumun bildirilmesi, bu bildirim üzerine de devrolunan şirketin VERBİS kaydının “birleşme nedeniyle terkin” açıklaması ile birlikte silinmesi gerekir.

Diğer taraftan devralan şirketin VERBİS kaydının güncellenme ihtiyacı ise özellikle yeni faaliyet konularının eklenmesi yahut farklı KVKK politikalarının izlenmesi halinde söz konusu olabilir. Devralan şirketin devrolunan şirketten farklı kişisel verileri işlemesi, kişisel verilerin farklı amaçlarla işlenmesi, kişisel verilerin aktarıldığı alıcı grupları bu açıdan büyük önem arz etmektedir. Nitekim KVKK md. 10’a dayalı olarak çıkarılan Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliği<sup>[58]</sup> (“Tebliğ”) md. 5’de ilgili kişinin açık rızasına veya KVKK’daki diğer işleme şartlarına bağlı olarak kişisel veri işlendiği her durumda aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerektiği, kişisel veri işleme amacı değiştiğinde, veri işleme faaliyetinden önce bu amaç için aydınlatma yükümlülüğünün ayrıca yerine getirilmesi gerektiği ve veri sorumlusunun farklı birimlerinde kişisel veriler farklı amaçlarla işleniyorsa, aydınlatma yükümlülüğünün her bir birim nezdinde ayrıca yerine getirilmesi gerektiği düzenlenmektedir.

Aydınlatma yükümlülüğünün birleşme sürecinin hangi aşamasında ye-

[57] Güncel durumda KVKK md. 16 uyarınca 25 Temmuz 2023 tarihinden itibaren, yıllık çalışan sayısı 50’den fazla veya yıllık mali bilanço toplamı 100 milyon TL’den yüksek olan veri sorumlusu gerçek ve tüzel kişilerin VERBİS kaydı zorunluluğuna uymak durumundadır.

[58] 18.03.2018 tarih ve 303356 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

rine getirileceği ile ilgili açık bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte Tebliğ md. 6/1-c hükmünde kişisel verilerin aktarılabacak olması halinde, en geç kişisel verilerin ilk kez aktarımının yapılacağı esnada ilgili kişiyi aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak söz konusu düzenleme *kanaatimizce* devralan şirketin ilgili kişiye karşı birleşmeden sonraki aydınlatma yükümlülüğünden ziyade birleşmenin icrasından evvel devrolunan şirket tarafından kişisel verisini işlediği ilgili kişilere yapması gereken bilgilendirmeye ilişkindir. Devralan şirketin aktarım anına (küllü halefiyet etkisinin doğacağı tescil anına kadar) veri sorumlu sıfatına sahip olmaması ve bu itibarla ilgili kişileri bilgilendirme yetkisinin de olmaması bu düşüncüyü desteklemektedir.

Aydınlatma yükümlülüğünün yanı sıra birleşme neticesinde kişisel verileri “yeni” veri sorumlusuna aktarılan ilgili kişilerden açık rıza alınmasına gerek olup olmadığı değerlendirilmelidir. Çalışanların kişisel verilerinin devrolunan şirketten devralan şirkete geçmesi ve bu çerçevede çalışanların tüm özlük evrakının devralan şirket tarafından tutulması yasal bir yükümlülük teşkil etmektedir (İş Kanunu md. 75). Bu itibarla KVKK md. 5/2-ç uyarınca çalışanlara ilişkin kişisel verilerin işlenmesi “*hukuki bir yükümlülüğün yerine getirilmesi*” kapsamında değerlendirilebilir. Keza birleşmenin tescili ile birlikte devrolunan şirketin taraf olduğu tüm sözleşmeler (müşteri ve tedarik sözleşmeleri dahil) devralan şirkete küllü halefiyet ilkesi gereği geçmektedir<sup>[59]</sup>. Bu itibarla devralan şirketin sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifası bakımından gerekli olan kişisel verileri işleminin KVKK md. 5/2-e kapsamında mümkün olduğu kabul edilecektir.

Buna karşın şahsa sıkı sıkıya bağlı sözleşmelerin (ad personam sözleşmelerin) söz konusu olduğu durumlarda her ne kadar sözleşmesel ilişkinin geçişi engellenememekteyse de sözleşme ilişkisinden çıkma, bir başka deyişle

[59] Birleşmede sözleşmelerin devri için bak. Bauer, *op. cit.*, s. 296.

fesih imkanının mevcut olduğu kabul edilmektedir<sup>[60]</sup>. Bunun birleşmeler bakımından en somut örneklerinden biri TBK md. 395'daki düzenleme nedeniyle şahsa sıkı sıkıya bağlı bir sözleşme olan iş sözleşmesinin devroluna şirketten devralan şirkete devrine devrolunan şirket işçilerinin TTK md. 158/4'ün atfıyla md. 178 gereği sahip oldukları itiraz hakkıdır. İlgili düzenleme uyarınca iş sözleşmesi devralan şirkete intikal etmekle birlikte işçi, iş akdini haklı nedenle feshetme imkanına sahiptir<sup>[61]</sup>.

Açık rızanın şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması<sup>[62]</sup> karşısında herhangi bir hukuka uygunluk sebebi olmaksızın kişisel verinin bir veri sorumlusundan diğerine aktarılması durumunda birleşmeden önce verilen açık rızanın birleşme sonrası geçerliliğini koruyup korumadığı değerlendirilmelidir. Söz konusu kişisel verilerin bir veri sorumlusundan diğerine aktarılmasından sonra kullanım amacı burada dikkate alınmalıdır.

Öncelikle ilgili kişinin, açık rızasını herhangi bir gerekçe bildirme mecburiyeti olmadan dilediği vakit geri alabildiğini belirtmek gerekir<sup>[63]</sup>. Ne var ki birleşmeye bağlı olarak ilgili kişiye ait kişisel veriler onay ve bilgisi dahi olmaksızın devrolunan şirketten devralan şirkete intikal ettiğinden, devralan şirket “yeni” veri sorumlusu kimliğiyle ilgili kişiye karşı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeli ve beraberinde eş zamanlı olarak

[60] Rolf Watter ve Urs Kägi: “Der Übergang von Verträgen bei der Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung”, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 3/2004, s. 235 vd.; Pierra Beretta, “Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des geplanten Fusionsgesetzes”, *SJZ*, 98, 2002, s. 253.

[61] Ayrıntılar için bak. Thomas Geiser, “Die Stellung der Arbeitnehmenden nach dem Fusionsgesetz”, *AJP/PJA* 2004, s. 863.

[62] Hüseyin Can Aksoy, “Kişisel Verilerin İşlenmesi Kapsamında Rıza Unsuru ve Sınırlı Ehliyetinizin Durumu”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Ankara, C. 3, Yetkin Yayınları, 2009, s. 59; Kemal Atasoy, “Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması Ve Veri Sahibinin Rızası”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S.3, 2016, s. 286.

[63] <https://kvkk.gov.tr/yayinlar/AÇIK%20RIZA.pdf> (online 24.12.2024)

ilgili kişinin açık rızasını gerektiren hususlarda açık rızasını ayrıca almalıdır. Bir başka deyişle burada ilgili kişinin devrolunan şirkete (önceki veri sorumlusuna) açıkladığı rızanın da külli halefiyet ilkesi çerçevesinde devralan şirkete açıklanmış sayılması mümkün değildir. Örneğin devrolan şirket müşterisinin kendisine reklam yapılması konusunda vermiş olduğu açık rızaya dayalı olarak reklam yapılması hukuka uygun olmayacaktır. Devirden sonra ilgili müşteriden yeniden izin alınması ve ancak izin sonrası reklam faaliyetine başlanması uygun yöntem olacaktır.

Ayrıca ilgili kişiye karşı mevcut olan aydınlatma yükümlülüğünün makul bir süre içerisinde yerine getirilmesi ve gerekli olması halinde açık rızasının da yine makul bir süre içerisinde alınması gerekir. Makul süre, ilgili kişinin kişisel verilerin birleşme öncesi devralan şirkete açıklanması için bir hukuki sebebin mevcut olup olmaması halinde ve buna bağlı olarak kişisel verilerin bir veri sorumlusundan diğerine aktarımına ilişkin hazırlık sürecinin ne kadar erken tamamlanabileceğine, işlenen kişisel verinin hacmine göre değişiklik arz edecektir. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesine ve ilgili kişinin açık rızasının talep edilmesine karşın yapılacak bilgilendirmede tanınan süre içerisinde açık rızanın verilmemesi halinde söz konusu kişisel verinin imha edilmesi gerekir. Aksi durumda hukuka aykırı veri işlemenin cezai müeyyideleri ile karşı karşıya kalınabilir (KVKK md. 17/2).

Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, birleşmenin ticaret siciline tescilinden açık rızanın açıklanacağı ana kadar geçmişte açık rıza verilmiş veri işleme faaliyetlerinin yürütülüp yürütülemeyeceğidir. Örneğin ilgili kişinin devrolunan şirkete reklam ve kampanya yürütülmesi amacıyla e-mail adresini işlemesine onay vermesi halinde birleşmeden sonra devralan şirketin ilgili kişiye reklam ve promosyon e-mailleri göndermesi mümkün müdür? **Kanaatimizce** burada açık rıza bakımından devralan şirkete onay verilene kadar askıda bir hükümsüzlük halinin mevcut olduğu

kabul edilmelidir<sup>[64]</sup>. Açık rızanın aynı şekilde devralan şirkete de verilmesi durumunda söz konusu veri işleme amacına uygun bir şekilde faaliyet yürütülebilecektir. Buna karşın açık rıza talep edilmiş, ancak bu talep reddedilmiş yahut tanınan süre içerisinde verilmemiş ise artık söz konusu veri işleme amacının ortadan kalktığı kabul edilmesi ve faaliyetlerin de buna uygun bir şekilde yürütülmesi gerekir.

#### IV. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

TTK çerçevesinde birleşme sürecinde birleşme işlemlerinin tamamlanması ve iş süreçlerinin konsolidasyonu için kişisel veri niteliğindeki geniş kapsamlı bilgilerin erken bir aşamada açıklanması gerekliliği ortaya çıkabilmektedir. En geç birleşme kararının tescil edilerek geçerli hale geldiği ve buna bağlı olarak malvarlığının intikal ettiği aşamada, hem devrolunan hem de devralan şirketler açısından ilgili kişi gruplarının veri koruma hakkı kapsamında korunmaya değer menfaatleri etkilenmektedir.

Bu noktada birleşmeye hazırlık sürecinde bir veri sorumlusunun diğerine kişisel veri aktarımında meşru bir menfaatinin olabileceğini tespit etmekle birlikte birleşmenin icra edilmesi sonrasında kişisel verilerin bir kurumdan diğerine aktarımına hiçbir şekilde engel olma imkanı bulunmayan ilgili kişilerin korunması icap eder. Bu itibarla başkaca bir hukuka uygunluk sebebi olmadığı takdirde kişisel verisi açık rızaya dayalı olarak işlenen ilgili kişinin birleşme sonrasında açık rızasının devralan şirketin veri işleme amaçlarına uygun bir şekilde alınması gerekir.

Diğer taraftan birleşme görüşmelerinin olumsuz neticelenmesi ihtimal dahilinde olduğundan özellikle due diligence aşaması ve sonrasındaki sözleşme müzakereleri aşamasında kişisel verilerin asgari düzeyde paylaşılması (veri minimizasyonu ilkesi) ve paylaşılan kişisel verilerin de mümkün mertebe anonimleştirilmesi önerilmektedir. Yine sözleşme müzakereleri öncesi

[64] “Askıda hükümsüzlük” kavramı için bak. Fikret Eren, *op. cit.*, s. 300.

imzalanan gizlilik sözleşmesinde aktarılan kişisel verilerin imhası sürecine ilişkin hükümlere de yer verilmesi gerekir. Keza çalışanların, müşterinin, tedarikçilerin, iş ortaklarının ve şirket ortaklarının/temsilcilerinin kişisel verileri bir veri sorumlusundan diğerine aktarılırken veri aktarımı amacıyla bağlantılı ve sınırlı bir gerçekleştirilmelidir.

Birleşmenin geçerli hale gelmesiyle birlikte, devrolunan şirketin malvarlığı ve buna bağlı olarak muhafaza edilen kişisel veriler, kendiliğinden ve tescil ile eş zamanlı olarak devralan şirkete geçmektedir. Keza devrolunan şirket, başka bir işleme gerek olmaksızın sona ermektedir. Bu durum, ilgili kişiler açısından veri sorumlusunun değişmesi anlamına gelir ve bu değişim ilgili kişinin bilgisi veya onayı ile bağlantılı olmak zorunda değildir. Ancak birleşmenin geçerli hale gelmesi ile birlikte ilgili kişi, farklı veya daha geniş bir ticari faaliyete sahip olabilecek başka bir kurum ile karşı karşıya kalabilmektedir. Bu durumun, önemli ölçüde veri koruma hukuku açısından çatışma potansiyeli doğurabileceği aşikardır. Bu itibarla külli halefiyetin veri sorumlusu kimliğinin muhafaza edildiği yönündeki görüşe katılmak mümkün olmadığından, ilgili kişiye karşı aydınlatma yükümlülükleri yerine getirilmeli ve gerekli olması halinde açık rızası alınmalıdır.

Keza birleşmenin ticaret siciline tescili ile birlikte ticaret sicil memurluğunun Ticaret Sicil Yönetmeliği<sup>[65]</sup> md. 127 çerçevesinde bildirim yapılacak kamu kurumlarının arasına tarafların talebi üzerine VERBİS'i de dahil etmesi uygun olacaktır. Buna karşın söz konusu veri sorumlusu değişikliğini müteakip devralan şirketin VERBİS kayıtlarının da devrolunan şirketin sürdürülecek veri işleme faaliyetleri dikkate alınarak güncellenmesi gerekir.

[65] 27.01.2013 tarih ve 28541 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

## KAYNAKÇA

- Akman, Ozan ve Calay, Naz, “Birleşme Devralma Süreçlerinde Due Diligence Aşamasının Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Paralelinde Değerlendirilmesi”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, C. 4 S. 2, 2022.
- Aksoy, Hüseyin Can, “Kişisel Verilerin İşlenmesi Kapsamında Rıza Unsuru ve Sınırlı Ehliyetsizin Durumu”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Ankara, C. 3, Yetkin Yayınları, 2009.
- Amstutz, Marc ve Mabillard, Ramon, *Fusionsgesetz*, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2008.
- Aşıkoğlu, Şhriban İpek, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk- Acquis Communautaire’in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler, *Istanbul University Press*, İstanbul, 2020.
- Atasoy, Kemal, “Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması Ve Veri Sahibinin Rızası”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 22, S.3, 2016.
- Azözger, Çiğdem, “Kişisel Verilerin Korunması-Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil”, Beta Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2019.
- Balkan, Nurdan, “*Kişisel Veri Koruma Hukuku İle Ticaret Sicilinin Aleniyet Fonksiyonu Arasındaki Menfaat Dengesi*”, Ankara Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, Ankara 2024.
- Bauer, Christoph, *Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang, Unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen Vertragsrechts und des Fusionsgesetzes*, Dissertation, Zürich, 2010
- Baumgartner, Urs L., “Wahrung des Datenschutzes in M&A- Transaktionen”, *sic! 12/2004*.
- Böckli, Peter, *Schweizer Aktienrecht*, Zürich, Basel, Genf, Schulthess Verlag, 4. Auflage, 2009.
- Beretta, Pierra “Vertragsübertragungen im Anwendungsbereich des gep-

lanten Fusionsgesetzes”, *SJZ*. 98, 2002.

Çekin, Mesut Serdar ve Akıncı, M. Furkan ve Berktaş, Ahmet Esad, *Veri Hukuku*, OnikiLevha Yayıncılık, Nisan 2023.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 27. Baskı, 2022.

Früh, Andreas, “Übergang von Kreditrisiken – Einzelübertragungen, Umwandlungsmaßnahmen et al.”, *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Unternehmen, Markt und Verantwortung*.

Geiser, Thomas, “Die Stellung der Arbeitnehmenden nach dem Fusionsgesetz”, *AJP/PJA* 2004.

Heiss, Martin, *Die Mängelhaftung Beim Unternehmenskauf In Der Digitalwirtschaft*, Dissertation, Johannes Kepler Universität, Linz, 2022.

Höhn, Jakob, *Einführung in die Rechtliche Due Diligence*, Zürich, Schulthess Verlag, 2003.

Kama-Işık, Sezen, “Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış”, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2020.

Körber, Torsten, “Geschäftsleitung der Zielgesellschaft und due diligence bei Paketerwerb und Unternehmenskauf”, *NZG, Heft 6/2002*.

Küzeci, Elif, “Kişisel Verilerin Korunması”, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, İstanbul, 2018.

Luginbühl, Jürg A., *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (FusG-ZK)*, Schulthess Verlag, Zürich, 2008.

Marsch-Barner, Reinhard, *Kallmeyer Umwandlungsgesetz*, 6. Baskı, Köln, 2017.

Meier-Dieterle, Felix, *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (FusG-ZK)*, Schulthess Verlag, Zürich, 2004

Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Adalet Yayınevi, 5. Bası, Ankara, 2024.

- Rieckers, Oliver ve Cloppenburg, Matthias, *Habersack/Wicke Umwandlungsgesetz: UmwG*, Beck Verlag, 2017
- Sahar, Noor Talaat Azzat, “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununda Yer Alan Temel Kavramlar ile Terminoloji”, *SÜAMYOD*, Cilt 4, Sayı 1, 2021.
- Schröcker, Stefan, *Datenschutz und Universalsukzession nach dem Umwandlungsgesetz*, Dissertation, Deutscher Universitätsverlag, Kassel, 2006.
- Selek, Ozan, “Genel Veri Koruma Tüzüğü Işığında Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza Açıklaması”, *DEÜHFD*, Cilt 21, Sayı 2, 2019.
- Simitis, Spiros “Umwandlungen: ein blinder Fleck im Datenschutz”, *ZHR* 2001.
- Simon, Stefan, *Kölner Kommentar zum UmwG*, Heymanns Verlag, Köln, 2009.
- Stoffels, Markus, “Grenzen der Informationsweitergabe durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft im Rahmen einer Due Diligence”, *ZHR* 165, 2001.
- Tekinalp Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Tekinalp Ünal, Poroy, Reha ve Çamoğlu, Ersin, *Ortaklık ve Kooperatif Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 11. Baskı, 2009.
- Tekinay, Selahattin, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk ve Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 1993.
- Türk, Hikmet Sami, *Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986
- Von Der Crone, Hans Caspar, Dobler, Sarah ve Eugster, Karin, “Privatrechtliche Aspekte der Ausgleichsleistung und Abfindungen Gemäss FusG”, *Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag*, Schulthess Verlag, Zürich, 2006.
- Von Salis, Ulysses, *Fusionsgesetz*, Zürich, 2004.

- Watter, Rolf ve Kägi, Urs, “Der Übergang von Verträgen bei der Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung”, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 3/2004.
- Yasaman, Hamdi, *Anonim Şirketlerin Birleşmesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1987.
- Yasaman, Hamdi, “Şirketlerin Birleşmesi ve Bölünmesi”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul, Cilt 1, 2003.
- Yücedağ, Nafiye, “Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebeppleri”, *İÜHF*, Cilt LXXV, Sayı 2, 2017.



# Eşitlik İlkesinin İhlali Örnekleri: Farklı Kanunlardaki Çalışma “Standartsızlıkları”

Naim GÖKTAŞ\*

---

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Arş. Gör. Dr., İstanbul Gelişim Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Fakültesi Elektronik Ticaret ve Yönetimi Bölümü. [ngoktas@gelisim.edu.tr](mailto:ngoktas@gelisim.edu.tr). ORCID: 0000-0002-5378-3147.

**Makale geliş tarihi:** 18.11.2024

**Makale kabul tarihi:** 16.03.2025

**Atıf önerisi:** Naim Göktas, “Eşitlik İlkesinin İhlali Örnekleri: Farklı Kanunlardaki Çalışma “Standartsızlıkları”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 83, Sayı 2, Nisan 2025, s.662-695, DOI.10.30915/abd.1687104

## Eşitlik İlkesinin İhlali Örnekleri: Farklı Kanunlardaki Çalışma “Standartsızlıkları”

### ÖZ

İnsanlığın adalet arayışının bir ifadesi olan eşitlik düşüncesi, modern hukuk sistemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Türkiye’de kaynağı Anayasa olan bu ilke, kanunlar nezdinde ayırım yapılmamasını açıklar. Eşitlik ilkesi tüm hukuk alanlarında geçerlidir ve bu ilkenin iş hukukundaki karşılığı eşit davranma ya da eşit işlem borcu olarak somutlaşır. Bu çalışmanın konusu ise çalışma ilişkilerinde eşitlik ilkesinin varlığının işverenlerin gerçekleştirdiği uygulamalar üzerinden araştırılması değildir. Çalışmada uygulamaları doğuran kaynaklar eşitlik yaklaşımıyla incelenmiştir. Bu yüzden Türkiye’de çalışma standartlarını belirleyen ve işçileri kapsamı içerisine alan İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu’nun düzenlemeleri mercek altına alınmıştır. Ayrıca bu kanunların bünyesine girmeyen işçileri ilgilendiren ve genel kanun niteliği olan Türk Borçlar Kanunu’nun çalışma standartlarını düzenleyen hükümleri değerlendirilmiştir. Araştırmada farklı kanunlardaki çalışma standartsızlıkları açığa çıkartılmış ve bu standartsızlıkların anayasal eşitlik ilkesiyle çelişkisinin görünür kılınması amaçlanmıştır.

### Anahtar Kelimeler:

eşitlik ilkesi

ayrımcılık

kanun önünde eşitlik

iş kanunları

çalışma standartları

## Examples Of Violations Of The Principle Of Equality: Labour ‘Non-Standards’ In Different Laws

### ABSTRACT

The notion of equality, which represents humanity’s pursuit of justice, is manifested as the principle of equality before the law in contemporary law systems. In Türkiye, this constitutional principle of non-discrimination under the law is a fundamental tenet of the legal system. The principle of equality is applicable in all areas of law, and in the context of labour law, it is reflected in the concept of equal treatment obligation. The objective of this study is not to ascertain the presence of the principle of equality in industrial relations through the practices of employers. In this study, an analysis is conducted of the sources that give rise to the practices in question, with an equality approach. Consequently, the regulations set forth in the Labour Law, Press Labour Law, and Maritime Labour Law, which establish the standards organizing labour in Türkiye and encompass workers, are subjected to scrutiny. Furthermore, the provisions of the Turkish Code of Obligations, which is a general law, concerning workers not covered by these laws are assessed. The objective of this research is to elucidate the discrepancies in labour standards across different legislative frameworks and to highlight the inconsistencies between these variations and the constitutional principle of equality.

### Keywords:

principle of equality

discrimination

labour laws

labour standards

equality before the law

## GİRİŞ

Cinsiyet eşitliği, ırksal eşitlik ya da sınıfsal eşitlik gibi farklı boyutları olan eşitlik kavramı; haklarda, statülerde, fırsatlarda eşit olma hâlini tanımlar<sup>[1]</sup>. Tarih boyunca bireylerin ve toplumların eşitlik arayışı olmuştur. Modern hukuk sistemlerinin gelişimiyle birlikte kanun önünde eşitlik, genel bir ilke hâline gelmiştir<sup>[2]</sup>. Fransız Devriminden sonra ilan edilen 1793 tarihli Fransız Anayasasının başlangıcında yer alan Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesinde, *tüm insanların doğuştan ve yasa önünde eşit olduğu* ifade edilmiştir. Daha sonrasında bu ifade, pek çok ülkenin anayasasında yer almıştır<sup>[3]</sup>. Kanun önünde eşitlik ilkesi, kanunlar karşısında insanlar arasında ayırım bulunmaması durumunu açıklar<sup>[4]</sup>. Bu ilke, eşitliğin hukuka uygulanmasının ilk yanını oluşturur. Eşitlik yaklaşımının hukuk alanında varlığının diğer yanı ise kanunların içeriğinde bu yaklaşımın hayata geçirilmesidir<sup>[5]</sup>.

Eşitlik ve adalet kavramları birbirleriyle doğrudan ilişkilidir. Eşitlik ilkesinin temelinde adalet fikri bulunmaktadır. Hatta hukuk öğretisinde çoğu zaman bu kavramlar iç içe geçmekte ve “adalet eşitliği” olarak tanımlan-

- 
- [1] Oxford Learner’s Dictionaries, “Equality”, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/equality?q=equality> (Erişim tarihi: 14 Kasım 2024)
- [2] Jülide Gül Erdem, “Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik ve Kadın Erkek Eşitliği”, *Akademik Hassasiyetler*, Cilt 4, Sayı 8, 2017, s. 22-24.
- [3] Zafer Gören, “Genel Eşitlik İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 3280.
- [4] Türk Dil Kurumu Sözlükleri, “Güncel Türkçe Sözlük”, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 14 Kasım 2024).
- [5] Wojciech Sadurski, “Equality, Law and Non-discrimination”, *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*, 1981, s. 114.

maktadır<sup>[6]</sup>. Kaynağı Anayasada olan eşitlik düşüncesi, adalet arayışının somutlaşmış hâlidir. Anayasal eşitlik ilkesi ise tüm hukuk alanlarında geçerlidir. Bu ilkenin iş hukukundaki karşılığı ise eşit davranma ya da eşit işlem ilkesidir<sup>[7]</sup>. Özünde temel hak ve özgürlüklerle ilişkili olan ayırım yapmama ve işverenin yönetim hakkını dürüstlük kuralları içinde uygulamasıyla ilintili olan eşit davranma, iş hukukunda geçerli olan eşitlik yaklaşımının iki temel yönüdür<sup>[8]</sup>. Ayrımcılık, haklı bir nedene dayanmadan eşit durumda olanlara eşit davranılmaması, farklı durumda olanlara ise eşit davranılması olgusudur<sup>[9]</sup>. Gülmez<sup>[10]</sup>, eşitlik yükümlülüğünü ayrımcılık yasağı ile özdeşleştirmekte ve bu kavramı “ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesi” olarak tanımlamaktadır.

Bu çalışmada adalet idealinin yansıması olan ve ayrımcılık karşıtlığıyla özdeşleşen eşitlik ilkesinin varlığı, çalışma hayatında işverenlerin gerçekleştirdiği uygulamalar üzerinden araştırılmamıştır. Bu uygulamaları doğuran kaynaklar eşitlik yaklaşımıyla çalışmada mercek altına alınmıştır. Bu ne-

- 
- [6] Sarper Süzek, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 12, 2008, s. 24-25.
- [7] A. Can Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 34; Pir Ali Kaya, *Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi*, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2007, s. 49.
- [8] Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sayı 11, 2006, s. 66-67; Deniz Ugan Çatalkaya, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayırım Yasağı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sayı 69, 2021, s. 891.
- [9] A. Eda Manav, “H2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Uygulamalar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s. 732.
- [10] Mesut Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sayı 25, 2010, s. 221.

denle, Türkiye’de çalışma standartlarını<sup>[11]</sup> belirleyen ve işçilerin kapsamı altına girdiği iş kanunları olan 20 Nisan 1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu (DİK), 22 Mayıs 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu (İK) ve 13 Haziran 1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu/BİK) incelenmiştir. Ayrıca bu üç iş kanununun da bünyesine girmeyen işçileri ilgilendiren ve bu kanunlar açısından da tamamlayıcı niteliği olan 11 Ocak 2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) incelemenin içerisine alınmıştır. Bu kanunların iş sözleşmesinin devamı sırasındaki ve sona ermesiyle ilgili düzenlemelerinden olan çalışma süreleri, yıllık ücretli izin, iş güvencesi, bildirim önelleri (ihbar süresi) ve kıdem tazminatı konularında kanunlardaki hükümler ortaya koyulmuştur. Çalışmada bu hükümlerdeki çalışma standartları arasındaki farklılıklar açığa çıkartılmış ve bu farklılıkların anayasal eşitlik ilkesiyle çelişkisi görünür kılınmıştır.

## 1. EŞİTLİK İLKESİNİN GEREĞİ: EŞİT HAKLARA SAHİP OLMA

Uluslararası belgelerde eşitlik ilkesi temel bir hak olarak düzenlenmiştir. Örneğin; insan hak ve özgürlükleri konusunda temel başvuru kaynaklarından biri olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde, tüm insanların haklar açısından eşit doğduğu ve yasa tarafından eşit korunmaya hakkı olduğu belirtilmiştir<sup>[12]</sup>. Ek olarak Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma

[11] Türk iş hukukunda var olan çalışma koşulları ifadesi yerine bu çalışmada, çalışma standartları ifadesi tercih edilmiştir. Bu kavramın tercih edilme sebebi, başta Uluslararası Çalışma Örgütü’nün belgelerinde olmak üzere “emek standartları (*labour standards*)” ifadesinin evrensel düzeyde yaygın bir şekilde kullanılmasından kaynaklıdır.

[12] United Nations, “Universal Declaration of Human Rights”, <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (Erişim tarihi: 11 Şubat 2025); Resmi Gazete, *Bakanlar Kurulu Kararı*, 27 Mayıs 1949, Sayı 7217 (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf>).

Örgütü (UÇÖ) ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası örgütlerin sözleşme ve metinlerinde bu ilke vazgeçilmesi mümkün olmayan bir hak olarak kabul edilmiştir<sup>[13]</sup>. Avrupa Birliği'nin ise 2000/43/EC sayılı ve 2000/78/EC sayılı direktifleri, ayrımcılıkla mücadelede çeşitli konularda eşit davranma yükümlülüğünü düzenleyen belgelerdendir<sup>[14]</sup>.

Türkiye’de eşitlik ilkesi anayasal güvence altındadır ve Anayasanın 10’uncu maddesinde “kanun önünde eşitlik” başlığıyla düzenlenmiştir. Bu maddede; dezavantajlı gruplara yönelik pozitif önlemler dışında<sup>[15]</sup>, ayırım gözetilmeksizin herkese kanunların eşit bir şekilde uygulanacağı düzenlenmiş ve bu konuda yürütme ve yargı organlarına sorumluluk verilmiştir. Ancak anayasal eşitlik ilkesini, yalnızca var olan kanunların eşit bir biçimde uygulanmasıyla sınırlamak doğru değildir. Örneğin; Tuncay<sup>[16]</sup>, yasama organının da eşitlik ilkesine uygun hareket etmesi gerekliliğine değinmiş, aksi takdirde yasal düzenlemelerin doğuşu sırasında eşitsiz muamele yapılacağını ifade etmiştir. Bir anlamda yazar, uygulamaların

[13] Murat Kandemir ve Didem Yardımcıoğlu, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 30-31, 2014, s. 6.

[14] Wiebke Düvel, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert, *Non-Discrimination in the European Union Implementation of Directives 2000/78/EC and 2000/43/EC*, Brussels, European Trade Union Institute, 2004, s. 5-6.

[15] Anayasanın 10’uncu maddesi, eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelmeyecek pozitif ayrımcılık tedbirlerinin önünü açmıştır. Kadın işçilerin çalışma hayatına uyumunu kolaylaştıracak uygulamalar bu tedbirlere emsal olarak verilebilir. Ayrıca mevzuatta engelliler için yapılmış özel düzenlemeler de bu tedbirlere örnektir. Bk.: Devrim Ulucan, “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s. 381-382. Bakırcı; Türk hukukunun cinsiyetler arası eşitlik konusunda, “biçimsel eşitlik” yaklaşımına göre düzenlendiğini ve farklılıkları önemseyen, dezavantajların giderilmesi için olumlu tedbirleri öne çıkartan “fiili eşitlik” yanının eksik olduğunu ifade etmiştir. Bk.: Kadriye Bakırcı, “İstihdamda Cinsiyetler Arasında Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 8, 2007, s. 22-23.

[16] Tuncay, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, s. 24

kaynağından itibaren eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi ihtiyacına vurgu yapmıştır. Kaya<sup>[17]</sup> ise iş hukukundaki eşit davranma borcunun kamu hukukundan doğru geliştiğini ve bu hukukun temelinde devletin yasama yetkisini kullanırken kişileri eşit bireyler olarak değerlendirmesi düşüncesinin olduğunu belirtmiştir.

Eşitlik ilkesi, herkesin aynı kurallara tabi tutulması ve haklara sahip olması anlamına gelmemektedir. Bu nedenle eşitlik ilkesini “mutlak eşitlik” olarak anlamak yanlış olacaktır. Anayasal eşitlik ilkesiyle kastedilmek istenen, aynı veya benzer durumda olanlara ayrımcılık yapılmaması ve benzer durumda olmayanlara özgü makul ve haklı nedenlere dayanan farklı normlar belirlenebilmesidir<sup>[18]</sup>. Eşitlik ilkesinin bu özelliği, dağıtıcı adalet kavramıyla tarifiilmektedir<sup>[19]</sup>.

Bu açıklamalar sonucunda; akla yatkın ve haklı nedenlere dayanarak düzenlenmiş farklı normlar haricinde işçilerin eşit haklara sahip olmasının, anayasal eşitlik ilkesinin gereği olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

## II. İŞ KANUNLARININ KAPSAMI

Kapsadığı işçi sayısı en fazla olan İK, 4’üncü maddesinde belirtilen istisnalar hâriç tüm işçilere uygulanır. İlgili maddedeki istisnalar ise, deniz ve hava taşıma; 50’den az işçi çalıştırılan tarım ve orman; aile ekonomisi içerisinde kalan tarım; üçüncü dereceye kadar akrabaların dışarıdan biri dâhil olmadan evlerde yaptıkları el sanatları; ev hizmetleri işlerinde çalışanlardır. Ayrıca üç kişinin çalıştığı esnaf ve sanatkârlar bünyesinde çalışanlar,

[17] Kaya, *Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi*, s. 49

[18] Anayasa Mahkemesi, 06.07.2000 Tarihli ve E. 2000/21, K. 2000/16 Sayılı Karar (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2000/16>); Murat Kandemir ve Didem Yardımcıoğlu, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, s. 4.

[19] Gaye Burcu Yıldız, “İşverenin Eşit İşlem Borcu”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 5.

çıraklar, sporcular, rehabilite edilenler de bu istisna dâhilindedir. Yine aynı maddede istisnaların istisnasına yer verilmiş ve İK'nın kapsamı içerisinde değerlendirilen çalışanlar tanımlanmıştır. Bunlar; gemilerden karaya, karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri, havacılığın yer tesislerinde yürütülen işler, tarım araçlarının yapıldığı üretim yerleri, tarım işletmelerindeki yapı işleri, halkın faydalandığı veya işyerinin eklentisi sayılan park ve bahçe işleri, DİK'in içermediği ve tarım işlerinden değerlendirilmeyen su ürünleri üreticileri ile ilintili çalışmalarda istihdam edilenlerdir.

DİK, deniz işlerinde çalışan işçileri kapsayan kanundur. DİK'in ilk maddesinde, 100 ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde çalışan gemiadamları<sup>[20]</sup> ile bu işçilerin işverenleri hakkında bu kanunun uygulanacağı ifade edilmiştir. Aynı işverenin farklı gemilerinin grostonilatoları toplamının en az 100 ya da işverenin istihdam ettiği gemi çalışanı sayısının beş ve daha fazla olması hâllerinde yine bu kanun hükümlerinin geçerli olacağı ilgili maddede belirtilmiştir.

BİK; gazete, internet haber siteleri, süreli yayınlar, haber ve fotoğraf ajansları gibi basın organlarında çalışan işçileri içeren kanundur. Kanunun çeşitli hükümlerinde, bu kanuna tâbi çalışanlar gazeteci olarak tanımlanmıştır.

Üç iş kanunu dışında kalan işçiler, TBK kapsamına girmektedir. Ev hizmetlerinde çalışanlar, sporcular, hava taşıması işçileri, 50 ve daha az işçinin

[20] Kanunun lafzında gemi çalışanları “gemiadamı” olarak tanımlanmıştır. Ancak çağdaş iş hukuku öğretisinde gemi çalışanları ifadesi yaygınlaşmaya başlamıştır. Kanaatimizce de gemi çalışanları ifadesinin kullanılması kapsayıcılık açısından daha doğrudur. Bu nedenle çalışmada, DİK kapsamına giren işçiler gemi çalışanları olarak tanımlanacaktır.

çalıştığı tarım ve orman işçileri<sup>[21]</sup> TBK kapsamındaki işçilere örnektir<sup>[22]</sup>. Ayrıca özel hukuk alanının temel kanunu olan TBK, iş kanunlarında hüküm bulunmayan hâllerde uygulamada geçerli olan kanundur<sup>[23]</sup>.

- [21] Tarım işinde çalışan davacının 4857 sayılı Kanuna dayanan işçi alacağı için açtığı dava sonucunda, İzmir 5. Asliye Hukuk Mahkemesi; 50’den az işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinde çalışan işçileri İK kapsamı dışında bırakan kanun hükmünün Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu kanaatine varmış ve söz konusu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvuru yapmıştır. Mahkeme; anayasal eşitlik ilkesinin yalnızca şekli hukuksal eşitlikle sınırlanamayacağı, bu ilkenin aynı zamanda maddi hukuksal eşitliği de içerdiği, bu yüzden aynı durumda bulunanlara haklarda ve ödevlerde de eşit davranılması gerektiği ve tarım ve orman işlerinde 50 çalışan sınırı koyulmasının bu sınır altında ve üstünde çalışan işçiler arasında ayrıma neden olduğu gerekçelerini iptal isteminde açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi ise 31 Ekim 2013 tarihli kararında, kanun koyucunun; tarım ve orman işlerinin ortak bir tanım altına girmemesi, çoğunlukla bu işlerin aile ekonomisi içerisinde yapılması, tarım işçilerinin istihdamlarına yönelik yeterli bilgilere erişilememesi, süreklilik ve kontrol edilebilirlik açısından daha büyük ölçekli işletmelerin dikkate alınması gerekçeleriyle 50’den fazla çalışan bulunan tarım ve orman işlerini İK kapsamı altına almasını oyçokluğuyla haklı bulmuş ve bu hükmün eşitlik ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir. Ancak 4 üye çoğunluk kararına katılmamış ve iki ayrı karşı oy yazısında gerekçelerini belirtmiştir. Bu gerekçelerde; 50’den az işçi ile yüksek teknoloji kullanarak sürekli tarım işlerinin yapılabilmesi, işverenlerin işleri parçalayarak çalışanlarını İK dışında bırakabileceği, aynı işkolunda bazı çalışanların İK’nın sağladığı güvencelerden faydalanırken diğer bir kısmının yararlanamamasının sosyal hukuk devleti prensipleriyle çeliştiği, işletmelerin ölçeğine göre işkolunda ayrım yapılmasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu görüşleri ifade edilmiştir. Karar için bk.: Anayasa Mahkemesi, 31.10.2013 Tarihli ve E. 2013/23, K. 2013/123 Sayılı Karar (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/123>). 50 gibi yüksek bir sınır koyularak, aynı işkolundaki işçilerin bir kısmına daha fazla güvence sağlanması ve diğer kısmının ise İK’nın sağladığı, TBK’nın sağlamadığı haklardan yoksun bırakılması anayasal eşitlik ilkesiyle uyumsuzdur ve bu nedenle karşı oy yazılarındaki gerekçelerde de açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesinin ilgili kararı kanaatimizce isabetli değildir.

- [22] Nuri Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, Beta Yayınları, 35. Baskı, 2022, s. 154-161.

- [23] Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2.Baskı, 2020, s.6.

Görüldüğü üzere bireysel iş hukuku alanında, kapsamı en büyük olan kanun İK'dır. BİK ve DİK ise sektörlere özgü ihtiyaçlar nedeniyle ayrı düzenlenmiş kanunlardır. Bu nedenle daha detaylı hükümleri barındıran kanun da İK'dır. Öğretiye göre İK ile BİK ve DİK arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi yoktur ve BİK ile DİK'te yer alan boşlukların liberal karakterli TBK hükümleriyle doldurulacağı büyük çoğunlukla benimsenmiştir<sup>[24]</sup>. İK ile DİK ve BİK arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi olduğunu ve bu nedenle DİK ya da BİK'te boşluk bulunması hâlinde İK hükümlerinin geçerli olacağını ifade eden görüşler de bulunmaktadır<sup>[25]</sup>. Yargıtay kararlarında ise TBK genel kanun olarak kabul edilmiş ve bu görüş içtihat hâline gelmiştir<sup>[26]</sup>.

### III. FARKLI KANUNLARDA ÇALIŞMA STANDARTLARI

İK, BİK, DİK ve TBK'da çalışma standartları, belirli konularda farklılaşmaktadır. Bu farklılıklar, “iş sözleşmesinin devamı sırasındaki düzenlemeler” ve “iş sözleşmesinin sona ermesiyle ilgili düzenlemeler” başlıkları altında bu bölümde incelenmiştir.

#### A. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVAMI SIRASINDAKİ DÜZENLEMELER

Çalışma süreleri ve yıllık ücretli izin, iş sözleşmesinin devamı sırasındaki

[24] Polat Tunçer, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa, Ekin Yayınevi, 3. Baskı, 2015, s. 22; Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, 16. Baskı, 2018, s. 56.

[25] Aydın Başbuğ ve Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 5. Baskı, 2018, s.113.

[26] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 14.04.2008 tarihli ve E. 2007/14130, K. 2008/8314 Sayılı Karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 02.04.2014 tarihli ve E. 2013/26958, K. 2014/7294 Sayılı Karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

en önemli konulardandır. Bu başlıkta bu konular hakkında kanunlarda düzenlenmiş hükümler mercek altına alınmıştır. Öte yandan, bu iki konudaki uluslararası standartlara ayrı bir alt başlıkta değinilmiştir.

## 1- Çalışma Süreleri

İK’nın 63. maddesine göre haftalık çalışma süresinin üst sınırı 45 saattir. DİK’in 26. maddesinde ise bu sınır günde 8, haftada 48 saattir. BİK’te ise ek 1. maddede çalışma süresi günlük olarak düzenlenmiştir ve bu süre günde 8 saattir. Yine bu kanunun 19. maddesinde hafta tatili hakkı 1 gün olarak belirlendiği için gazetecilerin haftalık çalışma süresinin en fazla 48 saat olduğu açıktır. TBK’da ise günlük ya da haftalık çalışma süresi belirlenmemiştir. Yalnızca bu kanunun “fazla çalışma borcunu” düzenleyen 398’inci maddesinde *ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresi* ibaresi bulunmaktadır. Ekmekçi<sup>[27]</sup>, bu tanıımı isabetli bulmamış ve fazla çalışma ücretinin hangi saatten itibaren kazanılacağına kanunda belirsiz bırakıldığını söylemiştir. Güneş ve Mutlay<sup>[28]</sup> da ilgili kanunlar ibaresinin belirsizliğe neden olduğunu ve bu ibare yerine doğrudan İK’ya atıfta bulunulması gerektiğini ifade etmiştir. İşçi<sup>[29]</sup> ise TBK’daki bu boşluğun hâkimin hukuk yaratmasıyla doldurulması ve hukuk yaratılırken İK’nın 63’üncü maddesinin kıyasen uygulanması görüşünün dikkate alınması gerekliliğini ifade etmiştir. Kanaatimizce de BİK ve DİK belirli sektörlerle

[27] Ömer Ekmekçi, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 13, 2009, s. 21.

[28] Başak Güneş ve Faruk Barış Mutlay, “Yeni Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sayı 30, 2011, s. 245.

[29] Bülent Ferat İşçi, “Fazla Çalışma Karşılığı Olarak Serbest Zaman Kullanımının Bireysel İş Kanunları ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 20, 2022, s. 468.

özgü kanunlar olduğu için kapsayıcılık açısından en büyük kanun olan İK'nın bu konuda referans alınması daha doğru olacaktır. Bu yüzden, bu kanun kapsamına giren işçilerin haftalık çalışma süresinin 45 saat olduğunu söylemek mümkündür. Görüldüğü üzere haftalık çalışma süresi düzenlemeleri hakkında kanunlar arasında farklılıklar bulunmaktadır. Gazeteci ve gemi çalışanlarının, diğer işçilere göre bu konuda haklarının daha geri düzeyde olduğu aşikârdır.

Çalışma saatleri konusunda kanunlar arasındaki başka bir farklılık ise fazla çalışma hakkındadır. Fazla çalışma, kanunlarda belirlenmiş üst sınırları aşan çalışma süresidir. Fazla çalışma gerçekleştirmiş işçiye, fazla çalışma ücreti ödenmeli ya da talebi hâlinde bu ücrete denk gelen sürelerde serbest zaman kullanılmalıdır<sup>[30]</sup>. Fazla çalışma ücreti, her bir fazla çalışma saati için normal saatlik ücretin en az yüzde 50 oranında artırılmasıyla hesaplanır<sup>[31]</sup>. DİK kapsamına giren işçilerin fazla çalışma ücreti ise diğer işçilere göre daha azdır. Bu kanunun 28. maddesine göre fazla çalışma ücreti, normal çalışma ücretinin saat başına düşen tutarının en az yüzde 25 oranında artırılmasıyla belirlenir.

## 2- Yıllık Ücretli İzin

Yıllık izin, işçinin sağlığı ve verimliliği için işçiye yıl içerisinde belirli bir zaman ücretli dinlenme hakkının sağlanmasıdır<sup>[32]</sup>. Yıllık ücretli izin süreleri kanunlara göre değişkenlik göstermektedir. İK'nın 53'üncü maddesinde, işyerindeki hizmet süresi; 1 yıldan 5 yıla kadar (5 yıl dâhil) olanlara 14 gün, 5 yıldan fazla 15 yıldan az olanlara 20 gün, 15 yıl ve daha fazla

[30] Baki Oğuz Mülâyim ve Aslıhan Kayık Aydınalp, "Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanması", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2019, s. 414-416.

[31] İş Kanunu, md. 41; Basın İş Kanunu, ek md. 1; Türk Borçlar Kanunu, md. 402.

[32] Müjdat Şakar, *Meslek Yüksekokulları İçin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 10. Baskı, 2018, s. 76.

olanlara 26 gün yıllık izin hakkı tanınmıştır. DİK’in 40. maddesinde yıllık izin süreleri; hizmet süresi 6 aydan 1 yıla kadar olanlar için 15 gün, 1 yıl ve daha fazla hizmeti olanlar için ise 1 ay belirlenmiştir. Gazetecilerin yıllık izin gün sayıları ise meslekte geçirdiği süre en az 1 yıl olanlar için yılda 4 hafta, 10 yıldan fazla olanlar için 6 haftadır<sup>[33]</sup>. TBK kapsamındaki işçilerin yıllık izin hakkı en az 1 yıl çalışmış olma şartıyla iki haftadır<sup>[34]</sup>. Hafta tatili günü yıllık izin hesabından sayılmadığı için TBK’nın kapsadığı işçilerin yıllık izin süresi 14 günden daha azdır<sup>[35]</sup>. Bu kanunlardaki yıllık izin süreleri nispi emredici niteliktedir ve bu nedenle işçiler aleyhine azaltılamaz ancak sözleşmeler yoluyla artırılabilir<sup>[36]</sup>. Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, İK ve özellikle TBK kapsamındaki işçilerin yıllık izin hakkı, DİK ve bilhassa BİK bünyesindeki işçilere göre oldukça yetersizdir.

İzin süreleri dışında kanunların yıllık ücretli izin düzenlemelerinde ayrıışan iki temel konu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yıllık izne hak kazanmak için gerekli olan belirli bir süre çalışma şartı ve asgari bekleme süresidir. Yıllık izin hakkı, hak edilen süre sonunda kullanılabilir<sup>[37]</sup>. Yukarıda açıklanan kanun maddelerinde görüleceği üzere; İK, BİK ve TBK kapsamındaki işçiler için bu süre 1 yıldır. Gemi çalışanları ise altıncı aydan itibaren bu hakkından yararlanabilmektedir. Diğer konu ise gazetecilerin hizmet süresi belirlenirken diğer kanunlardan farklı bir şekilde yalnızca çalıştığı işyerinde geçen süresinin değil meslekteki kıdeminin dikkate alın-

[33] Basın İş Kanunu, md. 21.

[34] Türk Borçlar Kanunu, md. 422.

[35] Ercan Akyiğit, “Yeni Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 24, 2011, s. 31.

[36] Erdem Özdemir, “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 54, Sayı 3, 2005, s. 97.

[37] Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, 2024, s. 439.

masıdır<sup>[38]</sup>. Bu yüzden, gazetecilerin diğer işçilere göre bu konuda daha avantajlı olduğu açık bir olgudur.

### 3- Uluslararası Standartlar

UÇÖ'nün 47 No'lu sözleşmesinde “40 saatlik çalışma haftası” ilkesi kabul edilmiştir<sup>[39]</sup>. Türkiye Cumhuriyeti, bu sözleşmeyi onaylamamıştır. Avrupa Birliği'nin 2003/88/EC sayılı direktifinde haftalık çalışma süresinin fazla çalışma dâhil 48 saati aşamayacağı düzenlenmiştir<sup>[40]</sup>. Bu nedenle Avrupa Birliği ülkelerinde haftalık çalışma süresi yasal olarak her halükarda bu sınırı geçemez. Ayrıca Avrupa ülkelerinde ve Türkiye'nin de üyesi olduğu OECD ülkelerinin çoğunda yasal çalışma süresi genellikle haftada 40 saat olarak düzenlenmiştir. Hatta Belçika, Fransa ve Avustralya gibi ülkelerde bu süre daha aşağı seviyededir<sup>[41]</sup>. Türkiye'de ise 4857 sayılı Kanunun tasarı aşamasında her koşulda çalışma süresinin 48 saati geçemeyeceği sını-

[38] Yıllık izin süresinin belirlenmesinde dikkate alınan hizmet sürelerinde işyerindeki çalışma süresi yerine meslekteki kıdemin ölçüt kabul edilmesi anayasal dinlenme hakkının amaçlarıyla daha uyumludur. Çünkü, yıllardır çalışma hayatının içerisinde olan herhangi bir işçi ile çalışma hayatına yeni giren başka bir işçinin işyerindeki hizmet süresi aynı ise kullanacakları yıllık izin de aynı olmaktadır. Ancak, çalışma hayatında daha fazla bulunmuş ve bu nedenle daha çok yıpranmış işçinin yıllık izin süresinin de daha fazla olması makul olmalıdır. Ancak BİK hariç Türk iş mevzuatı bu gerçekliği göz ardı etmiş ve bu konuda da farklı kanunlar arasında eşitsizliğe yol açmıştır.

[39] International Labour Organization, “Forty Hour Week Convention, 1935 (No. 47)”, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312192:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312192:NO) (Erişim tarihi: 15 Kasım 2024).

[40] European Parliament and Council of The European Union, “Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 Concerning Certain Aspects of The Organisation of Working Time”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32003L0088> (Erişim tarihi: 15 Kasım 2024).

[41] OECD, *OECD Employment Outlook 2021: Navigating the Covid-19 Crisis and Recovery*, Paris, OECD Publishing, 2021, s. 281-184.

rına yer verilmiştir. Ancak, meclis görüşmeleri sırasında bu sınır kanundan çıkartılmıştır<sup>[42]</sup>. Ülkemizde bir işçinin yasal olarak haftada 66 saate kadar çalışabilmesinin olanağı bulunmaktadır. Çünkü, günlük çalışmanın üst sınırı 11 saat, hafta tatili hakkı en az 24 saat olduğu<sup>[43]</sup> için fazla çalışmayla birlikte bir işçi 6 günde, 66 saate kadar çalışabilir.<sup>[44]</sup>

1970 yılında onaylanmış UÇÖ’nün 132 No’lu Ücretli Tatiller Sözleşmesi, yıllık ücretli izin hakkını güvence altına alan en önemli kaynaklardan biridir. Bu sözleşmeye göre, çalışanlara her hizmet yılı için en az 3 hafta yıllık izin hakkı verilmelidir<sup>[45]</sup>. Avrupa Konseyi belgesi olan Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartında (GGASŞ) ise çalışanlara minimum 4 hafta

[42] Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, s. 745.

[43] İş Kanunu, md. 46, md. 63.

[44] Türk iş hukuku, bir işçinin haftada 66 saat çalışabilmesine imkan verse de bu şekilde çalışmanın yıl boyunca sürekli olmasının önünde yasal sınırlamalar bulunmaktadır. Bunlardan biri, fazla çalışma süresinin yılda 270 saati geçmemesidir. Bk.: İş Kanunu, md. 41. Ancak gemi çalışanlarının fazla çalışma sınırı 270 saatten daha fazladır. Yargıtay’a göre gemi çalışanlarına 270 saat sınırının uygulanması mümkün değildir. Yargıtay, UÇÖ sözleşmesine referans yaparak gemi çalışanlarının haftalık çalışma süresinin fazla çalışma dahil üst sınırını 72 saat olarak belirlemiştir. Karar için bk.: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 15.09.2021 Tarihli ve E. 2021/7105, K. 2021/11870 Sayılı Karar (<https://kazanci.com.tr/gunluk/9hd-2021-7105.htm>). Ayrıca fazla çalışma dışında haftalık çalışma süresinin 45 saatten fazla olması denkleştirme uygulaması ile de mümkündür. Bu uygulama ile taraflar anlaşarak denkleştirme süresi içerisinde 45 saatten fazla çalışma gerçekleştirebilir. Ancak denkleştirme uygulaması döneminde haftalık ortalama çalışma süresi, kanunda belirlenmiş üst sınırı aşamaz. Ayrıca günlük çalışma süresi hiçbir koşulda 11 saati geçemez. Bu uygulama en fazla 2 ay sürebilir. Turizm sektöründe ise 4 aya kadar devam ettirebilir. Toplu iş sözleşmesi yoluyla bu süreler iki ay daha uzatılabilir. Bk.: İş Kanunu, md. 63.

[45] International Labour Organization, “C-132-Holidays With Pay Convention (Revised), 1970 (No.132)”, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NOR\\_MLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312277:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NOR_MLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312277:NO) (Erişim tarihi: 16 Kasım 2024).

ücretli yıllık izin hakkının sağlanması hüküm altına alınmıştır<sup>[46]</sup>. Türkiye Cumhuriyeti, söz konusu UÇÖ sözleşmesini imzalamamış ve GGASŞ'nin yıllık ücretli izin süresini düzenleyen fıkrasını onaylamamıştır<sup>[47]</sup>. Öte yandan, Türkiye'de yıllık izne hak kazanabilmek için gereken bekleme süresi emsal ülkelere göre oldukça uzundur. Örneğin, Alman hukukunda bu süre 6 aydır. İsviçre hukukunda ise işyerinde 1 yılını doldurmayan işçilerin, çalıştıkları süreyle orantılı olarak yıllık izin hakkından faydalanabileceği düzenlenmiştir<sup>[48]</sup>.

Türk iş hukukunda çalışma ve yıllık izin süreleri, evrensel standartlar dikkate alınarak düzenlenmemiştir. Bu olgunun açığa çıkmasındaki temel etken, Türkiye Cumhuriyeti'nin bu konularla ilgili uluslararası belgeleri kabul ederek iş hukukunda yürürlüğe sokmamasıdır. Türk iş mevzuatının kendi içerisindeki “standartsızlığı” da göz önünde bulundurulduğunda; hâlihazırda uluslararası ölçütlerden daha geri düzeyde olan çalışma süreleri ve yıllık ücretli izin konu başlıklarında, Türkiye'de işçilerin bir kısmı diğer işçilere göre evrensel ölçütlerden daha fazla uzaklaşmaktadır.

## B. İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİYLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Türk iş mevzuatının iş sözleşmesinin sona ermesiyle alakalı düzenlemelerinden olan iş güvencesi, bildirim önelleri (ihbar süreleri), kıdem tazminatı hususlarında kanunlarda belirlenmiş hükümler bu başlık altında incelenmiştir.

[46] Council of Europe, “European Social Charter (Revised)”, <https://rm.coe.int/168007cf93> (Erişim tarihi: 11 Şubat 2025).

[47] Resmi Gazete, *Milletlerarası Andlaşma*, 9 Nisan 2017, Sayı 26488, K. 2007/11907 (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/04/20070409-1.htm>).

[48] Artür Karademir, “İsviçre ve Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Yıllık Ücretli İzin Hakkına Genel Bir Bakış ve Avans Uygulaması”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 2, 2022, s. 1098-1099.

## 1- İş Güvencesi

İş hukukunda iş güvencesi kavramı, iş sözleşmesinin geçersiz ya da haksız nedenlerle<sup>[49]</sup> feshine karşı işçinin korunmasını açıklar<sup>[50]</sup>. İK’nın 18’inci ila 21’inci maddelerinde iş güvencesi hükümleri düzenlenmiştir. 18’inci maddede; 30 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde, minimum altı aylık kıdemi olan işçilerin iş güvencesi kapsamında olduğu ve işçinin yeterliliğinden ya da davranışlarından veya işletmenin, işyerinin veyahut işin gerekliliklerinden doğan geçerli bir neden hâlinde iş güvencesine sahip işçilerin iş sözleşmelerinin sonlandırılabilceği belirtilmiştir. 19’uncu maddede; fesih bildirimimin yazılı yapılması, fesih nedeninin açık ve kesin bir biçimde belirtilmesi ve işçinin davranışından ya da performansından kaynaklı fesihlerde işçinin savunmasının alınması gereklilikleri ifade edilmiştir. 20’inci maddede, sözleşmesinin geçersiz nedenle sonlandırıldığını ileri süren işçinin işe iade talepli arabulucuya başvurma ve arabulucu sürecinde anlaşma sağlanamadığı takdirde dava açma haklarının detayları açıklanmıştır. 21’inci maddede ise geçersiz feshin sonuçları kurala bağlanmıştır. Bu maddeye göre, sözleşmesi geçersiz nedenle feshedilen işçiye; işe başlama başvurusu yapma şartıyla, en çok dört aya kadar boşta geçen sürelerle ilişkin ücreti ödenir. Ayrıca işverenin işçiye işe başlatmadığı durumda, işçiye en az dört, en çok sekiz aylık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatını işve-

[49] Haklı nedenler, iş ilişkisinin sürdürülmesinin olanaksız olduğu ve derhal sonlandırıldığı hâllerdir. İK’nın 24’üncü ve 25’inci maddelerinde, işçiler ve işverenler için iş sözleşmesinin feshindeki haklı nedenler açıklanmıştır. Geçerli nedenler ise 25’inci maddede belirtilen durumlar kadar ağır olmasa dâhi, iş ilişkisinin; işçinin iş görme borcundan ya da işletmenin, işyerinin veya işin kendisinden kaynaklı önemli ölçüde zarar görmesine sebep olan ve sürekli bir şekilde sona erdirildiği hâllerdir. Her haklı nedenin geçerli neden olması fakat her haksız nedenin geçersiz neden sayılmaması, bu iki fesih hâlleri arasındaki ayrımı açıklamaktadır. Bk.: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.09.2023 Tarihli ve E. 2023/14011, K. 2023/11613 Sayılı Karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

[50] Mustafa Alp, “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2003, s. 1.

ren ödemekle yükümlüdür. Öte yandan kanunun 25'inci maddesinde, iş sözleşmesinin haksız nedenle feshedildiğini iddia eden işçinin; 18, 20, ve 21'inci maddelere dayanarak mahkemeye başvurabileceği düzenlenmiştir.

İK kapsamına girmeyen işçilerden olan gazeteciler, iş güvencesine sahiptir. BİK'in 6'ncı maddesinde; İK'nın iş güvencesi hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağı açıklanmıştır. DİK ve TBK işçilerinin ise iş güvencesi bulunmamaktadır. Bu kanunlarda, tarafların iş sözleşmesini bildirim sürelerine uyarak gerekçe sunmadan feshedilebileceği düzenlenmiştir. Yalnızca DİK'te; gemi çalışanın işe başlangıç tarihinden itibaren 6 aylık süre içerisinde, haklı nedenler dışında<sup>[51]</sup> iş sözleşmesinin taraflarca bozulamayacağı ifade edilmiştir<sup>[52]</sup>.

Türkiye'de iş güvencesi düzenlemeleri, uluslararası standartlardan bir hayli uzaktır. Türkiye Cumhuriyeti'nin çekincesiz kabul ettiği GGASŞ'nin 1'inci bölümünün 24'üncü maddesinde, tüm çalışanların feshe karşı korunma hakkının olduğu vurgulanmıştır. Yine Türkiye'nin onayladığı UÇÖ'nün 158 No'lu Hizmet İlişisine Son Verilmesi Sözleşmesinde, iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli neden olmadan sonlandırılmayacağı güvence altına alınmıştır<sup>[53]</sup>. Bu belgelerde; iş güvencesi hakkından sadece belirli süreli çalışanlar, deneme süresi ya da staj dönemi içerisinde olanlar, süresiz işlerde çalışanlar, geçici olarak kısa dönemli çalışanların kapsam dışında tutulabileceği düzenlenmiştir. GGASŞ'de işyerinin büyüklüğü ya da küçüklüğü konu edinilmemiştir. UÇÖ sözleşmesinde ise işletmelerin

[51] Gemi çalışanı ile işveren arasındaki iş ilişkisini ilk 6 ay sonlandırabilen haklı nedenler, DİK'in 14'üncü maddesinde işçiler ve işverenler için ayrı ayrı belirtilmiştir.

[52] Deniz İş Kanunu, md. 16; Türk Borçlar Kanunu, md. 431.

[53] International Labour Organization, "Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)", [https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312303:NO](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312303:NO) (Erişim tarihi: 16 Kasım 2024).

büyüklüğüne göre sınırlama yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu sınırlamanın ölçütü ise yalnızca iş güvencesinin getirdiği ekonomik külfeti karşılayamayacak kadar küçük boyuttaki işletmeler olarak algılanmıştır<sup>[54]</sup>. Bu nedenlerle, DİK ile TBK işçilerinin hiç faydalanamadığı ve İK ile BİK işçilerinin azımsanmayacak bölümünün muaf tutulduğu iş güvencesi uygulaması Türkiye’de evrensel kriterlerden epeyce geridedir<sup>[55]</sup>.

## 2- Bildirim Önelleri (İhbar Süreleri)

Bildirim önelleri ya da yaygın bilinen ismiyle ihbar süreleri, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinin olumsuz etkilerini azaltmak amacıyla taraflardan birinin fesih iradesinden sonra; işçilere yeni iş araması, işverenlere ise yeni işçi bulması için verilmiş mühlettir. İş ilişkisi, bu sürelerin bitiminden sonra tamamlanmış sayılır. İşveren isterse, bu sürelerle ait ücreti işçiye peşin ödeyerek iş ilişkisini sonlandırabilir<sup>[56]</sup>. İK’nın 17’inci maddesinde belirlenmiş bildirim önelleri, işçilerin kıdemine göre şu şekildedir:

[54] Murat Özveri, *Bireysel İş İlişkileri Açısından Türkiye İşçi Hukuku*, İstanbul, E. Ceren Özveri Eğitim ve Dayanışma Vakfı, 2023, c. 2, s. 1452-1454.

[55] İş güvencesi uygulamasının ülkemizdeki ilk hâli, bu konudaki mevcut düzenlemelerden daha ileridedir. 15 Ağustos 2002 tarihinde kabul edilen 4773 sayılı Kanun ile iş güvencesi, Türk iş mevzuatına girmiştir. Ancak bu kanunun yürürlük başlangıcı 15 Mart 2003 olarak kararlaştırılmıştır. Başta Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu olmak üzere işveren örgütlerinin yoğun uğraşları sonucu, 22 Mayıs 2003 tarihinde mecliste kabul edilen 4857 sayılı yeni İş Kanunu ile iş güvencesi hükümleri işverenler lehine budanmıştır. Eski düzenlemede iş güvencesinin kapsamı altına 10 ve daha fazla işçinin çalıştığı işyerleri girmektedir. Ayrıca iş güvencesi (işe başlatmama) tazminatı en az 6, en çok 12 ay ücret tutarındaydı. Bk.: Aziz Çelik, “Yeni İş Yasasının Anlamı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 48, 2003, s. 48-49. İş güvencesi uygulamasının bu hâli 3 ay dâhi sürmemiştir.

[56] Sami Narter, *Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2024, s. 348; Esin Karacan, *Bireysel İş Hukuku*, Kocaeli, Umuttepe Yayınları, 2017, s. 111.

- 6 aya kadar olanlar için 2 hafta,
- 6 ay ile 1.5 yıl arası olanlar için 4 hafta,
- 1.5 yıl ile 3 yıl arası olanlar için 6 hafta,
- 3 yıldan fazla olanlar için 8 hafta.

Gemi çalışanları için düzenlenmiş bildirim önelleri, İK ile paraleldir. Gemi çalışanlarının iş sözleşmeleri ilk 6 ay haklı nedenler dışında sonlandırılmadığı için, yalnızca sözleşmesi 6 ay sürmüş çalışanlar için bildirim öneli 2 haftadır. Diğer süreler, İK'nın 17'inci maddesindeki düzenlemeler ile aynıdır<sup>[57]</sup>. TBK ve BİK kapsamındaki işçiler için belirlenmiş ihbar süreleri ise bu iki kanundan farklıdır. TBK kapsamındaki işçilerden işyerindeki hizmet süresi 1 yıla kadar olanlar için 2 hafta, 1 yıldan 5 yıla kadar olanlar için 4 hafta, 5 yıldan fazla olanlar için 6 hafta bildirim öneli bulunmaktadır<sup>[58]</sup>. BİK'te ise bu süreler ay hesabı ile düzenlenmiş; 5 yıldan az kıdemi olan gazeteciler için 1 ay, 5 yıldan fazla olanlar için 3 ay belirlenmiştir<sup>[59]</sup>. Özellikle TBK'da düzenlenmiş ihbar süreleri, diğer kanunlardan daha azdır.

### 3- Kıdem Tazminatı

Geniş anlamda iş güvencesinin bir parçası olan kıdem tazminatı hakkı, 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun yürürlükte olan 14'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre aşağıdaki durumlarda işçilere kıdem tazminatı ödenir:

- İş sözleşmesinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uygun olmayan haller dışında işveren tarafından feshi
- İş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenlerle sona erdirilmesi,

[57] Deniz İş Kanunu, md. 16.

[58] Türk Borçlar Kanunu, md. 432.

[59] Basın İş Kanunu, md. 6.

- Yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığına hak kazanılması ya da yaşlılık aylığı için gereken sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısının tamamlanması<sup>[60]</sup>,
- Erkek işçilerin muvazzaf askerlik hizmetine gitmesi,
- Kadın işçilerin evlilik gerekçesiyle, evlilik tarihinden itibaren 1 yıl içerisinde işinden ayrılması.

İlgili maddeye göre, kıdem tazminatı tutarı çalışılan her tam yıl için 30 günlük giydirilmiş brüt ücrettir. Ancak maddede kıdem tazminatına üst sınır getirilmiş ve her koşulda Devlet Memurları Kanunu’na bağlı en yüksek devlet memurunun azami emeklilik ikramiyesini geçemeyeceği düzenlenmiştir.

Gemi çalışanlarının kıdem tazminatı hakkı, İK kapsamında işçiler-le aynıdır. DİK’in 20’inci maddesindeki düzenleme, eski İK’nın 14’üncü maddesiyle paralel niteliktedir. BİK’in 6’ıncı maddesinde ise öteki iş kanunlarındaki gibi kıdem tazminatı, her yıl için gazetecinin son aylığı üzerinden hesaplanacak 1 aylık ücreti tutarında belirlenmiştir. Ancak diğer iki iş kanunundan farklı olarak BİK’te kıdem tazminatına üst sınır getirilmemiştir<sup>[61]</sup>. Bu nedenle, gazetecilerin daha ileri seviyede kıdem tazminatı hakkına sahip olduğu açıktır. TBK kapsamındaki işçilerin ise kıdem tazminatı hakkı yoktur<sup>[62]</sup>.

[60] Yargıtay, işçinin emeklilik nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesini ve daha sonrasında başka bir işte çalışmasını dürüstlük kuralının ihlali olarak değerlendirmemektedir. Bu yüzden kanundaki şartları taşıyan bir işçi amacı fark etmeksizin emeklilik sebebiyle kıdem tazminatına hak kazanabilir. Karar için bk.: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 20.01.2020 Tarihli ve E. 2016/27701, K. 2020/630 Sayılı Karar (<https://kazanci.com.tr/gunluk/22hd-2016-27701.htm>).

[61] Müjdat Şakar, “Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sayı 17, 2008, s. 28.

[62] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 24.03.2023 Tarihli ve E. 2023/2096, K. 2023/5954 Sayılı Karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

#### IV. TARTIŞMA

İş hukuku; ekonomik liberalizmin egemen olduğu, devletlerin işçi ile işverenler arasındaki ilişkilere müdahale etmediği, bu ilişkilerin “sözleşme serbestliği” içinde işçilerin aşırı bir şekilde sömürülmesine yol açtığı sanayi devrimi sonrası işçiyi koruma amacıyla ortaya çıkmış bir hukuk alanıdır<sup>[63]</sup>. Devletin kurallar koyarak işçi ve işverenler arasındaki ilişkilere işçiler lehine müdahalesi, iş hukukunu içerisinden çıktığı liberal karakterli borçlar hukukundan ayırmaktadır<sup>[64]</sup>. Bu yönüyle iş hukukunda işçinin korunması ilkesi hâkimdir ve bu hukuk alanı esasında “işçilerin hukukudur”<sup>[65]</sup>. Türkiye’de ise bir kısım işçi TBK’nın kapsamına alınarak iş hukukunun koruyucu şemsiyesi altından çıkartılmıştır. Ayrıca ülkemizde iş hukuku, tek kanun altında toplanmamıştır. Bu çalışmada dört kanundaki çalışma hayatını ilgilendiren düzenlemeler kıyaslanmış ve bu kanunlar arasındaki standartsızlıklar gösterilmiştir. Ayrıca, İK ile diğer iş kanunları arasında hiyerarşik ilişki bulunmadığı için BİK ve DİK’te var olan boşluklar TBK ile doldurulmakta ve bu tür durumlarda işçiyi koruyucu yanı eksik olan TBK hükümleri bu iki kanun kapsamına giren işçilere uygulanmaktadır. Bu nedenle, bu çalışmada incelenen düzenlemelerdeki farklılıkların yanı sıra, kanunlardaki boşlukların doldurulması konusunda da farklı standartlar uygulamada açığa çıkmaktadır.

Ayrı kanunlarda düzenlenmiş çalışma standartlarının eşitlik ilkesi üzerinden karşılaştırılmasıyla ilgili Anayasa Mahkemesi, Ankara 21. İş Mahkemesi’nin başvurusu üzerine emsal bir karar vermiştir. Yüksek Mah-

[63] Sarper Süzek, İş Hukuku, s. 6-7; Andaç, Faruk, İş Hukuku (*Sosyal Politika Bakımından Türk Çalışma Hukuku Uygulaması*), İstanbul, Legal Yayınları, 2018, s. 20-21.

[64] Turhan Esenler, İş Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3 Baskı, 1978, s.3-4.

[65] Çelik vd., İş Hukuku *Dersleri*, s. 2; Özveri, *Bireysel İş İlişkileri Açısından Türkiye İşçi Hukuku*, s. 227.

keme; BİK’in 6’ncı maddesinde yer alan, gazetecilere en az 5 yıl çalışmış olma şartıyla kıdem hakkını tanıyan birinci fıkranın ve 1 yıldan artan sürelerde 6 aydan daha az olan süreleri kıdem hesaplamasına dâhil etmeyen yedinci fıkranın ikinci cümlesinin iptali istemini incelemiştir. İptal incelemesinde; gazeteciler ile İK kapsamındaki işçilerin ayrı kanunlar bünyesinde olmasına rağmen ücret, iş görme ve bağımlılık öğelerinin bulunduğu iş sözleşmeleriyle çalıştığı ve bu yüzden bu kanunlardaki düzenlemelerin karşılaştırılabilir olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme kararında; İK kapsamındaki işçilere kıdem tazminatında 1 yıl şartı öngörüldüğü ve 1 yıldan artan sürelerde sınırlama yapılmadığı belirtilmiş, iptali istenen düzenlemelerin BİK’in içerdiği işçilere uygulanmasının nesnel gerekçelere dayanmadığı açıklanmış ve bu nedenle söz konusu düzenlemelerin anayasal eşitlik ilkesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır<sup>[66]</sup>.

Anayasa Mahkemesi, bu çalışmanın konusunu içeren emsal başka bir kararı Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin başvurusu üzerine vermiştir. Mahkeme; gemi çalışanının kullanmadığı yıllık izinlerin yalnızca DİK’in 14’üncü maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında bahsedilen durumlarda ücrete dönüşebileceğini düzenleyen DİK’in 40’inci maddesinin yedinci fıkrasını iptal istemiyle incelemiştir. Mahkeme kararında, iş sözleşmesinin herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda fesih sebebine bakılmaksızın kullanılmayan yıllık izinlerin ücrete dönüşmesini düzenleyen İK, BİK ve TBK’daki hükümler örnek gösterilmiş ve DİK bünyesindeki işçilere istis-

[66] Anayasa Mahkemesi, 04.05.2023 Tarihli ve E. 2021/62, K. 2023/89 Sayılı Karar (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-89-nrm.pdf>). Anayasa Mahkemesi’nin kararını değerlendiren Bulun Tokkaş, yüksek mahkemenin farklı iş kanunları arasındaki eşitsizliği gidermek için verdiği bu karara rağmen kıdem tazminatı tavan uygulamasındaki farklılıklarda görüleceği üzere eşitsizliğin tamamen giderilmediğini ifade etmiş ve tüm işçileri kapsamına alan sade bir dille yazılmış tek bir kıdem tazminatı düzenlemesinin yapılmasını önermiştir. Bk.: Sevede Bulun Tokkaş, “Basın İş Kanunu’nda Kıdem Tazminatı Hakkı: Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, 2024, s. 173.

nai böyle bir düzenleme öngörülmesinin Anayasanın dinlenme hakkını düzenleyen 50'inci maddesine aykırılık oluşturduğu belirtilmiştir<sup>[67]</sup>.

Anayasa Mahkemesinin iki kararında da görüleceği üzere iş sözleşmesiyle bağımlı çalışanlar hakkındaki düzenlemeler, işçiler ayrı kanunların kapsamına girse dahi eşitlik ilkesi temel alınarak karşılaştırılabilir. Yine bu kararlardan, işçileri ilgilendiren kanunlardaki hükümlerin makul nedenlere dayanan ayrımlar hariç ortak standartları içermesi gerektiği açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Makul nedenli ayrımlara örnek olarak, yer altında çalışan işçilerin yıllık ücretli izin sürelerinin dörder gün artırılması ya da sürekli gece çalışması yapan gazetecinin hafta tatilinin iki gün olması düzenlemeleri net bir biçimde verilebilir<sup>[68]</sup>. Çünkü bu işçilerin çalışma koşullarından kaynaklı diğer işçilere göre daha fazla yıprandığı gerçektir. İş hukukunun temel prensiplerinden olan işçinin korunması yaklaşımı gereği daha çok yıprananlara yönelik mevzuatta özel düzenleme yapılması eşitlik ilkesiyle çelişmez.

Bu çalışmada incelenen dört kanundaki çalışma standartsızlıkları, kanaatimizce makul nedenlere dayanan ayrımlar değildir. Bu görüşün aksine fikirler de ileri sürülebilir. Örneğin yıllık ücretli izin ve çalışma süreleri konularındaki ayrımların makul nedenleri olduğu ifade edilebilir. Gerekçe olarak da BİK ve DİK kapsamındaki işçilerin çalışma süresinin daha uzun olması nedeniyle yıllık izin hakkının daha fazla olduğu gösterilebilir. Ancak görüşümüze göre ne İK ve TBK bünyesindeki işçilerin gazeteci ve gemi çalışanlarına göre daha az yıllık izin kullanması ne de BİK ve DİK kapsamına giren işçilerin haftalık çalışma süresinin daha uzun olması haklı nedenlere dayanan farklılıklar değildir. Çünkü Türk iş hukukundaki çalışma saatleri ve basın iş hukuku ile deniz iş hukuku hariç yıllık izin süreleri

[67] Anayasa Mahkemesi, 01.02.2024 Tarihli ve E. 2022/154, K. 2024/33 Sayılı Karar (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2024/03/20240314-9.pdf>).

[68] İş Kanunu, md. 53; Basın İş Kanunu, md. 19.

halihazırda evrensel çalışma standartlarından oldukça uzaktır. Dolayısıyla bir kısım işçinin çalışma saatlerinin uluslararası standartlardan daha da uzaklaşması nedeniyle, bu durumun telafi edilebilmesi için diğer işçilerin yıllık izin sürelerinin evrensel kriterlere fazlasıyla mesafeli kalması haklı bir neden olamaz. Bu yüzden olması gereken hem haftalık çalışma süresini azaltarak hem de yıllık izin sürelerini artırarak bütün işçiler için evrensel standartları yakalamaktır.

Ek olarak gemi çalışanlarının fazla çalışma ücretinin diğer işçilerden daha düşük olması, yıllık izin gün sayısı hesabında BİK kapsamındaki işçilerin meslekte geçirdiği süresi dikkate alınırken diğer işçilerin işyerindeki kıdeminin göz önünde bulundurulması, TBK ve DİK bünyesindeki işçilerin iş güvencesinden faydalanamaması, yine TBK kapsamı içerisindeki işçilerin kıdem tazminatı hakkının olmaması ve bildirim önelllerinin daha az sürelerde olması gibi farklılıkların hukuken akla yatkın gerekçeleri yoktur. Başka bir örnek olarak, gazeteciler için kıdem tazminatı üst sınırının olmamasının ve öteki iş kanunları kapsamındaki işçilerin hak ettikleri kıdem tazminatında tavan tutarına takılmalarının; yapılan işlerin öneminde veya ağırlığında farklı düzenleme yapmayı gerektirecek düzeyde ayırım bulunması gibi gerekçelere dayanması olanaklı değildir. Ayrıca bu farklılıklar kanunların ayrı düzenlenme gerekçeleriyle de örtüşmemektedir. Örneğin, gemi çalışanlarının iş güvencesinden faydalanamaması ve haklı veya geçerli neden olmadan yalnızca bildirim sürelerine uyularak iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilebilmesinin ya da gazetecilerin bildirim önelllerinin diğer kanunlardan farklı düzenlenmesinin sektörel özgünlüklerden kaynaklandığını söylemek oldukça zordur. Çelik vd., değişik zamanlarda ayrı iş kanunlarının çıkartılmasını ve maddelerinin değiştirilmesini, iş kanunlarındaki farklılıkların nedeni olarak açıklamıştır. Yazarlar; bu farklılıkların bazılarının gereksiz olduğunu, kanunların ayrı bir şekilde düzenlenme gerekçeleriyle bağdaşmadığını ifade etmiş ve Fransa’da olduğu gibi tüm kanunların tek bir “İş Kodu” etrafında toplanabileceğini

önermiştir<sup>[69]</sup>.

## SONUÇ

Anayasa Mahkemesi, iş sözleşmesine bağlı işçilerin çalışma standartlarını farklı kanunlar kapsamında olsa da karşılaştırmış ve bu karşılaştırmalara dayanarak BİK ile DİK bünyesindeki işçilerin anayasal haklarının kanun eliyle çiğnenmesi hakkında iki önemli karar vermiştir. Bu çalışmada da iş ilişkisinin devamı sırasındaki ve sona ermesiyle ilgili ayrı kanunlardaki çalışma standartları karşılaştırılmış ve bu kanunlardaki standartsızlık örnekleri açıklanmıştır. Bu standartsızlıklar görüşümüze göre açıkça anayasal eşitlik ilkesinin ihlali örnekleridir. Çünkü farklı davranmanın haklı nedenleri yoksa benzer durumda olanların aynı haklara sahip olması eşitlik ilkesinin gereğidir. Çalışmada örneklendirilen kanunlardaki ayrımların farklı davranmanın haklı nedenleri kapsamı altında değerlendirilmeyeceği kanaatimizce aşikârdır. Bu ayrımlar ne yapılan işin önemine veya ağırlığına ne de sektörel ihtiyaçlara dayanmaktadır.

Öte yandan işverenlerin eşit davranma borcunu tek bir işletme içerisinde düşünmediğimizde; yasal düzenlemelerdeki mevcut standartsızlıkların, pratikte işverenleri bu borcunu yerine getirmekten uzaklaştırdığını da söylemek mümkündür. Örneğin, basın ve denizcilik sektörlerinde iki ayrı işletmesi olan bir işveren, bu işletmelerdeki çalışanlarına mevzuattaki ayrımlar gereği eşit davranmamaktadır ya da aynı zamanda işveren niteliği olan devlet, kendi sorumluluğunda olan yasal düzenlemeler nedeniyle İK ve BİK kapsamlarına giren kamu işçilerine çalışma standartlarında ayrımcılık yapmaktadır. Sektörlerin ihtiyaçlarına özgü makul ayrımlar haricinde kanunlar; işverenleri, çalışanlarına eşit haklar uygulamaya teşvik etmelidir. Ancak Türkiye’de iş mevzuatı tam aksi yönde düzenlemelere sahiptir.

Eşitlik ilkesinin gereği olarak farklı kanunlardaki çalışma standartsızlık-

[69] Çelik vd., *İş Hukuku Dersleri*, s. 19-20.

ları giderilmelidir. Ancak bu standartsızlıklar giderilirken, hangi düzenlemelerin referans alınacağı konusu üzerinde durulmalıdır. Eşitlik ilkesine uygun düzenlemeler yapılırken, işçilerin kazanılmış haklarının korunması prensibi de dikkate alınmalıdır. Bu nedenle çalışma yaşamına ilişkin kurallar daha ileri olanlar referans alınarak standartlaştırılmalı ve kanunlardaki ayrımların giderilmesi ihtiyacında uluslararası standartlar da mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun için Türk iş hukukunda, İK ve TBK kapsamındaki işçilerin yıllık izin süresinin DİK ve BİK örnek alınarak GGASŞ seviyesine getirilmesini; haftalık çalışma süresinin tüm işçiler için 40 saat, fazla çalışma dahil üst sınırının ise 48 saat olarak belirlenmesini; bütün işçilerin iş güvencesinden evrensel kriterlerde faydalanacağı standartlaşmanın sağlanmasını; bildirim önellerinin hak kaybı olmadan İK ile BİK dikkate alınarak yeniden düzenlenmesini ve yine kanun ayırt etmeksizin her işçinin kıdem tazminatı hakkından tavan tutarı olmadan yararlanmasını hayata geçirecek ortak düzenlemelerin yapılması eşitlik ve kazanılmış hakların korunması prensipleriyle uyumludur ve çalışma standartlarının iyileşmesi açısından bir hayli gereklidir.

Gerçekten sektöre özgü ayrımlar hariç çalışma koşullarında standart birliğin sağlanmasının yollarından biri üst paragrafta önerilen düzenlemelerin kanunlarda ayrı ayrı yapılmasıdır. Bu konudaki diğer yol ise tek bir İş Kanunu altında tüm kanunların birleştirilmesidir. Çelik vd.’nin de önerdiği bu yol, kanaatimizce çalışma standartlarındaki uyumsuzluğun giderilmesi açısından doğru ve elzemdir. Ancak kanunların yeni hukuki sorunlar açığa çıkaracak şekilde eklektik bir biçimde birleştirilmesinden kaçınılması şarttır. Özellikle bu tür bir girişimdeki en büyük risk, işçilerin bir kısmının kazanılmış haklarını kaybetme ihtimalidir. Bu nedenle yapılacak tüm girişimlerde, üst paragrafta ifade edildiği üzere eşitlik ilkesini, kazanımların korunması perspektifiyle birlikte ele almak görüşümüze göre adil ve uygun olmalıdır.

**KAYNAKÇA**

- Akyiğit, Ercan, “Yeni Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 24, 2011, s. 25-39.
- Akyiğit, Ercan, *İş Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, 2024.
- Alp, Mustafa, “İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2003, s. 1-40.
- Andaç, Faruk, *İş Hukuku (Sosyal Politika Bakımından Türk Çalışma Hukuku Uygulaması)*, İstanbul, Legal Yayınları, 2018.
- Bakırcı, Kadriye, “İstihdamda Cinsiyetler Arasında Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 8, 2007, s. 22-40.
- Başbuğ, Aydın ve Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 5. Baskı, 2018.
- Council of Europe, “European Social Charter (Revised)”, <https://rm.coe.int/168007cf93> (Erişim tarihi: 11 Şubat 2025).
- Çelik, Aziz, “Yeni İş Yasasının Anlamı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 48, 2003, s. 41-72.
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canpolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, Beta Yayınları, 35. Baskı, 2022.
- Düvel, Wiebke, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert, *Non-Discrimination in the European Union Implementation of Directives 2000/78/EC and 2000/43/EC*, Brussels, European Trade Union Institute, 2004.
- Erdem, Jülide Gül, “Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik ve Kadın Erkek Eşitliği”, *Akademik Hassasiyetler*, Cilt 4, Sayı 8, 2017, s. 19-44.

European Parliament and Council of The European Union, “Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 Concerning Certain Aspects of The Organisation of Working Time”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32003L0088> (Erişim tarihi: 15 Kasım 2024).

Ekmekçi, Ömer, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 13, 2009, s. 19-28.

Ekmekçi, Ömer ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, 2020.

Esenler, Turhan, İş Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, 1978.

Gören, Zafer, “Genel Eşitlik İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 3279-3301.

Gülmez, Mesut, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 25, 2010, s. 217-266.

Güneş, Başak ve Faruk Barış Mutlay, “Yeni Borçlar Kanununun ‘Genel Hizmet Sözleşmesi’ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sayı 30, 2011, s. 231-288.

International Labour Organization, “Forty Hour Week Convention, 1935 (No. 47)”, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NO\\_RMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312192:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NO_RMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312192:NO) (Erişim tarihi: 15 Kasım 2024).

International Labour Organization, “C-132-Holidays With Pay Convention (Revised), 1970 (No.132)”, <https://www.ilo.org/dyn/norm->

*lex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\_INSTRUMENT\_ID:312277:NO* (Erişim tarihi: 16 Kasım 2024).

International Labour Organization, “Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158)”, [https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312303:NO](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312303:NO) (Erişim tarihi: 16 Kasım 2024).

İşçi, Bülent Ferat, “Fazla Çalışma Karşılığı Olarak Serbest Zaman Kullanımının Bireysel İş Kanunları ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 20, 2022, s. 463-484.

Kandemir, Murat ve Didem Yardımcıoğlu, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 30-31, 2014, s. 1-44.

Karacan, Esin, *Bireysel İş Hukuku*, Kocaeli, Umutepe Yayınları, 2017.

Karademir, Artür, “İsviçre ve Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Yıllık Ücretli İzin Hakkına Genel Bir Bakış ve Avans İzin Uygulaması”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Sayı 2, 2022, s. 1091-1117.

Kaya, Pir Ali, *Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi*, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2007.

Manav, A. Eda, “H2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye’deki Uygulamalar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, s. 731-780.

Mülayim, Baki Oğuz ve Aslıhan Kayık Aydınalp, “Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanması”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2019, s. 412 – 451.

Narter, Sami, *Bireysel İş Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2024.

OECD, *OECD Employment Outlook 2021: Navigating the Covid-19 Crisis and Recovery*, Paris, OECD Publishing, 2021.

Oxford Learner’s Dictionaries, “Equality”, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/equality?q=equality> (Erişim tarihi: 14 Kasım 2024).

Özdemir, Erdem, “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 3, 2005, s. 95-120.

Özveri, Murat, *Bireysel İş İlişkileri Açısından Türkiye İşçi Hukuku*, İstanbul, E. Ceren Özveri Eğitim ve Dayanışma Vakfı, 2023, c. 2.

Resmi Gazete, *Bakanlar Kurulu Kararı*, 27 Mayıs 1949, Sayı 7217 (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf>).

Resmi Gazete, *Milletlerarası Andlaşma*, 9 Nisan 2017, Sayı 26488, K. 2007/11907 (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/04/20070409-1.htm>).

Sadurski, Wojciech, “Equality, Law and Non-discrimination”, *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*, 1981, s. 113-137.

Süzek, Sarper, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı 12, 2008, s. 24-38.

Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 16. Baskı, 2018.

Şakar, Müjdat, “Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sayı 17, 2008, s. 11-29.

Şakar, Müjdat, *Meslek Yüksekokulları İçin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 10. Baskı, 2018, s. 76.

Tokkaş, Sevde Bulun, “Basın İş Kanunu’nda Kıdem Tazminatı Hakkı: Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1,

2024, s. 149-175.

Tuncay, A. Can, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.

Tunçer, Polat, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Bursa, Ekin Yayınevi, 3. Baskı, 2015.

Türk Dil Kurumu Sözlükleri, “Güncel Türkçe Sözlük”, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 14 Kasım 2024).

Ugan Çatalkaya, Deniz, “İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrım Yasağı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sayı 69 2021, s. 859-898.

Ulucan, Devrim, “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Özel Sayı 2013, s. 369-383.

United Nations, “Universal Declaration of Human Rights”, <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> (Erişim tarihi: 11 Şubat 2025).

Yenisey, Kübra Doğan, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Sayı 11, 2006, s. 63-82.

Yıldız, Gaye Burcu, “İşverenin Eşit İşlem Borcu”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

### **Kararlar**

Anayasa Mahkemesi, 06.07.2000 Tarihli ve E. 2000/21, K. 2000/16 Sayılı Karar (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2000/16>).

Anayasa Mahkemesi, 31.10.2013 Tarihli ve E. 2013/23, K. 2013/123 Sayılı Karar (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/123>).

- Anayasa Mahkemesi, 04.05.2023 Tarihli ve E. 2021/62, K. 2023/89 Sayılı Karar (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-89-nrm.pdf>).
- Anayasa Mahkemesi, 01.02.2024 Tarihli ve E. 2022/154, K. 2024/33 Sayılı Karar (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2024/03/20240314-9.pdf>).
- Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 02.04.2014 tarihli ve E. 2013/26958, K. 2014/7294 Sayılı Karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 14.04.2008 Tarihli ve E. 2007/14130, K. 2008/8314 Sayılı Karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 20.01.2020 Tarihli ve E. 2016/27701, K. 2020/630 Sayılı Karar (<https://kazanci.com.tr/gunluk/22hd-2016-27701.htm>).
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 15.09.2021 Tarihli ve E. 2021/7105, K. 2021/11870 Sayılı Karar (<https://kazanci.com.tr/gunluk/9hd-2021-7105.htm>).
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 24.04.2023 Tarihli ve E. 2023/2096, K. 2023/5954 Sayılı Karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.09.2023 Tarihli ve E. 2023/14011, K. 2023/11613 Sayılı Karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

# Belirsiz Alacak Davasında Özellik Arz Eden Bazı Durumların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi

Ömer Faruk DEMİR\*

---

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM  
Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi. [farukomercandemir@hotmail.com](mailto:farukomercandemir@hotmail.com). ORCID: 0000-0003-0254-1890.

**Makale geliş tarihi:** 25.12.2024

**Makale kabul tarihi:** 23.03.2025

**Atıf önerisi:** Demir, Ömer Faruk, “Belirsiz Alacak Davasında Özellik Arz Eden Bazı Durumların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 83, Sayı 2, Nisan 2025, s.696-741., DOI: 10.30915/abd.1607083

## Belirsiz Alacak Davasında Özellik Arz Eden Bazı Durumların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi

### ÖZ

Belirsiz alacak davası, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ilk defa yasal zemine kavuşmuştur. HMK m. 107’de düzenlenen belirsiz alacak davası, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren konusu, işlevi ve yargılama-daki işleyişi bakımından tartışma konusu yapılmış doktrin ve yargı kararlarında birçok görüş farklılığına neden olmuştur. Belirsiz alacak davasına ilişkin bu tartışmalara paralel olarak 7251 sayılı Yasa ile yasa koyucu HMK m. 107’de değişiklik yapmıştır. Fakat bu değişikliğe rağmen hala belirsiz alacak davasının uygulanmasına yönelik bir takım belirsizlik ve tartışmalar doktrin ve yargı kararlarında mevcuttur.

Belirsiz alacak davasında hukuki yarar hususu, talep artırımın ne zaman ve kaç kez yapılacağı, hâkimin hangi andan itibaren davacıya talep artırım için süre vereceği, bakiye alacak için ek dava meselesi, zamanaşımı ve faizin başlangıç anı, manevi tazminat alacaklarının bu davaya konu edilebilme-si ve kısmi dava ile olan ilişkisi gibi hususlarda belirsizlik ve tartışmalar mevcuttur. Bu çalışmamızda, belirsiz alacak davasında özellik arz eden bu hususlar güncel Yargıtay kararları ışığında değerlendirilmektedir.

#### Anahtar Kelimeler:

belirsiz alacak davası

talep artırım

ek dava

hukuki yarar

zamanaşımı

manevi tazminat

## Evaluation Of Some Special Cases In The Undetermined Claim Lawsuit In The Light Of The Judicial Decisions

### ABSTRACT

The undetermined claim lawsuit has gained legal ground for the first time with the Code of Civil Procedure No. 6100. HMK m. 107 of the Code of Civil Procedure, the undetermined claim lawsuit has been discussed in terms of its subject matter, function and functioning in the proceedings since its entry into force, and has caused many differences of opinion in the doctrine and judicial decisions. In parallel with these discussions regarding the undetermined claim lawsuit, the legislator amended Article 107 of the HMK with the Law No. 7251. However, despite this amendment, there are still some uncertainties and discussions in the doctrine and judicial decisions regarding the application of the undetermined claim lawsuit.

There are uncertainties and discussions regarding the legal interest in the undetermined claim lawsuit, when and how many times the claim can be increased, from which moment the judge will give the plaintiff time to increase the claim, the issue of additional lawsuit for the balance receivable, the commencement of the statute of limitations and interest, the possibility of subjecting non-pecuniary damages to this lawsuit and its relationship with the partial lawsuit. In this study, these issues, which are characteristic of the undetermined claim lawsuit, are evaluated in the light of the recent decisions of the Court of Cassation.

#### Keywords:

statute of limitations

claim increase

additional claim

Undetermined Claim Lawsuit

moral damages

legal interest

## GİRİŞ

Belirsiz alacak davasının HMK’de düzenlenmesindeki amaç, davanın açıldığı tarihte dava konusu alacağı (talep sonucunu) tam ve kesin olarak belirleyemeyen davacının hak arama özgürlüğünü sağlamak, yüksek yargılama giderine mahkûm edilme riskinden korumak ve özellikle maddi hukuk açısından zamanaşımı ve faiz başlangıcı gibi konularda hak kaybının yaşanmasının önüne geçmektir<sup>[1]</sup>. Ayrıca, dava tarihinde belirlenemeyen alacağa ilişkin belirsiz alacak davasının açılması imkânının yasal olarak davacıya verilmesiyle, dava konusu yapılmayan/yapılamayan kısım için ikinci defa bir dava açılmasına gerek kalmamakta ve çelişkili hükümlerin verilmesinin önüne de geçilmektedir<sup>[2]</sup>. İkinci bir dava (ek dava) açılmaksızın veya ıslah hakkı kullanılmaksızın aynı dava içerisinde alacağın (talep sonucunun) belirlenmesiyle usul ekonomisi ilkesine de uygun bir şekilde zaman ve masraftan tasarruf imkânı da sağlanmaktadır.

Belirsiz alacak davası, doktrindeki eleştiriler ve yargı kararlarında belirtilen hususlara paralel olarak 7251 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik neticesinde HMK’deki mevcut nihai halini almıştır. Yapılan bu değişikliklere rağmen, belirsiz alacak davasına ilişkin bazı belirsizlikler ve tartışmalar devam etmektedir. Belirsiz alacak davasının niteliği, işlevi, uygulanması ve bu davaya konu edilebilecek alacaklar bakımından özellik arz eden bazı durumlar bakımından uygulamada mevcut olan belirsizlik ve tartışmalar,

[1] Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, On iki levha Yayıncılık, 11. Bası, 2023, s.229. Belirsiz alacak davasına çok yakın ve birçok benzer özelliği olan kısmi dava her ne kadar HMK’de düzenlenmişse de maddi hukuktan kaynaklanan bazı durumlar bakımından belirsiz alacak davasına nazaran dezavantajlı olmakta ve davacının hak kaybına sebep olabilmektedir. Maddi hukuka ilişkin bazı hak kayıplarının önüne geçilmesi ve yargılama hukuku bakımından bazı pratiklerin sağlanması amacıyla HMK m. 107’de belirsiz alacak davası düzenlenmiştir.

[2] Pekcanitez, Atalay ve Özkes, op.cit., s.229.

doktrin ve yargı kararlarında sıklıkla ele alınmaktadır. Özellikle belirsiz alacak davasında hukuki yarar hususu, talep artırımının ne zaman ve kaç kez yapılacağı, hâkimin hangi andan itibaren davacıya talep artırımı yapması için süre vereceği, bakiye alacak için ek dava meselesi, zamanaşımı ve faizin başlangıç anı, manevi tazminat alacaklarının belirsiz alacak davasına konu edilmesi gibi hususlar uygulamada karışıklığa sebep olmaktadır. Bu karışıklıklar, uygulamada hak kayıplarına da sebep olabilmekte ve esasen bu durum, belirsiz alacak davasının düzenleme amacı olan hak arama özgürlüğünü sağlamak hususuna da aykırılık teşkil etmektedir.

Bu çalışmamızda, belirsiz alacak davasının yürürlüğe girmesinden itibaren süregelen tartışma ve belirsizlikler ile belirsiz alacak davasında özellik arz eden bazı hususlar güncel Yargıtay kararları ışığında değerlendirilip inceleme konusu yapılmaktadır<sup>[3]</sup>.

## 1. BELİRSİZ ALACAK DAVASININ YASAL DÜZENLEMESİ, NİTELİĞİ ve ŞARTLARI

### A) GENEL OLARAK BELİRSİZ ALACAK DAVASI ve YASAL DÜZENLEME

Belirsiz alacak davası, dava konusu alacağın veya dava değerinin, davanın açıldığı tarihte davacı tarafından belirlenememesi ya da imkânsız olması durumunda açılır. HMK m. 107’de düzenlenen belirsiz alacak davası, dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından olan talep sonucunun belirtilmesi (HMK m. 119/1-ğ) zorunluluğu bakımından davacı alacaklıya kolaylık sağlayan ve talep sonucunun belirlenemediği durumlarda dava açma

[3] Belirtmek gerekir ki, belirsiz alacak davası, birçok spesifik alt konusuyla birlikte doktrinde detaylı bir şekilde inceleme konusu yapılmıştır. Bu çalışmamızın konusu, belirsiz alacak davası bakımından özellik arz eden bazı durumların Yargıtay kararları ışığında değerlendirilmesidir.

imkânı sağlayan davadır<sup>[4]</sup>.

Belirsiz alacak davasında talep sonucu, geçici olarak asgari bir tutar olarak dava dilekçesinde gösterilir fakat yargılama devam ederken tahkikat sonucu veya karşı tarafın verdiği bilgi veya belgeler neticesinde alacağın tam ve kesin olarak belirli hale gelmesi anında geçici talebin nihai talebe dönüştürülmesi gerekir<sup>[5]</sup>. Dolayısıyla, dava dilekçesinde gösterilen geçici talep, dava devam ederken alacağın tam ve kesin şekilde belirli hale gelmesinden sonra hâkim tarafından verilen kesin süre içerisinde artırılır ve davaya artırılan miktar üzerinden devam edilir (HMK m. 107).

Davanın açılma tarihinde dava konusu alacak belirliyse veya davacı dava konusu alacağı kolay bir şekilde belirleme imkânına sahipse, belirsiz alacak davasının açılmaması gerekir. Buna rağmen, dava açılmış ve davanın özellikle belirsiz alacak davası olduğu belirtilmişse, mahkemece davanın usulden reddine kararının verilmesi gerekir. Zira belirsiz alacak davası, niteliği itibarıyla dava konusu alacağın belirsiz veya belirlenmesinin davacıdan beklenemeyeceği durumlarda açılan bir dava türü olup bu dava, davacıya istisnai birtakım haklar/avantajlar sağlar<sup>[6]</sup>. Dolayısıyla, alacağın belirsiz olmadığı durumlarda davacıya belirsiz alacak davası açma imkânının verilmesi, bu yasal düzenlemenin amaç dışı kullanımına ve hakkın kötüye kul-

[4] Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku (Usul)*, Cilt I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s.639 vd.; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, op.cit., s.228-229.

[5] Zira belirsiz alacak davasında davacının mahkemeden talebi kısmi (gösterilen asgari tutar) değil, kesin miktarı yargılama esnasında (tahkikat ile) belirlenecek olan alacağının tamamının ödenmesine yöneliktir. Ali Cem Budak, “Belirsiz Alacak Davası”, *Bankacılar Dergisi*, Özel Sayı, 2013, s.82-86, s.84.

[6] Tanrıver, *Usul*, op.cit., s.640. “Belirsiz alacak davası niteliği gereği istisnai bir dava türü olmakla ...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 7 Temmuz 2021 Tarihli ve E.2021/22-485, K.2021/971 Sayılı Karar, (www.kazanci.com.tr, E. T. 18.09.2024).

lanılmasına sebebiyet verecektir<sup>[7]</sup>. Bu durum, dürüstlük kuralına (HMK m. 29; TMK m. 2) da aykırılık teşkil edecektir.

Belirsiz alacak davası, medeni yargılama hukukunda ilk defa HMK m. 107’de düzenlenmiştir. 7251 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik neticesinde doktrindeki eleştiriler ve yargı kararlarında belirtilen hususlara paralel olarak belirsiz alacak davası HMK’deki mevcut son halini almıştır. 7251 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik neticesinde, alacağın (talep sonucunun) belirli hale gelme anının tespiti hâkime bırakılmıştır. Hâkimin yargılama sırasında alacağın (talep sonucunun) belirli hale geldiğine kanaat getirmesi durumunda, bu andan itibaren davacı tarafa alacağını belirli hale getirmesi için iki haftalık kesin süre vermesi gerektiği düzenlenerek yasal zemine kavuşturulmuştur.

7251 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle, HMK m. 107’deki son düzenleme uyarınca, davacı, alacağın miktar ya da değerinin tam ve kesin bir şekilde belirli hale gelmesinden sonra hâkim tarafından kendisine verilen iki haftalık kesin süre içerisinde iddiasını genişletme yasağına tabi olmadan dava konusu alacağını (talep sonucunu) artırabilir<sup>[8]</sup>. Hâkim tarafından davacıya talep artırım için verilecek iki haftalık sürenin, tahkikat sona ermeden önce verilmesi gerekir. Davacı, kendisine verilen iki haftalık kesin süre içerisinde dava konusu alacağını (talep sonucu) artırmazsa, dava açılırken gösterilen miktar ya da değer üzerinden dava görülür ve karara bağlanır (HMK m. 107).

## B) NİTELİĞİ ve KONUSU

[7] Cemil Simil, *Belirsiz Alacak Davası*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2013, s.184 vd; Tanrıver, *Usul*, op.cit., s.640 vd.

[8] Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2022, s.158; Hakan Pekcanıtez, *Medeni Usul Hukuku*, (Ed. Hakan Pekcanıtez, Muhammet Özkes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz), Cilt 3, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 15.Bası, 2017, s.1173; Taylan Özgür Kiraz, “Belirsiz Alacak Davası”, *Çatı Dergisi*, Sayı 30, 2012, s.16-19, s.16.

Belirsiz alacak davası, hukuki nitelik itibarıyla bir eda davasıdır<sup>[9]</sup>. Belirsiz alacak davası, esas itibarıyla eda davalarının özel bir türü niteliğinde olup eda davasının spesifik bir uygulanma biçimi niteliğindedir<sup>[10]</sup>. Birçok yönü itibarıyla belirsiz alacak davası, genel dava türlerinin gösterdikleri özelliklere nazaran istisnai bir dava türüdür<sup>[11]</sup>.

Belirsiz alacak davası, anayasal bir teminat olan hak arama özgürlüğünün (Anayasa m. 36/1) etkin bir şekilde kullanılmasını sağlayan araçlardandır<sup>[12]</sup>. Zira bu dava, dava tarihi itibarıyla dava konusu alacağı veya dava değerini tam ve kesin olarak belirleyemeyen davacıya, (ileride tamamlanmak üzere) asgari bir tutarı dava dilekçesinde göstererek alacağın tamamı için dava açma imkânı tanımaktadır.

Belirsiz alacak davasının konusu, davacının (belirsiz) alacağıdır<sup>[13]</sup>. Belirsiz alacak davasına en çok konu yapılan, en işlevsel ve önemli alacak,

- [9] Budak ve Karaaslan, op.cit., s.158; Bahar Tuna Kurtoğlu, *Die unbezifferte Forderungsklage Analyse, Problemstellungen und Lösungsansätze, bezogen auf das türkische, schweizerische und deutsche Recht*, Berlin, Peter Lang Verlag, 2019, s.122.
- [10] Tanrıver, *Usul*, op.cit., s.640.
- [11] Nurbanu Erzurumlu Işık, “Davanın Belirsiz Alacak Davası Olarak Açıldığı Dava Dilekçesinde Gösterilmesi Gerekip Geremediği Meselesi”, *YBHD*, Sayı 2, 2024, s.179-221, s.216. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, belirsiz alacak davası, bir kısmi davadır. Baki Kuru ve Burak Aydın, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, İstanbul, Yetkin Yayıncılık, 7251 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş 4.Baskı, 2020, s.154.
- [12] Hakan Pekcanitez, “Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması”, *DEÜHFD*, Cilt 15, Özel Sayı, 2013 (Basım yılı: 2014), s.933-968, s.937; Tanrıver, *Usul*, op.cit., s.640 vd.
- [13] Erzurumlu Işık, op.cit., s.217. Bu davaya konu yapılan belirsiz alacak, dava tarihi itibarıyla davacı alacaklıdan objektif olarak belirlenebilmesinin beklenmediği veya imkânsız olduğu bir alacaktır. Simil, op.cit., s.185 vd.

maddi tazminat alacağıdır<sup>[14]</sup>. Bunun yanında, uygulamada sıklıkla karşılaşılan işçi alacakları ve diğer alacaklar (örneğin, kamulaştırmaz el atmadan kaynaklanan alacaklar veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade davasındaki alacaklar) da belirsiz alacak davasına konu yapılabilir<sup>[15]</sup>.

### C) BELİRSİZ ALACAK DAVASINA KONU YAPILAN ALACAK BAKIMINDAN PARASAL SINIRIN ÖNEMİ

Belirsiz alacak davasında, dava tarihinde alacağın tam ve kesin tutarının belirlenememesi durumunda, asgari tutarın (geçici talebin) belirtilerek dava açılması çözümü, yargılama hukuku açısından bazı hususların ayrıca değerlendirilmesini gerektirmiştir. Örneğin, kanun yollarına başvuru bakımından, kesinlik (parasal) sınırın belirlenmesinde dava dilekçesinde gösterilen asgari tutarın mı, yoksa alacağın tamamının mı esas alınacağı sorunu gündeme gelmektedir. Yargıtay, asgari olarak dava dilekçesinde gösterilen miktarın değil; belirsiz alacak davasına konu yapılan asıl alacak miktarının kesinlik (parasal) sınırı bakımından dikkate alınması gerektiği görüşündedir<sup>[16]</sup>. Ayrıca, Yargıtay, alacağın henüz belirli hale gelmeden (örneğin, bu işleve yönelik bilirkişi raporu alınmadan) mahkemece belirsiz alacak davasının reddedilmesi durumunda, istinaf başvurusu esnasında dava konusu yapılan alacak miktarı henüz kesin ve net olarak belirlenmediğinden, kesinlik sınırı sebebiyle istinaf başvurusunun reddedilmemesi gerektiği gö-

[14] Tanrıver, *Usul*, s.598 vd. Manevi tazminat alacaklarının belirsiz alacak davasına konu yapıp yapılamayacağı hususuna aşağıda ayrıca değinilecektir.

[15] Tanrıver, *Usul*, op.cit., s.610 vd.; Simil, op.cit., s.380 vd.

[16] “Alacağın bir kısmının dava edilmesi halinde kesinlik sınırı dava edilen miktara göre değil, alacağın tamamına göre belirlenir... belirsiz alacak davasında alacağın bir kısmının dava edilmesi ve mahkemece bu alacağa dair davanın tümünden reddedilmiş olması halinde davacı yönünden kararın kesin olduğundan söz edilemez.” Yargıtay On Birinci Hukuk Dairesi, 9 Ocak 2017 Tarihli ve E.2016/796, K.2017/108 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 19.09.2024).

rüşündedir<sup>[17]</sup>. Dolayısıyla, ilk derece mahkemesince henüz alacak miktarı kesin olarak belirlenmeden belirsiz alacak davası reddedilmişse, yapılan istinaf başvurusunda kesinlik sınırına bakılmaksızın başvurunun kabul edilmesi gerekir.

Belirsiz alacak davasına konu yapılan alacak miktarı bakımından parasal sınırın önemine değinilmesi gereken bir diğer husus ise, tüketici uyuşmazlıklarından kaynaklanan ve tüketici hakem heyeti parasal sınırının<sup>[18]</sup> altında kalan miktarlar için açılan davalardır. Tüketici uyuşmazlıkları bakımından, tüketici hakem heyeti parasal sınırının altındaki uyuşmazlıklar için tüketici mahkemesinde belirsiz alacak davası açılmaz<sup>[19]</sup>. Dolayısıyla, tüketici uyuşmazlığından kaynaklanan belirsiz bir alacağa ilişkin tüketici mahkemesinde belirsiz alacak davası açılmak istendiğinde, dava konusu olarak gösterilecek asgari tutarın (geçici talebin) hakem heyetinin parasal sınırının üzerinde gösterilmesi gerekmektedir<sup>[20]</sup>. Yargıtay, tüketici uyuşmazlığından kaynaklanan belirsiz alacak davasında parasal sınırın belirlenmesi bakımından geçici talebi esas almakta ve geçici talep, parasal sınırın altında ise, bu talebin tüketici hakem heyetinin görevinde olduğu ve dolayısıyla tüketici mahkemesinin dava şartı yokluğundan davayı reddetmesi

[17] “Bölge Adliye Mahkemesince dava dilekçesindeki talebe bakılarak talep edilen alacak miktarının kesin nitelikte olduğundan bahisle istinaf başvurusunun usulden reddine karar verilmesi hak arama özgürlüğünü kısıtlayacağı gibi yukarıda açıklanan belirsiz alacak davasının özüne de aykırı olacaktır. O halde Bölge Adliye Mahkemesince ... istinaf başvurusu esastan incelenerek bir karar verilmesi gerekirken...” Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesi, 11 Mart 2021 Tarihli ve E.2018/15462, K.2021/2242 Sayılı Karar; Benzer yönde Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 22 Mayıs 2023 Tarihli ve E.2023/3726, K.2023/7466 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 19.09.2024).

[18] 2025 yılı için 149.000 TL.

[19] Zira bu uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetine başvuru zorunludur.

[20] Aksi takdirde belirsiz alacağa ilişkin talebin tüketici hakem heyetine yöneltilmesi gerekmektedir.

gerektiği yönünde karar vermektedir<sup>[21]</sup>.

#### D) ŞARTLARI

HMK m. 107/1'e göre, belirsiz alacak davasının açılabilmesi için bazı şartların mevcut olması gerekir<sup>[22]</sup>.

##### 1- Dava Konusu Alacak Miktarının Belirlenmesinin Davanın Açıldığı Tarihte İmkânsız Olması veya Davacıdan Beklenemeyecek Olması

Yasa koyucu tarafından HMK m. 107/1'de, belirsiz alacak davasının ilk şartı olan alacak miktarının belirlenmesinin davanın açıldığı tarihte imkânsız olması veya davacıdan beklenemeyecek olması şartı düzenlenmiştir. HMK m. 107/1'de, belirsiz alacak davasının açılabilmesi için alacağın davacı tarafından belirlenmemesi ya da bunun imkânsız olması<sup>[23]</sup> şartı açıkça belirtilmiştir. Ancak, bu belirsizlik durumunun somut olarak hangi durumlarda söz konusu olduğu ve dolayısıyla hangi durumlarda belirsiz alacak davasının açılacağı belirtilmemiştir<sup>[24]</sup>. Dolayısıyla, belirsiz alacak davasının hangi durumlarda açılacağı hususunda bir açıklık mevcut olmayıp doktrin ve yargı kararlarındaki içtihatlar ile ilgili yasa madde-

[21] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 24 Haziran 2021 Tarihli ve E.2017/2234, K.2021/830 Sayılı Karar; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 4 Mart 2020 Tarihli ve E.2017/13-551, K.2020/239 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 20.09.2024).

[22] Belirsiz alacak davası için öngörülen şartların mevcut olmaması durumunda, mahkemece verilecek karar, doktrin ve yargı kararlarında tartışmalıdır. Bu hususa aşağıda ayrıca değinilecektir.

[23] Burada kastedilen imkânsızlık durumunun subjektif nitelikte değil; objektif imkânsızlık durumunun söz konusu olması gerekir. Kudret Aslan, Leyla Akyol Aslan ve Taylan Özgür Kiraz, "Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar", in *Prof. Dr. Hakan Pekcanterez'e Armağan*, İzmir, DEÜHFD, Cilt 16, Özel Sayı, 2014, (Basım Yılı 2015), s.975-1024, s.978.

[24] Tanrıver, *Usul*, op.cit., s.640 vd.

sindeki gerekçeler doğrultusunda değerlendirmeler yapılmaktadır<sup>[25]</sup>.

Doktrin ve yargı kararlarında ileri sürülen içtihatlarla bakıldığında, belirsiz alacak davasının açılabilceği durumların tespitinde; tarafın dava konusu alacağa ilişkin bilgi ve belgeye ulaşabilme durumu, dava konusunu belirleyebilme imkânı veya tarafın konumu gibi soyut ölçütlerin dikkate alındığı ve kişiden kişiye değişen şartlara göre farklılık arz eden ölçüler belirlenmiştir<sup>[26]</sup>. Belirsiz alacak davasının açılabilceği durumların soyut

[25] Örneğin, bir trafik kazasında kusur oranının henüz belirlenmemiş olması durumu ile bir kişinin tedavisinin devam etmesi ve vücudunda meydana gelen zararın henüz belirlenmemiş olması durumlarında dava konusu alacak “*imkânsızlık hali*” kapsamında kabul edilmektedir. Yine işçi alacağından kaynaklanan davalarda işverenin elinde bulunan belge ve bilgiler ile dava konusu alacağın belirlenmesi mümkün olaksa, bu durum işçi bakımından “*alacak miktarının bilinmesinin imkânsız olduğu haller*” olarak sayılabilir. Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, s.1169. Dava tarihinde belirsiz olan alacak miktarının dava görülürken tahkikat aşamasında bilirkişi marifetiyle alacağın tespitinin yapılacak olması, tek başına belirsiz alacak davasının açılabilmesi şartını karşılamaz. Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 4.Baskı, 2021, s.337. Bu hususa ilişkin Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18 Nisan 2018 Tarihli ve E.2015/2278, K.2018/785 Sayılı Karar, (www.kazanci.com.tr, E.T. 19.09.2024). Yargıtay, işçi alacakları konusunda kesin bir ayırım yapmamakta, bunun yerine genel değerlendirmelere dayalı bir yaklaşım benimsemektedir. Buna göre, dava tarihinde işçinin bildiği veya bilmesi gereken alacak kalemleri dava konusu yapılıyorsa, belirsiz alacak davası açılmayacağı kabul edilmektedir. Ancak, işçinin dava tarihinde alacağını bilmesinin objektif olarak kendisinden beklenemeyeceği durumlarda ve alacağın ancak tahkikat sürecinde (bilirkişi raporu veya işverenin sunacağı belgeler aracılığıyla) belirlenebilir olması halinde, belirsiz alacak davasının açılması gerektiği Yargıtay içtihatlarında istikrarlı bir biçimde vurgulanmaktadır. Örneğin, “**Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti ve ücret alacakları işçi tarafından bilinmekle kural olarak belirsiz alacak davasına konu edilmez. Ancak hesabın unsurları olan sosyal hakların (aynı olarak sağlanan yemek yardımı gibi) miktarının belirlenmesi işveren tarafından sunulacak belgelere veya yargılama ile belirlenecek ise kıdem ve ihbar tazminatı belirsiz alacak davasına konu edilebilir.**” Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 21 Eylül 2021 Tarihli ve E.2021/7816, K.2021/12378 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 20.09.2024).

[26] Aslan, Akyol Aslan ve Kiraz, op.cit., s.977; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, op.cit., s.229; Simil, op.cit., s.216. Örneğin, Yargıtay hayat sigortalarından kaynaklanan

ölçütlere göre belirlenmesi, istikrarın oluşmasına da engel olmaktadır. Hatta aynı tür davalar arasında bile bir davanın belirsiz alacak davası olup olmadığı konusunda farklı değerlendirmeler yapılabilmektedir<sup>[27]</sup>. Belirsiz alacak davasının açıldığı anda alacağın miktarının tam ve kesin olarak belirlenmesi imkânının olduğu durumlarda, davacının belirsiz alacak davası açmasında “*hukuki yararının olmadığı*” HMK m. 107’nin madde gerekçesinde belirtmiştir<sup>[28]</sup>. Salt alacağın taraflar arasında tartışmalı olması da tek

---

uyuşmazlıklarda uyuşmazlık konusu bedelin belirli/belirlenebilir olmasından dolayı belirsiz alacak davasının açılmayacağına karar vermektedir. İlgili karar için bkz: Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, 17 Haziran 2021 Tarihli ve E.2021/2099, K.2021/3204 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 25.09.2024).

- [27] Uygulama ve doktrinde belirsiz alacak davasının açılıp açılmayacağına yönelik tartışmaların en çok olduğu alacaklar, işçi alacaklarıdır. Doktrinde, işçi alacaklarının belirli veya taraflarca belirlenebilir nitelikte olduğu ve bu nedenle işçi alacakları için belirsiz alacak davası açılmayacağı yönünde görüşler bulunmaktadır. Buna karşılık, bilgi ve belgelerin işverenin elinde bulunması, bazı işçi alacak kalemlerinin tespitinin ancak hesap bilirkişisi tarafından yapılabilmesi ve işçinin korunması ilkesi nedeniyle, işçi alacaklarının belirsiz alacak davasına konu edilebileceği yönünde görüşler de ileri sürülmüştür. Oldukça geniş tartışmalara yol açan bu konu, doktrinde ve Yargıtay kararlarında farklı değerlendirmelere tabi tutulmaktadır. Detaylı bilgi için bakınız; Meral Sungurtekin Özkan, *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, İzmir, Barış Kitapevi, 2013, s.161 vd.; Şahin Çil ve Bektaş Kar, *6100 Sayılı HMK’ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2.Bası, 2013, s.32 vd.; Hakan Pekcanitez, *Belirsiz Alacak Davası*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s.46 vd.. Doktrindeki tartışmalara ek olarak, işçi alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağına ilişkin kesin bir şekilde sınırlar konulmaması ve belirsiz alacak davasına konusu yapılacak her bir somut işçi alacağına ilişkin değerlendirmenin (objektif ve sübjektif açıdan) yapılmasının doğru bir yaklaşım olacağı görüşü de ileri sürülmüştür. Simil, op.cit., s.414.

- [28] Pekcanitez, Atalay ve Özekes, op.cit., s.227. Burada önemli olan, dava açma anında alacağın miktarının tam ve kesin bir şekilde tespit edilebilmesinin objektif bir özen neticesinde davacıdan gerçekten beklenememesidir. Tanrıver, *Usul*, op.cit., s.640. “*Davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, ... Alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafından belirlenememesi gerekir. Belirleyememe hali, davacının gereken dikkat ve özeni göstermesine rağmen, miktar ve değerinin belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilememesi durumuna ya da objektif olarak imkânsızlığa dayanmalıdır.*” Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 7 Mayıs 2015 Tarihli ve E.11568/16824, 07.05.2015 Sayılı

başına belirsiz alacak davası açma imkânını vermez<sup>[29]</sup>.

Dava konusu yapılan alacağın belirlenmesinin davacıdan beklenemiyor olması hususu, alacak belirlenmesinin teknik bir uzmanlık gerektirmesi veya bu belirlenmenin davacıdan beklenemeyecek bir hesaplamayla ortaya çıkarılabilesidir<sup>[30]</sup>. Örneğin, ölüm ile neticelenen davalardaki destekten yoksun kalma tazminatlarında, alacağın hesaplanması teknik bir hesaplamayı gerektirdiğinden (vefat eden kişinin yaşı, kaza veya kusur hususundaki özel durumlar), yargılama esnasında (tahkikat ile)<sup>[31]</sup> belirlenebilecek miktarın dava açılma anında davacı tarafından bilinmesi beklenemez<sup>[32]</sup>. Yargı ka-

Karar, (www.kazanci.com.tr, E.T. 19.09.2024). Mukayeseli hukukta ise, Alman ve İsviçre hukukunda da bu duruma ilişkin somut bir düzenleme mevcut değildir. Alman hukukunda belirsiz alacak davasına konu yapılan alacağın belirli olduğu durumlarda belirsiz alacak davasının görülemeyeceği doktrinde ifade edilmektedir. İsviçre hukukunda ise alacağın tam ve kesin bir şekilde belirli olduğu durumlarda belirsiz alacak davası açılırsa, bu eksiklik tamamlanabilen bir dava şartı eksikliği olarak kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bakınız; Simil, op.cit., s.235.

[29] Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, op.cit., s.1025. Örneğin, Yargıtay bir kararında vekâlet ücretinin ödenmemesi sebebiyle avukatın açacağı davada vekâlet ücretinin avukat tarafından hesaplanabileceğini bu sebeple de bu alacağın belirsiz alacak davasına konu yapılamayacağına karar vermiştir. Karar için bkz: Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi, 25 Şubat 2021 Tarihli ve E.2020/7514, K.2021/1930 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 20.09.2024).

[30] Pekcanitez, Atalay ve Özekes, op.cit., s.227.

[31] Belirtmek gerekir ki, belirsiz alacak davası açılmadan önce dava konusuna ilişkin delil tespiti alınmış olması, dava konusu yapılan alacağı belirli hale dönüştürmez. Dolayısıyla, dava açılmadan önce delil tespiti yapılmış olması tek başına belirsiz alacak davasının açılmasına (hukuki yarar yokluğu nedeniyle) engel teşkil etmez. Bu hususa ilişkin Yargıtay kararı için bkz: “Davacı tarafca dava açılmadan önce delil tespiti yaptırmaya yoluna gidilmiş olmasının, davaya konu edilen zarar veya alacak miktarının belirli hale getirdiği şeklinde yorumlamak Kanun’un amacına aykırıdır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18 Mayıs 2022 Tarihli ve E.2022/397, K.2022/701 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 20.09.2024).

[32] Belirsiz alacak davasındaki imkânsızlık durumu hukuki anlamda imkânsızlık da olabilir. Örneğin, dava sonucunda hükmedilecek miktarın (tamamen) hâkimin takdirinde olduğu durumlarda hukuki anlamda belirsizlik durumu söz konusudur.

rarlarında da bu durumlarda belirsiz alacak davasının açılabilceğı istikrarlı bir şekilde kabul edilmiştir<sup>[33]</sup>.

## 2- Dava Dilekçesinde Geçici Talep Sonucunun Belirtilmesi

Davacı, belirsiz alacak davasını açarken dava dilekçesinde dava konusu yaptığı alacağının tamamını belirtemese de asgari bir miktar veya değeri belirtmek zorundadır. Belirsiz alacak davasında davacının dava açarken belirttiğı bu asgari tutara, geçici talep sonucu denilmektedir<sup>[34]</sup>. Belirsiz alacak davasında yargılama esnasında geçici talep sonucu kesin talep sonucuna dönüştürülmektedir. Davacı, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar veya değeri dava dilekçesinde belirterek belirsiz alacak davasını açabilir (HMK m. 107)<sup>[35]</sup>.

Dava dilekçesinde dava konusu yapılan alacağın/değerin asgari bir tutarda gösterilmesi (geçici talep sonucu), beraberinde bazı tartışma ve riskleri de getirmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, burada belirtilen asgari tutar, davacının istediğı bir miktarı gösterebileceğı olarak anlaşılmamalı; sübjektif olarak belirleyebildiğı bir miktar olarak anlaşılmalıdır<sup>[36]</sup>. Dava konusu alacağın/değerin çok altında asgari bir tutarın dava dilekçesinde belirtilmesi hem hakkın kötüye kullanılması yasağının (ayrıca HMK m.

---

Benzer şekilde, davacının dava konusu alacağı belirleyebilmesi için gerekli olan bilgi veya belgelerin üçüncü kişilerde bulunması durumu hukuki anlamda imkânsızlığa örnek olarak gösterilebilir. Benzer şekilde hastanedeki tedavi neticesinde zarar gören bir hastanın, dava konusu (talep sonucu) yapacağı tazminat miktarını belirleyebilmesi için davalının kusurunu bilmesi gerekir. Pekcanitez, Atalay ve Özkes, s.227.

[33] Örneğin, Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi, 15 Mart 2021 Tarihli ve E.2020/1760, K.2021/2689 Sayılı Karar, (www.kazanci.com.tr, E.T. 20.09.2024).

[34] Pekcanitez, Atalay ve Özkes, op.cit., s.228.

[35] Budak ve Karaaslan, op.cit., s.158.

[36] Aslan, Akyol Aslan ve Kiraz, op.cit., s.978; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, op.cit., s.1044-1045.

29'de belirtilen dürüstlük ilkesinin) ihlali anlamına gelmekte hem de açılan davada yatırılması gereken harcın tespiti ve ihtiyati tedbir/haciz taleplerinde önem arz etmektedir. Bu sebeplerle, belirsiz alacak davasında davacı, geçici talep sonucunu belirlerken sınırsız özgürlüğe sahip olmamalı ve dava açılış tarihinde belirleyebildiği miktar üzerinden davayı açmalıdır<sup>[37]</sup>. HMK 119/1-d uyarınca, dava dilekçesinde dava değerinin gösterilmesi zorunludur. Dolayısıyla, belirsiz alacak davasında dava değerinin belirtilmemesi, dava dilekçesinde bulunması zorunlu olan unsurun eksikliği olacağından, mahkemece davacıya verilecek bir haftalık sürede bu eksikliğin giderilmemesi, davanın açılmamış sayılması sonucuna da sebep olacaktır (HMK m. 119/2)<sup>[38]</sup>.

7251 sayılı Yasa ile yasa koyucu tarafından yapılan değişiklik neticesinde, belirsiz alacak davasının HMK m. 107/2'deki düzenlemesiyle, alacağın tam ve kesin olarak belirlenmesi anı hâkime bırakılmıştır. Böylelikle, yargılama esnasında *alacağın miktarı* ya da *değerinin tam ve kesin* olarak belirlenmesiyle *tahkikat sona ermeden önce* hâkim tarafından verilecek *iki haftalık kesin süre içinde davacı*, iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini (nihai talep sonucunu) belirleyebilir. Şayet verilen süre içerisinde davacı talebini tam ve kesin olarak belirleyip talep artırımını yapmazsa, geçici *talep sonucunda belirtilen miktar veya değer üzerinden* dava görülür ve karara bağlanır (HMK m. 107).

### 3- Şartları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar

[37] Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, op.cit., s.1045

[38] Dava dilekçesinde alacağın tamamının mı yoksa bir kısmının mı dava konusu yapıldığının belirsiz olduğu durumlarda hâkim davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde talebini açıklığa kavuşturması için davacıya bir haftalık kesin süre vermelidir. Erzurumlu Işık, op.cit., s.218; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, op.cit., s.1045.

Belirsiz alacak davasının açılabilmesi için gerekli olan şartlar oluşmadan davanın açılması durumunda, mahkemenin ne şekilde karar vermesi gerektiği hususu, yargı kararları ve doktrinde tartışmalıdır. Yargıtay bazı kararlarında, şartları oluşmadan belirsiz alacak davasının açılması durumunda, (dava şartı olan) hukuki yarar eksikliğinin tamamlanamayacak bir eksiklik olduğu ve davanın doğrudan usulden reddedilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>[39]</sup>. Buna karşın, Yargıtay bazı kararlarında ise, belirsiz alacak davasında hukuk yarar eksikliğinin tamamlanabilir bir eksiklik<sup>[40]</sup> olduğu ve öncelikle davacıya süre verilmesi, verilen süre içerisinde eksiklik tamamlanmazsa usulden reddedilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>[41]</sup>.

Belirtmek gerekir ki, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, önceki içtihatlarında hukuki yarar eksikliği sebebiyle belirsiz alacak davasının doğrudan usulden reddedilmemesi, hukuki yarar dava şartı eksikliğinin tamamlanabilir bir eksiklik olduğunu ve dolayısıyla öncelikle hukuki yarar eksikliğinin tamamlanması için mahkemece davacıya süre verilmesi gerektiği görüşün-

[39] “... şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davanın olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir.” Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 25 Mayıs 2021 Tarihli ve E.2021/5121, K.2021/9537 Sayılı Karar, (www.legalbank.net, E.T. 19.09.2024); Benzer yönde karar için bakınız: Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi 15 Mart 2016 Tarihli E.2015/748, K.2016/7870, (www.lexpera.com.tr, E.T. 19.09.2024). Yargıtay verdiği kararlarında ayrıca belirsiz alacak davasının ıslah ile dahi kısmi davaya; kısmi davanın da belirsiz alacak davasına dönüştürülemeyeceğine karar vermiştir. İlgili karar için bkz: Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 25 Mayıs 2021 Tarihli ve E.2021/5121, K.2021/9537 Sayılı Karar, 25.05.2021, (www.legalbank.net, E.T. 19.09.2024).

[40] İsviçre hukukunda da alacağın tam ve kesin bir şekilde belirli olduğu durumlarda belirsiz alacak davası açıldığında, bu eksiklik tamamlanabilen bir dava şartı eksikliği olarak kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bakınız; Simil, op.cit., s.235; Peter Loosli, *Die Unbezüfferte Forderungsklage, unter Berücksichtigung des Kantons Zürich*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1986, s. 123 vd.

[41] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17 Kasım 2020 Tarihli ve E.2019/853, K.2020/907, (www.lexpera.com.tr, E.T. 19.09.2024).

deydi. Fakat bu hususa ilişkin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi önceki içtihatlarından dönmüş ve artık 22. Hukuk Dairesinin içtihatlarındaki görüş olan, hukuki yarar dava şartı eksikliği durumunda doğrudan usulden ret kararı verilmesi gerektiği içtihadını benimsemiştir<sup>[42]</sup>.

Doktrinde de bu hususa ilişkin tartışmalar mevcuttur. Bu hususta ileri sürülen bir görüşte, şartları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasında hukuki yarar (dava) şartının eksik olması ve hukuki yarar şartının da tamamlanabilir bir dava şartı eksikliği olmaması sebebiyle belirsiz alacak davasının doğrudan usulden reddedilmesi gerektiği savunulmuştur<sup>[43]</sup>. Buna karşın, ileri sürülen diğer görüşe göre ise, belirsiz alacak davasının şartları oluşmadan açılması durumunda, hukuki yarar eksiliğinden dolayı dava doğrudan reddedilmemeli, hâkimin hukuku resen uygulaması ve tarafların hukuki tavsifiyle bağlı olmaması (HMK m. 33) sebebiyle belirsiz alacak davasına eda davası olarak devam edilmelidir<sup>[44]</sup>. Ayrıca, doktrinde belir-

[42] “Dairemizin daha önce belirsiz alacak davasına ilişkin uygulaması benimsenen yeni ilkelere farklılık arz etmekteydi. Örneğin, hukuki yararın tamamlanabilir dava şartı olduğu; hukuki yarara ilişkin dava şartının eksik olması halinde davanın hemen reddedilmemesi; davacıya süre verilerek dava şartının tamamlattırılması gerektiği yönünde uygulama yapılmaktaydı. Dairemizin belirsiz alacak davası ile ilgili yukarıda belirtilen yeni ilkelerinin hemen uygulamaya konulması, dairenin önceki görüşüne güvenerek dava açanlar yönünden hukuki güvenlik, hukuki belirlilik, hukuki öngörülebilirlik ve sürpriz karar yasağı ilkelerinin ihlaline yol açacaktır... Dairemiz tarafından daha önce verilen kararlarda hukuki yarar yokluğu sebebiyle dava şartı yokluğuna bağlı davanın reddi kararları verilmediğinden dairenin önceki görüşüne güvenilerek belirsiz alacak davası şeklinde açılan bu davada belirtilen husus bozma nedeni yapılmamıştır.” Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 25 Mayıs 2021 Tarihli ve E.2021/7234, K.2021/11693 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 19.09.2024).

[43] Aslan, Akyol Aslan ve Kiraz, op.cit., s.1003; Muhammet Özekes, “Anayasa Mahkemesi’nin Kararı Karşısında Kısmi Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu”, in Emel Hanağası, Mustafa Göksu (Ed.), *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*, Cilt II, Ankara, 2014, s.1589-1606, s.1603; Simil, op.cit., s.201.

[44] Ali Cem Budak ve Dilek Karademir, “Şartları Oluşmadığı Halde Belirsiz Alacak Davası Açılırsa Hâkim Nasıl Karar Vermelidir?”, *YÜFHD*, Cilt 13, Sayı 1, 2016,

siz alacak davasının bir eda davası türü olması sebebiyle, eda davalarında hukuki yararın niteliği gereği kendiliğinden var kabul edilmesi gerektiği görüşü de savunulmuştur<sup>[45]</sup>.

## II. BELİRSİZ ALACAK DAVASINDA ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI DURUMLAR

### A) BAKİYE ALACAK İÇİN EK DAVANIN AÇILIP AÇILMAYACAĞI HUSUSU

7251 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikler neticesinde, belirsiz alacak davasındaki birtakım belirsizlikler giderilmekle birlikte, bazı hususlar bakımından hala belirsizlikler mevcuttur. Belirsiz alacak davasında alacağın belirli hale gelmesinden sonra hâkim tarafından davacıya verilen süre içinde talep artırımının yapılmaması durumunda, bakiye alacağın akıbetinin ne olacağı hakkında herhangi bir yasal düzenleme mevcut değildir. Yasal düzenlemedeki bu belirsizlik, doktrin ve yargı kararlarında tartışılan ve görüş birliğinin olmadığı hususlardandır. Belirsiz alacak davası bakımından bu eksikliği (belirsizliği) gidermeye yönelik, doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, alacağın belirli hale gelmesinden sonra mahkemece verilen süre içerisinde talep artırım dilekçesinin verilmemesi durumunda, davacının dava dilekçesinde gösterdiği talep sonucu üzerinden yargılamaya devam edilip karar verilmelidir<sup>[46]</sup>. Bu husus, hem yargı

s.130-142, s.140; Cenk Akil, "Belirli Alacağın Belirsiz Alacak Davasına Konu Edilmesi Durumunda Mahkeme Ne Tür Bir Karar Vermelidir?", *YÜFHD*, Cilt 14, Sayı 2, 2017, s.195-209, s.206; Tanrıver, *Usul*, op.cit., s.645 vd; Budak ve Karaaslan, op.cit., s.161.

[45] Budak ve Karaaslan, op.cit., s.161.

[46] Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, op.cit., s.1044; Sabine Baumann Wey, *Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO*, Zürich, Schulthess Verlag, 2013, s.7. Doktrindeki bir görüşe göre, bu durumda mahkemece verilecek bir ara karar ile davaya kısmi dava olarak ve dava dilekçesinde gösterilen (geçici) talep sonucu üzerinden devam edilmelidir. Atalı, Ermenek ve Erdoğan, op.cit., s.338 vd.

kararlarında hem de doktrin ve karşılaştırmalı hukuk bakımından genel kabul görmektedir. Buna karşın, mahkemece verilen süre içerisinde talep artırımı dilekçesi vermeyen davacı, ıslah ile veya karşı tarafın açık rızasıyla da aynı dava içerisinde talebini artırabilir<sup>[47]</sup>. Mahkemece verilen kesin süre içinde talep artırımı yapılmaz ve ıslah ya da karşı tarafın açık rızasıyla talep artırımı imkânı da bulunmazsa, bakiye alacak için davanın açılıp açılmayacağı veya hangi şekilde açılacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüş ve yargı kararlarında belirsizlikler ortaya çıkmıştır.

Doktrinde bir görüş, belirsiz alacak davasının bir kısmi eda davası olduğunu ve bakiye alacak için ek davanın açılabilirliğini ileri sürmüştür<sup>[48]</sup>. Buna karşın, doktrinde başka bir görüşte, belirsiz alacak davasının tam eda davası olduğu ve dava açılırken (baştan itibaren) tüm alacağın hüküm altına alınmak istendiği, sadece dava tarihinde alacak miktarı belirli olmadığı için dava konusu alacağın tam gösterilmediği ileri sürülmüştür<sup>[49]</sup>. Dolayısıyla, belirsiz alacak davasından sonra, dava konusu yapılmayan bakiye alacak için ek davanın açılmaması gerektiği görüşü savunulmuştur<sup>[50]</sup>. Kanaatimizce, ikinci görüş isabetlidir. Zira belirsiz alacak davasında dava, esasen tüm alacak miktarı için açılmakta; sadece dava tarihinde dava konusu alacak miktarı tam ve kesin olarak belirlenemediği için dava dilekçesinde geçici talep sonucu belirtilmektedir. Bu sebeple, hüküm tüm alacağı kapsamakta ve aynı dava konusu için ek bir davanın açılmaması gerekmektedir (HMK m. 303).

[47] Fatih Karamercan, “Belirsiz Alacak Davasından Sonra Ek Dava Açılabilir Mi?”, İMHFD, Cilt 7, Sayı 12, 2022, s.83-107, s.96.

[48] Zeki Gözütok ve Adem Albayrak, *Alfabetik Medeni Usul El Kitabı*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s.171 vd..

[49] Budak, s.84.

[50] Simil, op.cit., s.299 vd.; Tanrıver, *Usul*, op.cit., s.612 vd.; Akil, op.cit., s.202; Karamercan, op.cit., s.97. Alman ve İsviçre hukukunda da bu görüş doktrin tarafından savunulmaktadır. Kurtoglu, op.cit., s.272 vd..

Yargıtay kararlarında da ağırlıklı olarak ikinci görüş esas alınmaktadır<sup>[51]</sup>. Yargıtay, vermiş olduğu kararlarında, belirsiz alacak davasında gösterilen geçici talep sonucunun artırılmasının, talebin belirli hale gelmesinden sonra talep artırımı dilekçesiyle veya ıslah dilekçesiyle mümkün olduğunu belirtmiştir<sup>[52]</sup>. Yargıtay, bu hususa ilişkin yol gösterici olma niteliğindeki bir kararında, belirsiz alacak davasına konu yapılan alacak için ek davanın açılmayacağını açıkça belirtmiş ve ayrıca belirsiz alacak davasında kesin talep sonucunun belirtilmesi (talep artırımı) için davacıya (kesin) süre verilmemesinin hukuki dinlenilme hakkını kısıtlayacağını ifade etmiştir<sup>[53]</sup>.

[51] Yargıtayın belirsiz alacak davasından sonra bakiye alacak için ek davanın açılmayacağına ilişkin kararları için bkz: Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 29 Haziran 2021 Tarihli ve E.2021/5275, K.2021/11008 Sayılı Karar; Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 2 Mart 2022 Tarihli ve E.2022/2012, K.2022/2778 Sayılı Karar; Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 29 Haziran 2021 Tarihli ve E.2021/5273, K.2021/11010 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 22.09.2024); Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 4 Temmuz 2023 Tarihli ve E.2023/10383, K.2023/10391 Sayılı Karar; Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 15 Ocak 2021 Tarihli ve E.2021/12403, K.2021/16585 Sayılı Karar, (www.kazanci.com.tr, E. T. 22.09.2024). Yargıtayın aksi yönde kararı için bkz: Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi, E.2019/4819, K.2020/2469; “*Belirsiz alacak ve tespit davasının, kısmi eda hükmünün kesin hüküm teşkil ettiğinden şüphe yoktur. Tespit bölümünde ise tespit davası açılması halinde kesin hüküm teşkil ettiği açık olmakla birlikte ek dava niteliğindeki iş bu yargılamaya konu eda davasında davanın niteliği itibarıyla farklılık arz etmesi nedeniyle kesin hüküm teşkil etmeyeceği açık olup davalı vekilinin kesin hüküm nedeniyle davanın reddine ilişkin istinaf nedenleri yerinde görülmemiştir.*” Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 19 Haziran 2019 Tarihli ve E.2019/600, K.2019/1030 Sayılı Karar, www.lexpera.com.tr, E.T. 21.09.2024).

[52] “*Belirsiz alacak davasında davacı, alacağının tam ve kesin olarak belirlenmesinden sonra HMK 107. maddesine dayalı olarak bir kez alacağını artırabilir. Ayrıca davasını HMK 176. ve devamı maddelerine göre bir kez de ıslah edebilir.*” Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, 28 Haziran 2021 Tarihli ve E.2021/2137, K.2021/3747 Sayılı Karar, (www.kazanci.com.tr, E. T. 21.09.2024).

[53] “*... davacı vekili tarafından alacak miktarlarını belirlemek amacıyla süre talep edildiği halde mahkemece davacı tarafa geçici talep sonucunu kesin talep sonucuna dönüştürmesi için süre verilmediği anlaşılmış olup, belirsiz alacak davasında alacağın tamamı dava konusu yapıldığı ve belirsiz alacak davasına konu edilen alacaklar bakımından ek dava açılmayacağı düşünüldüğünde, mahkemece*

Burada değinilmesinde fayda olacak bir diğer husus ise, derdestlik (ve kesin hüküm) durumudur. Zira bakiye alacak için ek dava, ya belirsiz alacak davası sonuçlandıktan sonra yeni bir dava olarak ya da belirsiz alacak davası devam ederken ayrı bir dava şeklinde açılabilir. Bu durumda, ek dava ile belirsiz alacak davası arasındaki ilişki, kesin hüküm (HMK m. 303) ya da derdestlik dava şartı engeline takılacaktır. Dolayısıyla, bakiye alacak için açılacak olan ek dava ile belirsiz alacak davası arasındaki ilişki ya derdestlik ya da kesin hüküm (HMK m. 303) dava şartı engeli olacaktır<sup>[54]</sup>.

Belirsiz alacak davasında, dava konusu alacağın belirli hale gelmesinden sonra aynı davada talep artırımı yoluyla değil de ayrı bir dava olarak (ek dava) bakiye alacak ileri sürülebilmesi hususunda yasal bir düzenleme mevcut olmadığından, bu eksiklik (belirsizlik), doktrindeki görüş ve yargı kararlarıyla doldurulmaktadır. Belirsiz alacak davası bakımından derdestlik hususu, sadece dava konusu yapılan geçici talep için değil, alacağın tamamı için söz konusu olmaktadır<sup>[55]</sup>. Derdestlik dava şartı engeli nedeniyle, belirsiz alacak davası devam ederken bakiye alacak için ayrı (ek) bir dava açıl-

---

*HMK. m. 107 uyarınca davacı vekiline kesin talep sonucunu belirtmesi için süre verilmemesi hukuki dinlenilme hakkının kısıtlanmasına yol açar.”* Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 15 Aralık 2021 Tarihli ve E.2021/12403, K.2021/16585 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 21.09.2024).

[54] “... belirsiz alacak davası türünde dava açılması durumunda alacağın tamamı dava konusu edildiğinden aynı dava konusu ile ilgili ek dava açılması halinde derdestlik dava şartı söz konusu olur.” Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 2 Mart 2022 Tarihli ve E.2022/2012, K.2022/2778 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 17.09.2024).

[55] “... maddi tazminat alacağının bilinir hale geldiği 07/12/2016 tarihli hesap raporunun akabinde davacı vekilinin 08/12/2016 tarihli talep artırımı dilekçesiyle maddi tazminat istemini neticeten 51.663,88 TL'ye arttırdığı dikkate alınarak, davacının yeniden talep artırımında bulunamayacağı ve kısmi dava niteliğinde olmayan davada ek davasının da dinlenemeyeceği...” Yargıtay Yirmi Birinci Hukuk Dairesi, 13 Mayıs 2019 Tarihli ve E.2018/5344, K.2019/3642 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 24.09.2024).

lamaz<sup>[56]</sup>. Bu hususa ilişkin doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, davacı talep artırımı dilekçesi yerine ek bir dava açarsa, bu (ek) dava derdestlikten değil; hukukî yarar yokluğundan reddedilmelidir. Zira davacının belirsiz alacak davasında talep artırımı yoluyla aynı sonuca varması, dava yoluyla varmasından daha kolaydır. Dolayısıyla, davacının bakiye alacak için ek dava açarak ek dava ve belirsiz alacak davalarının birleştirilmesini istemesi, hukuki yarar şartının yokluğu sonucunu doğurur<sup>[57]</sup>. Kanaatimizce, her durumda bu sonuca varmak mümkün olamayacaktır. Zira süresinde talep artırımı dilekçesinin verilememesi durumunda, açılan ek davanın her zaman hukuki yarardan reddedileceği söylenemez. Bu nedenle, ek davanın derdestlik dava şartı sebebiyle reddedilmesi, daha kesin bir yol olacaktır.

## B) TALEP ARTIRIMIN NE ZAMAN ve KAÇ KEZ YAPILABİLECEĞİ HUSUSU

7251 sayılı Yasa ile belirsiz alacak davasına ilişkin HMK m. 107’de yapılan değişiklikle, tahkikat sonucu (genel olarak bilirkişi incelemesi neticesinde) alacağın tam ve kesin olarak belirli hale gelmesi ya da karşı tarafın sunmuş olduğu bilgi veya belgeler ile alacağın belirli hale gelmesinden sonra hâkimin davacı tarafa alacağını belirli hale getirmesi için iki haftalık süre vermesi zorunluluğu getirilmiştir<sup>[58]</sup>. Böylelikle, dava devam ederken ala-

[56] Budak ve Karaaslan, op.cit., s.162; Tanrıver, *Usul*, op.cit., s.649. “Ayrıca belirsiz alacak davası türünde dava açılması durumunda alacağın tamamı dava konusu edildiğinden aynı dava konusu ile ilgili ek dava açılması halinde derdestlik dava şartı söz konusu olur.” Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 2 Mart 2022 Tarihli ve E.2022/2012, K.2022/2778 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 24.09.2024).

[57] İbrahim Ermenek, *Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2014, s.311.

[58] Değişiklik öncesi HMK m. 107’deki düzenleme uyarınca tahkikat sona erinceye kadar dava açılırken gösterilen geçici talep artırılabilirken; ilgili 7251 sayılı Yasa değişikliğinden sonra artık alacağın tam ve kesin belirli hale gelmesinden sonra hâkim tarafından verilen iki haftalık kesin süre içerisinde talep artırımı yapılabilmektedir (HMK m. 107/2). Değişiklik öncesi doktrin ve yargı kararlarında dava konusu

cağın tam ve kesin olarak belirli hale gelmesinden itibaren hâkim, davacı tarafa alacağını belirli hale getirmesi için iki haftalık kesin süre verildiğini ihtar eder (HMK m. 107). HMK m. 107’de yapılan değişikliklerle, belirsiz alacak davasında talep artırımının ne zaman yapılacağı konusundaki doktrin ve yargı kararlarında süregelen tartışmaların giderilmesi amaçlanmıştır<sup>[59]</sup>.

HMK m. 107’de davacının belirsiz alacak davasında talep artırımını sadece bir kez yapacağına (ya da kaç kez yapacağına) dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir<sup>[60]</sup>. Buna karşın, HMK m. 107’de her ne kadar davacının yargılama esnasında<sup>[61]</sup> sadece bir kez talep artırımı yapabileceği düzenlenmemişse de doktrin ve yargı kararlarında talep artırımın sadece bir kez yapılabileceği istikrarlı bir şekilde kabul edilmektedir<sup>[62]</sup>. Doktrin-

alacak miktarının tam ve kesin olarak belirlendiği an ve buna bağlı olarak talep artırımın yapılacağı an tartışma konusuydu. HMK m. 107/2’deki yapılan değişikliklerle, alacağın miktar (veya değerinin) tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün hale geldiğinin mahkemece tespitinden sonra hâkim, davacıya talebini tam ve kesin olarak belirlemesi için iki haftalık kesin süre vermektedir.

[59] “7251 Sayılı Kanun ile 107. maddede yapılan değişiklikler Dairemizce şartları mevcut olan belirsiz alacak davasında yapılan yargılama ile alacağın belirli hale gelmesi durumunda hâkimin geçici talep sonucunu kesin talep sonucuna dönüştürmesi için alacaklıya süre vermesi gerektiği yönünde değerlendirilmiştir.” Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 2 Mart 2022 Tarihli ve E.2022/2012, K.2022/2778 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 24.09.2024).

[60] HMK m. 107’nin gerekçesinde, talep artırımın bir kez yapılabileceği ve ikinci kez yapılacak talep artırımın iddiayı genişletme yasağına aykırı olacağı belirtilmiştir. “HMK’nun 107. maddesinin gerekçesine göre, alacak belirli hale geldiğinde artırım, sadece bir kez yapılabilir. İkinci kez artırım yapılmak istenirse, iddianın genişletilmesi yasağı ile karşı karşıya kalınır.” Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 11 Şubat 2020 Tarihli ve E.2016/13162, K.2020/1860 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 17.09.2024).

[61] Belirtmek gerekir ki, belirsiz alacak davasına ilişkin istinaf aşamasında yapılan tahkikat süresince de talep artırım talebinde bulunulabilir.

[62] Pekcanitez, Atalay ve Özkes, op.cit., s.229.

deki görüş ve Yargı içtihatlarına göre, davacıya (talep sahibine) tanınan talebin artırılması hakkı bir sefer kullanılabilir<sup>[63]</sup>. Dolayısıyla, istikrar kazanan bu görüşe göre, davacının talep artırımını birden fazla yapması halinde (ıslah hakkı saklı kalmak şartıyla), ‘iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi’ yasağı<sup>[64]</sup> ile karşılaşılacağı kabul edilmektedir<sup>[65]</sup>. Kanaatimizce de bu görüş ve Yargıtay uygulaması yerindedir. Zira talep artırım hakkının birden fazla kullanılması, hem belirsiz alacak davasının yasal düzenleniş amacından uzaklaşılmasına hem de yargılama düzeninin ve taraflar arasındaki dengenin bozulmasına sebep olacaktır.

Belirsiz alacak davasında yalnızca bir kez talep artırımının yapılabilmesi hususu, mutlak nitelikte değildir ve yasa koyucu tarafından emredici nitelikte bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır. Dolayısıyla şartların mevcut olması durumunda ve dürüstlük kuralına aykırı olmayacak şekilde daha sonra gerçekleşen durumlar nedeniyle davacı (talep eden) ikinci defa talep

[63] “...davacıların maddi tazminat istemlerinin 22.09.2018 tarihli raporla bilindir hale gelmesi akabinde taleplerini arttırmış olmasına göre davacılar vekilinin ilk talep artırım dilekçesine itibarla karar verilmesi gerekirken ikinci talep artırım dilekçesine itibarla karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.” Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi, 11 Şubat 2021 Tarihli ve E.2020/7981, K. 2021/9679 Sayılı Karar, (www.kazanci.com.tr, E.T. 17.09.2024).

[64] “Belirsiz alacak davasında yapılan yargılama sırasında alacağın miktarının tam olarak belirlenmesi ile davacı talebini iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın artırbilecektir. Alacağın belirli hale gelmesi sonrasında ortaya çıkan yeni talep eksik belirtilirse davacının bundan sonraki yeni artırma isteği iddianın genişletilmesi yasağıyla karşılaşacaktır.” Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, 28 Haziran 2021 Tarihli ve E.2021/2137, K.2021/3747 Sayılı Karar; Yirmi Birinci Hukuk Dairesi, 13 Mayıs 2019 Tarihli ve E.2018/5344, K.2019/3642 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 17.09.2024).

[65] Pekcanitez, Atalay ve Özkes, op.cit., s.230; Bu husus, bu duruma ilişkin bir Yargıtay kararında açıkça belirtilmiştir “Belirsiz alacak davasında davacı, alacağının tam ve kesin olarak belirlenmesinden sonra HMK 107. maddesine dayalı olarak bir kez alacağını artırmaz.” Yargıtay On Yedinci Hukuk Dairesi, 14 Ekim 2019 Tarihli ve E.2017/1017, K.2019/9303 Sayılı Karar, (www.kazanci.com.tr, E.T. 17.09.2024).

artırımı yapabilir. Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur<sup>[66]</sup>. Ayrıca dava konusu alacağın tam ve kesin olarak belirli hale gelmesi, bozma kararı sonrası gerçekleşmişse, bozma kararından sonra da talep artırımı dilekçesi verilerek talep artırılabilir<sup>[67]</sup>.

Davacının bir davada talep artırımını sadece bir kez yapılabilmesi hususu, ihtiyari dava arkadaşlığı (HMK m. 57), davaların yığılması (HMK m. 110) ve davaların birleştirilmesi (HMK m. 166) bakımından uygulanmaz. Her ne kadar bu üç durumda, tek bir dava dosyasında birden fazla talep gibi görünse de esasen her birisi bağımsız dava olduğundan<sup>[68]</sup>, genel kural geçerliliğini korur. Bu nedenle, talep artırımı dilekçesi her bir bağımsız talep için ayrı ayrı yapılabilir. Yargıtay da bu hususta benzer yönde kararlar vermiştir<sup>[69]</sup>.

Belirsiz alacak davasında talep artırımının yalnızca bir kez yapılabilmesi, davacının ıslah hakkını ortadan kaldırmaz. Islah hakkından bağımsız olarak kullanılabilen talep artırımı dilekçesi, ıslah hakkının kullanılması-

[66] Örneğin, Ek bilirkişi raporundan sonra daha önce talep artırımı dilekçesi veren alacaklının yeni (ikinci) bir talep artırımı dilekçesi verebileceğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21 Haziran 2023 Tarihli ve E.2022/795, K.2023/641 Sayılı Kararı; Bu hususa ilişkin benzer Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 8 Mart 2022 Tarihli ve E.2020/9-605, K.2022/264 Sayılı Kararı, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), (E. T. 22.08.2024).

[67] Bu hususa ilişkin Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15 Haziran 2021 Tarihli ve E.2019/467, K.2021/775 Sayılı Kararı, ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), E.T. 20.09.2024).

[68] S. Serhat Kırtıloğlu, “Medeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi”, *EÜHFD*, Cilt 18, Sayı 3–4, 2014, s.133-172, s.152.

[69] Örneğin, “HMK m. 176 gereği ıslah yapmak hakkı da mevcuttur. Mahkemece davacının ıslah dilekçesi esas alınarak bir karar vermek gerekirken bedel artırımı dilekçesini ıslah dilekçesi olarak kabul ederek bu dilekçedeki talep gibi karar verilmesi ve ikinci dilekçe olan ıslah dilekçesinin dikkate alınmaması doğru görülmemiştir.” Yargıtay On Yedinci Hukuk dairesi, 14 Ekim 2019 Tarihli ve E.2017/1017, K.2019/9303 Sayılı Kararı, ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), E. T. 24.08.2024).

na engel teşkil etmez. Dolayısıyla, belirsiz alacak davasında davacı hem talep artırımı hakkını hem de ıslah hakkını aynı dava içerisinde serbestçe kullanabilir<sup>[70]</sup>. Davacının belirsiz alacak davasında talep artırımını yapmadan önce veya talep artırımı hakkını kullandıktan sonra ıslah yapabileceği, Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir<sup>[71]</sup>. Ayrıca belirsiz alacak davası devam ederken alacağın belirli hale gelmesinden sonra talep artırımı için verilen (kesin) süre içerisinde talep artırımını yapmayan davacı, tahkikat sona erinceye kadar ıslah hakkını kullanarak talep sonucunu arttırabilir<sup>[72]</sup>.

### C) BELİRSİZLİK ALACAK DAVASINDA HUKUKİ YARAR MESELESİ

Hukuki yarar (HMK m. 114/1-h) genel olarak, hukuki koruma isteyen kişinin bu korumayı almasını gerektirir bir hakkının olması, mahkeme kararına ihtiyaç duyuyor olması ve davacının başka bir yol ile hakkına ulaşmasının mümkün olmaması olarak tanımlanmıştır<sup>[73]</sup>. Dava şartları, dava açılırken mevcut olması gerektiği gibi dava devam ederken de mevcut olması gerektiğinden, tamamlanabilir/giderilebilir bir dava şartı eksikliğinin olması durumunda hâkim, bu eksikliğin giderilmesi için bir haftalık

[70] “... Ayrıca davasını HMK 176. ve devamı maddelerine göre bir kez de ıslah edebilir.” Yargıtay On Yedinci Hukuk dairesi, 14 Ekim 2019 Tarihli ve E.2017/1017, K.2019/9303 Sayılı Kararı, (www.kazanci.com, E. T. 22.09.2024).

[71] Bu hususa ilişkin Yargıtay kararları için bkz: Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk dairesi, 25 Kasım 2019 Tarihli ve E. 2019/6528, K. 2019/21446 Sayılı Kararı; Yargıtay On Yedinci Hukuk dairesi, 14 Ekim 2019 Tarihli ve E.2017/1017, K.2019/9303 Sayılı Kararı, www.kazanci.com, (E. T. 22.09.2024).

[72] “... belirsiz alacak davası açılması durumunda yapılacak talep artırımı, ıslah olarak nitelendirilemeyeceğinden istinaf aşamasında talep artırımı yapılabilir. Antalya BAM 11.HD., E.2017/940, K.2018/358; “Belirsiz alacak davasında bozmadan sonra “talep artırımı dilekçesi” ile talep sonucu arttırılabilir. Hukuki niteliği itibarıyla talep artırımı işlemi ıslah değildir. Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk dairesi, 25 Kasım 2019 Tarihli ve E. 2019/6528, K. 2019/21446 Sayılı Kararı, (www.kazanci.com.tr, E. T. 22.09.2024).

[73] Budak ve Karaaslan, op.cit., s.175; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, op.cit., s.216.

kesin süre verir (HMK m. 115).

Belirsiz alacak davasında davacının dava açmasındaki hukuki yararı, davanın açıldığı tarihte mevcut olmalıdır<sup>[74]</sup>. Zira hukuki yarar dava şartı eksikliği dava devam ederken giderilebilecek bir dava şartı eksikliği olmadığından, yargılamanın başından sonuna kadar var olması gerekir. Belirsiz alacak davasında hukuki yarar dava şartının mevcut olması gerektiği madde gerekçesinde belirtilmiştir<sup>[75]</sup>. Alacaklının belirsiz alacak davasını açabilmesi için dava konusu alacağı/dava değerini tam ve kesin olarak bilememesi veya objektif olarak bilemeyecek durumda olması gerekir. Dolayısıyla dava tarihinde dava konusu alacak/dava değeri davacı tarafından biliniyor veya objektif olarak bilinebilir bir durum mevcutsa, belirsiz alacak davasının açılmasında hukuki yarar söz konusu olmayacaktır<sup>[76]</sup>.

Gerek doktrin gerekse Yargıtay kararlarında belirsiz alacak davasına ilişkin önemli tartışmalardan birisi de belirsiz alacak davası olarak açılmayan bir davanın belirsiz alacak davası olarak açılması durumunda, mahkemenin ne şekilde hareket etmesi gerektiğidir. Bu tartışmanın temelinde, belirsiz alacak davasının şartları olmadan açılması durumunda, hukuki yarar yokluğu nedeniyle hemen usulden ret kararının mı verileceği; yoksa belirsiz alacak davasının kısmi davaya dönüşüp bu şekilde devamına karar verileceği hususu yatmaktadır.

Belirsiz alacak davası olarak açılmayacak bir davanın belirsiz alacak da-

[74] Pekcanitez, Atalay ve Özkes, op.cit., s.216.

[75] HMK m. 107 Madde Gerekçesi.

[76] Aslan, Akyol Aslan ve Kiraz, op.cit., s.976 vd. "... dava konusu kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fark aylık ücret ve ikramiye alacaklarının gerçekte belirlenebilir alacaklar olduğu ve dolayısıyla belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri anlaşılmakla, anılan talepler yönünden hukuki yarar yokluğundan davanın usulden reddi gerekirken ...", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18 Mart 2021 Tarihli ve E.2019/742, K.2021/419 Sayılı Kararı, (www.legalbank.net, E.T. 18.09.2024).

vası olarak açılması durumunda, Yargıtay eskiden mahkemenin başkaca bir işlem yapmadan doğrudan dava şartı (hukuki yarar) eksikliği nedeniyle usulden ret kararı vermesi gerektiği görüşündeydi<sup>[77]</sup>. Fakat Yargıtay, yakın tarihli kararlarında bu görüşünden vazgeçerek (şartları varsa) davanın kısmi davaya dönüştürülerek kısmi dava olarak görülmesi gerektiği, dolayısıyla, mahkemece doğrudan usulden ret kararının verilmemesi gerektiği görüşündedir<sup>[78]</sup>. Eski kararlarının<sup>[79]</sup> aksine, Yargıtay, artık usulden ret yerine mahkemenin (şartları varsa) davaya kısmi dava olarak devam etmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir<sup>[80]</sup>.

[77] Örneğin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17 Haziran 2015 Tarihli ve E.2015/22-1052, K.2015/1612 Sayılı Kararı; Yargıtay Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 5 Mayıs 2015 Tarihli ve E.11568/16824 Sayılı Karar; Yirmi İkinci Hukuk Dairesi, 20 Ekim 2014 Tarihli ve E.20845/28186 Sayılı Karar, (www.kazanci.com.tr, E.T. 18.09.2024).

[78] “... davacı davasının belirsiz alacak davası olduğunu mahkemeye bildirmiş olmakla birlikte belirsiz alacak davasının koşulları bulunmuyor ve fakat kısmi dava açılabilmesi mümkün ise, bu durumda, mahkemece, açılmış olan dava, doğrudan bir ara kararıyla bir kısmi dava olarak nitelendirilmek suretiyle görülüp karara bağlanmalıdır.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16 Mayıs 2019 Tarihli ve E.2016/22-1166, K.2019/576 Sayılı Kararı, (www.kazanci.com.tr, E.T. 25.09.2024).

[79] Yargıtayın görüş değişikliğine gitmeden önce verdiği kararlara örnek karar için bkz: “... şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir.” Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi., 25 Mayıs 2021 Tarihli ve E.2021/5121, K.2021/9537 Sayılı Karar, (www.kazanci.com.tr, E.T. 25.09.2024).

[80] “Dava, dilekçede belirsiz alacak davası olarak adlandırılmış ise de; alacağın miktar ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesi mümkün olduğundan HMK’nın 107. maddesine göre belirsiz alacak davacı açılmayacağı, ancak belli bir miktar gösterilerek talepte bulunulduğundan davacının davasının HMK 109. maddesinde ifade edilen kısmi dava niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.” Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 25 Mayıs 2021 Tarihli ve E.2020/2618, K.2021/2642 Sayılı Karar, (www.kazanci.com.tr, E.T. 25.09.2024). Aksi yönde bir Yargıtay kararında ise, “... toplu iş sözleşmesinden kaynaklı talep konusu alacaklar belirsiz alacak değildir. Asıl davada dava konusu edilen ilave tediye dışındaki alacakların gerçekte belirlenebilir alacak olmaları ve belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri anlaşılmakla, hukuki yarar yokluğundan davanın usulden reddi gerekir. Her ne

Anayasa Mahkemesi de bu hususa ilişkin vermiş olduğu kararında<sup>[81]</sup>, “böyle bir durumda davanın usulden reddinin, mahkemeye erişim hakkının ihlali olduğuna” hükmüne yer vererek şartları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasının kısmi davaya dönüştürülmeyerek doğrudan usulden ret edilmesini mahkemeye erişim hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı, Yargıtay’ın görüş değişikliğine gitmesinde etkisi olan ve esasen bu hususa ilişkin tartışmalara da son noktayı koyan bir karar niteliğindedir. Kanaatimizce, şartları oluşmadan açılan belirsiz alacak davası, kısmi davaya dönüştürülerek görülmelidir. Zira mahkemeye erişim hakkı, usul ekonomisi ve hâkimin hukuku resen uygulama ilkeleri gibi yargılama hukukunun temel prensipleri açısından, davanın doğrudan usulden reddi yerine kısmi dava olarak sürdürülmesi daha isabetlidir.

#### **D) BELİRSİZ ALACAK DAVASINDA ZAMANAŞIMI VE FAİZ HUSUSU**

Belirsiz alacak davası bakımından önem arz eden bir diğer husus dava konusu yapılan alacak bakımından zamanaşımının ne zaman ve hangi miktar için kesildiği ve faizin hangi tarihten itibaren işletileceğidir. Belirsiz alacak davasını uygulamada avantajlı kılan ve kısmi davadan ayıran en önemli özellikler, zamanaşımı ve faiz konularıdır<sup>[82]</sup>. Bu iki husus, belirsiz

---

*kadar davacı 03.01.2017 tarihli dilekçesi ile, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 107/2 gereğince dava değerini arttırdıklarını, ayrıca 11.04.2017 tarihli dilekçesi ile de Hukuk Muhakemeleri Kanunu 176. madde gereğince davayı ıslah ederek belirsiz alacak davasını eda davası olarak ıslah ettiklerini bildirmiş ise de; belirsiz alacak davasının ıslah yolu ile eda davası haline dönüştürülmesi mümkün değildir.” Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 20 Ocak 2021 Tarihli ve E.202/4444, K.2021/1729 Sayılı Karar, (www.kazanci.com.tr, E.T. 25.09.2024).*

[81] Anayasa Mahkemesi, 8 Haziran 2023 Tarihli ve 2019/17969 Sayılı Kararı, (kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, E.T. 26.09.2024).

[82] Davanın açılmasının maddi hukuka ilişkin sonuçlarından olan zamanaşımının kesilmesi ve faizin işletilmesi hususları medeni yargılama hukuku bakımından önemli konulardandır.

alacak davasının tercih edilme nedenlerinin başında gelmektedir. Davacıya diğer dava türlerine kıyasla önemli avantajlar sağlaması nedeniyle, 2011 yılında 6100 sayılı HMK ile ilk kez yasada düzenlenen belirsiz alacak davası, getirdiği en önemli yeniliklerden biri olmuştur. Kısmi davayla birçok yönden benzerlik gösteren belirsiz alacak davasının farklı yönlerinden olan bu hususlarına dikkat çekmek için değinmemizde fayda olacağını düşünmekteyiz<sup>[83]</sup>.

Belirsiz alacak davasında sadece dava konusu edilen asgari tutar (geçici talep) için değil; dava konusu edilen tüm alacak için dava tarihinden itibaren zamanaşımı kesilir<sup>[84]</sup>. Belirsiz alacak davasının düzenlendiği yasal metinde her ne kadar zamanaşımının tüm alacak bakımından dava tarihinden itibaren kesileceği belirtilmese de hem doktrin hem de Yargıtay kararlarında bu hususta görüş birliği mevcuttur. Zira belirsiz alacak davası tüm alacak için açıldığından, zamanaşımı da dava tarihinde tüm alacak için kesilecektir. HMK’de belirsiz alacak davası düzenlenmeden önce bu husus davacı bakımından büyük dezavantajlar getirmekteydi. Ayrıca yüksek miktarlı davalar açmak zorunda kalıp davası reddedildiğinde fazla yargılama giderleri ödemek zorunda kalınıyordu ya da kısmi dava açılıp ıslah ile dava miktarı arttırıldığında, arttırılan kısım için ıslah tarihinden itibaren zamanaşımı kesilmiş sayıldığından<sup>[85]</sup> hak kayıplarına sebep olunmaktay-

[83] Kısmi dava bakımından sadece dava konusu yapılan alacak miktarı için zamanaşımı dava tarihinden itibaren kesilir ve aynı şekilde sadece dava konusu yapılan alacak için faiz dava tarihinden itibaren işletilir. Bunun yanında kısmi davada ıslah ile dava konusu alacak arttırıldığında, arttırılan kısım için zamanaşımı ıslah tarihinde kesilir ve faiz de ıslah tarihinden itibaren işletilir. Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s.296 vd.; Budak ve Karaaslan, op.cit., s.158; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, op.cit., s.1002.

[84] Simil, op.cit., s.93; Budak ve Karaaslan, op.cit., s.158; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, op.cit., s.1020; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 6. Baskı, 2020, s.295; Tanrıver, *Usul*, op.cit., s.608.

[85] Erdem, op.cit., s.296 vd.

dı. Davacı bakımından bu zararların ve dezavantajların giderilmesi için belirsiz alacak davası hem davacı hem de yargılama hukuku bakımından önemli bir avantaj sağlamaktadır<sup>[86]</sup>.

Belirsiz alacak davasında zamanaşımı hususuna ilişkin zikrettiğimiz durumlar, faiz hususu için de geçerlidir. Kısmi dava ile dava konusu yapılan kısım için faiz dava tarihinden itibaren işletilmekte; ıslah ile artırılan kısım için ıslah tarihinden itibaren faiz işletilmekte ve bu durum davacının daha az faiz alacağı almasına sebep olmaktadır. Buna karşın, belirsiz alacak davasında, sadece dava konusu yapılan asgari tutar (geçici talep) için değil; tüm alacak için dava tarihinden itibaren faiz işletilmektedir<sup>[87]</sup>. Zamanaşımı hususunda olduğu gibi belirsiz alacak davasında da faizin tüm alacak için dava tarihinden itibaren işlemeye başlayacağına ilişkin yasal düzenleme olmamasına rağmen doktrin ve Yargı kararlarında görüş birliği mevcuttur<sup>[88]</sup>. Kanımızca da belirsiz alacak davası bütün alacak için açılan bir

[86] Belirsiz alacak davasında zamanaşımı tüm alacak için dava tarihinden itibaren kesilmiş sayıldığından, dava tarihinde dava konusu yapılmayan bakiye alacak için dava devam ederken talep artırımı (veya ıslah) ile dava konusu yapılan kısım için zamanaşımına uğrama riski de bertaraf edilmiş olunmaktadır. Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, op.cit., s.1020.

[87] Pekcanitez, *Belirsiz alacak davası*, op.cit., s.59; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, op.cit., s.233. Talep artırımı dilekçesinde davacı faiz talebinde bulunmamış olsa dahi yine tüm alacak miktarı için dava tarihinden itibaren faizin işletilmesi gerekir. Karamercan, op.cit., s.88.

[88] Pekcanitez, Atalay ve Özkes, op.cit., s.233; Tanrıver, *Usul*, op.cit., s.609; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, op.cit., s.1021; Simil, op.cit., s.346. Belirtmek gerekir ki doktrinde aksi yönde görüşte, temerrüt faizi bakımından artırılan kısım için temerrüt faizi talebin artırıldığı tarihte; dava konusu yapılan geçici talep için ise dava tarihinden itibaren faizin işletileceği belirtilmiştir. Zira artırılan kısım için henüz ihtar şartı gerçekleşmediğinden dava tarihinden işletilemeyecektir. Budak ve Karaaslan, op.cit., s.159. Yargıtay kararlarında da doktrindeki genel görüşle paralel olarak kararlar verilmektedir. Örneğin, "... dava belirsiz alacak davası olduğuna göre, bu davanın açılması ile doğacak olan maddi ve şekli hukuk sonuçlarının (zamanaşımının kesilmesi ve diğerleri) bu dava için de geçerli olması gerektiğinden mahkemece talep

dava olduğundan, sadece dava tarihinde alacağın tam ve kesin bir şekilde belirlenememesi sebebiyle asgari bir tutarın dava dilekçesinde gösterilmesi durumu söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla alacağın tamamı için (borçlu daha önce temerrüde düşürülmemişse)<sup>[89]</sup> dava tarihinden itibaren faizin işletilmesi gerekmektedir<sup>[90]</sup>. Ayrıca bu duruma engel bir yasal düzenleme de mevcut değildir.

## E) MANEVİ TAZMİNAT TALEPLERİNİN BELİRSİZ ALACAK DAVASINA KONU OLUP OLAMAYACAĞI HUSUSU

Belirsiz alacak davası bakımından doktrin ve yargı kararlarında tartışılan bir diğer husus, manevi tazminat taleplerinin bu davaya konu yapıp

*artırım dilekçesi ile artırılan miktarlar dâhil olmak üzere ihbar tazminatı, ikramiye, fazla çalışma ile ulusal ... ve genel tatil ücreti alacakları tutarının tamamına dava tarihinden itibaren faiz işletilmesi doğru bulunmuştur.”* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu., E.2020/9-1, K.2021/931 Sayılı Karar, (www.kazanci.com.tr, E.T. 30.09.2024).

- [89] Örneğin, haksız fiilde veya borçlunun kötü niyetli olduğu sebepsiz zenginleşme durumlarında temerrüt faizi haksız fiilin veya sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte işlemeye başlar. Budak, *Belirsiz alacak davası*, s.85; Budak ve Karaaslan, op.cit., s.159; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, op.cit., s.233. İslah veya talep artırım dilekçesiyle belirsiz alacak davasında talep artırımını yapılırken faizin de ayrıca talep edilmiş olması şart değildir. Dolayısıyla dava dilekçesinde asgari tutar belirlenirken faiz talep edilmişse dava dilekçesinde, bu talep tüm alacağı kapsar bir talep niteliğinde olduğu Yargıtay kararlarında istikrarlı bir şekilde kabul edilmektedir. Örneğin, “Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunca 24.05.2019 günü yapılan toplantıda: “*Bir miktar para alacağının faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesinin talep edildiği kısmi davada, dava konusu miktarın kısmi ıslahla faiz talebi belirtilmeksizin arttırılması halinde, arttırılan miktar bakımından dava dilekçesindeki faiz talebine bağlı olarak faize hükmedileceği*” yönünde karar verilmiş olup, böylece ıslahta sadece miktarın artırılması yeterli olup, dava dilekçesindeki faiz istemi ıslahı da kapsayacağından...”. Yargıtay Dokuzuncu Hukuk Dairesi, 14 Haziran 2021 Tarihli ve E.2021/5974, K.2021/10196 Sayılı Karar, (www.lexpera.com.tr, E.T. 19.09.2024).

- [90] Hakan Pekcanitez, “İşçilik Alacaklarında Belirsiz Alacak Davası”, in *Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı*, 1.İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, Seçkin Yayınları, 1.Baskı, 2016, s.224.

yapılamayacağıdır<sup>[91]</sup>. Bu tartışmanın temelinde manevi tazminat talebinin niteliği, bölünmezliği ve bu tazminatın tek seferde toplu olarak talep edilebilirliği<sup>[92]</sup>, bu talepte esas belirleyici olanın yargılama neticesinde hâkimin takdirinin olması<sup>[93]</sup>, dava tarihinde hâkimin takdirinin ne yönde olacağı ve alacak (tazminat) miktarının belirlenememesi gibi birçok etken sebebiyle doktrinde farklı görüş ve değerlendirmeler mevcuttur<sup>[94]</sup>. Esasen

[91] Detaylı bilgi için bkz: Aybüke Basım, “Kısmi Dava, Belirsiz Alacak Davası Ve Manevi Tazminat Taleplerinin Bu Davalara Konu Olup Olamayacağı Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s.2685-2723, s.2685 vd..

[92] Belirtmek gerekir ki manevi tazminat taleplerinin bölünmezliği ve tek seferde toplu olarak talep edilebilirliği hususuna ilişkin tartışmalar esasen manevi tazminat talebinin kısmi dava şeklinde açılıp açılmayacağı ile ilgilidir. Fakat doktrinde manevi tazminat talebinin bölünmezliği ve tek seferde talep edilebileceği hususu belirsiz alacak davası bakımından da değerlendirme konusu yapılmıştır. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan Kitapevi, 2012, s.865; Simil, op.cit., s.377 vd.; Çil ve Kar, op.cit., s.113. Manevi zararın bölünmezliği sebebiyle bu taleplerin belirsiz alacak davası olarak açılmayacağına ilişkin görüşler için bkz: Süha Tanrıver, “Belirsiz Alacak Davası Ve Bu Bağlamda Uygulamada Yaşanan Güncel Sorunlar (Belirsiz Alacak Davası)”, *Türkiye Noterler Birliği Dergisi*, Sayı 2, 2015, s.3-38, s.24 vd.; Kılıçoğlu, op.cit., s.865.

[93] Özellikle de bedensel bütünlüğün (TBK m. 56) ve kişilik haklarının (TBK m. 58) zarara uğraması neticesinde açılan manevi tazminat taleplerin konu yapıldığı davalarda hâkimin geniş takdir yetkisi vardır. Tanrıver, Belirsiz Alacak Davası, *Türkiye Noterler Birliği Dergisi*, Sayı 2, 2015, s.3-38, s. 24. Bu hususa ilişkin detaylı bilgi için bkz: Süha Tanrıver, “Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Olarak Açılabilecek Olan Davaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Öngördüğü Dava Tipolojisi Bağlamında İrdelenmesi”, *Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi*, Ankara, 4-6 Nisan 2013; Büşra Kazmaz Tepe, “Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Tazminat Davalarının Dava Türleri Bakımından İncelenmesi”, *DEUFHD*, Cilt 22, Sayı 2, 2020, s.1123-1153.

[94] Zira manevi tazminat talepli davalarda manevi zarar miktarının belirlenmesi objektif ölçütlere göre değil; daha çok sübjektif ölçütlere göre hâkimin yapacağı değerlendirmeler neticesinde yapılmaktadır. Simil, op.cit., s.379; Basım, s.2709. Manevi tazminat davalarında uğranılan manevi zararın tutarının ne kadar olduğu hâkimin hükmü (kanaati) ile belirli hale geldiğinden ve dava tarihinde bu tutarın davacı

tahkikat sonucu belirli hale gelen ve dava tarihinde davacı tarafından belirlenemeyen alacaklar belirsiz alacak davasının konusunu teşkil ettiğinden (HMK m. 107), tahkikat neticesinde hâkimin takdiri ile belirlenen ve dava tarihinde davacının belirleyemediği manevi tazminat (alacak) talepleri belirsiz alacak davasının tipik örneği olarak akla gelmektedir<sup>[95]</sup>. Fakat HMK m. 107/2’de açıkça belirtildiği üzere, en geç tahkikat sonuna kadar ki süreçte alacağın belirli hale gelmesinden sonra davacının geçici talebini kesin talebe dönüştürmesi gerektiğinden, hâkimin takdiriyle ancak dava sonucunda (hükümle birlikte) manevi tazminat (alacak) miktarı tam olarak belirli hale gelmektedir. Dolayısıyla yargısal süreç bakımından manevi tazminat taleplerinin belirsiz alacak davasına konu yapıp yapılamayacağı tartışmalıdır<sup>[96]</sup>.

Manevi tazminat taleplerinin belirsiz alacak davasına konu olup ola-

tarafından belirlenememesi sebebinden ötürü manevi tazminat taleplerinin belirsiz alacak davasına konu yapılabileceği doktrinde belirtilmiştir. Simil, s.379; Pekcanitez, *Belirsiz Alacak Davası*, op.cit., s.82; İbrahim Ercan, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Belirsiz Alacak Davası”, *Medeni Usul Ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı*, İzmir, 2012, s.131.

[95] Ercan, op.cit., s.131. Özellikle hâkimin takdir yetkisiyle alacak miktarının kesin olarak belirlenmesi bakımından belirsiz alacak davasında dava tarihinde alacağın davacı tarafından belirlenememesi veya hukuki imkânsızlığın olması hususu önem taşıyan noktalardandır. Manevi tazminat davalarında davacının dava tarihinde alacağı kesin olarak belirleyemediği ancak hâkimin takdiriyle belirlendiği hususu dikkate alındığında, bu taleplerin belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi ilk başta akla gelmektedir. Basım, op.cit., s.2719 vd.

[96] Manevi tazminat davaları gibi zarar miktarının takdirinin hakimde olduğu durumlarda belirsiz alacak davasının açılmayacağı görüşü için bkz: Budak ve Karaaslan, op.cit., s.160; Karaaslan, op.cit., s.39 vd.; Budak, op.cit., s.84; Tanrıver, *Usul*, op.cit., s.657; İhsan M. Darende, “Belirsiz Alacak Davası-Kısmi Dava İlişkisi”, *Leges Hukuk Dergisi*, Sayı 25, 2012, s.11-26, s.24; Murat Yavaş, “Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2) Seminer- Mayıs 2012, *Kadir Has Üniversitesi Yayınları*, 2012, s.555-81, s.65; Basım, op.cit., s.2721. Buna karşın manevi tazminat taleplerinin belirsiz alacak davasına konu yapılabileceği görüşü için bkz: Kuru, s.437; Pekcanitez, *Pekcanitez Usul*, op.cit., s.1024.

mayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre, hâkimin manevi tazminat talebine ilişkin görüşünü (hükümünü) daha önceki bir aşamada (hükümden önce) taraflara açıklamasıyla (hem talep artırımı hem de savunma hakkı tanınarak) manevi tazminat talepleri belirsiz alacak davasına konu yapılabilir<sup>[97]</sup>. Diğer bir görüş ise, davacının gösterdiği asgari talep tutarının artırılması beklenmeden, hâkimin kendiliğinden takdir ettiği tazminat miktarı üzerinden hüküm verebileceğini savunmaktadır<sup>[98]</sup>. Bu iki görüşe göre, bu çözüm önerileri ile manevi tazminat taleplerinin belirsiz alacak davasına konu yapılabilmesi mümkündür.

Ancak kanaatimizce, bu iki çözüm önerisi de yargılama hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. İlk görüşte ifade edilen, hâkimin hükümden önce alacak miktarını belirleyerek taraflara açıklaması, HMK m. 36/1'e göre hâkimin reddi sebebi oluşturmaktadır<sup>[99]</sup>. Zira yasal dayanak olmaksızın hâkimin görüşünü açıklaması hukuka aykırıdır<sup>[100]</sup>. İkinci görüşte savunulan, hâkimin davacının belirlediği geçici talep miktarını artırmasını beklemezsizin kendiliğinden kesin bir tazminat tutarına hükmetmesi ise, HMK m. 26'da düzenlenen taleple bağlılık ilkesi ve taraflarca

[97] Ercan, op.cit., s.138.

[98] Çil ve Kar, op.cit., s.113. Bu görüşe göre, davacı dava açarken geçici bir değer (talep) belirtmekte fakat tahkikat sonucu tam ve kesin olarak belirli hale gelecek tutara hükmedilmesini esasen talep etmektedir. Dolayısıyla, hâkim tarafından davacının talebi olmaksızın geçici talepten fazlasına hükmetmesi taleple bağlılık ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir.

[99] Varol Karaaslan, "Manevi Tazminat Davaları Belirsiz Alacak Davası Şeklinde Açılabilir Mi?", *Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, Cilt 10, Sayı 29, 2014/3, s.39-59, s.53; Darendе, s.24 vd. Hakimin bu şekilde davranması, tarafa yol göstermesi anlamına geleceğinden hakimin reddi gündeme gelebilecektir. Nedim Meriç, "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü", *DEÜHFD*, Cilt 11, Özel Sayı, 2009 (Basım Yılı: 2010), s.411.

[100] Darendе, op.cit., s.24 vd..

getirilme ilkesine açıkça aykırıdır<sup>[101]</sup>. Ayrıca belirsiz alacak davasında dava esnasında geçici talebin artırılarak kesin talebe dönüştürülmesi hâkimi değil; tarafları ilgilendiren bir durum olup bunun aksinin kabulü HMK m. 107'deki yasal düzenlemeye de aykırılık teşkil edecektir<sup>[102]</sup>. Bu sürecin hâkim tarafından kendiliğinden yürütülmesi, HMK m. 107'de yer alan düzenlemeyle çelişecektir. Nitekim bu hükme göre, davacı alacağın belirli hale gelmesinden sonra verilen süre içinde talep artırımında bulunmazsa, hâkim ancak başlangıçta belirtilen geçici talep tutarı üzerinden hüküm verecektir<sup>[103]</sup>. Dolayısıyla, hâkimin kendiliğinden talep artırarak kesin bir tutara hükmetmesi mevcut yasa hükümleriyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda zikredilen nedenlerle, mevcut yasal düzenlemeler gereği, manevi tazminat taleplerinin belirsiz alacak davasına konu edilmesi mümkün değildir. Manevi tazminat davalarında tazminat tutarı, dava sonucunda hâkim tarafından hükümle takdir edilerek belirli hale geldiğinden, davacı açısından dava tarihinde bu alacağın miktarını bilmek mümkün değildir. Bu belirsizlik, dava süresince devam eder ve ancak mahkeme kararıyla belirli hale gelir<sup>[104]</sup>. Dolayısıyla, manevi tazminat taleplerinin niteliği gereği belirsiz alacak davasına konu edilebilmesi mümkün değildir<sup>[105]</sup>.

[101] Basım, op.cit., s.2720. HMK m. 107/2'de zikredilen hâkimin tarafların talebiyle bağlı olmadığı istisnai durumlar da burada söz konusu olmadığından, HMK m. 107/2 hükmü de uygulama alanı bulamayacaktır. Dolayısıyla mevcut hukuk düzeni bakımından mümkün olmayan bu görüşün mümkün hale gelebilmesi için HMK m. 107'ye, talep sonucu bakımından hâkime takdir hakkının tanındığı belirsiz alacak davası gibi davalarda, davacının talebi olmaksızın hâkimin kendiliğinden kesin talep sonucuna hükmedebileceğine dair bir ibarenin eklenmesi gerekir. Karaaslan, s.55.

[102] Karaaslan, op.cit., s.54 vd.

[103] Karaaslan, op.cit., s.55.

[104] Karaaslan, op.cit., s.53.

[105] Manevi tazminat taleplerinin belirsiz alacak davasına konu edilebilmesi için HMK m. 107'de hâkimin, davacının talebi olmaksızın kesin bir tazminat tutarına hükmedebileceğini açıkça düzenleyen bir değişiklik yapılması gerekmektedir.

Yargıtay, manevi tazminat taleplerinin bölünmez nitelikte olduğunu ve tek seferde talep edilmesi gerektiğini istikrarlı bir şekilde vurgulamakta, bu nedenle belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceğine hükmetmektedir<sup>[106]</sup>. Yargıtay'ın manevi tazminat taleplerinin bölünemeyeceği<sup>[107]</sup> ve dolayısıyla kısmi davaya konu yapılamayacağı yönündeki görüşünün gerekçesini benzer şekilde belirsiz alacak davası bakımından da tekrarlamaktadır<sup>[108]</sup>.

## SONUÇ

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yargılama hukukunda yasal zemine kavuşan belirsiz alacak davası, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren doktrin ve yargı kararlarında sıklıkla ele alınıp tartışılan bir dava olmuştur. 7251 sayılı Yasa ile HMK'de yapılan değişiklikler, belirsiz alacak davasını da etkilemiştir. 7251 sayılı Yasa ile doktrin ve uygulamadaki görüşler dikkate alınarak belirsiz alacak davasına ilişkin çeşitli değişiklikler yapılmış olsa da bu alandaki tartışmalar ve belirsizlikler halen devam etmektedir.

Kanaatimizce, belirsiz alacak davasının geniş bir uygulama alanına sahip

[106] "...manevi tazminat istemi manevi tazminatın bölünemezliği kuralına aykırı bir biçimde kısmi veya belirsiz alacak davası olarak açılmaz ve manevi zararın HMK'nın 107. maddesine göre dava yoluyla tespiti de istenemez ..." Yargıtay Yirmi Birinci Hukuk Dairesi, 6 Mart 2013 Tarihli ve E.2013/3004, K.2013/4066 Sayılı Karar, İBD, Cilt 87, Sayı 5, 2013, s.596 vd.. Benzer yönde Yargıtay kararları için bkz: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1 Mart 2006 Tarihli ve E.2006/2-14, K.2006/26 Sayılı Karar; Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesi, 15 Mart 2021 Tarihli ve E.2020/10237, K.2021/2704 Sayılı Karar; Yargıtay Yirmi Birinci Hukuk Dairesi, 30 Ocak 2020 Tarihli ve E.2019/3199, K.2020/356 Sayılı Karar; Yargıtay Yirmi Birinci Hukuk Dairesi, 13 Kasım 2012 Tarihli ve E.2011/11187, K.2012/19811 Sayılı Karar, (www.kazanci.com.tr, E. T. 08.10.2024).

[107] Manevi tazminat taleplerinin bölünemeyeceği hususunun belirsiz alacak davasıyla ilgili değil; kısmi davayla ilgili bir husus olduğu doktrinde ifade edilmiştir. Simil, s.377; Çil ve Kar, s.113.

[108] Akil, op.cit., s.262.

olması, işleyişi ve niteliğinin tam olarak açıklığa kavuşturulmaması ile usul ve maddi hukuk kurallarıyla ilişkisine dair belirsizlikler, bu dava türünün tartışmalara ve hukuki belirsizliğe yol açmasına neden olmaktadır. Bunun yanında, belirsiz alacak davasına yönelik tartışma ve belirsizliklerin temelinde, çok benzer yönlerinin olduğu kısmi dava ile olan ilişkisi ve farklılıklarının yasal düzenlemede net bir şekilde belirtilmemesi yatmaktadır.

7251 sayılı Yasa ile belirsiz alacak davasına ilişkin HMK m. 107’de yapılan değişiklik ile yargılama esnasında alacağın tam ve kesin olarak belirli hale gelmesinden sonra hâkim, davacı tarafa alacağını belirli hale getirmesi için iki haftalık kesin süre verir. HMK m. 107’de yapılan bu değişiklikle, doktrin ve yargı kararlarında süregelen belirsiz alacak davasında talep artırımının ne zaman yapılacağına ilişkin tartışmaların sona erdirilmesi amaçlanmıştır. Yargıtay, hâkimin davacıya bu süreyi vermemesini bozma nedeni olarak kabul etmektedir. Hâkimin davacıya verdiği kesin süre içerisinde talep belirli hale getirilmezse (geçici talep kesin talebe dönüştürülmezse), geçici talep üzerinden yargılamaya devam edilir ve karar verilir.

HMK m. 107’de her ne kadar davacının yargılama esnasında sadece bir kez talep artırımını yapabileceği düzenlenmemişse de doktrin ve yargı kararlarında talep artırımının sadece bir kez yapılabileceği kabul edilmektedir. Davacının talep artırımını birden fazla yapması halinde iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile karşılaşılacaktır. Ancak Yargıtay bazı kararlarında, belirsiz alacak davasında talep artırımının yalnızca bir kez yapılabilmesinin mutlak bir kısıtlama olmadığını ve yasa koyucu tarafından emredici bir sınırlamaya tabi tutulmadığını belirtmiştir. Yargıtay, şartların mevcut olması ve dürüstlük kuralına aykırı olmamak kaydıyla, davacının daha sonra gerçekleşen durumlar nedeniyle ikinci bir talep artırımında bulunabileceğini ifade etmiştir. Yargıtay, bu durumda verilen yeniden talep artırım dilekçesinin, ikinci bir talep artırım dilekçesi verilmesi anlamına gelmeyeceğini ifade etmektedir. Talep artırım hakkının bir defayla sınırlandırılması, hem belirsiz alacak davasının yasal düzenleme amacı-

la uygunluk hem de yargılama düzeninin ve taraflar arasındaki dengenin sağlanması gereğidir. Belirsiz alacak davasında talep artırımının bir defa yapılabilmesi, davacının ıslah hakkını ortadan kaldırmaz. Davacı belirsiz alacak davasında talep artırım hakkını ve ıslah hakkını aynı dava içerisinde serbestçe kullanabilir.

Belirsiz alacak davasında dava konusu alacağın belirli hale gelmesinden sonra aynı davada talep artırım yoluyla değil de ayrı bir dava olarak (ek dava) bakiye alacak ileri sürülebilmesi hususunda yasal bir düzenleme mevcut olmadığından, bu eksiklik doktrindeki görüş ve yargı kararlarıyla doldurulmaktadır. Belirsiz alacak davasında esasen dava tüm alacak miktarı için açıldığından, dava neticesinde verilecek hüküm tüm alacağı kapsamakta ve aynı dava konusu bakımından yeni (ek) bir dava açılmaz (HMK m. 303).

Belirsiz alacak davasında hukuki yarar (dava) şartının mevcut olması gerektiği madde gerekçesinde belirtilmiştir. Hukuki yarar dava şartı eksikliği, dava esnasında giderilebilecek bir eksiklik değildir. Dava tarihinde dava konusu alacak davacı tarafından biliniyor veya objektif olarak bilinebilir bir durumda ise, belirsiz alacak davasının açılmasında hukuki yarar bulunmayacaktır. Belirsiz alacak davası olarak açılmayacak bir davanın bu şekilde açılması durumunda, Yargıtay eskiden mahkemenin başkaca bir işlem yapmadan doğrudan hukuki yarar eksikliği nedeniyle usulden ret kararı vermesi gerektiğini savunmaktaydı. Ancak Yargıtay, bu görüşünden vazgeçerek, bu durumda (şartlar varsa) davanın kısmi davaya dönüştürülerek kısmi dava olarak mahkemece görülmesi gerektiğini, dolayısıyla doğrudan usulden ret kararının verilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bu konuda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Anayasa Mahkemesi arasında görüş birliği bulunmamaktadır.

Belirsiz alacak davasında sadece dava konusu edilen asgari tutar (geçici talep) için değil; dava konusu edilen tüm alacak için dava tarihinden iti-

baren zamanaşımı kesilir. Aynı şekilde, tüm alacak için dava tarihinden itibaren faizin işletilmesi gerekir. Belirsiz alacak davası bakımından bu hususlarla ilgili yargı kararlarında içtihat birliği sağlanmıştır.

Belirsiz alacak davasına ilişkin yapılacak kanun yolu başvurularında kesinlik sınırı bakımından dava konusu yapılan geçici talebin değil; alacağın tamamının dikkate alınması gerekir. Belirsiz alacak davasında, alacağın henüz belirli hale gelmeden davanın reddedilmesi halinde, istinaf başvurusunda dava konusu alacak miktarı henüz kesin ve net olarak belirlenmediğinden, parasal kesinlik sınırı gerekçesiyle başvurunun reddedilmemesi gerekir. Benzer şekilde, Yargıtay, tüketici uyuşmazlığından kaynaklanan belirsiz alacak davalarında parasal sınırın belirlenmesinde geçici talebi esas almakta ve geçici talep parasal sınırın altındaysa bu talebin tüketici hakem heyetinin görevinde olduğu ve tüketici mahkemesinin dava şartı yokluğundan davayı reddetmesi gerektiği yönünde karar vermektedir.

Manevi tazminat davalarında tazminat tutarı dava sonucunda hâkim tarafından hükümle takdir edilerek belirli hale geldiğinden, tazminat alacağının dava tarihinde davacı tarafından bilinmemesi dava sonuna kadar da devam ettiğinden, manevi tazminat talepleri belirsiz alacak davasına konu edilemez. Ayrıca, manevi tazminatın bölünememesi ve tek seferde talep edilebilmesi ilkesi gereği, bu taleplerin belirsiz alacak davasına konu edilememesi gerekir. Yargıtay, manevi tazminat taleplerinin bölünemez olduğunu ve yalnızca tek seferde talep edilebileceğini istikrarlı bir şekilde vurgulayarak, bu nedenle manevi tazminat taleplerinin belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceğine hükmetmektedir.

## KAYNAKÇA

Akil, Cenk, “Belirli Alacağın Belirsiz Alacak Davasına Konu Edilmesi Durumunda Mahkeme Ne Tür Bir Karar Vermelidir?” *YÜFHD*, Cilt 14, Sayı 2, 2017, s.195-209.

Arslan, Ramazan, Yılmaz, Ejder, Taşpınar Ayvaz, Sema ve Hanağası, Emel, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 6. Baskı, 2020.

Aslan, Kudret, Akyol Aslan, Leyla ve Kiraz, Taylan Özgür, “Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar”, in *Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan*, İzmir, *DEÜHFD*, Cilt 16, Özel Sayı, 2014 (Basım Yılı: 2015), s.975-1024.

Atalı, Murat, Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Ersin, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, 2021.

Basım, Aybüke “Kısmi Dava, Belirsiz Alacak Davası Ve Manevi Tazminat Taleplerinin Bu Davalara Konu Olup Olamayacağı Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s.2685-2723.

Baumann Wey, Sabine, *Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO*, Zürich, Schulthess Verlag, 2013.

Budak, Ali Cem “Belirsiz Alacak Davası”, *Bankacılar Dergisi*, Özel Sayı, 2013, s.82-86.

Budak, Ali Cem ve Karaaslan, Varol, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2022.

Budak, Ali Cem ve Karademir, Dilek, “Şartları Oluşmadığı Halde Belirsiz Alacak Davası Açılırsa Hâkim Nasıl Karar Vermelidir?”, *YÜFHD*,

Cilt 13, Sayı 1, 2016, s.130-142.

Çil, Şahin ve Kar, Bektaş, *6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Bası, 2013.

Darende, İhsan M., “Belirsiz Alacak Davası-Kısmi Dava İlişkisi”, *Leges Hukuk Dergisi*, Sayı 25, 2012, s.11-26.

Ercan, İbrahim, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Belirsiz Alacak Davası”, *Medeni Usul Ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı*, İzmir, 2012.

Erdem, Mehmet, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Ermenek, İbrahim, *Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2014.

Erzurumlu Işık, Nurbanu, “Davanın Belirsiz Alacak Davası Olarak Açıldığı Dava Dilekçesinde Gösterilmesi Gerekip Gerekmediği Meselesi”, *YBHD*, Sayı 2, 2024, s.179-221.

Gözütok, Zeki ve Albayrak, Adem, *Alfabetik Medeni Usul El Kitabı*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

Karaaslan, Varol, “Manevi Tazminat Davaları Belirsiz Alacak Davası Şeklinde Açılabilir Mi?”, *Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, Cilt 10, Sayı 29, 2014/3, s.39-59.

Karamercan, Fatih, “Belirsiz Alacak Davasından Sonra Ek Dava Açılabilir Mi?”, *İMHPD*, Cilt 10, Sayı 12, 2022, s.83-107.

Kazmaz Tepe, Büşra, “Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Tazminat

Davalarının Dava Türleri Bakımından İncelenmesi”, *DEUFHD*,  
Cilt 22, Sayı 2, 2020, s.1123-1153.

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan  
Kitapevi, 26. Bası, 2022.

Kırtıloğlu S. Serhat, “Medeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Bir-  
leşmesi”, *EÜHFD*, Cilt 18, Sayı 3–4, 2014, s.133-172.

Kiraz Taylan, Özgür, “Belirsiz Alacak Davası”, *Çatı Dergisi*, Sayı 30, 2012,  
s.16-19.

Kurtoğlu, Bahar Tuna, *Die unbezifferte Forderungsklage Analyse, Problems-  
tellungen und Lösungsansätze, bezogen auf das türkische, schweize-  
rische und deutsche Recht*, Berlin, Peter Lang Verlag, 2019.

Kuru, Baki, *Usul El Kitabı Cilt 1*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2020.

Kuru, Baki ve Aydın, Burak, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul  
Hukuku, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 7251 sayılı Kanun Değişik-  
likleri İşlenmiş 4. Baskı, 2020.

Loosli, Peter, *Die Unbezifferte Forderungsklage, unter Berücksichtigung  
des Kantons Zürich*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag,  
1986.

Meriç, Nedim, “Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, *DEÜHFD*,  
Cilt 11, Özel Sayı, 2009 (Basım Yılı: 2010).

Özekes, Muhammet, “Anayasa Mahkemesi’nin Kararı Karşısında Kısmi  
Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi  
Sorunu”, in Emel Hanağası, Mustafa Göksu (Ed.), *Prof. Dr. Ej-  
der Yılmaz’a Armağan*, Cilt II, Ankara, 2014, s.1589-1606.

Pekcanıtez, Hakan, *Belirsiz Alacak Davası*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.

Pekcanıtez, Hakan, “Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması”, *DEÜHFD*, Cilt 15, Özel Sayı, 2013 (Basım Yılı: 2014), s.933-968.

Pekcanıtez, Hakan, “İşçilik Alacaklarında Belirsiz Alacak Davası”, *in Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı*, 1. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara, Seçkin Yayınları, 1.Baskı, 2016.

Pekcanıtez, Hakan, *Medeni Usul Hukuku*, (Ed. Pekcanıtez, Hakan, Özekes, Muhammet, Akkan, Mine ve Taş Korkmaz, Hülya), Cilt 3, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 15.Bası, 2017.

Pekcanıtez, Hakan, Atalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 11.Bası, 2023.

Simil, Cemil, *Belirsiz Alacak Davası*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Sungurtekin Özkan, Meral, *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, İzmir, Barış Kitapevi, 2013.

Tanrıver, Süha, “Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Olarak Açılabilir Olan Davaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Öngördüğü Dava Tipolojisi Bağlamında İrdelemesi”, *Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi*, 4-6 Nisan 2013, Ankara, 2013.

Tanrıver, Süha, “Belirsiz Alacak Davası Ve Bu Bağlamda Uygulamada Yaşanan Güncel Sorunlar”, *Türkiye Noterler Birliği Dergisi*, Sayı 2, 2015, s.3-38.

Tanrıver, Süha, *Medeni Usul Hukuku (Usul)*, Cilt I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.

Yavaş, Murat, “Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2) Seminer-Mayıs 2012, *Kadir Has Üniversitesi Yayınları*, 2012, s.555-81.

İnternet Kaynakları:

[www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr](http://www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr)

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)

[www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)

[www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

# AİHS MD. 5/3 Bağlamında Derhal Hâkim Önüne Çıkarılma ve Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Gökçe SERİM\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, [serimgokce@gmail.com](mailto:serimgokce@gmail.com), ORCID 0000-0002-5900-5282.

**Makale Geliş Tarihi:** 28 Eylül 2024 **Makale Kabul Tarihi:** 28 Mart 2025

**Atıf Önerisi:** Serim, Gökçe, “AİHS Md.5/3 Bağlamında Derhal Hâkim Önüne Çıkarılma ve Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 2, Nisan 2025, s. 742-800. DOI: 10.30915/abd.1557515

Makalenin düzeltilmesinde sağladığı katkılar için sevgili hocam Prof. Dr. Türkan YALÇIN’a teşekkür ederim. Ayrıca bu çalışma, 24.05.2024 tarihinde Asos 10. Uluslararası Hukuk Sempozyumu’nda tarafımca sunulan “AİHS 5/3 Bağlamında Derhal Hâkim Önüne Çıkarılma Hakkı ve İlişkili Diğer Haklar” başlıklı bildirinin genişletilmiş ve güncellenmiş halidir. Bildirinin özet metni için bkz. [https://kongre.akademikiletisim.com/files/asos2024/asoshukuk10\\_salon2\\_program.pdf](https://kongre.akademikiletisim.com/files/asos2024/asoshukuk10_salon2_program.pdf), (Erişim Tarihi: 28.03.2025).

## AIHS Md. 5/3 Bağlamında Derhal Hâkim Önüne Çıkarılma ve Makul Sürede Yargılanma Hakkı

*“Biri, iftira atmış olacaktı Josef K.’ya.*

*Çünkü bir sabah, durup dururken tutuklandı.”<sup>[1]</sup>*

### ÖZ

Özgürlük ve güvenlik hakkı, hemen tüm diğer temel hak ve özgürlükler gibi, insanların büyük mücadeleleri sonucunda kazanılmış ve bugün, vazgeçilmez olma sıfatını edinmiştir. Özgürlük hakkı ile güvenlik hakkı, esasında farklı nitelikte olsalar da dengede bulunduklarında, birbirlerini tamamlarlar ve gerektirirler. Kendine özgü bu durum nedeniyle bu iki hak, belli ulusal ve uluslararası düzenlemeler çatısında, bütünlüklük bir biçimde karşımıza çıkar.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 5, özgürlük ve güvenlik hakkını tüm insanlar için tanınmasının akabinde, çeşitli sınırlamalar belirlemiştir. Bunlardan biri, kişinin suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunması halinde ya da suç işlemesini yahut suçu işledikten sonra kaçmasını önlemek amacıyla yakalanması ve tutulmasıdır. Bu durumu istisna ve dolayısıyla hukukî kabul eden Sözleşme, bu konumdaki kişilere belli haklar tanımıştır. Çalışmamızın konusunu oluşturan bu haklar; bu kişilerin, derhal bir hâkim veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış bir kamu görevlisi karşısına çıkarılmaları, teminata bağlı olmaksızın ya da teminatla salıverilmeleri yahut tutuklanmaları halinde, makul süre içerisinde yargılanmalarıdır.

Bu çalışmada, konu bütünlüğünün sağlanması açısından, öncelikle,

[1] Franz Kafka, Dava, çev. Kamuran Şipal, 11. baskı, (İstanbul: Cem, 2005), 5.

özgürlük ve güvenlik hakkı ile bunu düzenleyen AİHS md. 5'e ilişkin genel bilgiler verilmiştir. Çalışmanın esas konusunu, AİHS md. 5/3 oluşturmaktadır. Bu fıkra da AİHS md. 5/1(c)'ye atıf vermektedir. Dolayısıyla çalışmada, AİHS md. 5/1(c) tek başına ele alınmış; ardından, AİHS md. 5/3'te yer alan kavramsal unsurlar tek tek irdelenmiştir. Avrupa insan hakları hukukunun, bir içtihat hukuku olması nedeniyle temel kaynak olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları esas alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:**

tutulma

özgürlük ve güvenlik hakkı

makul sürede yargılanma

derhal hâkim önüne  
çıkartılma hakkı

adli yetkiyi haiz kamu görevlisi

## **Right To Be Brought Promptly Before A Judge And Entitled To Trial Within A Reasonable Time In The Context Of Echr Art. 5/3**

### **ABSTRACT**

Right to liberty and security, like almost all other fundamental rights and freedoms, has been achieved as a result of the great struggles of people and has today acquired the status of an essential fundamental right. Right to liberty and right to security are essentially two different rights; but they are rights that provide and require each other, as long as they are in balance. Due to this unique situation, these two rights appear as an integrated fundamental right under certain national and international regulations.

Article 5 of the European Convention on Human Rights, after recognising right to liberty and security for everyone, sets out a number of exceptions. One of the cases is lawful arrest or detention of a person on reasonable suspicion of having committed an offence or in order to prevent her or him from committing an offence or from fleeing after committing an offence. The Convention, which recognises this situation as an exception and therefore legal, has granted certain rights to persons in this position. These rights, which constitute the subject matter of our study, include right to be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power, to be released without or with a guarantee or, if arrested, to be tried within a reasonable time.

In this study, in order to ensure the integrity of the subject matter, firstly, general information about right to liberty and security and ECHR art. 5, which deals with this right, is given. The main subject of this study is ECHR art. 5/3. This paragraph makes a reference to ECHR art. 5/1(c). For this reason, ECHR art. 5/1(c) is analysed in particular, and then the elements of ECHR art. 5/3 are examined one by one. Since European human rights law is a case law, the judgements of the European Court of Human Rights have been taken as the main source.

**Keywords:**

detention

right to liberty and security

entitled to trial within a  
reasonable time

right to be brought promptly  
before a judge

public official with judicial authorisation

## 747

da, özgürlük ve güvenlik hakkının daha pasif bir nitelik arz ettiği düşünülebilir. Bununla birlikte, konuya daha ayrıntılı bakıldığında, özgürlük hakkını güvenli bir şekilde kullanamayan kimsenin, demokratik bir biçimde yaşama hakkının olduğunu ya da ifade özgürlüğünü kullanabileceğini söylemek güçtür. Benzer şekilde, özgürlük ve güvenlik hakkı sağlandığı müddetçe, kişilerin, işkence ve kötü muamele görme riskleri de azalacaktır.

Bu önemine binaen, özgürlük ve güvenlik hakkı, çeşitli uluslararası anlaşmalarla düzenlenmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi,<sup>[7]</sup> Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme<sup>[8]</sup> ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, özgürlük ve güvenlik hakkını kabul etmiştir. Bu çalışmada, yalnızca, AİHS’te kaleme alınan özgürlük ve güvenlik hakkı incelenecektir.

Özgürlük ve güvenlik, bir hak olarak AİHS’te tanındıktan sonra, bu hakka dokunulabilecek istisnaî haller ile bunların nasıl ve hangi şartlarda gerçekleştirileceği sınırlı olarak sayılmıştır. Akabinde, bu kişilerin sahip olduğu haklar belirlenmiştir.<sup>[9]</sup>

AİHS md. 5; “1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

#### [7] Madde 3

“Herkesin yaşama hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır.”

#### [8] Madde 9/1

“Herkesin kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı vardır. Hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz ve tutuklanamaz. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebeplere ve usule uygun olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.”

[9] Ulaş Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı” içinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (İstanbul: Beta: 2013), 179.

b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;

e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.





durulması gerekmektedir.<sup>[17]</sup>

kendilerine tanıyan bir haktır.<sup>[22]</sup>

Maddenin son fıkrası, maddede sayılan durum ve şartlara aykırı şekilde yakalanan veya tutulan herkes için devletlere tazminat sorumluluğu yüklemiştir.<sup>[23]</sup>

Bu çalışmada, özgürlük ve güvenlik hakkının, suç şüphesi nedeniyle yakalanma ve tutulma istisnasının, adlî merci önüne taşınma sürecini ele alan AIHS md. 5/3 incelenmiştir. Bu madde, AIHS md. 5/1(c)'deki hallere özgü olduğu için öncelikle bu bendin şartları genel olarak ele alınmıştır. Ardından, AIHS md. 5/3, ceza muhakemesi süreçlerine uygun olarak iki temel başlığa ve bu başlıklar da ayırıcı unsurlarına bölünmek suretiyle incelenmiştir. Avrupa insan hakları hukukunun, bir içtihat hukuku olması nedeniyle temel kaynak, AIHM kararları olmuş; çalışmanın yapısı, kararlarda oluşturulan temeller üzerine kurulmuştur.

Çalışmanın amacı, AIHS md. 5/3'ün ve bunun atıf verdiği md. 5/1(c)'nin nasıl yorumlanması gerektiğini, konuya ilişkin AIHM kararlarından yakalamaktır. Dolayısıyla, bu iki düzenleme, çalışmanın çerçeve hükümleri olarak sabitlenerek; ayrıntılı literatür taramasından doğan genel tanımlamalar yapmaktan ziyade, karar incelemesine ağırlık verilmiştir. Bu amaçla, Mahkeme'nin bu konuda verdiği kararlar, eskiden güncele doğru olmak üzere titizlikle araştırılmıştır. Çalışmanın konusu, AIHM içtihatları ile sınırlandırılmış olup; kararların Türk hukukuna yansımaları, çalışmanın kapsamını aşırı genişleteceği ve hareket noktasından uzaklaşmaya sebep olacağı için yalnızca çok önem arz eden kesişim noktaları vurgulanmakla yetinilmiştir.

[22] Metin Feyzioğlu, “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 44, no. 1-4, (1995), 668.

[23] Vachev/Bulgaristan [BD], B. No: 42987/98, 08.07.2004, § 78, <https://hudoc.echr.coe.int/#{22documentcollectionid22:22:22GRANDCHAMBER22,%22CHAMBER22}}>, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

AİHS md. 5/3 ve atıf yaptığı md. 5/1(c), tutulma, hâkim veya yasayla adlî görev yapmaya yetkili kılınmış kamu görevlisi, derhal, makul süre gibi mercek altına alınması gereken kavramları bünyesinde barındırmaktadır. Bu kavramlar, incelenmekte olan hakların unsurlarıyla iç içe geçmiş vaziyettedir. Bu nedenle, çalışmada ele alınan hakların içeriği belirlenirken, AİHM içtihatlarında da olduğu gibi, maddede yer alan önemli kavramların incelenmesi yöntemi tercih edilmiştir.

### I. AİHS MD. 5/1(C) UYARINCA YAKALANMA VE TUTULMA

Hem AİHS md. 5/1(c)'de hem de AİHS md. 5/3'te, *yakalama* ve *tutulma* ifadeleri kullanılmıştır. *Yakalama*, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş,<sup>[24]</sup> belli şartlar altında gerçekleştirilebilen bir koruma tedbi-

#### [24] Madde 90

“(1) Aşağıda belirtilen hâllerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir:

a) Kişiye suçu işlerken rastlanması.

b) Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması.

(2) Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhal başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler.

(3) Soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malûllük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikâyete bağlı değildir.

(4) (Değişik: 25/5/2005 – 5353/7 md.) Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir.

(5) (Değişik: 25/5/2005 – 5353/7 md.) Birinci fıkraya göre yakalanıp kolluğa teslim edilen veya ikinci fıkra uyarınca görevlilerce yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapılır.

(6) Yakalama emrine konu işlemin yerine getirilmesi nedeniyle yakalama emrinin çıkarılma amacının ortadan kalkması durumunda mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından yakalama emrinin derhal iadesi istenir.”

riyken; *tutulma*, Kanun'da mevcut bir koruma tedbiri değildir. Bu nedenle, tutulma ifadesi üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir.

AIHS md. 5'e paralel biçimde düzenlenen, Kişi Hürriyeti ve Güvenliği hakkına ilişkin Anayasa md. 19'da<sup>[25]</sup> *yakalanma* ve *tutuklanma* ifadeleri

#### [25] Madde 19

*“Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.*

*Şekil ve şartları kanunda gösterilen:*

*Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.*

*Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler; ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.*

*Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.*

*Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal ve savaş hallerinde uzatılabilir.*

*Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.*

*Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.*

kullanılmıştır. Anayasa md. 19/5'te; yakalanan veya tutuklanan kişinin, *tutulma* yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi konusunda gerekli süreye dair bir belirleme yapılmıştır. Bunun yanında, yasama dokunulmazlığına ilişkin Anayasa md. 83'te,<sup>[26]</sup> tutuklama ve tutulma ifadeleri ayrı ayrı kullanılarak; milletvekillerinin, *tutulamayacağından* ve tutuklanamayacağından bahsedilmiştir.

Tüm bunlar beraber değerlendirildiğinde tutulmanın, tutuklama koruma tedbiri anlamına gelmediği; konumuz kapsamında, yakalama ve/veya Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu uyarınca kolluğun yetkisinde bulunan durdurma<sup>[27]</sup> eylemlerinden sonra gerçekleştirilen fiilî bir durumu ifade et-

---

*Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.*

*Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar; tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.”*

[26] **Madde 83/2**

*“Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.”*

[27] **Madde 4/A**

*“Polis, kişileri ve araçları;*

- a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,*
- b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,*
- c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,*
- ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek amacıyla durdurabilir.*

*Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması*

tiği kabul edilmelidir.

*gerekir. Süreklilik arz edecek, fîlî durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz.*

*Polis, durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir.*

*Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz.*

*Durdurma sebebini ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmalarına izin verilir.*

*Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez. (Ek cümleler: 27/3/2015-6638/1 md.) Ancak, el ile dıştan kontrol hariç, (İptal ibare: Anayasa Mahkemesinin 4/5/2017 tarihli ve E.: 2015/41, K.: 2017/98 sayılı Kararı ile) (...) Kolluk amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Bu fıkra kapsamında yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir.*

*Bu Kanun ve diğer kanunların verdiği görevlerin yerine getirilmesi sırasında, polis tarafından gerekli işlemler için durdurulan kişiler ve araçlarla ilgili hükümler saklıdır.*

*Polis, görevini yerine getirirken, kendisinin polis olduğunu belirleyen belgeyi gösterdikten sonra, kişilere kimliğini sorabilir. Bu kişilere kimliğini ispatlamaları hususunda gerekli kolaylık gösterilir.*

*Belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cumhuriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılincaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır. Gözaltına ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usulî bakımından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır.*

*Kimliğinin tespiti amacıyla tutulan kişiye, kimliği tespit edildikten sonra ve talepte bulunması halinde, bu amaçla tutulduğuna ve tutulma süresine dair bir belge verilir. Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir.*

*Nüfusa kayıtlı olmadığı için kimliği tespit edilemeyen kişilerin nüfusa kayıtlarının temini için gerekli işlemler yapıldıktan sonra, 5 inci maddeye göre fotoğraf ve parmak izi tespit edilerek kayda alınır.*







ÂİHS md. 5/1(c) uyarınca yakalanma ve tutulma, halihazırda suç işlemiş olan ve sonrasında kaçmasına engel olunması gereken kişiler dışında, anlamı daha belirsiz nitelikte olan, *suç işlemesine engel olunması gereken kişiler* hakkında da uygulanır. Mahkeme, bu belirsizliği engellemek adına, önlenmesi gereken suçun, ancak somut ve belirli bir suç olabileceğini kabul etmektedir. Bir kişi hakkında başka kovuşturmaların devam ediyor olması, işinin veya ailesinin bulunmaması,<sup>[37]</sup> kişinin geçmişi nedeniyle suça meyilli olması gibi gerekçeler, kişinin yakalanması ve tutulmasına dayanak teşkil edemez.<sup>[38]</sup> Ayrıca, kişinin daha önce işlediği bir suç nedeniyle mahkûmiyet hükmü almış olması da yakalanması ve tutulması için makul gerekçe oluşturamaz.<sup>[39]</sup>

## II. HÂKİM VEYA YASAYLA ADLÎ GÖREV YAPMAYA YETKİLİ KILINMIŞ SAİR KAMU GÖREVLİSİ ÖNÜNE DERHAL ÇIKARILMA HAKKI

### A) DERHAL KAVRAMI

Bir kişiyi, yakalama ve tutmanın amacı, kişiyi derhal hâkim önüne çıkarmaktır. Bu nedenle, yakalanan ve tutulan kişinin, hâkim önüne derhal çıkarılmaması dışında, hiç çıkarılmaması bu fıkranın evleviyetle ihla-

---

[int/{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}},](#) (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[37] *Sulaoja/Estonya* [BD], B. No: 55939/00, 15.02.2005, § 64, [\[38\] \*Guzzardi/İtalya\* \[BD\], B. No: 7367/76, 06.11.1980, § 100, 102, \[\\[39\\] \\*Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık\\* \\[BD\\], B. No: 12244/86, 12245/86, 12383/86, 30.08.1990, § 31; \\*Sulaoja/Estonya\\* \\[BD\\], B. No: 55939/00, 15.02.2005, § 64, \\[Ankara Barosu Dergisi 2025/2\\]\\(https://hudoc.echr.coe.int/{%22documentcollectionid2%22:\\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\\]}},</a> \\(Erişim Tarihi: 15.03.2025\\).</p></div><div data-bbox=\\)\]\(https://hudoc.echr.coe.int/{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}},</a> \(Erişim Tarihi: 15.03.2025\).</p></div><div data-bbox=\)](https://hudoc.echr.coe.int/{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}},</a> (Erişim Tarihi: 15.03.2025).</p></div><div data-bbox=)

lidir.<sup>[40]</sup>

Bu konuyla ilintili olarak, *kayıp vakalarından*, bir diğer deyişle inkâr edilen tutmalardan<sup>[41]</sup> bahsedilmelidir. Mahkeme, kişilerin, yakalanma ve tutulma hallerinin hiçbir kayıt altına alınmamasını veya hatalı bir biçimde kayıt altına alınmasını özgürlük ve güvenlik hakkının ciddi anlamda ihlali ve hatta AİHS md. 5'in tamamen inkârı olarak değerlendirmektedir. Bireyin özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale edildiği andan itibaren, yetkililer, kişi üzerinde kontrolü ele geçirirler. Bu, devlet bakımından, o kişinin nerede olduğuna dair bir hesap verme yükümlülüğü doğurur. Dolayısıyla, tutulan kişinin kaybolma riskine karşı devletin önlemler alması; kişinin kaybolduğu gibi bir iddia mevcutsa, derhal etkili bir soruşturma yapması gerekmektedir. Mahkeme, yetkililerin eline geçtikten sonra kaybolduğu iddia edilen kişiye ait bir kaydın bulunmamasının, bu kişinin yakalanmadığı ve tutulmadığı anlamına gelmediğini ifade etmektedir.<sup>[42]</sup>

Mahkeme, AİHS md. 5/3'ün, yapısal olarak iki temel konuyu ele aldığı kabul etmektedir: kişinin yakalanmasını takip eden ilk aşamalara ilişkin süreç ile kişinin, teminatsız veya teminata dayalı olarak serbest bırakılabileceği, tutuklanabileceği ve tutuklanması halinde nihaî adli kararı bekleyeceği esnada geçen süreç.<sup>[43]</sup> Mahkeme, bu iki sürecin, zamansal ve

[40] Karan, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, 200.

[41] D. J. Harris, M. O’Boyle ve C. Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, (İstanbul: On İki Levha, 2022), s. 286.

[42] *Kurt/Türkiye* [BD], B. No: 15/1997/799/1002, 25.05.1998, § 123, 124, 125; *Çakıcı/Türkiye* [BD], B. No: 23657/94, 08.09.1999, § 104, 105; *Timurtaş/Türkiye* [BD], B. No: 23531/94, 13.06.2000, § 102, 103; *Bryan ve diğerleri/Rusya* [BD], B. No: 22515/14, 27.09.2023, § 72, 73, <https://hudoc.echr.coe.int/#/%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%7D>, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[43] *Ladent/Polonya* [BD], B. No: 11036/03, 18.06.2008, § 71; *Stephens/Malta* [BD], B. No: 33740/06, 21.04.2009, § 52; *Magee ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 26289/12, 29062/12, 29891/12, 12.08.2015, § 74, <https://hudoc.echr.coe.int/#/%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%7D>.

mantıksal olarak farklı olduğunu vurgulamakla birlikte; maddede önemle üzerinde durulan ve derhal gerçekleştirilmesi aranan hususlar için sürenin, her halde, yakalama ânında başladığını kabul etmektedir.<sup>[44]</sup>

Mahkeme'ye göre, her iki süreçte de kişinin kötü muameleye maruz kalması ve/veya özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edilmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle, bu süreçler, yargı eliyle sıkı bir denetime tabi tutulmalıdır. Bu denetimin ayırıcı özellikleri, adli makamlar eliyle ve hızlı bir biçimde gerçekleştirilmesidir.<sup>[45]</sup>

Sözleşme'de, *derhal* unsuru bakımından, kesin çizgilerle belirlenmiş bir zaman aralığı mevcut değildir. Bununla birlikte, kişinin, yetkililerin eline geçtikten sonra, kimseyle görüştürülmeden<sup>[46]</sup> kötü muameleye uğratılması riskini en aza indirmek ve uğradıysa bu durumu tespit edebilmek için *derhal* ifadesi dar yorumlanmalı, net ve katı bir zaman kısıtlaması olarak anlaşılmalıdır.<sup>[47]</sup>

Mahkeme, kötü muamele ve işkencenin, yakalama ve tutmanın ilk

---

[echr.coe.int/#%22documentcollectionid2%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22](https://hudoc.echr.coe.int/#%22documentcollectionid2%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22)}, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[44] *Buzadji/Moldova* [BD], B. No: 23755/07, 05.07.2016, § 100, <https://hudoc.echr.coe.int/#%22documentcollectionid2%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22>}, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[45] *McKay/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 543/03, 03.10.2006, § 31, <https://hudoc.echr.coe.int/#%22documentcollectionid2%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22>}, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[46] *Magee ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 26289/12, 29062/12, 29891/12, 12.08.2015, § 74, <https://hudoc.echr.coe.int/#%22documentcollectionid2%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22>}, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[47] *McKay/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 543/03, 03.10.2006, § 33, <https://hudoc.echr.coe.int/#%22documentcollectionid2%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22>}, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

aşamalarında daha çok görüldüğünü kabul etmektedir.<sup>[48]</sup> Hâkim önüne çıkarılmaksızın tutulan kişinin tutulma süresi uzadıkça, maddî veya manevî şiddet görme ihtimali artacaktır. Dolayısıyla, yakalanan ve tutulan kişilerin, hâkim veya yasayla yetkili kılınmış kamu görevlisi karşısına derhal çıkarılmaları, onların maddî ve manevî bütünlüklerine yönelik kötü muamelelerden korunmalarını amaçlar.<sup>[49]</sup>

Yakalanan veya tutulan kişilerin hâkim önüne derhal çıkarılması, kişilere yönelik bir kötü muamele mevcutsa bunun tespit edilebilmesini de sağlar.<sup>[50]</sup> Zira, gerçekleştirilmiş bir kötü muamele, hâkim önüne derhal çıkarılma halinde tespit edilecek; ancak kişinin tutulma süresi uzadıkça şiddetin izleri geçeceği için kanıtlanabilirliği azalacaktır. Bu açılardan, özgürlük ve güvenlik hakkı, AİHS md. 3<sup>[51]</sup> uyarınca mutlak olarak yasaklanan işkenceyle mücadele konusunda da büyük önemi haizdir.<sup>[52]</sup>

AİHS md. 5/3'te hem *derhal* hem de *makul süre* kavramları kullanılmıştır. İzleyen fıkrada ise *kısa bir süre* ifadesi geçmektedir. Mahkeme, oluşturduğu içtihatlarla, bu terimlerin içeriğini doldurmaya çalışmaktadır. Bir kararında, AİHS md. 5/3'te bulunan derhal ve makul süre ifadeleriyle,

[48] *Ladent/Polonya* [BD], B. No: 11036/03, 18.06.2008, § 72, 73, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[49] Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, 166.

[50] *Kandzhov/Bulgaristan* [BD], B. No: 68294/01, 06.02.2009, § 66, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[51] **İşkence yasağı**

“Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”

[52] *Aksoy/Türkiye* [BD], B. No: 21987/93, 18.12.1996, § 76; *Medvedyev/Fransa* [BD], 29.03.2010, B. No: 3394/03, § 118, 120 ve 121, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

765

alınmaması gerektiğini; somut olay koşullarına göre, 4 günden daha kısa sürelerin de derhal olmak için gereken makul süreyi aşabileceğini kabul etmektedir.<sup>[57]</sup> Benzer şekilde, Mahkeme, teröre ilişkin suçlarda, 4 günü geçen gözaltı süresinin kural olarak, derhal olma sınırını aştığını kabul etmektedir.<sup>[58]</sup> Mahkeme, verdiği bir kararda, 4 günlük gözaltı süresinin yalnızca 6 saatlik aşımının, terör suçlarına tanınan esneklik kapsamında olamayacağı değerlendirmesini yapmıştır.<sup>[59]</sup>

Yakalanan veya tutulan kişilerin reşit olmamaları halinde, Mahkeme, terör suçları da dahil olmak üzere 3 günü aşan gözaltı süresinin kural olarak AİHS md. 5/3 gereği derhal olma şartını sağlamadığına hükmetmiştir.<sup>[60]</sup> Şiddet içermeyen bir suçtan yakalanarak, savcının basmakalıp cümlelerine dayalı kaçma şüphesiyle 3 gün 23 saat gözaltında tutulan küçüğün özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir.<sup>[61]</sup>

[entcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]},{](#), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

- [57] *Oral ve Atabay/Türkiye* [BD], B. No: 39686/02, 23.06.2009, § 23, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]},{](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]},{), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).
- [58] *İpek ve diğerleri/Türkiye* [BD], B. No: 17019/02, 30070/02, 02.02.2009, § 36; *Ghazaryan ve Bayramyan/Azerbaycan* [BD], B. No: 33050/18, 05.01.2024, § 105, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]},{](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]},{), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).
- [59] *Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, 29.11.1988, § 62, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]},{](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]},{), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).
- [60] *İpek ve diğerleri/Türkiye* [BD], B. No: 17019/02, 30070/02, 02.02.2009, § 36, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]},{](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]},{), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).
- [61] *Kandzhov/Bulgaristan* [BD], B. No: 68294/01, 06.02.2009, § 66, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]},{](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]},{), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

767

Gözaltı süresinin, hafta sonuna veya tatile denk gelmesi nedeniyle uzamasını Mahkeme, hakkın ihlali olarak değerlendirmektedir. Gözaltı süresinin, hafta sonuna denk gelmesi ve görevli hâkim bulunmaması nedeniyle 4 gün devam ettiği olayda Mahkeme, tutulma sürelerinin, tatil günlerine denk gelmesinin, Sözleşme açısından istisnâî koşul olarak değerlendirilemeyeceğine; gerekirse hafta sonu da çalışacak görevliler bulundu-  
rulmasına karar vermiştir.<sup>[66]</sup>

Daha önce belirtildiği gibi, AİHS md. 5/3'ün atıfta bulunduğu AİHS md. 5/1(c) yalnızca, suç işleyen ve kaçmasından şüphe duyulan kişiler değil; suç işleyeceği konusunda makul şüphe bulunan kişiler bakımından da yakalanma ve tutulma istisnası öngörmektedir. Belirtmek gerekir ki Mahkeme, bu kişilerin tutulabileceği sürenin, suç işlemiş olması nedeniyle tutulan kişilerden çok daha katı değerlendirilmesi gerektiğini; bu kapsam-  
daki kişilerin tutulabileceği süre bakımından günlerin değil, saatlerin söz konusu olabileceğini vurgulamaktadır.<sup>[67]</sup>

Mahkeme, yetkililere tanınan makul sürenin, her durumda, yetkililerin sonuna kadar kullanabileceği bir süre olarak anlaşılmaması gerektiğini; bu sürenin, suçla ilgili araştırmanın titizlikle ve en kısa sürede yapılması zorunluluğunu engellemediğini kabul etmektedir.<sup>[68]</sup>

## B) HÂKİM VEYA YASAYLA ADLÎ GÖREV YAPMAYA YETKİLİ KILINMIŞ SAİR KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

[66] *Koster/Hollanda* [BD], B. No: 12843/87, 28.11.1991, § 25, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[67] *S., V. ve A./Danimarka* [BD], B. No: 35553/12, 36678/12, 36711/12, 22.10.2018, § 133, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[68] *Vassis ve diğerleri/Fransa* [BD], B. No: 62736/09, 27.06.2013, § 61, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

769



771



değerlendirdikten sonra bağlayıcı bir karar verebilmesi ve bu kararın, koşulları varsa salıvermeyi de içermesi gerekmektedir.<sup>[84]</sup> Bununla birlikte, görevlinin bu kapsamda yetkili olarak addedilebilmesi için, salıvermenin yanında mutlaka, teminatla salıverme yetkisini de haiz bulunması aranmamaktadır.<sup>[85]</sup> Mahkeme bu konuda, yasayla görevlendirilmiş kamu görevlisinin sahip olması gereken yetki ve özelliklerin belirlendiği karara atıf vermektedir.<sup>[86]</sup> Bahsi geçen kararda, görevlinin yetki ve özellikleri; bağımsızlık, yakalanan veya tutulan kişiyi dinleme yükümlülüğü, lehe ve aleyhe hususları gözden geçirme ile salıvermedir.<sup>[87]</sup> Mahkeme'ye göre, bu kararda, teminata dayalı olarak salıverme yetkisi aranmadığı için, yasayla görevlendirilmiş kamu görevlisinin teminatla salıverme yetkisine mutlaka sahip olması aranmamaktadır.<sup>[88]</sup>

Aşağıda, teminat başlığında ayrıntılı olarak ele alınacağı gibi,

- [84] *Niedbala/Polonya* [BD], B. No: 27915/95, 04.06.2000, § 49; *McKay/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 543/03, 03.10.2006, § 40, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).
- [85] *Magee ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 26289/12, 29062/12, 29891/12, 12.08.2015, § 84, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).
- [86] *McKay/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 543/03, 03.10.2006, § 35; *Magee ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 26289/12, 29062/12, 29891/12, 12.08.2015, § 80, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).
- [87] *Schiesser/İsviçre* [BD], B. No: 7710/76, 04.12.1979, § 31, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).
- [88] *McKay/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 543/03, 03.10.2006, § 35, 36; *Magee ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 26289/12, 29062/12, 29891/12, 12.08.2015, § 84, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

Mahkeme'ye göre, AİHS md. 5/3, öncelikli olarak salıverilme hakkını, salıverilme mümkün olmadığında teminatla salıverilme hakkını içermekte olup; bunların hiçbirisi mümkün değilse, kişilerin makul süre için tutuklanabileceğini kabul etmektedir. Dolayısıyla, teminatla salıverilme şartını vazgeçilebilir bir seçenek değil, varlığı zorunlu bir unsur olarak kabul eden Mahkeme'nin, yasayla görevlendirilmiş kamu görevlisinden bu yetkiyi beklememesini çelişkili buluyoruz.

### III. YARGILANMA SÜRESİNCE SERBEST BIRAKILMA VEYA MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

#### A) HAKKIN KAPSAMI

Öncelikle AİHS md. 5/3'te kullanılan, makul süre içinde yargılanma ifadesiyle, AİHS md. 6/1'de<sup>[89]</sup> adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilen, makul süre içinde yargılanma hakkı arasındaki ilişkinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Genel olarak yargılamada makul süre, adalet sisteminin etkinliğini ifade eder.<sup>[90]</sup> AİHS md. 5/3'te yer alan makul süre, tutuklu vaziyette geçirilebilecek süreyken; AİHS md. 6/1'de yer alan makul süre, medeni hak ve yükümlülükler ile cezaî yargılamada geçirilebilecek maksimum süre anla-

[89] **Adil yargılanma hakkı**

“1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.”

[90] Fahri Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği İlkesi*, (Ankara: Seçkin, 2019), 116.

775

Kişinin serbest bırakılmamasını gerektirecek koşulların varlığı halinde ise, tutuksuz yargılanmasını sağlayacak teminat veya tedbirler öncelikle değerlendirilmek zorundadır.<sup>[95]</sup> Eğer somut olaya uygun teminat veya tedbir de sağlanamıyor ve kişinin mutlaka tutukluluğu gerekiyorsa, ancak makul şüphenin<sup>[96]</sup> varlığı halinde tutukluluk kararı verilmelidir. Bu karar verildiği takdirde, tutukluluk sırasındaki yargılama, makul sürede sonuçlandırılmalıdır.<sup>[97]</sup>

Bireyin tutuklanması, özgürlük ve güvenlik hakkına çok büyük bir müdahale oluşturduğu için tutuklama son çare olmalıdır. Dolayısıyla, aşağıda teminat başlığında daha ayrıntılı incelenecek olan diğer tedbirlerin yeterli olup olmayacağı öncelikle değerlendirilmeli; bunların uygulanmasının, kamu yararını koruyamayacağı tespit edilirse tutuklamaya karar verilmelidir.<sup>[98]</sup>

Daha önce bahsettiğimiz gibi, Mahkeme, kötü muamele ve işkencenin, yakalanma ve tutulmanın ilk aşamalarında en fazla görüldüğünü kabul et-

[95] *Piruzyan/Ermenistan* [BD], B. No:33376/07, 26.06.2012, § 103, [https://hudoc.echr.coe.int/#{?%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{?%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[96] Ceza Muhakemesi Kanunu md. 100/1 ve Anayasa ma. 19/2 uyarınca, tutuklama kararı verilebilmesi için, AİHM'in belirlediği makul şüpheden daha yüksek bir şüphe derecesi olan *kuvvetli* şüphe aranmaktadır. Dolayısıyla, Türk ceza hukukunun bu konuda, Sözleşme'nin ve Mahkeme'nin, temel hak ve özgürlükler bakımından sağlamak amacıyla olduğu asgarî standardı yükseltecek nitelikte bir düzenlemeye sahip olma iddiasında olduğu belirtilmelidir. Ayça L. Akpek, *Tutuklamada Kuvvetli Şüphe*, (Ankara: Seçkin, 2020), 101-102.

[97] *Neumeister/Avusturya* [BD], B. No: 1936/63, 27.06.1968, § 4; *McKay/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 543/03, 03.10.2006, § 41, [https://hudoc.echr.coe.int/#{?%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{?%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[98] *S., V. ve A./Danimarka* [BD], B. No: 35553/12, 36678/12, 36711/12, 22.10.2018, § 77, [https://hudoc.echr.coe.int/#{?%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{?%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[102]

[102] *McKay/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 543/03, 03.10.2006, § 30; *Ladent/Polonya* [BD], B. No: 11036/03, 18.06.2008, § 75, <https://hudoc.echr.coe.int/#/{%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22}}>, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

## B) TUTUKLULUK KARARI

Öncelikle belirtilmelidir ki tutuklama kararı, kişilerin mutlaka dinlenilmesini gerektirir. Kişiler hakkında, dinlenilmeden tutuklama kararı verilmesi AİHM'e göre tek başına bir ihlal sebebidir.<sup>[103]</sup>

Bir kişinin, masumiyet karinesine zarar vermeksizin, özgürlük ve güvenlik hakkına dokunarak tutuklanabilmesi için kamu yararı mevcut olmalı; bir diğer deyişle, kamu yararı, kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılmasının önüne geçmelidir. Ancak bu kamu yararı, makul gerekçelere dayandırılmak zorundadır.<sup>[104]</sup> Sözleşme'nin, makul süre içerisinde kalmak kaydıyla tutukluluğa her halde izin verdiği düşünülemez. Süresi ne olursa olsun, özgürlükten her türlü kısıtlamanın, mutlaka makul şüpheye dayandırılması ve gerekçelendirilmesi gereklidir.<sup>[105]</sup> Bu makul şüphe ve gerekçelerin, ayrıntılı şekilde açıklanması, basmakalıp ve genel cümlelerden ibaret olmaması ve somut olay özellikleriyle bağdaştırılması gerekir.<sup>[106]</sup>

[103] *De Jong, Baljet ve Van Der Brink/Hollanda* [BD], B. No: 8805/79, 8806/79, 9242/81, 22.05.1984, § 51; *Nikolova/Bulgaristan* [BD], B. No: 31195/96, 25.03.1999, § 49, 49; *Ladent/Polonya* [BD], B. No: 11036/03, 18.06.2008, § 75, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[104] *Tomasi/Fransa* [BD], B. No: 12850/87, 27.08.1992, § 91; *Sulaoja/Estonya* [BD], B. No: 55939/00, 15.02.2005, § 61; *Jarzyński/Polonya* [BD], B. No: 15479/02, 04.10.2005, § 43; *Selçuk/Türkiye* [BD], B. No: 2178/02, 10.01.2006, § 30, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[105] *Belchev/Bulgaristan* [BD], B. No: 39270/98, 08.07.2004, § 82; *Castravet/Moldova* [BD], B. No: 23393/05, 13.06.2007, § 33; *Idalov/Rusya* [BD], B. No: 5826/03, 22.05.2012, § 140; *Buzadji/Moldova* [BD], B. No: 23755/07, 05.07.2016, § 87, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[106] *Sadegül Özdemir/Türkiye* [BD], B. No: 61441/00, 02.08.2005, § 35; *Dereci/Türkiye* [BD], B. No: 77845/01, 24.05.2005, § 38; *Merabishvili/Gürcistan* [BD], B. No: 72508/13, 28.11.2017, § 222; *Sardar Babayev/Azerbaycan*

Mahkeme, işlenen suçun, yerel halkta büyük tepki uyandırmış olmasının veya yakalanan kişinin korunması ihtiyacının<sup>[107]</sup> tutukluluk gerekçesi bakımından kamu yararı sayılabileceğini kabul etmiştir.<sup>[108]</sup> Benzer şekilde, savaş suçları veya insan haklarının ağır ihlali sonucunu doğuran suçlar söz konusu olduğunda kamu yararının bozulabileceği, böyle bir olayda kişinin salıverilmesi halinde halkın, adalete duyduğu güvenin zedelenebileceği; bu nedenle, tutukluluk kararı verilebileceği veya makul sürenin uzayabileceği ifade edilmektedir.<sup>[109]</sup> Burada dikkat edilmesi gereken nokta, kamu düzeninin fiilî tehdit altında bulunuyor olması ve kişinin tutukluluğunun, yargılama öncesi hapis cezasına dönüştürülmemesidir.<sup>[110]</sup>

Bahsi geçen suçlar dışında da kişinin işlediği suçun niteliği, ağırlığı veya savcının talep ettiği ceza miktarının fazla olması, makul sürenin belirlenmesinde rol alabilir. Bununla birlikte bunlar, olay konusu suça ilişkin kuvvetli şüphe bulunması halinde dahi, tek başına, tutukluluk süresinin makul

[BD], B. No: 34015/17, 26896/18, 01.02.2024, § 50, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[107] *Radonjic ve Romic/Sırbistan* [BD], B. No: 43674/16, 04.04.2023, § 64; *K. P./Polonya* [BD], B. No: 52641/16, 26.01.2024, § 96, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[108] *Letellier/Fransa* [BD], B. No: 12369/86, 26.06.1991, § 51; *I. A./Fransa* [BD], B. No: 28213/95, 23.09.1998, § 104, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[109] *Milankovic ve Bosnjak/Hırvatistan* [BD], B. No: 37762/12, 235013, 26.04.2016, § 156, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[110] *Letellier/Fransa* [BD], B. No: 12369/86, 26.06.1991, § 51; *I. A./Fransa* [BD], B. No: 28213/95, 23.09.1998, § 104, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

süreyi aşmasına neden olamaz.<sup>[111]</sup> AİHM, cinsel saldırı suçu nedeniyle, savcının 15 yıl hapis cezası talep ettiği bir davada bu kararı vermiştir.<sup>[112]</sup>

Mahkeme, zaten halihazırda herkes için son çare olarak başvurulması ve mümkün olan en süratli biçimde sona erdirilmesi gereken tutukluluğun, reşit olmayan kişiler bakımından çok daha titizlikle değerlendirilmesi<sup>[113]</sup> ve tutuklu küçüklerin, büyüklerden her zaman ayrı tutulması gerektiği kanaatindedir.<sup>[114]</sup>

Görüldüğü üzere, tutukluluk süresi hiçbir durumda soyut olarak değerlendirilmemektedir. Çalışmanın başında, derhal hâkim önüne çıkarılma hakkında ifade edildiği gibi, makul süre de her olayın kendi içindeki özelliklerine göre belirlenmelidir.<sup>[115]</sup> AİHM, spesifik olarak, organize suçlarda

[111] *Letellier/Fransa* [BD], B. No: 12369/86, 26.06.1991, § 51; *Tomasi/Fransa* [BD], B. No: 12850/87, 27.08.1992, § 89; *K. P./Polonya* [BD], B. No: 52641/16, 26.01.2024, § 97, <https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22}}>, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[112] *Scott/İspanya* [BD], B. No: 21335/93, 18.12.1996, § 78, <https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22}}>, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[113] *Selçuk/Türkiye* [BD], B. No: 2178/02, 10.01.2006, § 36; *Koştı/Türkiye* [BD], B. No: 74321/01, 03.05.2007, § 30; *Nart/Türkiye* [BD], B. No: 20817/04, 06.05.2008, § 31; *Güveç/Türkiye* [BD], B. No: 70337/01, 20.01.2009, § 109, <https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22}}>, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[114] *Nart/Türkiye* [BD], B. No: 20817/04, 06.05.2008, § 31, <https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22}}>, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[115] *Gorski/Polonya* [BD], B. No: 28904/02, 15.02.2006, § 51; *Piotr Baranowski/Polonya* [BD], B. No: 39742/05, 02.01.2008, § 42; *Radonjic ve Romic/Sırbistan* [BD], B. No: 43674/16, 04.04.2023, § 62, <https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22}}>, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

781

dava nedeniyle hapis cezasına mahkûm olması durumunda da Mahkeme artık, AİHS md. 5/1(c) uyarınca değerlendirilmesi gereken tutukluluk süresinin tamamlandığını; bundan sonra, AİHS md. 5/1(a)'ya göre değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>[121]</sup> Süreç içerisinde kişi hakkında, birbirini takip eden birden çok tutukluluk kararı alınmışsa, Mahkeme AİHS md. 5/3'ün genel amacına binaen, bunların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.<sup>[122]</sup>

Önemine binaen, Mahkeme'nin, 2017 tarihli bir kararına, değinmek gerekmektedir. Karara konu olayda, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün akabinde, kişinin tutukluluğunun devamına karar verilmiştir. Tutukluluğun devamına yönelik temyiz sürecinde, kişi hakkında mahkûmiyet hükmü bulunmasına rağmen, iç hukuk öyle gerektirdiği için, kaçma riskinin bulunup bulunmadığına yönelik bir değerlendirme yapılmıştır. Mahkeme, bu noktada, kişi hakkında mahkûmiyet hükmü bulunması nedeniyle, AİHS md. 5/3 bağlamında bir değerlendirme yapılması gerekmediğini ifade etmekle birlikte; devletlerin iç hukukunun getirdiği bu ve benzeri düzenlemelere saygı duyulacağını ifade etmiştir.<sup>[123]</sup> Bu karar, Mahkeme'nin, tutukluluk süresinin, ilk derece mahkemelerince hüküm verildikten sonrası için hesaba katılmayacağına<sup>[124]</sup> ilişkin içtihadından

[121] *Belevitskiy/Rusya* [BD], B. No: 72967/01, 01.03.2007, § 99; *Selahattin Demirtaş/Türkiye* [BD], B. No: 14305/17, 22.12.2020, § 295, <https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22}}>, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[122] *Solmaz/Türkiye* [BD], B. No: 27561/02, 16.06.2007, § 36, 37; *Janakieski/Kuzey Makedonya* [BD], B. No: 57325/19, 16291/20, 14.02.2024, § 70, <https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22}}>, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[123] *Stollenwerk/Almanya* [BD], B. No: 8844/12, 07.09.2017, § 35, <https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%22}}>, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[124] Bu konu, Türk hukuku bakımından şu açıdan önem arz eder. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.04.2011 tarihinde, 2011/1-51 Esas, 2011/42 Karar numaralı kararıyla,

783

derhal salıverilmek zorundadır.<sup>[128]</sup>

Örneğin Mahkeme, tanıklara baskı yapılması riskinin, soruşturma başında mevcut olabileceksen, süreç devam ettikçe ve işlemler yapıldıkça ortadan kalkması gerektiğini; dolayısıyla bunun, tutukluluğun devamı için makul bir gerekçe oluşturmayacağını kabul etmektedir.<sup>[129]</sup>

Mahkeme, ilk tutukluluk kararından sonra, tutukluluğun devam ettirilebilmesi için gereken ek koşulların ne zaman aranacağı konusunda, somut olay şartlarının değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir. Bunun yanında, yakalanma ve tutulmadan itibaren, adli merci önüne derhal çıkarılma hakkı ile tutukluluğun denetimi için geçmesi gereken makul süre arasında bir senkronizasyon olması gerektiğini kabul etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, tutukluluğun devamına karar verilebilmesi için gereken ek koşullar yanında, geçen sürenin makul sayılabilmesi için, somut olay şartlarına göre derhal kapsamında kalabilecek bir süre aramaktadır.<sup>[130]</sup>

Mahkeme, kişinin ilk tutukluluk kararı için var olan makul şüphenin devam etmesi ve buna ek koşulların da varlığına binaen tutukluluğun devamı kararı verildiği durumlarda, araştırmada gösterilen özeni incelemektedir. Buna göre Mahkeme, tutukluluğun devamı için gereken makul şüphe ve diğer koşulların varlığı halinde, konu hakkında yetkililerce makul süre içerisinde titizlikle araştırma yapılmamasını AİHS md. 5/3'ün ihlali

[128] *Smirnova/Rusya* [BD], B. No: 46133/99, 48183/99, 24.07.2003, § 58, <https://hudoc.echr.coe.int/#{22documentcollectionid22:22GRANDCHAMBER22,22CHAMBER22}>, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[129] *Letellier/Fransa* [BD], B. No: 12369/86, 26.06.1991, § 39; *Jarzynski/Polonya* [BD], 04.10.2005, B. No: 15479/02, § 43, <https://hudoc.echr.coe.int/#{22documentcollectionid22:22GRANDCHAMBER22,22CHAMBER22}>, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[130] *Buzadji/Moldova* [BD], B. No: 23755/07, 05.07.2016, § 100, 101, 102, <https://hudoc.echr.coe.int/#{22documentcollectionid22:22GRANDCHAMBER22,22CHAMBER22}>, (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

olarak değerlendirmektedir.<sup>[131]</sup> AİHM, önüne gelen bir olayda, uluslararası istinabe yöntemiyle tanık dinlenmesi gerekliliğine vurgu yaparak, tutukluluk süresinin 1 yıl uzamasını özensizlik olarak değerlendirmiştir.<sup>[132]</sup>

Belirtmek gerekir ki, eğer tutukluluğun devamı için gereken makul şüphe seviyesi mevcut olmaksızın tutukluluk kararı devam ettirildiyse Mahkeme, tutukluluk konusundaki ek koşulların var olup olmadığını ve incelemede yeterli özenin gösterilip gösterilmediğini değerlendirmeye gerek görmeksizin AİHS md. 5/3'ün ihlal edildiğine hükmetmektedir.<sup>[133]</sup>

Mahkeme, tutukluluk esnasında yeterli delil elde edilememiş olmasını, tutukluluğun devamı için makul gerekçe saymaktadır. Ancak, titizlikle gerçekleştirilmiş bir incelemenin varlığı açısından, bu sürede neden delil elde edilemediğinin ayrıntıyla açıklanması gerektiğini; “*delil durumu*” şeklinde basmakalıp ifadelerin, gerekçe sayılamayacağını kabul etmektedir.<sup>[134]</sup>

AİHM, tutukluluk bulunan davalara, adaletin düzgün işleyişine engel

[131] *Toth/Avusturya* [BD], B. No: 11894/85, 12.11.1991, § 67; *Jarzynski/Polonya* [BD], B. No: 15479/02, 04.10.2005, § 37; *Sulaoja/Estonya* [BD], B. No: 55939/00, 15.02.2005, § 62; *Mamedova/Rusya* [BD], B. No: 7064/05, 01.06.2006, § 73; *Idalov/Rusya* [BD], B. No: 5826/03, 22.05.2012, § 140, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[132] *Scott/İspanya* [BD], B. No: 21335/93, 18.12.1996, § 83; *Smirnova/Rusya* [BD], B. No: 46133/99, 48183/99, 24.07.2003, § 64, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[133] *Selahattin Demirtaş/Türkiye* [BD], B. No: 14305/17, 22.12.2020, § 355, 356; *Janakieski/Kuzey Makedonya* [BD], B. No: 57325/19, 16291/20, 14.02.2024, § 84, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[134] *Sadegül Özdemir/Türkiye* [BD], B. No: 61441/00, 02.08.2005, § 35; *Dereci/Türkiye* [BD], B. No: 77845/01, 24.05.2005, § 38; *Merabishvili/Gürcistan* [BD], B. No: 72508/13, 28.11.2017, § 222, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

olmamak koşuluyla öncelik verilebileceğini ve bunların, özel bir titizlikle yürütülmesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>[135]</sup> Bununla birlikte Mahkeme, AİHS md. 5/3'e uygun olma pahasına, hâkim veya sair kamu görevlisinin, tutukluluk incelemesinde, yetki gibi özel hususlarda daha genel bir değerlendirme yapabileceğini belirtmiştir. Buna göre AİHM, tutukluluk hakkında yetkisiz mahkeme tarafından yapılmış özenli bir incelemenin AİHS md. 5/3'e aykırılık teşkil etmediğine kanaat getirmiştir.<sup>[136]</sup>

## D) TEMİNAT

AİHS md. 5/3, salıverilme veya tutuklu yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması hakları yanında; kişilere, teminatla mahkemeye çıkma hakkı tanımaktadır.<sup>[137]</sup> Doğrudan salıverilmeyen kişi hakkında tutuklama kararı verilmesinden önce, tutuklanmadan duruşmaya gelmesini sağlayacak tedbirler mutlaka gözden geçirilmelidir.<sup>[138]</sup> Dolayısıyla, kişinin, bir teminat şartıyla salıverilmesi değerlendirilmeksizin tutuklanması, bu mad-

[135] *Matznetter/Avusturya* [BD], B. No: 2178/64, 10.11.1969, § 12; *Smirnova/Rusya* [BD], B. No: 46133/99, 48183/99, 24.07.2003, § 64, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[136] *Stephens/Malta* [BD], B. No: 33740/06, 21.04.2009, § 58, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[137] *Jablonski/Polonya* [BD], B. No: 33492/96, 21.12.2000, § 83; *Jarzynski/Polonya* [BD], B. No: 15479/02, 04.10.2005, § 44; *Buzadji/Moldova* [BD], B. No: 23755/07, 05.07.2016, § 87, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[138] *Vrencev/Sırbistan* [BD], B. No: 2361/05, 23.09.2008, § 76; *Idalov/Rusya* [BD], B. No: 5826/03, 22.05.2012, § 140; *Chikova/Slovakya* [BD], B. No: 615/21, 9427/21, 36765/21, 13.06.2024, § 70, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

787



789



etmeme tedbirinin amacı da kişiyi derhal hâkim veya yasayla yetkili kılınmış sair kamu görevlisinin karşısına çıkarmaktır. Dolayısıyla, çalışmada tartışılmış olan, AIHS md. 5/1(c) ve md. 5/3'ün, şüphe seviyesi, hâkimin veya yasayla yetkili kılınmış sair kamu görevlisinin tarafsız ve bağımsızlığı, hızlılık gibi hususlar konutu terk etmeme tedbiri için de geçerlidir.<sup>[157]</sup>

## SONUÇ

Özgürlük ve güvenlik hakkı, diğer tüm hak ve özgürlüklerin muhafızıdır. Zira, özgür ve hukukî güvenlik içinde olmayan bir birey, kendisine tanınan diğer temel hak ve özgürlüklerden yararlanamayacaktır. Bu denli önemli oluşundan ötürü pek çok uluslararası antlaşmada yer alan bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de titizlikle düzenlenmiştir.

Özgürlük ve güvenlik hakkının, ceza muhakemesi süreci bakımından önemli bir parçasını oluşturan AIHS md. 5/3, bir suç isnadı üzerine yakalanan ve tutulan kişilerin, yetkililerin keyfî davranışlarına maruz kalmamaları amacıyla düzenlenmiştir. İçtihatlarıyla, Sözleşme'yi hayata geçiren AIHM, çalışmada bir kısmına yer verilen pek çok kararlar, söz konusu hükme anlam ve netlik kazandırmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin hem bu madde özelinde hem de diğer maddelerinde geçen *derhal*, *en kısa sürede* gibi ifadelerin, ortak bir yorumla "*hızlılık*" şeklinde anlaşılması gerektiğini kabul etmekte; buna mukabil, her durum için, somut olay şartlarını göz önünde bulundurarak hüküm vermektedir. Buna göre, bir suç nedeniyle yakalanan ve tutulan kişiler, hızlı bir biçimde hâkim önüne götürülmelidirler. Bu sürat, hem kişilerin kötü muameleye uğramaları riskini en aza indirecek hem de böyle bir durumun yaşanması

[BD], B. No: 12058/21, 10.01.2025, § 135, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

[157] *Vachev/Bulgaristan*, [BD], B. No: 42987/98, 08.07.2004, § 64, [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}), (Erişim Tarihi: 15.03.2025).

ihhtimalinde kanıtlanabilirliği artıracaktır.

Sözleşme, yetkili mercii salt hâkimle sınırlandırmamakta; devletlerin, hâkim yerine bir başka kamu görevlisini yetkilendirebileceğini düzenlemektedir. Mahkeme, bu kamu görevlisinin, adlî yetkilerle donatılmış olmasını; hâkimin en temel özellikleri olan tarafsızlık ve bağımsızlığa sahip bulunmasını; gerektiğinde, kişiyi salıverme yetkisini haiz olmasını aramaktadır.

Suç isnadıyla yakalama ve tutmanın amacı, kişiyi derhal adlî merci önüne götürmektir. Adlî merci, suç isnadını incelemeli ve öncelikle, kişiyi serbest bırakmanın mümkün olup olmadığını değerlendirmelidir. Bu konuda, kişinin duruşmaya gelmesini sağlayacak bir teminatın da mümkünse belirlenmesi zorunluluğu mevcuttur. Bu tedbirlerin yetmemesi durumunda, son çare olarak tutuklama kararı vermek hâkimin takdirinde olup; takdirin sınırları, çerçevesi ve gerekçesi AİHM içtihatlarıyla belirlenmiştir. Zira kişinin, masumiyet karinesinden yararlandığı bir süreçte özgürlük ve güvenlik hakkı, en ağır şekilde müdahaleye uğramaktadır. Bu nedenle Mahkeme, tutukluluk kararı verilebilmesi için somut ve net gerekçeler aramakta; tüm bunların olayda tek tek gösterilmesini beklemektedir. Tutukluluk kararı verilebilmesi için, bu gerekçelere dayalı makul bir şüphe bulunmalı; ancak süreç ilerledikçe, bu şüphe seviyesi aynı kalmamalıdır. Zira, ulusal mahkemeler, bir kişinin tutuklu olarak yargılandığı esnada, onun en önemli temel hak ve özgürlüğü ihlal edilmekte olduğundan, hızlı ve titiz hareket etmeli ve gereken araştırmayı özenle yapmalıdır. Bu özenli araştırmaya binaen, tutukluluğun gerekliliği azalacağından, tutukluluk kararının devamı için Mahkeme, makul şüphenin halihazırda devam etmesi yanında, başka koşulların da ortaya çıkmış olmasını aramaktadır. Tüm bu süreçte, Mahkeme'nin beklediği, bir kişinin tutukluluğunun her ne olursa olsun, makul süreyi aşmamasıdır. Sürenin makul olup olmadığı, somut olay şartlarına ve isnat edilen suçun niteliğine göre değişmekle birlikte her halükârda özgürlük ve güvenlik hakkının özüne dokunulmamalıdır.

## KAYNAKÇA

- Akpek, Ayça L. *Tutuklamada Kuvvetli Suç Şüphesi*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Baytaz, Abdullah Batuhan. “Hükme Bağlı Tutukluluk.” *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, no. 6(2) (2018): 133-153.
- Doğru, Osman. “Kişi Özgürlüğü: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 5. Maddesinin İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Yorumu.” içinde *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu*, 181-286. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2004.
- Doğru, Osman ve Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1*. İstanbul: Legal, 2016.
- Erdoğan, Mustafa. *Özgürlük, Hukuk ve Demokrasi*. Ankara: Siyasal, 2018.
- Eriş, Uğur. “İç Hukukta AIHS’in 5. Maddesine İlişkin Gelişmeler.” içinde *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu*, 287-300. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2004.
- Feyzioğlu, Metin. “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 44, no. 1-4 (1995): 665-688.
- Gözübüyük, Şeref, Gölcüklü, Feyyaz ve Saygılı, Abdurrahman. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*. Ankara: Turhan, 2019.
- Harris, D. J., O’Boyle, M. ve Warbrick, C. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan. İstanbul: On İki Levha, 2022.
- İnceoğlu, Sibel. “Adil Yargılanma Hakkı” içinde *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 209-286. İstanbul: Beta, İstanbul, 2013.

- Kaboğlu, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku 1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*. Ankara: İmge, 2013.
- Karali, Kevser. “Yargıtay’ın Hükmen Tutukluluk İçtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım.” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 3 (2021): 311-330.
- Karan, Ulaş. “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı” içinde *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 179-208. İstanbul: Beta, 2013.
- Nişancı, Dilaver. “AİHM Kararları Işığında Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (AİHS m. 5) ve Bu Hakkın İfade Özgürlüğü (AİHS m. 10) ile Amaçta Saptırma Yasağı (AİHM m. 18) Açısından İrdelenmesi.” *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, no. 44 (2021): 37-74.
- Sarıgül, Ali Tanju. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Kişiy Tanınan Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*. Ankara: Seçkin, 2013.
- Sürücü, A. Sinan. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türkiye’de Tutuklama*. Seçkin: Ankara, 2010.
- Şahbaz, İbrahim. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlük ve Güvenliği.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 55 (2004): 201-225.
- Şirin, Tolga. *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1*. Ankara: Avrupa Konseyi, 2018.
- Taner, Fahri Gökçen. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği İlkesi*. Ankara: Seçkin, 2019.
- Turan, Hüseyin. “Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı Perspektifinden Adli Kontrol Bağlamında Konutu Terk Etmeme Tedbiri.” *Adalet Dergisi*, no. 73 (2024): 165-197.

Yackle, Larry W. “Explaining Habeas Corpus.” *New York University Law Review* 60, no. 6 (1985): 991-1060.

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**

*Aksoy/Türkiye* [BD], B. No: 21987/93, 18.12.1996.

*Aleksandr Makarov/Rusya* [BD], B. No: 15217/07, 12.03.2009.

*Ali Osman Özmen/Türkiye* [BD], B. No: 42969/04, 05.07.2016.

*Alparslan Altan/Türkiye* [BD], B. No: 12778/17, 16.04.2019.

*Aquilina/Malta* [BD], B. No: 25642/94, 29.04.1999.

*Assenov ve diğerleri/Bulgaristan* [BD], B. No: 24760/94, 28.10.1998.

*Becciev/Moldova* [BD], B. No: 9190/03, 04.10.2005.

*Belchev/Bulgaristan* [BD], B. No: 39270/98, 08.07.2004.

*Belevitskiy/Rusya* [BD], B. No: 72967/01, 01.03.2007.

*Bluks Savickis/Letonya* [BD], B. No: 44570/19, 13.06.2024.

*Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 14553/89, 14554/89,  
25.05.1993.

*Brincat/İtalya* [BD], B. No: 13867/88, 26.11.1992.

*Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 11209/84, 11234/84,  
11266/84, 11386/85, 29.11.1988.

*Bryan ve diğerleri/Rusya* [BD], B. No: 22515/14, 27.09.2023.

*Buzadjil/Moldova* [BD], B. No: 23755/07, 05.07.2016.

*Bülbül/Türkiye* [BD], B. No: 47297/99, 22.05.2007.

*Caballerol/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 32819/96, 08.02.2000.

*Castravet/Moldova* [BD], B. No: 23393/05, 13.06.2007.

*Chahal/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 24414/93, 15.11.1996.

- Chikoval/Slovakya* [BD], B. No: 615/21, 9427/21, 36765/21, 13.06.2024.
- Ciulla/İtalya* [BD], B. No: 11152/84, 22.02.1989.
- Conkal/Belçika* [BD], B. No: 51564/99, 05.02.2002.
- Creangal/Romanya* [BD], B. No: 29226/03, 23.02.2012.
- Çakıcı/Türkiye* [BD], B. No: 23657/94, 08.09.1999.
- De Jong, Baljet ve Van Der Brink/Hollanda* [BD], B. No: 8805/79, 8806/79, 9242/81, 22.05.1984.
- De Tommaso/İtalya* [BD], B. No: 43395/09, 23.02.2017.
- De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika* [BD], B. No: 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18.06.1971.
- Dereci/Türkiye* [BD], B. No: 77845/01, 24.05.2005.
- Dzerkorashvili ve diğerleri/Gürcistan* [BD], B. No: 70572/16, 02.03.2023.
- Eldar Hasanov/Azerbaycan*, [BD], B. No: 12058/21, 10.01.2025.
- Engel ve diğerleri/Hollanda* [BD], B. No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08.06.1976.
- Estrikh/Litvanya* [BD], B. No: 73819/01, 18.06.2007.
- Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 12244/86, 12245/86, 30.08.1990.
- Gafal/Malta* [BD], B. No: 54335/14, 22.05.2018.
- Ghazaryan ve Bayramyan/Azerbaycan* [BD], B. No: 33050/18, 05.01.2024.
- Giorgi Nikolaishvili/Gürcistan* [BD], B. No: 37048/04, 13.04.2009.
- Gorski/Polonya* [BD], B. No: 28904/02, 15.02.2006.
- Guzzardi/İtalya* [BD], B. No: 7367/76, 06.11.1980.
- Gürcistan/Rusya* [BD], B. No: 39611/18, 09.04.2024.

- Güveç/*Türkiye* [BD], B. No: 70337/01, 20.01.2009.
- Hassan ve diğerleri/*Fransa* [BD], B. No: 46695/10, 54588/10, 04.12.2014.
- H. L./*Birleşik Krallık* [BD], B. No: 45508/99, 05.10.2004.
- Hood/*Birleşik Krallık* [BD], B. No: 27267/95, 18.02.1999.
- Huber/*İsviçre* [BD], B. No: 12794/87, 23.10.1990.
- Hysal/*Arnavutluk* [BD], B. No: 52048/16, 21.02.2023.
- I. A./*Fransa* [BD], B. No: 28213/95, 23.09.1998.
- Idalov/*Rusya* [BD], B. No: 5826/03, 22.05.2012.
- İpek ve diğerleri/*Türkiye* [BD], B. No: 17019/02, 30070/02, 02.02.2009.
- Jablonski/*Polonya* [BD], B. No: 33492/96, 21.12.2000.
- Janakieskil/*Kuzey Makedonya* [BD], B. No: 57325/19, 16291/20, 14.02.2024.
- Jarzynski/*Polonya* [BD], B. No: 15479/02, 04.10.2005.
- K. P./*Polonya* [BD], B. No: 52641/16, 26.01.2024.
- Kandzhov/*Bulgaristan* [BD], B. No: 68294/01, 06.02.2009.
- Karaca/*Türkiye* [BD], B. No: 25285/15, 20.06.2023.
- Khlaifia ve diğerleri/*İtalya* [BD], B. No: 16483/12, 15.12.2016.
- Khudoyorov/*Rusya* [BD], B. No: 6847/02, 08.11.2005.
- Koster/*Hollanda* [BD], B. No: 12843/87, 28.11.1991.
- Koşti/*Türkiye* [BD], B. No: 74321/01, 03.05.2007.
- Kurt/*Türkiye* [BD], B. No: 15/1197/799/1002, 25.05.1998.
- Labita/*İtalya* [BD], B. No: 26772/95, 06.04.2000.
- Ladent/*Polonya* [BD], B. No: 11036/03, 18.06.2008.

- Letellier/Fransa* [BD], B. No: 12369/86, 26.06.1991.
- Lukovic/Sırbistan* [BD], B. No: 43808/07, 26.03.2013.
- Magee ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 26289/12, 29062/12, 29891/12, 12.08.2015.
- Mamasakhlisi ve diğerleri/Gürcistan ve Rusya* [BD], B. No: 29999/04, 41424/04, 07.06.2023.
- Mamedoval Rusya* [BD], B. No: 7064/05, 01.06.2006.
- Mancini/İtalya* [BD], B. No: 44955/98, 02.08.2001.
- Mangouras/İspanya* [BD], B. No: 12050/04, 28.09.2010.
- Matznetter/Avusturya* [BD], B. No: 2178/64, 10.11.1969.
- McKay/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 543/03, 03.10.2006.
- Medvedyev/Fransa* [BD], B. No: 3394/03, 29.03.2010.
- Melial/Gürcistan* [BD], B. No: 13668/21, 07.12.2023.
- Merabishvili/Gürcistan* [BD], B. No: 72508/13, 28.11.2017.
- Milankovic ve Bosnjak/Hırvatistan* [BD], B. No: 37762/12, 235013, 26.04.2016.
- Murray/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 14310/88, 28.10.1994.
- Muşuc/Moldova* [BD], B. No: 42440/06, 16.11.2007.
- Nart/Türkiye* [BD], B. No: 20817/04, 06.05.2008.
- Neumeister/Avusturya* [BD], B. No: 1936/63, 27.06.1968.
- Niedbal/Polonya* [BD], B. No: 27915/95, 04.06.2000.
- Nikolova/Bulgaristan* [BD], B. No: 31195/96, 25.03.1999.
- Nikolova/Bulgaristan* [BD], B. No: 40896/98, 30.12.2004.

- Oral ve Atabay/Türkiye* [BD], B. No: 39686/02, 23.06.2009.
- Öcalan/Türkiye* [BD], B. No: 46221/99, 12.05.2005.
- Panteal Romanya* [BD], B. No: 33343/96, 03.06.2003.
- Pachenkol Rusya* [BD], B. No: 45100/98, 08.02.2005.
- Piotr Baranowski/Polonya* [BD], B. No: 39742/05, 02.01.2008.
- Piotr Osuch/Polonya* [BD], B. No: 30028/06, 03.11.2009.
- Piruzyan/Ermenistan* [BD], B. No:33376/07, 26.06.2012.
- Podeski/San Marino* [BD], B. No: 66357/14, 13.04.2017.
- Quinn/Fransa* [BD], B. No: 18580/91, 22.03.1995.
- Radonjic ve Romic/Sırbistan* [BD], B. No: 43674/16, 04.04.2023.
- S. B. C./Birleşik Krallık* [BD], B. No: 39360/98, 19.06.2001.
- S., V. ve A./Danimarka* [BD], B. No: 35553/12, 36678/12, 36711/12,  
22.10.2018.
- Sadegül Özdemir/Türkiye* [BD], B. No: 61441/00, 02.08.2005.
- Sakık ve diğerleri/Türkiye* [BD], B. No: 23878/94, 23879/94, 23880/94,  
26.11.1997.
- Sardar Babayev/Azərbaycan* [BD], B. No: 34015/17, 26896/18,  
01.02.2024.
- Schiesser/İsviçre* [BD], B. No: 7710/76, 04.12.1979.
- Scott/İspanya* [BD], B. No: 21335/93, 18.12.1996.
- Selahattin Demirtaş/Türkiye* [BD], B. No: 14305/17, 22.12.2020.
- Selçuk/Türkiye* [BD], B. No: 2178/02, 10.01.2006.
- Skroboll/Polonya* [BD], B. No: 44165/98, 13.09.2005.
- Smirnova/Rusya* [BD], B. No: 46133/99, 48183/99, 24.07.2003.

- Solmaz/Türkiye* [BD], B. No: 27561/02, 16.06.2007.
- Stanev/Bulgaristan* [BD], B. No: 36760/06, 17.01.2012.
- Stephens/Malta* [BD], B. No: 33740/06, 21.04.2009.
- Stollenwerk/Almanya* [BD], B. No: 8844/12, 07.09.2017.
- Stögmüller/Avusturya* [BD], B. No: 1602/62, 10.11.1969.
- Stvrtecký/Slovakya* [BD], B. No: 55844/12, 05.06.2018.
- Sulaoja/Estonya* [BD], B. No: 55939/00, 15.02.2005.
- Timurtaş/Türkiye* [BD], B. No: 23531/94, 13.06.2000.
- Tomasil/Fransa* [BD], B. No: 12850/87, 27.08.1992.
- Toshev/Bulgaristan* [BD], B. No: 56308/00, 10.08.2006.
- Toth/Avusturya* [BD], B. No: 11894/85, 12.11.1991.
- Vachev/Bulgaristan* [BD], B. No: 42987/98, 08.07.2004.
- Vassis ve diğerleri/Fransa* [BD], B. No: 62736/09, 27.06.2013.
- Vrencev/Sırbistan* [BD], B. No: 2361/05, 23.09.2008.
- Weeks/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 9787/82, 02.03.1987.
- Wemhoff/Almanya* [BD], B. No: 2122/64, 27.06.1968.

# Kentsel Dönüşüm Başkanlığı Ve Belediyelerin İnşaat Sözleşmelerini Fesih Yetkisi

Muhammed Ali AYDIN\*

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK – ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

\* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. [muhammedaliaydin@aydin.edu.tr](mailto:muhammedaliaydin@aydin.edu.tr)

**ORCID:** 0000-0002-6243-6083

**Makale geliş tarihi:** 14 Kasım 2024 **Makale kabul tarihi:** 2 Mayıs 2025

**Atıf önerisi:** Aydın, Muhammed Ali, “Kentsel Dönüşüm Başkanlığı ve Belediyelerin İnşaat Sözleşmelerini Fesih Yetkisi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 83, Sayı: 2, Nisan 2025 s. 801-891. **DOI:** 10.30915/abd.1583938

# Kentsel Dönüşüm Başkanlığı Ve Belediyelerin İnşaat Sözleşmelerini Fesih Yetkisi

## ÖZ

6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun iyileştirme, tasfiye ve yenilemeler gerçekleştirilmektedir. TOKİ (Toplu Konut İdaresi Başkanlığı), Kentsel Dönüşüm Başkanlığı ve belediyeler yeni yapı inşaatı yapma konusunda yetkilidir. Ancak yeni inşaatlar çoğunlukla özel sektör tarafından gerçekleştirilmektedir. İnşaat şirketleri arsa malikleri ile anlaşarak arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi imzalamakta ve bu kapsamda inşaat işini üstlenmektedirler. Bu sözleşme uyarınca arsa malikleri paylarının genellikle yarısını, arsanın değerine göre kimi zaman yarısından fazlası veya daha azını müteahhide devredecek, müteahhit inşaatı yapıp, tamamlayacak ve tamamlanan binanın bağımsız bölümleri sözleşme uyarınca paylaşılacaktır.

Müteahhitler kimi zaman çeşitli sebeplerle inşaatı tamamlayamamaktadır. Bu durum da arsa maliklerinin büyük zararlara uğraması sonucunu doğurmaktadır. İnşaat şirketinden kaynaklanan sebeplerle inşaatın tamamlanamadığı, maliklerin mağdur edildiği ve arsanın bulunduğu yerde de uzun yıllarca atıl bekleyen inşaat alanlarının çevreye rahatsızlık verdiği durumlar yaygınlaşınca 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesine 14. fıkra hükmü eklenmiş ve Kentsel Dönüşüm Başkanlığı'na taraflar arasındaki sözleşmeyi fesih yetkisi verilmiştir.

Çalışmamız kapsamında; malikler ile müteahhit arasındaki sözleşmenin hangi durumlarda, hangi şartlarla, hangi idareler tarafından feshedilebileceği vb. konulara ilişkin idare hukuku bakış açısıyla tespitler ve değerlendirmeler yapılmıştır. İdarenin inşaat sözleşmesini feshine dair idari yargı kararlarına yer verilmiştir. Ayrıca makalenin sonunda idarenin inşaat sözleşmesini fesih yetkisinin tabi olduğu hukuki rejim şemalarla görselleştirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:**

kentsel dönüşüm

fesih yetkisi

belediyenin sözleşmeyi feshetmesi

Kentsel Dönüşüm Başkanlığı

afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi

## **Authority of the Urban Transformation Directorate and Municipalities to Terminate Construction Contracts**

### **ABSTRACT**

Pursuant to Law No. 6306 on the Transformation of Areas under Disaster Risk, improvement, liquidation and renovation in accordance with the norms and standards of science and art are carried out in areas under disaster risk and in lands and plots where risky buildings are located outside these areas. TOKI (Mass Housing Administration), Urban Transformation Directorate and municipalities are authorized to construct new buildings. However, new constructions are mostly carried out by the private sector. Construction companies sign a floor construction contract in return for land share with land owners and undertake the construction work within this scope. Pursuant to this contract, the landowners usually transfer half of their shares, sometimes more or less than half depending on the value of the land, to the contractor, the contractor constructs and completes the construction and the independent sections of the completed building are shared in accordance with the contract.

Contractors sometimes fail to complete the construction for various reasons. This results in the landowners incurring great damages. When it became widespread that the construction could not be completed due to the reasons arising from the construction company, the owners were victimized and the construction areas that remained idle for many years in the location of the land caused disturbance to the environment, the provision of paragraph 14 was added to Article 6 of the Law No. 6306 and the Urban Transformation Presidency was given the authority to terminate the contract between the parties.

Within the scope of our study, determinations and evaluations have been made from the perspective of administrative law regarding the con-

ditions under which the contract between the owners and the contractor can be terminated, under which conditions, by which administrations, etc. Administrative judicial decisions regarding the termination of the construction contract by the administration are included. In addition, at the end of the article, the legal regime governing the authority of the administration to terminate the construction contract is visualized with diagrams.

**Keywords:**

urban transformation   termination authority   Urban Transformation Presidency  
municipality's termination of   transformation of areas under disaster risk,  
the contract

## GİRİŞ

Ülkemizin karşı karşıya olduğu deprem gerçeği nedeniyle yapı stoğunun kalitesinin artırılması bir zorunluluktur. Bunu sağlamak için kanun koyucu 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'u 16.05.2012 tarihinde kabul etmiş ve söz konusu Kanun 31.05.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un çıkarılış amacı hem afet riski altındaki alanların hem de zemin olarak riskli bir alan olmasa bile üzerindeki yapı veya yapıların dayanıksız olduğu yerlerde fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini temin edecek bir dönüşüm sağlamaktır. Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasının ç bendi uyarınca; "*Riskli alan: zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan alanı*" ifade eder. Dolayısıyla Kanun'un kapsamı yalnızca altından veya yakınlarından fay geçen ve deprem riskine yüksek derecede maruz kalan bölgelerden ibaret değildir. Fay hatlarına yakınlığı ayrı bir inceleme yapılmasını gerektirmeden, fen ve sanat normlarına aykırı yapıların yoğunlaştığı bölgeler de riskli alan olarak ilan edilebilmekte ve topyekûn yenilenebilmektedir. Ayrıca tekil yapıların da riskli yapı olarak tespit edilmesi ve parsel bazında dahi kentsel dönüşüm yapılması mümkündür. Aynı maddenin 1. fıkrasının d bendi uyarınca; "*riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapıyı*" ifade eder. Tüm bunlardan Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un tüm Türkiye'ye yönelik bir kapsamı olduğu ve tüm Türkiye'de geniş bir kentsel dönüşüm ve yenileme çalışmalarını amaçladığı söylenebilir.

Kentsel dönüşüm ile kentli insanın kente ait mekân, kültür ve toplumun refahını ilgilendiren her olgunun yeniden yapılandırılması,

çevre koşullarından kentin ekonomisinin iyileştirilmesine ve yerel halkın katılımıyla birlikte küreselleşen dünyada kentin yeniden canlandırılarak yeni bir yer edinmesi hedeflenmektedir<sup>[1]</sup>. Kentsel dönüşümün gerçekleştirilmesi için uygulama faaliyetleri konusunda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, Kentsel Dönüşüm Başkanlığı, TOKİ (Toplu Konut İdaresi Başkanlığı), belediyeler ve il özel idarelerine görev verilmiştir. Riskli alan tespiti, riskli yapı tespiti, taşınmaz devri, tescil, tasarrufların kısıtlanması, tahliye ve yıktırma işleminin yanı sıra uygulama işlemleri konusunda da yukarıda sayılan idarelerin çeşitli görev ve yetkileri vardır. Bu idareler inşaat işini bizzat üstlenme yetkisine de sahiptirler.

Bu kadar geniş bir alanı ve çok fazla sayıda yapıyı kapsayan kentsel dönüşümün yalnızca idarenin imkânları ve idare eliyle gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir. Kentsel dönüşümün gerçekleştirilmesi için avantajlı krediler, hibeler ve benzeri teşviklerde bulunularak özel sektörün kentsel dönüşümün önemli bir parçası olması istenilmiştir. Gerçekten de inşaat müteahhidi şirketler yurt çapında çok büyük alanlarda eski binaları yıkmakta, hafriyatlarını gerçekleştirmekte ve akabinde yeni bina inşaatları yapmaktadır.

Riskli yapıların diğer bir deyişle eski binaların yoğunlaştığı yerlerin eski ve merkezi yerleşim yerleri olması ve buraların da ya eskiden beri arsa değeri yüksek yerler olması ya da şehir büyüdükçe konum olarak şehrin merkezine konumlanıyor olması nedeniyle kentsel dönüşümün yüksek kâr potansiyeli vardır. Bu durum da inşaat şirketlerinin büyük bir iştahla şehir içinde arsa arayışına girmesine ve kimi zaman şirket büyüklüğüyle orantısız kentsel dönüşüm projelerini üstlenmelerine sebep olmaktadır.

Bankaların düşük faizle konut kredisi verdiği ve inşaat maliyetlerinin de

[1] Şaban İnam, Vuslat Salalı, “Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Çalışmalarının Hukuki Boyutu ve Uygulamada Karşılaşılan Yasal Sorunlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 79, Sayı: 1, 2021, s. 81.

görece uygun seviyelerde olduğu dönemde müteahhit firmalar üstlendikleri inşaat işinin finansmanını sağlayabilmekte ve inşaatın tamamlanmasına yakın veya tamamlanmasının hemen akabinde bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satabilmekteydi. Ancak inşaat maliyetleri yükseldikçe müteahhit firmalar inşaatın finansmanını sağlamakta sıkıntıya düşebilmektedir. Bunun yanı sıra kredi faizleri yükseldikçe, insanlar kredi çekerek konut almaktan imtina etmekte ve tamamlanan inşaatlardaki bağımsız bölümlerin satış süreleri uzamaktadır. Tamamlanan projelerden beklenen satış gelirleri elde edilemediği için inşaat şirketleri devam eden projelerinin finansmanını sağlayamamakta ve bu projeler akamete uğramaktadır.

Ülkenin ekonomik durumundan bağımsız olarak, inşaat şirketinden veya arsa maliklerinin kendilerine düşen edimleri yerine getirmemesi sebepleriyle de devam eden inşaatlar yarıda kalabilir. Diğer bir deyişle muhtelif sebeplerle arsa malikleri ile müteahhit arasında anlaşmaya varılmış olan bir kentsel dönüşüm projesine hiç başlanılmaması veya başlanılmış olan bir projenin yarıda kalması mümkündür. İnşaat projelerinin yarıda kalmasına ve arsa maliklerinin mağduriyete uğramasına ilişkin haberlere de sıklıkla rastlanılmaktadır<sup>[2]</sup>.

Mevcut yapı tahliye edildikten, mevcut yapı yıkıldıktan sonra veya başlanılan yeni inşaatın yarıda kalması hâlinde arsa maliklerinin yaşadığı mağduriyetler kanun koyucuyu harekete geçirmiştir. Bu mağduriyetleri gidermek üzere, kanun koyucu arsa maliklerinin talebi üzerine idarenin arsa malikleri ile müteahhit arasındaki sözleşmeyi feshetme yetkisini kanunlaştırmıştır. Böylece arsa malikleri sözleşmenin feshi üzerine yeni bir müteahhit ile anlaşma imkânına kavuşmuşlardır. Buna ilişkin ilk düzenleme 04.07.2019 tarihli 7181 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile yapılmış, sonra-

[2] “Fikirtepe’de Kentsel Dönüşüm Krizi: İnşaatlar Durdu, 1.000 Aile Mağdur ve Bir Yıldır Kira Yardımı Yapılmıyor”, Onedio, (04.10.2024), (Çevrimiçi) <https://onedio.com/haber/fikirtepe-de-kentsel-donusum-krizi-insaatlar-durdu-1000-aile-magdur-ve-bir-yildir-kira-yardimi-yapilmiyor-809074>, 04.10.2024.

sında 07.11.2023 tarihli 7471 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile ikinci ve güncel düzenleme yapılmıştır.

## I. İDAREYE FESİH YETKİSİ VERİLMESİNDE TARİHİ SÜREÇ

TBMM (Türkiye Büyük Millet Meclisi) 04.07.2019 tarihli 7181 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 'uygulama işlemleri' başlıklı 6. maddesine ek fıkra eklemiş ve 14. fıkra da idarenin arsa malikleri ile müteahhitler arasındaki inşaat sözleşmesini feshetme yetkisini öngörmüştür<sup>[3]</sup>.

İlk düzenlemenin yapılmasından 4 yıl sonra 07.11.2023 tarihli 7471 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile ilk düzenlemenin üzerinde kısmi değişiklikler yapılmıştır.

- [3] Ek fıkra: 04/07/2019 tarihli 7181 sayılı Kanun m. 24: “(14) Bu Kanun kapsamındaki alanlarda ve parsellerde; oy birliği ile anlaşma sağlanmasından veya hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınıp bu karara katılmayanların hisselerinin satışından sonra müteahhitten kaynaklanan sebeplerle, bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanmamış veya yapım işi belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor ise, yapılan sözleşmelerin feshi için hisseleri oranında maliklerin en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınabilir. Bu karar ile birlikte Bakanlığa başvurularak yeni yapının yapım işine başlanıp başlanmadığının veya yapım işinin projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edip etmediğinin tespiti istenir. Bakanlıkça; belirtilen durumların tespit edilmesi hâlinde, müteahhide otuz gün süre verilerek işe başlaması veya devam etmesi gerektiği, aksi takdirde bu sürenin bitim tarihi itibarıyla sözleşmelerin resen feshedileceği ihtar edilir. Bu ihtara rağmen işe başlanmaması veya devam edilmemesi durumunda, ayrıca ihtar çekmeye gerek kalmaksızın otuz günlük sürenin bittiği tarih itibarıyla hak sahipleri ile müteahhit arasında imzalanmış olan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ilgililerinin muvafakati aranmaksızın resen feshedilmiş sayılır. Fesih sonrasında, taşınmazların siciline şerh edilmiş olan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri maliklerin veya Bakanlığın talebi üzerine terkin edilir. Fesih tarihine kadar yapılmış olan işler, devrolunan hisseler, yapılan ödemeler ve diğer hususlarda genel hukuk hükümleri uygulanır. Fesih tarihine kadar müteahhit tarafından hak sahiplerine yapılan kira yardımı ödemeleri hak sahiplerinden geri talep edilemez.”

Bu değişiklikler şunlardır:

1- Arsa maliklerinin fesih talep edebilmesi için aranan 2/3'lük hisse çoğunluğu, salt çoğunluğa düşürülmüştür.

2- İdareden sözleşmenin feshini talep edebilmek için sözleşmenin feshi kararına katılmayan maliklerin hisselerinin fesih başvurusundan önce satışı ve ortaklıktan çıkarılması zorunluluğu hükümden çıkarılmıştır. İdareye fesih talepli başvuru yapmadan önce fesih kararına katılmayan maliklerin hisseleri cebren satışa çıkarılmayacak ve malik olarak kalmaya devam edeceklerdir. Fesih kararından sonra taşınmaz hakkında oy birliğiyle karar alınamazsa bunun üzerine azınlıkta kalan maliklerin hisselerinin satışı öngörülmüştür. Diğer bir deyişle azınlıkta kalan maliklerin hisselerinin satışı fesih başvurusundan önceyken yeni düzenlemeyle fesih kararından sonraya alınmıştır.

3- Fesih talepli başvurular Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı yerine kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli, Bakanlığa bağlı ve merkezi Ankara'da bulunan Kentsel Dönüşüm Başkanlığı'na yapılacaktır<sup>[4]</sup>.

4- İlk hâlde, hakkında fesih talep edilebilecek sözleşmeler ismen 'gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi' ile 'arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi' olarak sayılmışken yeni hâlde 'inşaat yapımına ilişkin sözleşmeler' olarak kapsamı genişletilmiştir. Böylece çeşitli türlerden bütün inşaat sözleşmelerinin feshi talep edilebilecektir.

2023 yılının sonunda yapılan değişiklikten sonra idareye, taraflar arasındaki inşaat sözleşmesini fesih yetkisi veren kanun hükmü güncel olarak şu hali almıştır:

[4] 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum Ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 792/K: “(1) 16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, ilgili diğer mevzuat ve bu Bölümde verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli, Bakanlığa bağlı ve merkezi Ankara'da bulunan Kentsel Dönüşüm Başkanlığı kurulmuştur.”

(14) (Ek:4/7/2019-7181/24 md.) Bu Kanun kapsamındaki alanlarda ve parsellerde; oy birliği ile anlaşma sağlanmasından veya hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile karar alınmasından sonra müteahhitten kaynaklanan sebeplerle, bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanmamış veya yapım işi belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor ise, yapılan sözleşmelerin feshi için hisseleri oranında maliklerin salt çoğunluğu ile karar alınabilir. Bu karar ile birlikte Başkanlığa başvurularak yeni yapının yapım işine başlanıp başlanmadığının veya yapım işinin projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edip etmediğinin tespiti istenir. Başkanlıkça; belirtilen durumların tespit edilmesi hâlinde, müteahhide otuz gün süre verilerek işe başlaması veya devam etmesi gerektiği, aksi takdirde bu sürenin bitim tarihi itibarıyla sözleşmelerin resen feshedileceği ihtar edilir. Bu ihtara rağmen işe başlanmaması veya devam edilmemesi durumunda, ayrıca ihtar çekmeye gerek kalmaksızın otuz günlük sürenin bittiği tarih itibarıyla hak sahipleri ile müteahhit arasında imzalanmış olan inşaat yapımına ilişkin sözleşmeler ilgililerinin muvafakati aranmaksızın resen feshedilmiş sayılır. Fesih sonrasında, taşınmazların siciline şerh edilmiş olan inşaat yapımına ilişkin sözleşmeler maliklerin veya Başkanlığın talebi üzerine terkin edilir. Fesih tarihine kadar yapılmış olan işler, devrolunan hisseler, yapılan ödemeler ve diğer hususlarda genel hukuk hükümleri uygulanır. Fesih tarihine kadar müteahhit tarafından hak sahiplerine yapılan kira yardımı ödemeleri hak sahiplerinden geri talep edilemez.

## II. İDARENİN SÖZLEŞMEYİ FESİH YETKİSİNE DAİR ÇERÇEVE

Kentsel Dönüşüm Başkanlığı ve Başkanlığın yetkilendirmesiyle belediyelerin sözleşmeyi fesih yetkisinin mevzuata ilk girdiği hâli ve tarihi süreci ortaya koyduktan sonra bu yetkinin kullanımının mümkün olduğu hâllerin çerçevesini çizebiliriz.

## A) FESİH YETKİSİNİN MEVCUT OLDUĞU YERLER

İdareye, özel hukuk kişileri arasındaki sözleşmeyi fesih yetkisi veren hüküm 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 'uygulama işlemleri' başlıklı 6. maddesinin 14. fıkrasıdır. Bu fıkranın hemen başında “*Bu Kanun kapsamındaki alanlarda ve parsellerde*” ibaresi yer almaktadır.

Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un kapsamındaki alanlar riskli alanlardır. Riskli alanlar Cumhurbaşkanlığı kararı ile ilan edilir. Diğer bir deyişle Cumhurbaşkanlığı kararı ile kararlaştırılmadan başka tür idari işlemlerle belirli bir bölgenin riskli alan ilan edilmesi ve dolayısıyla Kanun'un riskli alanlar için tanıdığı imkânlardan yararlanılması mümkün değildir.

Kanun kapsamındaki parseller ise üzerinde riskli yapı bulunan parsellerdir.

### 1- Riskli Alanlar

Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasının ç bendi uyarınca; “*Riskli alan: zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan alanı*” ifade eder.

Cumhurbaşkanlığı uygulamada, riskli alan ilanı yaparken riskli alan ilan ettiği bölgenin ne sebeple riskli ilan edildiği gerekçesine Cumhurbaşkanlığı kararında yer vermemektedir<sup>[5]</sup>. Ancak 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin 5. maddesinde öngörülen şekil şartlarına uyulması gerek-

[5] Çorum İli, Merkez İlçe, Kale Mahallesi Sınırları İçerisinde Bulunan Alanın Riskli Alan İlan Edilmesi Hakkında Karar (Karar Sayısı: 3354), Mersin İli, Akdeniz İlçesi, Barış Mahallesi Sınırları İçerisinde Bulunan Alanın Riskli Alan İlan Edilmesi Hakkında Karar (Karar Sayısı: 3355), Kayseri İli, Melikgazi İlçesi, Cumhuriyet Mahallesi Sınırları İçerisinde Bulunan Alanın Riskli Alan İlan Edilmesi Hakkında Karar (Karar Sayısı: 3356)

tiği için bu alanın neden riskli görüldüğüne dair bilgi, belge ve evrakları içeren dosya Cumhurbaşkanına sunulmadan önce tamamlanmış olmaktadır. Riskli alan ilanına karşı iptal davası açıldığında ise bu dosya içeriğinin yargı organınca denetlenmesi mümkün olmaktadır.

#### **a) Zemin Yapısı Sebebiyle Can ve Mal Kaybına Yol Açma Riski Bulunan Alanlar**

Kanun'un kapsamı bakımından afet riski kavramının başta deprem, toprak kayması, tsunami, sel, orman yangını, çığ vb. olmak üzere doğal afetleri kapsadığı söylenebilir. Zemin yapısı sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski bulunan alanlar; zemin sıvılaşması olan yerler, toprak kayması veya heyelan olabilecek bölgeler, dere yatakları, taşkın bölgeleri, çığ veya kaya düşmesi olasılığı olan alanlardır<sup>[6]</sup>. Zemin yapısı nedeniyle depremin yanı sıra her türlü doğal afet riski ile karşı karşıya bulunan alanların bu kapsamda riskli alan ilan edilmesi mümkündür<sup>[7]</sup>. İnal'a göre doğal afetlerin yanı sıra insan eliyle yaratılan afet riskleri de Kanun kapsamında kabul edilmelidir<sup>[8]</sup>. Örneğin risk taşıyan bir nükleer tesis, baraj, toprak kayması tehlikesi yaratan maden, zehirli atık alanları vb. gibi faaliyetler sonucunda oluşacak riskler de Kanun'un kapsamına dâhil kabul edilmelidir<sup>[9]</sup>.

6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin 'Riskli alanın tespiti' başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasının e) bendinde “*zemin yapısı sebebiyle riskli alan olarak tespit edilmek istenilmesi halinde yerbilimsel etüd raporunu (...) ihtiva edecek şekilde hazırlanmış olan dosyaya istinaden Başkanlıkça*

[6] Osman Ay, *Kentsel Dönüşüm Kapsamında Rezerv Yapı Alanı - Riskli Alan ve Riskli Yapılar*, İstanbul, Beta Yayınları, 1. Baskı, 2014, s. 68.

[7] Didem Akbey Erdidal, *Riskli Alan, Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2020, s. 25.

[8] Emrehan İnal, *Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2017, s. 20.

[9] İnal, a.g.e., s. 21.

*belirlenir ve karar alınmak üzere Cumhurbaşkanına sunulur” hükmü yer almaktadır.*

Zemin yapısı nedeniyle muhtemel bir doğal afetin gerçekleşmesi hâlinde üzerindeki yapıların büyük bir zarara uğrayacağı yerlerin riskli alan niteliğinde olduğunda duraksama yoktur. Bununla birlikte bir bayındırlık faaliyeti nedeniyle örneğin dinamitle patlatma, kazı, tünel açılması gibi sebeplerle zemine zarar verilmişse ve bunun üzerine zemin yapısı sebebiyle riske açık hale gelmişse bu bölgelerin de riskli alan ilan edilmesi Kanun’un amacına uygun düşecektir. Buna karşılık zemin yapısı ile ilgili olmayan sorunlar; örneğin hava kirliliği, yüksek yoğunlukta kar ve yağmur yağışına açık bölgeler, çöplerin veya atıkların biriktirildiği bölgeler zemin yapısı sebebi ile can ve mal kaybına yol açma riski bulunan alan olarak değerlendirilmemelidir.

#### **b) Üzerindeki Yapılaşma Sebebiyle Can ve Mal Kaybına Yol Açma Riski Bulunan Alanlar**

6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği’nin ‘Riskli alanın tespiti’ başlıklı 5. maddesinin 2. fıkrası uyarınca;

(Kentsel Dönüşüm) *Başkanlıkça;*

*a) Kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde;*

*1) Planlama veya altyapı hizmetlerinin yetersiz olması,*

*2) İmar mevzuatına aykırı yapılaşmanın bulunması,*

*3) Altyapı veya üstyapıda hasar meydana gelmiş olması,*

*sebeplerinden birinin veya bir kaçının bir arada bulunması halinde,*

*b) Üzerindeki toplam yapı sayısının en az % 65'i imar mevzuatına aykırı olan veya yapı ruhsatı alınmaksızın inşa edilmiş olmakla birlikte sonradan yapı ve iskân ruhsatı alan yapılardan oluşan alanlarda,*

*uygulama bütünlüğü gözetilerek belirlenen alanlar, riskli alan olarak belirlenmek üzere Cumhurbaşkanına sunulur. (b) bendi kapsamında riskli alan belirlenirken, alanda bulunan yapıların ruhsat ve yapı kullanma izin belgesi bilgileri ile imar mevzuatına uygunluk durumlarını gösteren bilgileri ihtiva eden Ek-4'te yer alan Yapı Değerlendirme Formunun doldurulması gerekir.*

hükmü yer almaktadır.

Zemin yapısı itibariyle sağlam olan bölgelerde ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılaşmaların yoğunlaşması nedeniyle muhtemel bir afet sonucunda çok sayıda can kaybı ve büyük maddi zarar riski mevcuttur. Bir yerde ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların hangi miktara ulaştığı durumda o bölgenin riskli alan sayılabileceğine dair belirsizlik 14.04.2016 tarihli 6704 sayılı Kanun ile 6306 sayılı Kanun'a EK Madde 1 eklenmesiyle giderilmiş ve Ek Madde 1 hükmü ise uygulama yönetmeliğinde ayrıntılandırılmıştır. Mevzuat uyarınca bir yerin üzerindeki yapılaşma nedeniyle riskli alan ilan edilebilmesi için ya en az %65 oranında imar mevzuatına aykırı olan veya yapı ruhsatı alınmaksızın inşa edilmiş olmakla birlikte sonradan yapı ve iskân ruhsatı alan yapılardan oluşması gerekir. Diğer ihtimal ise belirli bir alanın kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu bir yer olması durumudur. Bu durumda planlama ve altyapı hizmetlerinin yetersiz görülmesi, asgari bir oran aranmadan imar mevzuatına aykırı yapılaşmanın bulunması veya altyapısının hasarlı veya hasar almış durumda olması yeterli görülmüştür.

## 2- Riskli Yapılar

6306 sayılı Kanun m.2/d ve Uygulama Yönetmeliği m.3/g hükümlerinde riskli yapı, “*riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı*” olarak tanımlanmıştır. Tanımda açıkça ifade olunduğu üzere, yapının “riskli yapı” olarak nitelendirilebilmesi için, riskli bir alanda bulunması şart değildir<sup>[10]</sup>.

Riskli alan ilanı cumhurbaşkanı kararı ile yapılır ve riskli alan tespiti böylece gerçekleştirilir. Riskli yapı tespiti ise Kanun’un 3. maddesinin 1. fıkrası uyarınca öncelikle yapı malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından, Başkanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılır ve sonuç Kentsel Dönüşüm Başkanlığı’na veya idareye bildirilir. Başkanlık/İdare riskli yapıların tespitini resen yapabileceği gibi süre vererek maliklerden veya kanuni temsilcilerinden de isteyebilir. Verilen süre içinde maliklerce tespit yaptırılmadığı takdirde, tespitler Başkanlıkça veya İdarece yapılır veya yaptırılır. Başkanlık, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek İdareden de isteyebilir. Riskli yapı tespiti yapılmasının engellenmesi durumunda; Başkanlıkça/İdarece talep edilmesi halinde, mülki idare amiri tarafından verilecek yazılı izine istinaden yeterli kolluk kuvveti marifetiyle kapalı kapıları/alanları açmak veya açtırmak suretiyle resen tespit yapılır/yaptırılır.

Riskli yapılar; 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği’nin Ek-2’sinde yer alan Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslara göre tespit edilir.

Riskli yapı tespiti yapılırken özetle; başvuru ile kritik katın kolonlarından ve perdelerinden yönetmeliğe uygun olarak en az 6 adet olmak şartı ile yapı elemanlarının sayısına göre karot numunesi alınıp bina beton dayanımı tespit edilir. Karot numunesi alınacak yapı elemanları Schmidt Çekici

[10] İnal, a.g.e., s. 18.

(Beton Test Çekici) deneyi ile belirlenir. Zemin katın ve varsa bodrum katın taşıyıcı kolon ve perdelerinde sıyırma işlemi yapılarak demirlerin, çap, adet ve aralıkları belirlenir, röntgen cihazları ile kolon ve perdelerin röntgenleri çekilerek etriye aralıkları belirlenir, bina rölövesi çizilir. Zemin etüd raporu hazırlanır. Alınan numuneler laboratuvar ortamında mühendisler tarafından basınç deneyine tabi tutulur.

Uygulama Yönetmeliğinin ekleri arasında yer alan Riskli Yapıların Tespit Edilmesine İlişkin Esaslar'da gösterilen direnç ve dayanıklılık değerlerine ulaşamayan numunelerin alındığı yapının riskli yapı olduğu anlaşılır.

## **B) İDARENİN FESİH KARARINA KONU OLABİLECEK SÖZLEŞMELER**

İdareye fesih yetkisi veren kanun hükmünün ilk hâlinde; hakkında fesih talep edilebilecek sözleşmeler ismen 'gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi' ile 'arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi' olarak sayılmışken yeni halde 'inşaat yapımına ilişkin sözleşmeler' ifadesiyle kapsamı genişletilmiştir. Böylece çeşitli tür ve nitelikteki bütün inşaat sözleşmelerinin feshi talep edilebilecektir.

Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'daki ifade olan 'inşaat yapımına ilişkin sözleşmeler' ifadesi Kanun kapsamında ifade edilen riskli alanlarda kentsel dönüşüm uygulaması sonucunda yeni bir yapının inşa edilmesi ile daha önceden mevcut olan riskli yapının yıkılarak bunun yerine yeni bir yapının inşa edilmesi sözleşmesini ifade etmektedir. Yeni yapı inşaatı konulu sözleşmelerin en yaygın iki türü eser sözleşmesi (yapı inşaatı sözleşmesi) ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir.

### **1- Eser Sözleşmesi (Bina İnşaatı Sözleşmesi)**

Bina inşaatı sözleşmesi veya halk arasında kullanılan ismiyle 'anahtar

teslim inşaat sözleşmesi' tip olarak Türk Borçlar Kanunu'nda ayrıca ve özel olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte bina inşaatı sözleşmesi türünü de kapsayan eser sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir<sup>[11]</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesi uyarınca; “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” Bina inşaatı sözleşmesinde iş sahibi taşınmazın malikleri olmaktadır. İş sahibi malikler, arsa paylarını inşaat şirketine devretmek istememektedir ve bina inşaatını yaptırabilecek mali imkânlarla da sahiptirler. Bu sözleşme türünde iş sahibi taşınmaz malikleri, arsaları üzerine bina inşaatı yapılması işini yükleniciye vermektedir. Yüklenici bir eser olarak, bina inşaatını gerçekleştirmeyi üstlenmektedir. İş sahibi olan malikler ise yüklenici ile anlaştıkları miktarda bir bedeli yükleniciye ödemeyi üstlenmektedir. Malikler yükleniciye belirli bir bedel karşılığında bina inşaatı yaptırmaktadır. Yüklenici ise aksi kararlaştırılmadıkça malzemelerin tedarik edilmesi dahil inşaatın yapılabilmesi için gereken her türlü eylemi kendisi yerine getirmek zorundadır. Örneğin projelerin hazırlanması, ruhsatların alınması, işçilerin istihdam edilmesi, malzemelerin tedariki, inşaatın yapılması, yapı kullanma izninin alınması vb. her türlü eylemler bu kapsamdadır. TBK (Türk Borçlar Kanunu) m. 479/1. f. uyarınca; “*İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur.*” Bina inşaatında eser, fiilen inşaatı tamamlanan yapıya idarenin yapı kullanım izni vermesiyle yasal olarak tamamlanmış olur. Yapı kullanım izni alamamış bir yapı natamam bir yapıdır, yasal olarak tamamlanmış bir yapı/eser sayılamaz<sup>[12]</sup>. Dolayısıyla yapı kullanım izni (iskân) alınmamış bir yapı hukuken halen inşaat niteliğinde sayılır ve yüklenici, iş sahiplerini yapıyı bu haliyle teslim almaya zorlayamaz. Böyle bir durumda TBK m. 475 uyarınca iş sahibinin seçimlik hakları gündeme gelir.

[11] Zeynep Özcan, “İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı ve Eksik İfası”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 11, 2018, s. 318.

[12] Muhammed Ali Aydın, *İmar Hukukunda İdari Yaptırımlar*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2023, s. 216.

## 2- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi (Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi)

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ismi, kanunlarda bazı maddelerde (Türk Medeni Kanunu (TMK) m.1009, Tapu Kanunu (TK) m.26/7) geçmesine rağmen; tanımı, unsurları veya uygulanacak hükümlere ilişkin düzenlemelerin bulunmadığı bir sözleşmedir<sup>[13]</sup>. Diğer bir deyişle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bir sözleşme tipi olarak Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmemiştir. Yargıtay kararlarında bu sözleşme tipi özelliği üzerinden açıklanmaktadır:

*“Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek, yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmekle yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin bedele, başka bir anlatımla sözleşmede kararlaştırılan tapu payı veya bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için inşaatı sözleşme ve ekleri ile tasdikli proje ve inşaat ruhsatı ile kamu düzeninden olan imar mevzuatına uygun olarak tamamlayıp arsa sahiplerine teslim etmesi gerekir<sup>[14]</sup>.”*

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi arsa sahipleri ve müteahhitlerin karşılıklı ihtiyaçlarını karşılayan karma bir sözleşmedir. Bu sözleşmede arsa sahibi herhangi bir bedel ödemeksizin bağımsız bölüme sahip olacak, müteahhit de üzerinde inşaat yapacağı arsayı satın almaksızın o arsa üzerinde belirli oranda hak sahibi olacaktır<sup>[15]</sup>.

[13] Derya G. Bütün Yılmaz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 38, 2019, s. 108.

[14] Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi, 17 Ekim 2023 Tarih ve E. 2022/3514, K. 2023/3330 Sayılı Kararı. ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr))

[15] Eren Sönmez, Cem Güçlü ve Ali Rıza İlgezdi, *İnşaat Sözleşmelerinin Bakanlık ya da Belediyeler Tarafından Feshi*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2021, s.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, “yüklenicinin arsa sahibine karşı arsa üzerinde ‘bağımsız bölümlerden oluşan bir ana yapı’ ve/veya ‘bütünlük taşıyan bağımsız bölümler’ inşaat etme borcu; arsa (iş) sahibinin ise karşılık olarak arsadaki mülkiyetinin belirli bir payını veya meydana getirilecek ana yapıdaki bağımsız bölümlerden bir kısmının mülkiyetini yükleniciye devir borcu altına girdiği sözleşme” olarak tanımlanabilir<sup>[16]</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurları, arsa sahibinin arsa paylarını devir borcu, yüklenicinin yapı inşa etme borcu ve arsa sahibi ile yüklenici arasındaki anlaşmadır<sup>[17]</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, taşınmaz malikleri inşaat bedelini ödeyerek bir inşaat işini üçüncü bir kişiye yaptırmamaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa maliki veya malikleri, arsa payının bir kısmını yükleniciye devretmeyi borçlanmaktadır<sup>[18]</sup>. Yüklenici inşaat şirketi ise yapı inşaatı yapmayı ve bunu yapı kullanım izni alarak tamamlamayı ve arsa payını devreden malik veya maliklere sözleşmede kararlaştırılan sayıda bağımsız bölümü aksi öngörülmemişse içi tamamlanmış ve kullanıma hazır halde teslim etmeyi borçlanmaktadır<sup>[19]</sup>. Elbette tarafların hakları karşı tarafın edimleri olmaktadır. Taşınmaz malikleri, yükleniciden bağımsız bölüm veya bölümleri teslim alma hakkına sahiptir. Yüklenici ise taşınmaz maliklerinden sözleşmede öngörülen orandaki taşınmaz hissesini devralma hakkına sahiptir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sözleşmenin taraflarından birisi

16.

[16] Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, 2014, s. 113.

[17] Yasemin Durak, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 3, 2016, s. 209.

[18] Sönmez, Güçlü, İlgezdi, *İnşaat Sözleşmelerinin Bakanlık ya da Belediyeler Tarafından Feshi*, s. 23.

[19] Sönmez, Güçlü, İlgezdi, *a.y.*

arsayı sunmakta, diğer taraf inşaat yapmakta ve neticede hem yüklenici hem de arsa malikleri yeni bir binada bağımsız bölümlere sahip olmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuken geçerlilik kazanması için TMK m. 706, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60 ve 89. maddeleri gereğince resmi şekil şartına uyularak kararlaştırılması gerekir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi taraflarca noterde düzenleme biçimde kararlaştırılarak ve akabinde imzalanarak hukuken geçerlilik kazanır. Sözleşmenin haricen imzalanması ve sonra notere onay için götürülmesi halinde sözleşme geçerli olmayacaktır<sup>[20]</sup>.

TMK m. 1009 uyarınca; “*Arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir.*”

*Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.”*

Uygulamada; eğer arsa malikleri arsa paylarını kendi uhdelerinde tutacak ve inşaat tamamlanınca paylarını devredeceklerse bu sözleşmelerde tapu sicilinde lehine şerh konulan taraf yüklenici olmaktadır<sup>[21]</sup>. Buna karşılık, yüklenici, arsa paylarını inşaat başlamadan devralmışsa bu durumda tapu sicilinde lehine şerh konulan taraf arsa malikleri olmaktadır<sup>[22]</sup>.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin kendisine devredilen yere hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edim ise bi-

[20] Sönmez, Güçlü, İlgezdi, a.g.e., s. 32.

[21] Duygu Koçakdiker, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 72, Sayı 3, 2023, s. 1459.

[22] Koçakdiker, a.g.e., s. 1460.

mayı imal ve teslimdir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 473. maddesi uyarınca arsa sahibinin, sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar<sup>[23]</sup>.

### C) İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARCA VEYA MAHKEME-CE FESHEDİLMESİ

İnşaat sözleşmelerine konu olan işin çeşitli sebeplerle tamamlanamaması veya iradi olarak tamamlanmaması ihtimal dahilindedir. İnşaat sözleşmesinin en temel edimi yüklenicinin inşaatı gerçekleştirilmesi olup genellikle sorunlar da buradan doğar. Yüklenici iradi veya gayri iradi, ihmal göstererek, mali sıkıntılara düşerek, tecrübesizlik, arazi yapısı, ruhsat alımında sorun yaşanması ve benzeri sebeplerle yapı kullanım izni alınmış bir şekilde yapıyı arsa sahibi veya sahiplerine teslim edemeyerek temerrüde düşebilir.

Sözleşmede öngörülen vadede inşaatı tamamlayıp teslim etme konusundaki edimde yüklenici temerrüde düşmüş olabilir. Vade dolmadan önce de yüklenicinin işi bıraktığı, çok yavaş bir hızda çalıştığı veya işin istenilen niteliklerde gerçekleştirilmediği tespit edilebilir. Bu durumlarda arsa maliki veya malikleri sözleşmeden dönmek<sup>[24]</sup> veya ileriye etkili olarak sözleşmeyi

[23] Yargıtay Yedinci Hukuk Dairesi, 15 Mayıs 2024 Tarih ve E. 2023/3334, K. 2024/2599 Sayılı Kararı. ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr))

[24] Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi, 17 Ekim 2023 Tarih ve E. 2022/3514, K. 2023/3330 Sayılı Kararı; “(...) sözleşmenin 5. maddesi ile getirilen tevhit şartının gerçekleştiği 26.12.2013 günü ile işbu dava tarihi arasında davalı yüklenici tarafından edimin ifasına yönelik hiçbir işlem yapılmamış, arsa sahiplerine ve ilgili mercilere (belediye başkanlığı vb.) başvuruda bulunulmamıştır. Yüklenicinin açtığı İstanbul Anadolu 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2020/294 Esas sayılı yetki ve süre talepli dava dosyasından tanzim edilen bilirkişi raporu ile, toplam inşaat süresinin 43 ay olarak tespit edilmiş olması karşısında yapı ruhsatı, mimari projesi vs. hazırlık işlemleri dahi henüz gerçekleştirilmemiş olan inşaatın, mahkemece tespiti yapılan 9 aylık sürede bitirilemeyeceği hususu izahtan varestedir.

feshetmek isteyebilirler<sup>[25]</sup>. Yüklenicinin sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi, iş takviminin gerisinde kalması gibi hallerin varlığı halinde arsa sahibinin teslim gününü beklemeden sözleşmeden dönme hakkı mevcuttur<sup>[26]</sup>.

İlk bakışta maliklerin, inşaat sözleşmesinden tek taraflı iradeleri ile dönebilecekleri veya sözleşmeyi ileriye etkili feshedebilecekleri düşünülebilir. Ancak Yargıtay uygulaması uyarınca ya tarafların iradeleri sözleşmenin feshi yönünde karşılıklı uyuşmalı ya da tek taraflı da olsa sözleşmenin feshini isteyen taraf dava açarak mahkeme kararı ile sözleşmeden dönülmesini veya sözleşmenin feshini sağlamalıdır<sup>[27]</sup>.

Yargıtay bu konuda yerleşik içtihat hâline gelen kararlar vermektedir:

*Dava ve sözleşme tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 818 sayılı mülga BK'nın 355. ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya devri taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, tam olarak iki taraflı*

---

*Açıklanan nedenlerle mahkemece, davacı arsa sahiplerinin sözleşmenin geriye etkili feshi talebinin yerinden olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanılığlı gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır. (...)" (www.lexpera.com.tr)*

[25] Şaban Tamer, "Kentsel Dönüşüm Yasası Kapsamında İmzalanan Taşınmaz Satış Vaadi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Bakanlık veya İdarenin Tespiti ile Dönme", *Adalet Dergisi*, Cilt 149, Sayı 68, 2022, s. 576.

[26] Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi, 29 Mart 2023 Tarih ve E. 2022/1285, K. 2023/1275 Sayılı Kararı. (www.lexpera.com.tr)

[27] Tamer, a.y.

borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri eser ve satış vaadi sözleşmelerinden oluşan karma nitelikli akitlerden olup, satış vaadini (arsa payının devrini) de içerdiğinden, tek taraf- lı irade beyanı ile feshi mümkün değildir. Dairemizin kararlılık gösteren içti- hatlarında bu tip sözleşmelerin tarafların iradelerinin birleşmesi halinde ya da haklı sebeplerin bulunması durumunda mahkemenin vereceği fesih kararı ile sona ereceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, mahkeme kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı “sözleşmenin feshi” davası sonunda feshi (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshiye karar verir, aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutar. Bir başka anlatımla, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshi, taraf iradeleri fesihte birleşmediği sürece ancak mahkeme kararı ile mümkün olmaktadır.

Somut uyuşmazlığımızda, mahkemece davalı yüklenicinin kusuru olma- ması nedeniyle sözleşmenin feshi talebinin de reddine karar verilmiş ise de, davalı yüklenici tarafından davacı arsa sahibine karşı ... 5. Asliye Hukuk Mahkemesi 2017/244 Esas sayılı dava dosyası ile de sözleşmenin feshi ile men- fi ve müspet zarar tazmininde bulunduğu, böylelikle tarafların iradelerinin sözleşmenin feshi konusunda birleştiği anlaşıldığından mahkemece sözleşme- nin feshi talebinin kabulü gerekirken reddi doğru olmamış, kararın bu neden- le bozulması uygun bulunmuştur<sup>[28]</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu ilkeleri ortaya koymaktadır: “Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, tapulu taşınmazın veya tapulu taşınmaz payının devrini içermesi nedeniyle tek taraflı irade beyanıyla feshedilemez; taraf irade- lerinin fesih konusunda uyuşması gerekir veya mahkeme kararı ile fesih müm- kündür. Taraf iradeleri fesih konusunda uyuşmamış ise, mutlaka hâkim kararı

[28] Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 20 Aralık 2018 Tarih ve E. 2018/2608, K. 2018/5171 Sayılı Kararı. (www.lexpera.com.tr)

*gereklidir*<sup>[29]</sup>.”

Yargıtay On Beşinci Hukuk Dairesi, 20 Aralık 2018 Tarih ve E. 2018/2608, K. 2018/5171 sayılı karardan görüleceği üzere taraflar sözleşmenin feshi konusunda anlaşıyorsa fesih isteyen tarafın haklı bir sebep göstermesi üzerine yargı kararıyla sözleşme feshedilebilir. Diğer bir deyişle haklı sebep bulunması halinde tek taraflı fesih söz konusu olabilir. Yüklenicinin bir kusurunun olmadığı durumlarda taşınmaz maliklerinin fesih talepleri yargı organı tarafından reddedilmelidir. Örneğin Yargıtay kararına konu olan bir olayda yüklenicinin, idarenin parselasyon planını hazırlamasını bir buçuk yıl beklemek zorunda kalması nedeniyle inşaatı başlatamaması yükleniciye atfedilebilecek bir kusur olmadığından maliklerin fesih talebi haksız bulunmuştur<sup>[30]</sup>.

[29] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 3 Mayıs 2023 Tarih ve E. 2021/194, K. 2023/411 Sayılı Kararı. ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr))

[30] Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi, 22 Ekim 2024 Tarih ve E. 2023/2833, K. 2024/3635 Sayılı Kararı; “(...) Davacı arsa sahibi 18.11.2019 dava tarihi itibarıyla davalı yüklenicinin süreye riayet etmediği gerekçesiyle sözleşmenin feshi ve tapu iptal ve tescil davasında bulunmuş ise de; davalı yüklenicinin yapı ruhsatının alınması için 19.04.2019 tarihinde ilgili belediyeye yola terk projesini sunduğu, belediye tarafından projenin 24.04.2019 tarihinde onaylandığı ve 09.05.2019 tarihinde davalı yükleniciye tebliğ edildiği anlaşılmıştır. Söz konusu işlemler devam ederken 3194 Sayılı İmar Kanunu’nun 15 inci maddesinde 04.07.2019 tarihinde yapılan değişiklikle parselasyon planı yapılması zorunluluğu getirilmiş, sözleşmeye konu taşınmazın bulunduğu yerde de parselasyon planı bulunmadığından 18 inci madde uygulaması yapılması için ilgili belediyece işlemlere başlanmış ve söz konusu işlemler 26.01.2021 tarihinde tamamlanmıştır. Böylelikle sözleşmeye konu taşınmaza yapı ruhsatı alınabilmesi bu tarihten sonra mümkün olmuştur. Yasal değişiklik nedeniyle davalı yüklenicinin elinde olmayan sebeplerle işlemler durmuş, yapı ruhsatı alınamamıştır. Yargılama aşamasında alınan bilirkişi raporunda, yola terk işlemleri için 3 aylık sürenin makul olduğu belirtilmiş, davalı yüklenici gecikmeksizin sözleşme tarihinden kısa bir süre sonra 19.04.2019 tarihinde yola terk işlemleri için gerekli işlemlere başlamıştır. Böylelikle 09.04.2019 sözleşme tarihi ile 04.07.2019 yasal değişiklik tarih aralığı dikkate alındığında 3 aylık makul sürenin dolmadığı anlaşıldığından davalının sözleşme konusu işleri yapmada gecikmediği anlaşılmış olup, iş bu nedenle mahkemece davanın reddine karar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarihli ve 1983/3 Esas, 1984/1 Karar sayılı kararında da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla işi belirlenen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi hâlinde, uyuşmazlığın kural olarak (Eski) Borçlar Kanunu'nun 106-108 inci maddeleri gereğince çözümlenmesi gerektiği, ancak olayın niteliği ve özelliği haklı gösteriyorsa TMK'nın 2. maddesi uyarınca sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar vermek gerektiği belirtilmiştir<sup>[31]</sup>. Daha açık bir ifadeyle inşaatın tamamlanmasına çok iş ve zaman varsa arsa maliki veya malikler sözleşmeden dönebilir<sup>[32]</sup>. Yargıtay kararlarında sözleşmeden dönme kavramı erken fesih kavramıyla da ifade edilmektedir<sup>[33]</sup>. Sözleşmeden dönme durumunda sözleşmeden dönen malik veya malikler yükleniciye yüklenicinin yaptığı masraflarla orantılı bir bedel ödemekle yetinir. Dönme duru-

---

*verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür. (...)* (www.lexpera.com.tr)

[31] Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 25 Ocak 1984 Tarih ve E. 1983/3, K. 1984/1 Sayılı Kararı.

[32] Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi, 8 Ocak 2022 Tarih ve E. 2021/1137, K. 2022/113 Sayılı Kararı; “(...) bilirkişi raporunda inşaatın tamamlanma oranının %43.5 olduğu tespit edilmiş olup, inşaatın kalan sürede bitirilip teslim edilemeyeceği açıktır. Bu itibarla, somut olayda asıl dava bakımından erken fesih şartlarının oluştuğu ortadadır. (...)” (www.lexpera.com.tr)

[33] Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi, 15 Haziran 2023 Tarih ve E. 2023/2348, K. 2023/2388 Sayılı Kararı; “(...) erken feshin şartlarının oluşmadığı belirtilerek davanın reddine karar verilmiş ise de; (...) davalı yüklenici ...'nın sözleşme konusu villaları, inşaat ruhsatı alınmasından itibaren 24 ay içinde inşa edip bitirmeyi ve arsa sahiplerine teslim etmeyi taahhüt etmiş olduğunun anlaşılması, dava tarihi itibarı ile 27/05/2011 tarihli yapı ruhsatlarının üzerinden 24 ayın geçmiş olması, 31/05/2019 keşif tarihi itibarı ile dahi inşaat başlanmasına engel bir husus olmamasına karşın sözleşme konusu taşınmazlar üzerinde hiçbir çalışmanın olmadığının anlaşılması karşısında makul sürenin çoktan aşılmış olması nedeni ile davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme ile yapı ruhsatının 2017 yılında alınmış olduğunun kabulü ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır. (...)” (www.lexpera.com.tr)

munda yüklenici beklediği kârı elde edememekte yalnızca sözleşmeden dönülen tarihe kadar yapmış olduğu masrafları almaktadır. Buna karşılık eğer yüklenici inşaatı büyük oranda tamamlamışsa ve inşaatın çok az bir işi kalmışsa arsa maliki veya maliklerin sözleşmeden dönmesi dürüstlük ve iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayacağından sözleşme ileriye etkili olarak feshedilebilir. İleriye etkili fesih durumunda yüklenici inşaatın tamamlamış olduğu miktarıyla orantılı bir oranda arsa payına hak kazanır.

Yargıtay inşaatın büyük oranda tamamlandığını kabul etmek için %90 oranını esas almaktadır. Bununla birlikte %90'a ulaşan oranda inşaat tamamlanmadığı ancak %80, %85 gibi farklı oranlarda tamamlandığı hallerde de Yargıtay bu oranda tamamlamayı büyük oranda tamamlama kabul edebilmektedir<sup>[34]</sup>. Kural olarak müteahhit binanın teslimi ile arsa payı veya bağımsız bölüme hak kazanır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin tasfiyesinde, temerrüt sebebiyle sözleşme feshedilirse arsa sahibi sadece inşaatı tamamlanmış kısma karşılık gelecek arsa payı veya bağımsız bölümün müteahhide devrini gerçekleştirecektir<sup>[35]</sup>. Diğer bir deyişle geçmişe etkili dönmede olduğu gibi yükleniciye yalnızca masrafları ödemekle yetinilemeyecek, yüklenicinin büyük oranda tamamlamış olduğu inşaatın tamamlama oranına göre kendi payına düşen bağımsız bölümler yükleniciye devredilecektir.

Yargıtay uygulamasından görüleceği üzere; sözleşmeden geçmişe etkili dönmek veya geleceğe etkili olarak sözleşmeyi feshetmek isteyen arsa maliki veya malikleri ya yüklenici ile karşılıklı anlaşarak bu kararı almak ya da dava açarak yargı yoluyla mahkemeden bu yönde karar vermesini istemek zorundadır.

[34] İsmail Atamulu, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi”, Kayseri, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 135.

[35] Atamulu, a.g.e., s. 148.

Makalemizin konusu olan, idarenin taraflar arasındaki inşaat sözleşmesini feshetme yetkisi 2019 yılının ortasında mevzuata girmiş ve bu alanda da çok işlevsel bir araç hâline gelmiştir.

#### **Ç) MALİKLERİN TAŞINMAZLA İLGİLİ DAVA AÇMASININ İDAREYE YAPILACAK FESİH TALEPLİ BAŞVURUYA ETKİSİ**

6306 sayılı Kanun kapsamında olan taşınmazlarla ilgili olarak açılmış olan davalarda Kanun uyarınca yapılacak işlemlere engel teşkil edecek şekilde verilmiş bir ‘iptal’, ‘yürütmenin durdurulması kararı’ veya ‘ihtiyati tedbir’ kararı olmadıktan sonra sırf dava açılmış olması, o taşınmaz hakkında Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’un 6. maddesinin 14. fıkrası uyarınca idareden, müteahhit ile aralarındaki inşaat sözleşmesinin feshi için talepte bulunmalarına engel teşkil etmeyecektir<sup>[36]</sup>. Malikler veya üçüncü kişiler tarafından, inşaat sözleşmesine konu taşınmaz ile ilgili bir dava açılmışsa ve açılan dava devam ederken veya yapılan yargılama sonucunda mahkemece verilen karar taşınmazda inşaat faaliyetlerinin başlamasına veya başlamış inşaatın devam etmesine engel olabilir. Bu tür kararlar ve yarattıkları durumlar inşaat sözleşmesinin tarafı olan müteahhit açısından bir mazeret niteliğine bürünebilir. Bu da idare-den talep edilen fesih kararının alınmasına engel teşkil edecek bir boyuta bürünebilir. Örneğin sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişi taşınmaz için alınan yapı ruhsatının iptali talebiyle dava açmış ve bu davada yürütmenin durdurulması kararı verilmiş olabilir. İşte bu davada davanın reddine karar verilmedikçe inşaat müteahhidinin inşaatı başlaması mümkün olmayacaktır. Bu durumda da malikler lehine idarece sözleşmenin feshine karar verilemez, çünkü inşaatın başlamaması müteahhitten kaynaklanan bir sebepten gerçekleşmemiştir.

#### **D) FESİH YETKİSİNİN KULLANILMASI İÇİN TALEPTE BU-**

[36] Sönmez, Güçlü, İlgezdi, *İnşaat Sözleşmelerinin Bakanlık ya da Belediyeler Tarafından Feshi*, s. 117.

## LUNABİLECEK KİŞİLER

Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 14. fıkrasının ilk cümlesi uyarınca;

*Bu Kanun kapsamındaki alanlarda ve parsellerde; oy birliği ile anlaşma sağlanmasından veya hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile karar alınmasından sonra müteahhitten kaynaklanan sebeplerle, bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanmamış veya yapım işi belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor ise, yapılan sözleşmelerin feshi için hisseleri oranında maliklerin salt çoğunluğu ile karar alınabilir.*

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 'Tanımlar' başlıklı 3. maddesinde arazi kavramı; *"toprak, iklim, topografya, ana materyal, hidroloji ve canlıların değişik oranda etkisi altında bulunan yeryüzü parçası"* olarak tanımlanmıştır. Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik'in 'Tanımlar' başlıklı 4. maddesinde arsa kavramı; *"imar planı ve imar mevzuatına göre oluşmuş imar parseli"* olarak tanımlanmıştır. Halk arasında ve emlakçılık alanında arazi kavramı, üzerinde yapı yapılamayan, arsa kavramı ise yapılaşmaya müsait toprak parçası anlamında kullanılmaktadır. Arazinin yapılaşmaya kapalı, arsanın ise yapılaşmaya açık toprak parçası olduğu şeklinde kullanım genelde doğru sonuç vermekle birlikte bir tür genellemedir ve her zaman doğru olmayacaktır. Arazi ve Arsa Düzenlemeleri Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinde belirtildiği üzere; bir yer imar planı ile düzenlemeye tabi tutulmuşsa genellikle yapılaşmaya da açılmış olmaktadır ve arazi niteliğindeki bir toprak parçası aynı anda arsa niteliğine çevrilmekte ve yapılaşmaya açılmış olmaktadır. Ancak bir yerde imar planı yapıldığı ve parseller oluşturulduğu halde parsellenmiş bir arsanın yapılaşmaya kapalı bir kullanıma tahsis edilmesi de mümkündür. Örneğin park veya bahçe olmaya özgülenen bir arsa, imar planına göre oluşturulmuş bir parsel olsa bile yapılaşmaya kapalı kalmaktadır. Öte yandan

bir yer imar planı ile düzenlenmemiş bir arazi niteliğinde olsa bile Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği uyarınca üzerinde yapı yapılması mümkün olabilir. Gerçekten de İmar Kanunu'nun 20. maddesinde; “Yapı:

a) *Kuruluş veya kişilerce kendilerine ait tapusu bulunan arazi, arsa veya parsellerde,*

(...)

*İmar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılabilir.”* hükmü yer almaktadır.

Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 14. fıkrasının ilk cümlesinde “*Bu Kanun kapsamındaki alanlarda(n) ve parsellerde*”(n) bahsedilmektedir. Demek ki Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un bahsettiği taşınmaz arazi veya arsa niteliğinde olabilir. Ancak Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un bahsettiği taşınmaz, üzerinde inşaat yapılabilecek türden bir taşınmazdır. Üzerinde inşaat yapılamayacak bir taşınmazın üzerine inşaat yapılması yönünde uzlaşılan bir sözleşme Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin 1. fıkrasının; “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” hükmü uyarınca kesin hükümsüz olacaktır.

Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un m. 6/14-ilk cümlesi uyarınca inşaat sözleşmesinin idarece feshi için idareye başvurabilecek olan kişiler inşaat sözleşmesine konu taşınmazın maliklerinden hisse oranlarına göre salt çoğunluğu sağlayabilen malikleridir. İnşaat sözleşmesinin tarafı olan müteahhidin, inşaat sözleşmesinin feshi talebiyle idareye başvurması mümkün değildir.

Türk Medeni Kanunu'nun 688. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; “*Paylı*

*mülkiyette birden çok kimse, maddî olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir.*” Paylı mülkiyet, bir mal üzerindeki mülkiyet hakkının paylı olarak birden çok kimseye ait olması halidir.<sup>[37]</sup> Paylı mülkiyet, bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkının üzerinde tasarruf edilmesi mümkün paylara ayrılmış olarak birden fazla kişiye ait olmasıdır<sup>[38]</sup>.

Pay oranı, paydaşın, paylı malın yönetiminde söz sahibi olma durumunu (TMK m. 689), yükleneceği gider, vergi ve sair yükümlülüklerin oranını (TMK m. 694) belirler.<sup>[39]</sup> Pay oranı, paydaşın eşya üzerindeki hak ve yükümlülüklerle katılma oranını ve eşya üzerinde var olan hak sahipliğinin belli olan oranını ifade eder<sup>[40]</sup>. Pay oranı, paylı mülkiyetin sona ermesi hâlinde her bir paydaşın mal veya para olarak eline geçecek şeyin belirlenmesini de sağlar.<sup>[41]</sup>

Paylı mülkiyete tabi taşınmazda kütükteki mülkiyet kaydı, tescile yol açan hukuki sebeple, belirlenen pay oranını da göstermektedir.<sup>[42]</sup> Paylı mülkiyetin kurulmasına yol açan hukuki sebepte pay oranı tayin edilmişse veya pay oranı belli değilse paylar eşit sayılır<sup>[43]</sup>. Aksini iddia eden ispat yükü altındadır<sup>[44]</sup>.

[37] M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 13. Baskı, 2011, s. 255.; Zeynep Özcan, *Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2021, s. 45.

[38] Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku II*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, 2016, s. 57.

[39] Ayan, s. 58.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, a.g.e., s. 256.

[40] Özcan, *Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri*, a.y.

[41] Ayan, s. 62.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, a.y.

[42] Ayan, s. 63.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, a.y.

[43] Ayan, a.y.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, a.y.

[44] Ayan, a.y.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, a.y.

Paydaşlar paylı mülkiyet birliği kapsamında paylı malın yönetimini birlikte yerine getirir<sup>[45]</sup>. Üzerinde yapı inşaatı yaptırılmak üzere anlaşılan taşınmazın tek başına maliki veya bu taşınmazın malikleri tapu sicilinde gösterilen pay oranları ile orantılı olarak oy hakkına sahiptir. Taşınmazın tek maliki varsa inşaat sözleşmesinin feshi için idareye tek başına başvurma hakkına sahiptir. Buna karşılık birden fazla ortağın olduğu taşınmazlarla ilgili karar, malik sayısının çokluğuna göre değil, taşınmazın tapu sicilinde gösterilen arsa payları ile orantılı olarak belirlenen oy haklarının kullanılması üzerine diğerine göre arsa payı yüksek olan tarafın kararı/oyu yönünde belirlenir. Örneğin bir taşınmazın 10 maliki varsa ve bir ortak taşınmazın %80'ine, diğer 9 ortak toplamda %20'sine sahipse taşınmaza ilişkin karar %80 paya sahip tek ortak tarafından alınacaktır. Diğer 9 ortağın görüşü/oyu ise sonuç doğurmayacaktır.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu ile 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'da arsa payı ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Deprem güvenliği taşıyan yapılara kavuşmak isteyen kat maliklerinin bu amaçlarına bir an önce ve sorunsuzca kavuşmalarını sağlamak için Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında olan kat mülkiyetlerini sona erdirip yeni yapılarla yeniden kat mülkiyetine geçmek istemeleri halinde yapacakları toplantıları, hak ve yükümlülükleri ve diğer konuları Kat Mülkiyeti Kanunu'na değil bu kanuna göre özel kanun niteliğinde olan 6306 sayılı Kanun'a tâbidir<sup>[46]</sup>. Her bir paydaşın pay üzerindeki hissesine karşılık gelecek şekilde 6306 sayılı Kanun kapsamındaki uygulama işlemlerinin karar alma süreçlerine katılmaları sağlanarak, taşınmazda mülkiyet hakkına sahip olan herkesin, mülkiyetin bahşettiği yetkileri kul-

[45] Özcan, *Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri*, s. 53.

[46] Nergis Durmazgezer, *Kat Mülkiyeti Kanunu Kapsamında Arsa Payı ve Kentsel Dönüşüm Sürecine Yansımaları*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2021, s. 41.

lanmasına imkân tanınmaktadır<sup>[47]</sup>. Kentsel dönüşüm kapsamındaki bir taşınmaz üzerindeki inşaat müteahhit tarafından yarıda bırakılırsa veya ilerlemez hâle gelirse pay oranına göre çoğunlukta olan malikler idareye başvurarak sözleşmenin feshini idareden talep edebilir.

### E) İDAREYE YAPILACAK FESİH TALEPLİ BAŞVURU SIRASINDA SUNULACAK BELGELER

Mezkûr Kanun'un 6. maddesinin 14. fıkrasında; yapılan sözleşmelerin feshi için hisseleri oranında maliklerin salt çoğunluğu ile karar alınabileceği ve bu karar ile birlikte Başkanlığa başvurularak sözleşmenin feshedilmesinin talep edilebileceği hükme bağlanmıştır. Kanun hükmünden maliklerin salt çoğunlukla aldıkları kararı ortaya koyan belge ve bir dilekçe ile Kentsel Dönüşüm Başkanlığı'na başvurması gerektiği doğrudan çıkarılabilmektedir. 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 13/11-c bendi uyarınca; *“Fesih kararı alınması herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Fesih iradesi, fesih konusunda maliklerin salt çoğunlukla anlaştıklarına dair anlaşılan maliklerce imzalı karar tutanağı, maliklerin salt çoğunluğu tarafından verilen fesih talebine ilişkin dilekçe, maliklerin salt çoğunluğunun başka bir müteahhitte anlaştıklarına dair sözleşme veya vekaletname örnekleri gibi sair belgeler ile ispatlanabilir.”* Aynı maddenin 4 bendinde; *“Fesih müracaatı, alınan fesih kararı ve fesih gerekçesine göre, yeni yapının yapım işine başlanılmamış olmasının müteahhitten kaynaklandığına ilişkin bilgi ve belgeler veya en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmediğine dair bilgi ve belgeler ile birlikte yazılı olarak Müdürlüğe veya yetki devri yapılmış ise İdareye yapılır. Müdürlük veya İdare, fesih müracaatını görevlendireceği eleman/elemanlar veya teşkil edeceği bir komisyon marifetiyle inceler.”* hükmü yer almaktadır.

Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı fesih talepli başvuru

[47] Hüseyin Melih Çakır, Barış Ülker, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapılarda Pay (Hisse) Satışı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 27, Sayı 2, 2021, s. 1071.

yapılırken sunulması gereken belgeleri; takyidatlı taşınmaz tapu kayıtları, ilgili tüm sözleşmelerin örneği, ilgili tüm vekâletnameler ve salt çoğunlukla karar alındığına dair sözleşme fesih iradesi (karar tutanağı, toplantı tutanağı vb.) olarak saymıştır<sup>[48]</sup>. Burada önemli olan husus kanun koyucunun, maliklerin fesih iradesinin ortaya konulması için herhangi bir şekil şartı öngörmediği ve maliklerin fesih kararını ispatlayan çeşitli türden evrak ve belgelerle başvuru yapılabileceğidir<sup>[49]</sup>.

Fesih talep eden malikler idareye verdikleri dilekçede hangi sebeple inşaat sözleşmesinin feshini talep ettiklerini bildirmelidirler<sup>[50]</sup>. Fesih talep eden malikler, inşaata 1 yıldır başlanılmadığı veya başlanılmış olan inşaatın 6 aydır durakladığı veya işin aşırı bir şekilde yavaşlamış olduğunu her türlü delille ortaya koyabilirler. Malikler bu iddialarını kanıtlamak üzere müteahhide çekmiş oldukları ihtarları, video ve fotoğrafları, yapı denetim kuruluşunun tutmuş olduğu kayıtları delil gösterebilir<sup>[51]</sup>. Hatta malikler, müteahhidin söz konusu projeye ilişkin muhasebe kayıtlarına, idareler nezdinde tutulan belgelere de dayanabilir<sup>[52]</sup>.

### III. İDARENİN SÖZLEŞMEYİ FESİH YETKİSİNİN TABİ OLDUĞU HUKUKİ REJİM

[48] csb.gov.tr, “ANLAŞMA SÜRECİ - T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı”, (01.11.2024), (Çevrimiçi) <https://csb.gov.tr/ss/anlasma-sureci>, 01.03.2025.

[49] Tamer, “Kentsel Dönüşüm Yasası Kapsamında İmzalanan Taşınmaz Satış Vaadi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Bakanlık veya İdarenin Tespiti ile Dönme”, s. 593.

[50] Öz Seçer, “Kentsel Dönüşümde Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin İdari Yolla Sona Ermesinin Koşulları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2021, s. 955.

[51] Tamer, “Kentsel Dönüşüm Yasası Kapsamında İmzalanan Taşınmaz Satış Vaadi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Bakanlık veya İdarenin Tespiti ile Dönme”, s. 594.

[52] Tamer, a.y.

Kentsel Dönüşüm Başkanlığı ve Başkanlığın yetkilendirmesiyle belediyelerin sözleşmeyi fesih yetkisinin çerçevelendirmesini yaptıktan sonra hukuki rejimine daha ayrıntılı bir şekilde eğilebiliriz.

### **A) İDARENİN SÖZLEŞMEYİ FESİH YETKİSİNİN NİTELİĞİ: ATİPİK İDARİ İŞLEM**

Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmeye hakkı için 'sözleşmeden dönme', sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirmeye hakkı için 'fesih' deyimleri kullanılmaktadır<sup>[53]</sup>. Fesih durumunda sözleşmeyi sona erdirmeye beyanına kadarki döneme ilişkin edim yükümlerinin geriye etkili olarak ortadan kalkmadığı ve bunlar ifa edilmişse geri istenemediği bir sona erme hali vardır<sup>[54]</sup>. Feshe ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK m. 126, ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde fesih hâlinde sözleşmenin ileriye etkili sona ermesiyle tutarlı olarak, olumlu zarar niteliğindeki zararların tazminini öngörmektedir<sup>[55]</sup>. Sözleşmeden dönmeye ise sadece olumsuz zararın tazmini istenebilir<sup>[56]</sup>.

Kentsel dönüşüm amacıyla özel hukuk kişileri arasında imzalanan inşaat sözleşmesinin taraflardan arsa maliki tarafın talebi üzerine idare tarafından feshedilmesi usulü benzerine pek rastlanmayan bir fesih şeklidir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu kapsamında fesih hakkı verilen durumlarda bu hak yalnızca sözleşmenin tarafları tarafından kullanılmaktadır. Kimi durumlarda fesih hakkının hukuka uygun kullanılabilmesi için bu yetkinin kullanımı sözleşmenin taraflarına bırakılmamış ve bu hak yargı organının kararına bağlı tutulmuştur. Gerçekten de inşaat sözleşmeleri Yargıtay Hukuk

[53] M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 12. Baskı, 2014, s. 449.

[54] Oğuzman, Öz, a.g.e., C. 1, s. 451-452.

[55] Oğuzman, Öz, a.g.e., C. 1, s. 452.

[56] Oğuzman, Öz, a.y.

Genel Kurulu (YHGK) kararı uyarınca yalnızca tarafların karşılıklı anlaşmasıyla karşılıklı olarak veya taraflardan en az birinin yargıya başvurusu üzerine yargı kararıyla feshedilebilir. YHGK kararında; “*Kat karşılığı inşaat sözleşmesi, tapulu taşınmazın veya tapulu taşınmaz payının devrini içermesi nedeniyle tek taraflı irade beyanıyla feshedilemez; taraf iradelerinin fesih konusunda uyuşması gerekir veya mahkeme kararı ile fesih mümkündür. Taraf iradeleri fesih konusunda uyuşmamış ise, mutlaka hâkim kararı gereklidir*”<sup>[57]</sup>.” hükmü verilmiştir.

İdarenin inşaat sözleşmesini fesih yetkisi bir özel hukuk işlemi midir, idari işlem midir yoksa yargısal bir işlem midir?

Her şeyden önce idare, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme değildir. İdare fesih kararı verirken yargılama faaliyetinde bulunmamakta, haklı ve haksız araştırması içerisine girmemekte ve neticede taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözme çabası içerisine de girmemektedir. Bunlar yargının işi olup, bu konulara girilmemektedir.

6306 sayılı Kanun’daki fesih yetkisinin kullanımı sonucunda taraflar arasındaki hak ve borçlara ilişkin şu hüküm öngörülmüştür: “*Fesih tarihine kadar yapılmış olan işler, devrolunan hisseler, yapılan ödemeler ve diğer hususlarda genel hukuk hükümleri uygulanır.*” Dolayısıyla hukuka uygun olarak tesis edilen bir idari fesih kararı, idare açısından sorumluluk doğurmayacaktır. Taraflar arasındaki meseleler genel hukuk hükümleri ile yargı eliyle çözümlenecektir. Özel hukukta fesih kararı alan tarafın fesih kararının sonuçlarından etkilenmemesi ve alınan fesih kararının yalnızca üçüncü kişileri etkilemesi (idare açısından sözleşmenin tarafları) mümkün değildir. Bu açıdan idarenin inşaat sözleşmesini feshetmesi bir özel hukuk işlemi olarak değerlendirilemez.

[57] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 3 Mayıs 2023 Tarih ve E. 2021/194, K. 2023/411 Sayılı Kararı. ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr))

Danıştay'ın bir idari işlem tanımına göre; “*İdari işlemler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamu hukuku kuralları uyarınca tesis edilen, tek taraflı, doğrudan uygulanabilir nitelikte hukuki tasarruflardır*”<sup>[58]</sup>. “*İdarenin iradesi tek başına hukuki sonuçlar yaratabiliyorsa ve bu irade karşısında ilgililer üçüncü kişi durumunda iseler, yani tarafsızlığıyla herhangi bir iradeleri yoksa, tek yanlı bir idari işlemin varlığı*” söz konusudur<sup>[59]</sup>. Bir idari makam tarafından, bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla, İdare Hukukunun kendisine tanıdığı kamu gücünü kullanarak ve tek yanlı iradeyle yapılan kesin (idari prosedürün son aşamasını da geçirmiş) ve yürütülmesi zorunlu (icrai) her türlü işlem idari işlemdir<sup>[60]</sup>.

Özel hukuk kişilerinin yapmış olduğu idari başvurular üzerine idarenin tesis ettiği işlemler de idari işlem sayılır. Diğer bir deyişle özel hukuk kişinin belirli bir idari işlemin tesis edilmesi yönünde iradesi ve isteği olsa bile neticede idare bu başvuru üzerine aldığı kararı kendi iç mekanizmaları içerisinde yaptığı tek taraflı bir değerlendirme sonucunda tek taraflı olarak almakta ve muhataplarına bildirmektedir. İdare, idari başvuruyu yerinde görmeyerek fesih talebini tek taraflı olarak reddedebilir. İnşaat sözleşmesinin idarece feshi durumunda da idare kamu gücüne dayanarak tek taraflı bir idari işlem tesis etmektedir ve bu fesih yetkisi müteahhit tarafı bağlamakta, onun açısından rızası alınmadan sonuç doğurmaktadır. Bu işlem 6306 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması anlamında tesis edilen tek yanlı ve icrai bir idari işlem niteliğindedir<sup>[61]</sup>.

[58] Danıştay, Onuncu Dairesi, 17 Ekim 1990 Tarih ve E. 1989/492, K. 1990/2224 Sayılı Kararı. ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr))

[59] Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara, Danıştay Yayınları, Tıpkı Basım, 2015, s. 19.

[60] Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, İstanbul, PwC Türkiye, 6. Baskı, 2015, s. 69.

[61] Konya Bölge İdare Mahkemesi İkinci İdari Dava Dairesi, 28 Ekim 2020 Tarih ve E. 2020/1356, K. 2020/2319 Sayılı Kararı; “(...) Dava konusu uyumsuzluğun,

Özel hukuk kişileri arasındaki inşaat sözleşmesini fesih yetkisi Kentsel Dönüşüm Başkanlığı ile belediyelere tanınmıştır. İşlemi tesis eden kişi idare olmaktadır. Söz konusu idareler, taşınmaz maliklerince kendilerine yapılan fesih başvurularını kendi idari mekanizmaları içerisinde tek taraflı olarak değerlendirmekte ve tek taraflı olarak işlem tesis etmektedirler. Tesis edilen işlem ise sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişileri hakkında doğrudan sonuç doğurmaktadır. İnşaat sözleşmesinin feshi halinde, müteahhit yapımını üstlendiği inşaaata devam etme hakkını kaybetmektedir. Bu sebeplerle söz konusu idarelerin inşaat sözleşmesini fesih yetkisi bir özel hukuk işlemi değildir, bir idari işlemdir.

Bu yetkinin kullanımını atipik yapan sonuç ise idari işlemin bir özel hukuk sözleşmesinin feshi niteliğinde olması ve dolayısıyla sonuçların özel hukuk alanındaki bir sözleşme üzerinde ve sözleşmenin taraflarını bağlayacak şekilde sonuç doğurmasıdır. Kanaatimizce idarenin inşaat sözleşmesini feshi, salt bir özel hukuk işlemi olarak fesih bildiriminden ibaret değildir, özel hukuk alanında da sonuçları olan bir idari işlemdir. Kaldı ki idare inşaat sözleşmesinin bir tarafı değildir ve diğer tarafa yönelik haklı veya haksız bir fesih beyanında bulunmamaktadır. Bu sebeple idarenin inşaatı fesih yetkisini Türk Borçlar Kanunu'ndaki haklı-haksız fesih ayrımı üzerinden değil, idari işlemin unsurları üzerinden incelemeye tabi tutacağız.

## B) FESİH KARARI ALMAYA YETKİLİ İDARELER, İDARİ MA-

---

*davacı şirket ile Afyonkarahisar ili, Merkez A1 Mahallesi, A2 Caddesi, 127 ada 11 parsel sayılı taşınmaz malikleri arasında imzalanan düzenleme şeklinde taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine ilişkin işlemten kaynaklandığı, bu işlemin 6306 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması anlamında tesis edilen tek yanlı ve icrai bir idari işlem niteliğinde bulunduğu görülmektedir. Bu durumda, dava konusu uyuşmazlığın idari yargının görev alanında bulunduğu sonucuna varıldığından davayı görev yönünden reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiş olup, 2577 sayılı Yasanın 45/5. maddesi uyarınca mahkeme kararının kaldırılarak dosyanın mahkemesine gönderilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. (...)" (www.lexpera.com.tr)*

## KAM VE MERCİLER

Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 'uygulama işlemleri' başlıklı 6. maddesinin 14. fıkrasında maliklerin, sözleşmenin feshedilmesi taleplerini 'başkanlığa' yöneltecekleri düzenlenmiştir. Mezkûr Kanun m. 2/(1)-f bendi uyarınca başkanlık ibaresi Kentsel Dönüşüm Başkanlığı'nı ifade etmektedir.

4 sayılı 'Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 792/K maddesi;

*"16/5/2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, ilgili diğer mevzuat ve bu Bölümde verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli, Bakanlığa bağlı ve merkezi Ankara'da bulunan Kentsel Dönüşüm Başkanlığı kurulmuştur."* 792/P maddesi uyarınca; *"(1) Başkanlığın taşra teşkilatı, her ilde kurulan doğrudan merkeze bağlı kentsel dönüşüm müdürlüklerinden oluşur.*

*(2) Kentsel dönüşüm müdürlüklerinin çalışma usul ve esasları Başkanlık tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir."* hükmünü amirdir.

Bu hükümlerden görüleceği üzere; 16.10.2023 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Kentsel Dönüşüm Başkanlığı bir kamu tüzel kişiliği olarak kurulmuş ve her ilde merkeze bağlı taşra teşkilatına sahiptir.

Kentsel Dönüşüm Başkanlığının Görev ve Yetkileri ile Taşra Teşkilatının Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesinde ise başkanlığın merkez teşkilatı hizmet birimleri oluşturulmuş ve burada diğer bölgelerden farklı olarak Marmara Kentsel Dönüşüm Genel Müdürlüğü kurulmuştur. Bu Yönetmelik'in 10. maddesinin 1. fıkrasının

HAKEMLİ

İl bendiyle Marmara Kentsel Dönüşüm Genel Müdürlüğü'ne “*kanun kapsamında hak sahipleri ile müteahhitler arasında imzalanmış olan sözleşmelerin resen feshine ilişkin işlemlerin ilgili idareler nezdinde yürütülmesini sağlama*” görevi verilmiştir. Yönetmeliğin m. 15/(1)-b hükmüyle de aynı görev İzleme ve Değerlendirme Dairesi Başkanlığı'na verilmiştir. Bu hükümlerden hareketle sözleşmenin feshi taleplerini Kentsel Dönüşüm Başkanlığı'nın merkez teşkilatının karara bağlamayacağı, taşra teşkilatlarının karara bağlayacağı söylenebilir. Marmara bölgesinde Marmara Kentsel Dönüşüm Genel Müdürlüğü, diğer bölgelerde ise İzleme ve Değerlendirme Dairesi Başkanlığı'nın Kanun kapsamında hak sahipleri ile müteahhitler arasında imzalanmış olan sözleşmelerin resen feshine ilişkin işlemlerin ilgili idareler nezdinde yürütülmesini sağlayacağı, diğer bir deyişle izleyerek denetim sağlayacağı söylenebilir. 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 13/11-ç bendinde fesih başvurusunun yazılı olarak müdürlüğe veya yetki devri yapılmış ise idareye yapılacağı ve aynı yönetmeliğin 3. maddesinde de ‘müdürlük’ kavramının ‘Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü’nü ifade ettiği hükme bağlanmıştır. Neticede fesih taleplerinin Kentsel Dönüşüm Başkanlığı İl Müdürlüklerine (Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü) yöneltilmesi gerektiği ve il müdürlüklerinin bu talepleri karara bağlaması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 05.04.2021 tarih ve 709714 sayılı yazısında: “6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun kapsamındaki uygulamalar için hak sahipleri ile müteahhitler arasında imzalanmış olan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshedilmesine ilişkin iş ve işlemlerin yürütülmesi konusunda, Bakanlık Makamı'nın 02/04/2021 tarihli ve 698002 sayılı Olur'u ile 20/04/2021 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, İstanbul'daki bütün ilçe belediyelerine yetki devri yapılmıştır.” ifadesi yer almakta olup bu doğrultuda iş ve işlemler ilgili belediyelerince yürütülecek ve ilgili mevzuat kapsa-

mında ilgili ilçe Belediyesine başvurulması halinde 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesine eklenen 14. fıkrasınca değerlendirilebilecektir<sup>[62]</sup>.

İstanbul'da fesih talepleri ilçe belediyelerine, diğer illerde ise Kentsel Dönüşüm Başkanlığı il müdürlüklerine yöneltilmelidir. Taraflar arasındaki inşaat sözleşmesinin feshine dair kararı İstanbul'da ilçe belediyeleri, diğer illerde ise Kentsel Dönüşüm Başkanlığı il müdürlükleri verecektir.

Kentsel Dönüşüm Başkanlığı'nın inşaat sözleşmesini fesih yetkisini belediyelere devrettiği illerde, örneğin İstanbul'da, il Kentsel Dönüşüm Müdürlüklerinin sözleşmeyi fesih yetkilerini kullanmaya devam etmesi mümkün değildir, aksi takdirde yetki unsuru yönünden sakatlık gerçekleşir ve yetki devri yapılmış belediye yerine müdürlükçe verilen fesih kararı hukuka aykırı olmuş olur<sup>[63]</sup>.

[62] istanbulakdm.csb.gov.tr, "6306 Sayılı Kanun Kapsamında Sözleşme Feshi Müracaatı - Marmara Kentsel Dönüşüm Genel Müdürlüğü", (04.10.2024), (Çevrimiçi) <https://istanbulakdm.csb.gov.tr/6306-sayili-kanun-kapsaminda-sozlesme-feshi-muracaati-i-104426>, 04.10.2024.

[63] İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Altıncı İdari Dava Dairesi, 23 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/622, K. 2024/182 Sayılı Kararı; "(...) 20/04/2021 tarihinden sonra yetkinin İstanbul ilindeki büyükşehir ilçe belediyelerine devredildiği, yetki devrinde açıkça belirtilmeyen hususun Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Alt Yapı ve Kentsel Dönüşüm Genel Müdürlüğü'nün 05/04/2021 tarih ve 709714 sayılı yazısı ile yetki devrine ilişkin 02/04/2021 tarihli Bakanlık Makamı oluru dayanak yapılarak 20/04/2021 tarihine kadar yapılan başvuruların İstanbul Alt Yapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğünce, 20/04/2021 tarihinden sonra yapılan başvuruların ise ilçe belediyelerince inceleneceği yönünde değerlendirme yapılarak dağıtım yerlerine gönderilmesi üzerine dava konusu davacı şirket ile arsa malikleri arasında akdedilen kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 6306 sayılı Kanun ve uygulama yönetmeliği uyarınca feshedilmesine ilişkin 08/09/2021 tarih ve 1668299 sayılı dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda; 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 6. maddesi ve uygulama yönetmeliğinin 13. maddesi uyarınca kat karşılığı inşaat sözleşmelerini belirli şartlar dahilinde feshetme yetkisinin, İstanbul ilinde büyükşehir ilçe belediyelerine devrine ilişkin 02/04/2021 tarihli bakanlık

## C) İDARECE FESİH KARARI ALINMASININ USULÜ VE ŞEKLİ

6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 13/11 hükmünde idarece fesih kararı alınmasına dair usul ve şekil kuralları ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir<sup>[64]</sup>.

*makamı oluru işlemi olduğu ve yetkinin geri alınmadığının anlaşılması karşısında, usulüne uygun olarak yetki devrinin gerçekleştirildiği durumlarda aynı usul izlenerek yetki devri geri alınmadığı sürece söz konusu yetkinin devreden makam tarafından doğrudan ve ilk elden kullanılmasının mümkün olmadığı anlaşılarak Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Alt Yapı ve Kentsel Dönüşüm Genel Müdürlüğüne tesis edilen dava konusu işlemden yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. (...)" (www.lexpera.com.tr)*

[64] “(11) Uygulama alanında hak sahipleri ile müteahhit arasında imzalanmış olan inşaat yapımına ilişkin sözleşmelerin feshi, hak sahiplerince aşağıda belirtilen şartlar dâhilinde talep edilebilir:

a) Fesih hakkının kullanılabilmesi için;

1) Bütün maliklerle anlaşma sağlanmasından veya hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile karar alınmasından sonra müteahhitten kaynaklanan sebeplerle bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanılmamış olması gerekir. Sözleşmelerin bu gerekçe ile fesih edilebilmesi için, sözleşme hükümlerine göre yapım işinin başlanılmasından önce hak sahiplerince yerine getirilmesi gereken edimler var ise bunların yerine getirilmiş olması, yapım işine başlanılmasına engel teşkil edecek bir yargı kararı, idare kararı, idare uygulaması veya benzeri geçerli bir gerekçe olmaması ve yapım işine müteahhitten kaynaklanan sebeplerle başlanılmamış olması gerekir.

2) Yapım işinin belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor olması gerekir. Sözleşmelerin bu gerekçe ile feshedilebilmesi için, yapım işinin durdurulduğunun ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla devam edilmediğinin, ilgili idarenin tespit, tutanak ve kayıtları, yapı denetimi sistemindeki kayıtlar, fotoğraflar, uydu görüntüleri ve benzeri bilgi ve belgeler ile ortaya konulması gerekir.

b) Yapım işine başlanılmayan bir yıllık sürenin başlangıcı, bütün maliklerle anlaşma sağlanan hallerde en son anlaşma sağlanan malik ile imzalanan sözleşmenin tarihinin, riskli yapılarda riskli yapı tespitinin kesinleşmesinden, riskli ve rezerv yapı alanlarında ise alan belirleme işleminden önce mi yoksa sonra mı olduğuna bakılarak belirlenir. En son anlaşma sağlanan malik ile imzalanan sözleşmenin tarihi, riskli yapı tespitinin kesinleşmesinden/riskli ve rezerv yapı alanı belirleme işleminden önceki bir tarih ise bir yıllık sürenin başlangıcında riskli yapı tespitinin

## Fesih başvurusunun yapıldığı Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü veya yetki

*kesinleştiği/riskli ve rezerv yapı alanının belirlendiği tarih esas alınır. En son anlaşma sağlanan malik ile imzalanan sözleşmenin tarihi riskli yapı tespiti kesinleşmesinden/riskli ve rezerv yapı alanı belirleme işleminden sonraki bir tarih ise, en son anlaşma sağlanan malik ile imzalanan sözleşme tarihi esas alınarak hesaplama yapılır. Hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile karar alınan hallerde ise bir yıllık sürenin başlangıcı, salt çoğunluk ile alınan karar tarihi esas alınarak hesap edilir.*

*c) (a) bendinde belirtilen durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde, sözleşmelerin feshi için hisseleri oranında maliklerin salt çoğunluğu ile karar alınması gerekir. Fesih kararı alınması herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Fesih iradesi, fesih konusunda maliklerin salt çoğunlukla anlaştıklarına dair anlaşılan maliklerce imzalı karar tutanağı, maliklerin salt çoğunluğu tarafından verilen fesih talebine ilişkin dilekçe, maliklerin salt çoğunluğunun başka bir müteahhitle anlaştıklarına dair sözleşme veya vekaletname örnekleri gibi sair belgeler ile ispatlanabilir.*

*ç) Fesih müracaatı, alınan fesih kararı ve fesih gerekçesine göre, yeni yapının yapım işine başlanılmamış olmasının müteahhitten kaynaklandığına ilişkin bilgi ve belgeler veya en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmediğine dair bilgi ve belgeler ile birlikte yazılı olarak Müdürlüğe veya yetki devri yapılmış ise İdareye yapılır. Müdürlük veya İdare, fesih müracaatını görevlendireceği eleman/elemanlar veya teşkil edeceği bir komisyon marifetiyle inceler.*

*d) Fesih müracaatı üzerine, öncelikle müracaatın (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen hususlara uygun olarak yapıp yapılmadığı incelenir. Müracaat bu bendlere uygun olarak yapılmış ise, fesih gerekçesine göre, yeni yapının yapım işine başlanılmamasının/yapım işine projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edilmemesinin sebeplerine ilişkin yazılı olarak müteahhite onbeş gün süre verilerek müteahhitten bilgi ve belge istenilir. Belirtilen sürenin sonunda fesih şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine dair, yapı mahallinde inceleme yapmak ve belediye, sosyal güvenlik kurumları gibi konu ile ilgili kurum ve kuruluşlarla yazışma yapmak da dahil olmak üzere, her türlü inceleme ve araştırma yapılır.*

*e) Yapılan inceleme ve araştırma neticesinde fesih şartlarının gerçekleşmediğinin tespit edilmesi durumunda bu konuda fesih müracaatında bulunan maliklere bilgi verilir. Fesih şartlarının gerçekleştiğinin tespit edilmesi durumunda ise, müteahhide otuz gün süre verilerek fesih gerekçesine göre, yapım işine başlaması/projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla işe devam etmesi gerektiği, aksi takdirde bu sürenin bitim tarihi itibarıyla sözleşmelerin resen feshedileceği ihtar edilir. Otuz günlük sürenin sonunda müteahhitin işe başlayıp başlamadığı/projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla işe devam edip etmediği mahallinde kontrol edilir. Yapım işinin projenin bitirilmesini gerektirecek*

devri yapılmışsa ilçe belediyesi (İstanbul'da ilçe belediyeleri), yapılan başvuruyu uzman elemanlar veya teşkil edeceği bir komisyon marifetiyle inceler.

Öncelikle fesih başvurusunun maliklerce usulüne uygun yapıp yapılmadığı denetlenir. Maliklerin salt çoğunluk kuralına uyarak karar alıp almadığı, yazılı başvuru dilekçesi ile birlikte maliklerin fesih talebine gerekçe olarak gösterdiği durumun gerçekleşip gerçekleşmediğine dair belge ve delilleri sunup sunmadıkları denetlenir. Şartlar ve belgelerde eksiklik varsa başvuru sırf bu sebeple reddedilir. Başvuru usulüne uygun yapılmışsa başvurunun haklı olup olmadığı incelenir.

Fesih başvurusu müteahhidin ya işe hiç başlamaması ya da işe başladığı hâlde işi yarıda bırakması veya işi aşırı derecede yavaşlatması nedeniyle yapılabilir. İdare durumun böyle olup olmadığı ve eğer durum böyleyse

---

*seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edip etmediğinin takdir hakkı incelemeyi yapan Müdürlük veya İdareye aittir. Kendisine yapılan ihtarla rağmen müteahhitin işe başlamadığının/yapım işine projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edilmediğinin tespit edilmesi durumunda, otuz günlük sürenin bittiği tarih itibarıyla hak sahipleri ile müteahhit arasında imzalanmış olan inşaat yapımına ilişkin sözleşmeler ilgililerinin muvafakati aranmaksızın resen feshedilmiş sayılır. Sözleşmelerin feshedilmiş sayıldığı, maliklere ve müteahhite bildirilir.*

*f) Fesih sonrasında, maliklerin veya Müdürlüğün veya İdarenin talebi üzerine, taşınmazların tapu kaydına şerh edilmiş olan inşaat yapımına ilişkin sözleşmeler ilgili tapu müdürlüğünce terkin edilir.*

*g) Fesih tarihine kadar yapılmış olan işler, devrolunan hisseler, yapılan ödemeler ve diğer hususlarda genel hukuk hükümleri uygulanır. Fesih tarihine kadar müteahhit tarafından hak sahiplerine yapılan kira yardımı ödemeleri hak sahiplerinden geri talep edilemez.*

*ğ) Fesih işleminden sonra yapılacak uygulamalara hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile karar verilir. Hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile alınan karara katılmayanların hisseleri, Kanunun 6 ncı maddesinin birinci fıkrası kapsamında anlaşma sağlayan diğer paydaşlara veya anlaşma sağlayan paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılmasını kabul etmek şartıyla üçüncü şahıslara açık artırma usulü ile satılır.”*

sebebini açıklaması için müteahhide yazılı olarak sorar ve cevaplaması için 15 gün süre verir. 15 günlük sürenin sonunda idare, başvuruya konu yapı mahallinde inceleme yapar. Bunlara ek olarak belediye ve sosyal güvenlik kurumları gibi konu ile ilgili kurum ve kuruluşlarla yazışma yaparak durumu araştırır. Belediye birimlerinden yapıya dair ruhsatlar sorulur. Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan ise müteahhit kişi veya şirketin, fesih başvurusuna konu taşınmazda kaç tane işçi çalıştırdığı ve bu işçilerin primlerinin yatırılıp yatırılmadığı sorulur. Örneğin inşaatı bitiremeyecek veya çok uzun sürede bitirilmesine sebep olacak kadar az sayıda işçi çalıştırıldığının anlaşılması müteahhit açısından aleyhe bir delil niteliğinde olacaktır.

İdare yapmış olduğu inceleme sonucunda vakanın fesih başvurusunda aktarıldığı gibi olmadığını, inşaatın başlamış durumda olduğunu veya inşaatın normal bir hızda devam ettiğini tespit edebilir. Vakanın fesih başvurusunda aktarıldığı gibi olmakla beraber müteahhidin yapmış olduğu açıklama ikna edici bulunarak, inşaatla başlanılmaması veya inşaatın duraklaması ile inşaatın yavaşlamasının müteahhitten kaynaklanmayan sebeplere bağlı olduğunu tespit edebilir. Bu ihtimalde idare fesih başvurusunu reddeder ve maliklere başvurularının reddedildiğini yazılı olarak bildirir. Maliklerin bu ret kararının iptali talebiyle idari yargıda 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 9. fıkrası uyarınca 30 gün içerisinde dava açması mümkündür.

İdare yapmış olduğu inceleme sonucunda vakanın maliklerin fesih başvurusunda aktardığı gibi olduğunu tespit edebilir. Bu durumun müteahhitten kaynaklandığı da anlaşılıyorsa müteahhide 30 gün süre verilir. İdare müteahhide 30 gün içerisinde inşaatla başlaması veya inşaatla inşaatı bitirmeyi sağlayacak ekip ve ekipmanla devam etmesi gerektiğini aksi takdirde inşaat sözleşmesinin feshedileceğini ihtaren bildirir.

30 günlük sürenin sonunda müteahhidin işe başlayıp başlamadığı/projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla işe devam edip etmediği mahallinde kontrol edilir. Müteahhit, ihtarın gereğini yerine

getirmişse fesih talebi reddedilir ve maliklere bu durum bildirilir. Kendisine yapılan ihtar rağmen müteahhidin işe başlamadığının/yapım işine projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edilmediğinin tespit edilmesi durumunda, 30 günlük sürenin bittiği tarih itibarıyla hak sahipleri ile müteahhit arasında imzalanmış olan inşaat yapımına ilişkin sözleşmeler ilgililerinin muvafakati aranmaksızın resen feshedilmiş sayılır. Sözleşmelerin feshedilmiş sayıldığı, maliklere ve müteahhide bildirilir.

İdare tarafından fesih başvurusunun değerlendirilmesi usulünde müteahhide açıklama yapması için verilen 15 gün süre ile işe başlaması veya devam etmesi için verilen 30 günlük süre asli bir şekil şartıdır. Bu süreler verilmeden sözleşmelerin feshedilmesi hukuka aykırı olacaktır.

İdarenin, durumun fesih başvurusunda aktarıldığı gibi inşaatı hiç başlanılmadığı veya inşaatın durduğu veya fazlasıyla yavaşladığını tespit etmek üzere, diğer bir deyişle gerçek durumu tespit etmek üzere her tür incelemeyi gereği gibi yapması gerekir. Gerçek durumu tam olarak ortaya çıkarmak üzere idarenin iki defa taşınmaz yerinde keşif/ denetleme yapması yerinde olacaktır. Bununla birlikte 15 günlük ilk süre verildikten sonra taşınmaz yerinde denetim yapılması mevzuatta idarenin takdirine bırakılmıştır. Buna karşılık 30 günlük ikinci süre sonunda ise taşınmaz yerinde denetim yapılması bağlı yetki olarak öngörülmüştür. Diğer bir deyişle idare somut durumu yapı inşaatı yerinde kesin olarak tespit etmelidir. Şüphesiz idarenin 15 günlük ilk sürenin sona ermesinin akabinde de yapı yerinde denetim yapması idarenin isabetli idari işlem tesis etmesinde önemli bir araç olacaktır.

### **Ç) İDARENİN FESİH KARARINDA SEBEP UNSURU**

İdarenin fesih kararının hukuki sebebi 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun m. 6/14. fıkrası hükmü

ile 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 13/11. fıkrası hükmüdür. Maddi sebep ise bütün maliklerle anlaşma sağlanmasından veya hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile karar alınmasından sonra müteahhitten kaynaklanan sebeplerle bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanılmamış olması veya yapım işine başlanılmış olmasına rağmen yapım işinin belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor olmasıdır. Maddi sebebi tamamlayan son sebep ise hisseleri oranında maliklerin salt çoğunluğu ile idareden inşaat sözleşmesinin feshinin talep edilmesi yönünde karar alınmasıdır. Özetle maddi sebep; müteahhitten kaynaklanan sebeplerle taraflar arasındaki anlaşmaya rağmen 1 yıl içinde inşaata başlanmaması veya inşaata başlanılmış olmasına rağmen en az 6 aydır inşaatın duraklaması veya fazlasıyla yavaşlaması üzerine pay hesabına göre maliklerin çoğunun sözleşmenin feshedilmesi yönünde karar alması ve idareye başvurmalarıdır.

6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 13/11-e bendinde; yapım işinin projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edip etmediğinin takdir yetkisi incelemeyi yapan Müdürlük veya İdareye aittir hükmü yer almaktadır. İdarenin fesih yetkisini kullanması için öngörülen sebebin yerine gelip gelmediğini takdir yetkisi idareye aittir. İnşaatın hiç başlamadığı iddiasının doğru olup olmadığını tespit etmek daha kolaydır. Buna karşılık inşaatın durup durmadığı veya devam ediyorsa aşırı yavaş bir hızda devam ettiğini tespit etmek nispeten daha zor bir iştir. Bunun tespitinde TBK m. 473/1. fıkrası esas alınabilir. Söz konusu hüküm; *“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.”* şeklindedir. Müteahhit üstlendiği işi ara vermeden, olması gereken hızla

yapıp bitirmelidir<sup>[65]</sup>. Mütahhit işi geciktirmemelidir<sup>[66]</sup>. Mütahhit aynı işi yapan bir müteahhidin işi devam ettirme performansında inşaat yapım işine devam etmelidir<sup>[67]</sup>.

6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 13/11. fıkrasının d ve e bentlerinde idarenin durumun aslını tespit için taşınmaz mahallinde inceleme yapması, belediye ve sosyal güvenlik kurumları gibi konu ile ilgili kurum ve kuruluşlarla yazışma yapmak da dâhil olmak üzere, her türlü inceleme ve araştırmayı yapması gerekliliği hükme bağlanmıştır. İdarenin isabetli bir tespitte bulunabilmesi için taşınmaz yerinde yaptığı incelemede başta inşaat mühendisi, mimar, makine ve elektrik mühendisleri gibi teknik elemanların görev alması gerekir<sup>[68]</sup>. İnşaatla ise yeterli sayıda işçi, kalfa, usta, inşaat mühendisi gibi elemanların fiilen çalışıyor olması gerekir. Eğer inşaat alanında yalnızca güvenlik personeli ve idari işlerden sorumlu masa başı işçiler varsa veya inşaatın teslim tarihine kadar işin yetiştirilmesi imkânsız kılacak kadar az sayıda işçi var ve küçük çaplı işler yapıyorlarsa bu durumda yapım işinin tatil edilmiş olduğu, inşaatın duraklamış olduğu kabul edilmelidir<sup>[69]</sup>.

Taşınmaz maliklerinin sulh hukuk mahkemesinden lehlerine tespit kararı almaları müteahhit ile aralarındaki inşaat sözleşmesinin kendiliğinden

[65] Tamer, “Kentsel Dönüşüm Yasası Kapsamında İmzalanan Taşınmaz Satış Vaadi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Bakanlık veya İdarenin Tespiti ile Dönme”, s. 582.

[66] Tamer, a.y.

[67] Tamer, a.y.

[68] Sönmez, Güçlü, İlgezdi, İnşaat Sözleşmelerinin Bakanlık ya da Belediyeler Tarafından Feshi, s. 75.

[69] Tamer, “Kentsel Dönüşüm Yasası Kapsamında İmzalanan Taşınmaz Satış Vaadi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Bakanlık veya İdarenin Tespiti ile Dönme”, s. 584.

feshedilmesi sonucunu doğurmaz<sup>[70]</sup>. Malikler sözleşmenin feshedilmesi için müteahhitle karşılıklı anlaşma, asliye hukuk mahkemesinde fesih davası açma veya idareye başvurarak fesih talebinde bulunma yollarından birini tercih edebilirler. Maliklerin fesih taleplerini idareye yöneltmeleri halinde, fesih başvurularına ek olarak sundukları sulh hukuk mahkemesi kararı idarenin yapması gereken keşif, inceleme ve tespit yükümlülüğünü kaldırmaz. İdare mevzuatta öngörülen denetim görevini yine de yerine getirmek zorundadır. Bununla birlikte malikler eğer sulh hukuk mahkemesinin lehlerine olan tespit kararını başvurularının ekinde sunarlarsa bu tespit kararının idare nezdinde kayda değer bir etkisinin olacağı muhakkaktır.

Oy birliği ile anlaşma sağlanmasından veya hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile karar alınmasından sonra müteahhitten kaynaklanan sebeplerle, bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanmamış olması halinde sulh hukuk mahkemesinden tespit kararı alınmasında işlevsel bir fayda elde edilemeyecektir. Çünkü zaten mevzuat uyarınca müteahhide işe başlaması için 30 günlük bir süre verilmektedir ve müteahhit inşaaata başladığı takdirde maliklerin sözleşmeyi idare kararıyla fesih imkânı ortadan kalkmaktadır. Buna karşılık yapım işinin belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmediği iddiasının söz konusu olduğu durumlarda sulh hukuk mahkemesinden belirli bir tarih itibariyle inşaatın durmuş olduğu konusunda tespit yaptırılması çok işlevsel olacaktır. Gerçekten de uygulamada müteahhidin hangi tarih itibariyle yapı yerinde inşaatı durdurduğu veya fazlasıyla yavaşlattığı hususu taraflar arasında ihtilaflı olmaktadır. Çünkü maliklerin fesih taleplerinin idarece kabul edilebilmesi için maliklerin idareye başvurduğu tarihten en az 6 aydır inşaatın durmuş veya fazlasıyla yavaşlamış olması gerekmektedir. Güncel durumda inşaat gerçekten durmuş veya çok yavaşlamış olsa bile müteahhit başvuru-

[70] Seçer, “Kentsel Dönüşümde Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin İdari Yolla Sona Ermesinin Koşulları”, s. 949.

dan önceki son 6 ay içerisinde inşaatta kayda değer bir ilerleme sağlamış olduğunu kanıtlamaya çalışabilecektir. İşte bu yüzden maliklerin sulh hukuk mahkemesine başvurarak belirli bir tarih itibariyle inşaat çalışmalarının durmuş olduğunun mahkeme kararıyla tespitini isteyebilir. Sulh hukuk mahkemesinde bilirkişi raporu alındıktan 6 ay sonra malikler idareye fesih talebiyle başvurursa idare, sürenin başlangıcı konusunda müteahhit tarafından ileri sürülen itirazlar olsa dahi yargı kararı doğrultusunda hareket edecektir. Tabii müteahhit, sulh hukuk mahkemesinde inşaatın durmuş olduğuna dair tespit kararı alınmış olsa dahi inşaatı kaldığı yerden devam edebilir ve çalışmalarını sürdürebilir. Bu durumda bunu kanıtlaması hâlinde idarece fesih kararının sebebi ortadan kalkmış olacağı için idare fesih kararı veremez.

İdarece fesih kararı verilebilmesi için yerine gelmesi sebeplerden bir diğeri inşaatı başlanılmaması veya inşaatın duraklaması durumunun müteahhitten kaynaklanmasıdır. Müteahhitten kaynaklanmayan sebepler nedeniyle inşaatı başlanılamaması veya inşaatın duraklaması halinde inşaat sözleşmesi idarece feshedilemez. 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 13/11. fıkrasının a bendinde müteahhitten kaynaklanmayan inşaatı başlanılmama sebepleri olarak; sözleşme hükümlerine göre yapım işine başlanılmasından önce hak sahiplerince yerine getirilmesi gereken edimler var ise bunların yerine getirilmemesi, yapım işine başlanılmasına engel teşkil edecek bir yargı kararı, idare kararı, idare uygulaması veya benzeri geçerli bir gerekçe olması gösterilmiştir. Kanaatimizce bu mazeretler tahdidi olarak sayılmamış, örnek olmak üzere sayılmıştır. Devam eden inşaatın duraklaması için geçerli bir mazeret Yönetmelik'te gösterilmemiş olmakla beraber doğal afet, aşırı yağış vb. mücbir sebepler, inşaatın devamı sırasında zeminde ortaya çıkan ve inşaatı aşırı yavaşlatan sebepler, ülkenin bütününde etkili olan aşırı enflasyon ile maliyetlerin öngörülemez derecede aşırı artması ve benzeri sebepler dikkate alınabilir.

İdari yargı kararına konu olan bir olayda; fesih talebini inceleyen idare,

bazı maliklerin müteahhide vekâletname vermediği, bazılarının müteahhide daha önce verdikleri vekâletnamelerdeki yetkileri azlettiği, bazı parsellere ilişkin yüklenici adına arsa devirlerinin yapılmadığı, dolayısıyla davacıların edimlerini yerine getirmemesi nedeniyle yüklenicinin inşaaat başlayamadığı gerekçesiyle sözleşmenin feshi talebini reddetmiştir. Fesih başvuruları reddedilen maliklerin açtığı iptal davasında İstanbul 10. İdare Mahkemesi idarenin Kanun ve Uygulama Yönetmeliği'nde öngörülen şekil ve usul şartlarını yerine getirmeden, diğer bir deyişle öngörülen araştırma ve incelemeyi yapmadan karar vermesini hukuka aykırı görmüş ve iptal etmiştir. Çünkü mahkemeye göre, malikleri vekâletname vermemeye, verdikleri vekâletnamedeki yetkileri geri almaya veya yükleniciye arsa devri yapmaktan kaçınmaya iten sebep müteahhidin fiil ve davranışları olabilir. Bunlar araştırılmadan karar verilmesi hukuka aykırı görülmüştür<sup>[71]</sup>.

[71] İstanbul Onuncu İdare Mahkemesi, E. 2020/355, K. 2020/1582 Sayılı Kararı; “(...) Dava dosyasının incelenmesinden, İstanbul İli, Kartal İlçesi, Soğanlık Mahallesi, 10535 ada, 318, 319, 320, 321, 322 parsel, 10528 ada, 319 parsel, 2721 ada, 1 parseli 2722 ada, 1 parsel, 2723 ada, 1 parselde yar alan taşınmazlarda 6306 sayılı yasa kapsamında yapılacak proje ile ilgili DKY İnşaat ve Gayrimenkul Yatırım A.Ş. ile S.S AK-EL İşçi Konut Yapı Kooperatifi ve arsa malikleri arasında 2015 yılından itibaren sözleşmeler imzalandığı, aradan geçen zamanda yüklenicinin edimlerini yerine getirmediğinden bahisle 6306 sayılı Kanun'un 6/14, Uygulama Yönetmeliği'nin 13/11 bentleri uyarınca 2/3 çoğunluk sağlandığından bahisle ilgili sözleşmelerin feshinin talep edildiği, davalı idarece talebin reddedildiği, talebin reddine dair Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü İstanbul Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü'nün 21.01.2020 tarih ve E.5408 sayılı işleminin iptali ile yüklenici ile yapılan tüm sözleşmelerin feshine, bu konuda tapulara konulan şerhlerin terkini istemiyle görülen davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlıkta, davacılar ile yüklenici arasında sözleşmelerin imzalanması ve binaların yıkılması akabinde yüklenici tarafından inşaaat başlanmadığı ve inşaat ruhsatı alınmadığından bahisle 6306 sayılı Kanun'un 6/14, Uygulama Yönetmeliği'nin 13/11 bentleri uyarınca ilgili sözleşmelerin feshi istemiyle davalı idareye başvurulduğu, davalı idarece bazı ilgililerin vekaletname vermediği, bazılarının vekâletnamelerdeki yetkileri azlettiği, bazı parsellere ilişkin yüklenici adına arsa devirlerinin yapılmadığı, dolayısıyla davacıların edimlerini yerine getirmediğinden dolayı sözleşmelerin feshi talebinin yerine getirilmediğinin belirtildiği, ancak davalı idare tarafından davacıların vekalet azilleri ve arsa devirlerini neden yapmadıkları hususunun

İstanbul 10. İdare Mahkemesi'nin idarenin yerine getirmesi gerektiğini düşündüğü resen inceleme ve araştırma görevinin bu kadar geniş olması idareye adeta yarı yargısal bir görev yüklendiği izlenimi doğurmaktadır<sup>[72]</sup>. Elbette idarenin sahip olduğu araştırma, değerlendirme ve fesih yetkisi idari işleve ilişkindir ve yargı kararı niteliğinde değildir. Bununla birlikte idareye, inşaat sözleşmesine konu inşaatın hangi taraftan kaynaklanan

*araştırılmadığı, yukarıda aktarılan Yönetmeliğin 13/11/d bendinde yapının yapım işine başlanılmamasının/yapım işine projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edilmemesinin sebeplerine ilişkin yazılı olarak müteahhite onbeş gün süre verilerek müteahhitten bilgi ve belge isteneceği, belirtilen sürenin sonunda fesih şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine dair, yapı mahallinde inceleme yapmak ve belediye, sosyal güvenlik kurumları gibi konu ile ilgili kurum ve kuruluşlarla yazışma yapmak da dahil olmak üzere, her türlü inceleme ve araştırma yapılacağı belirtilmesine rağmen davalı idarece belirtilen araştırmalar yapılmadan dava konusu işlemin tesis edildiği, belirtilen araştırmaların yapılması durumunda davacıların edimlerini yerine getirmeme sebeplerinin anlaşılabilceği, dolayısıyla eksik incelemeye dayalı olarak tesis olunan dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Öte yandan, davalı idarece ilgili Kanun ve Yönetmelik maddeleri uyarınca gerekli inceleme ve araştırma yapılarak yeni bir işlem tesis edileceğinden bu aşamada davacının yüklenici ile yapılan tüm sözleşmelerin feshi, bu konuda tapulara konulan şerhlerin terkinin istemlerinin davalı idarenin işlem tesisi sonrası değerlendirileceği de tabiidir. (...)" (Aktaran: Seçer, "Kentsel Dönüşümde Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin İdari Yolla Sona Ermesinin Koşulları", s. 942.)*

- [72] Danıştay Altıncı Dairesi, 10 Şubat 2022 Tarih ve E. 2020/8160, K. 2022/1324 Sayılı Kararı; "(...) KARŞI OY:

*Yukarıda ayrıntısına yer verilen dava konusu kural uyarınca; arsa paydaşlarıyla yüklenici arasında yapılan sözleşmenin, fesih edilmesine, bu sözleşmenin tarafı ve hakemi olmadığı gibi yargılamasını da yapmayan idare tarafından karar verilebilmesini mümkün kılan kuralın, dayanağı Kanuna eklenen 6.maddenin 14. fıkrası doğrultusunda çıkarıldığı belirtilmiş ise de; Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme hürriyeti başlıklı "herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir" hükmü uyarınca yürürlük kazanan sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğu anlaşıldığından, dava konusu düzenlemenin iptal edilmesi gerekmektedir.*

*Açıklanan nedenlerle, dava konusu düzenlemenin iptal edilmesi kanaatiyle Dairemizce verilen davanın reddine ilişkin çoğunluk kararına katılmıyoruz." (www.lexpera. com.tr)*

sebeplerle başlamadığı veya başlamış olan inşaatın tamamlanamadığını araştırma konusunda verilen geniş inceleme görevi taraflar arasındaki özel hukuk uyuşmazlığını çözmeye konusunda görevli adli yargının yapması gereken inceleme ile kısmen kesişmektedir. İşte bu kesişme alanı yarı yargısal bir özellik taşıdığı yakıştırmasına kapı aralamaktadır.

İdarenin titiz bir inceleme yürütmesinin aldığı kararın isabetini arttıracığı muhakkak olmakla birlikte mevzuatın idareye, inşaatın durmasının müteahhitten mi yoksa maliklerden mi kaynaklandığının tespit edilmesi konusunda bu kadar kapsamlı bir inceleme yükümlülüğü getirip getirmediği tartışmalıdır. Hatta Kanun'un 6. maddesinin 14. fıkrasındaki “*müteahhitten kaynaklanan sebeplerle, bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanmamış veya yapım işi belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor*” hükmü ile Yönetmelik'in 13. maddesinin 11. fıkrasının a bendinde fesih hakkının kullanılabilmesi için 1) numaralı alt bentte yapım işine başlanılamamasının müteahhitten kaynaklanması gerektiği açıkça belirtilmesine karşılık 2) numaralı alt bentte inşaatın durmasının müteahhitten kaynaklanması gerektiğinin açıkça belirtilmemesi nedeniyle Yönetmelik'in Kanun'a aykırı olduğu ileri sürülebilmektedir<sup>[73]</sup>. Kana-

[73] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22 Şubat 2023 Tarih ve E. 2022/2496, K. 2023/308 Sayılı Kararı; “(...) DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ ...'UN DÜŞÜNCESİ : 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un “Uygulama işlemleri” başlıklı 6. maddesine, 10/07/2019 tarih ve 30827 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7181 sayılı Kanun’un 24. maddesiyle eklenen 14. fıkra ile belli koşulların varlığı halinde Kanun kapsamındaki alanlarda ve parsellerde arsa paydaşlarıyla yüklenici arasında yapılan sözleşmelerin feshi için hisseleri oranında maliklerin en az üçte iki çoğunluğu ile karar alarak Bakanlığa başvurmaları halinde yapılacak tespitler üzerine sözleşmenin feshedileceğine ilişkin düzenleme yapılmış, bu talepte bulunulabilmesi için ise müteahhitten kaynaklanan nedenlerle, bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanmamış veya yapım işi belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor olması şartı getirilmiştir. Yönetmelik’te, Kanun’dan farklı olarak sözleşmenin feshi için belirlenen koşullardan olan bir yıl içinde yeni yapının yapım

atimizce Yönetmelik'te inşaatın durmasının müteahhitten kaynaklanması gerektiğinin açıkça yazmaması Kanun hükmünün göz ardı edilmesini gerektirmez. Ayrıca Yönetmelik'in 13. maddesinin 11. fıkrasının d bendinde “*yapım işine projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edilmemesinin sebeplerine ilişkin yazılı olarak müteahhite onbeş gün*

*işine başlanmamış olması durumu müteahhitten kaynaklanan nedenler şartına bağlanmışken, yapım işi belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor olmasında ise bu durumun müteahhitten kaynaklanan nedenlerden ötürü olması şartı aranmamıştır. Sözleşmenin feshi konusunda böyle bir müessesenin getiriliş amacı arsa maliklerinin müteahhitten kaynaklanan nedenlerle mağdur edilmesinin önlenmesi olup, bu husus Kanun değişikliğine ilişkin gerekçede de “...uygulamada malikler ve müteahhitler arasında anlaşma sağlanmış olmasına rağmen müteahhitten kaynaklanan sebeplerle uzunca bir zaman yeni yapının yapım işine başlanılmaması veya yapım işine belirli bir seviyeden sonra devam edilmemesi gibi durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu gibi durumlarda malikler işe başka bir müteahhit ile devam etmek istediklerinde mevcut sözleşmelerin genel hükümlere göre fesih edilmesi uzunca bir zaman almakta ve bu da maliklerin daha da mağduriyetine sebep olabilmektedir. Belirtilen sebeple, Kanunun 6 ncı maddesine bir fıkra eklenmesi suretiyle; Kanun kapsamındaki alanlarda ve parsellerde maliklerce anlaşma sağlanmasından sonra bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanılmamış ise veya yapım işi belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır inşai faaliyete devam edilmiyor ise, sözleşmelerin feshi için hisseleri oranında maliklerin en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınabileceği, belirtilen durumlarının varlığının Bakanlıkça tespit edilmesi halinde müteahhide otuz gün süre verilerek işe başlamasının veya devam etmesinin istenileceği ve bu ihtara rağmen işe başlanılmaması veya devam edilmemesi durumunda, otuz günlük sürenin bittiği tarih itibarıyla daha önce imzalanmış olan sözleşmelerin resen fesih edilmiş sayılacağı düzenlenmektedir...” şeklinde ifade edilmiştir.*

*Bu durumda, Kanun'da sözleşmenin feshi için belirtilen her iki durumun da müteahhitten kaynaklanması şartı getirilmişken, Yönetmelik'le Kanun'a aykırı biçimde düzenlenen hükümde bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmadığından, bu hüküm nedeniyle, sadece “yapım işinin belirli bir seviyede durdurularak en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmediğinin” tespiti ile yetinilerek, gecikmenin davacıardan kaynaklanıp kaynaklanmadığı ortaya konulmaksızın tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığından, davacıların temyiz istemlerinin kabulü ile Daire kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir. (...)” (www.lexpera.com.tr)*

*süre verilerek müteahhitten bilgi ve belge istenilir”* denilmek suretiyle inşaatın durması halinde veya çok yavaşlaması halinde dahi idarenin buna dair müteahhitten izahat istemesi gerekliliği açıkça düzenlenmiştir. Demek ki müteahhit, inşaatın durması, duraklaması veya yavaşlamasının kendisinden kaynaklanmayan sebepler sonucu gerçekleştiğini kanıtlama hakkına sahiptir. Müteahhit inşaatındaki duraklama veya yavaşlamanın mücbir sebeple veya arsa maliklerinden kaynaklanan sebeplerle gerçekleştiğini ortaya koyabilir ve bu durumda sözleşmenin idarece feshedilmemesi gerekir. Dolayısıyla kanaatimizce Yönetmelik hükmü Kanun’a aykırı değildir ve Yönetmelik hükmü idareyi Kanun’da öngörülen araştırmayı yapmaktan kurtarmamaktadır.

Danıştay 6. Dairesi, 6306 sayılı Kanun’un 6. maddesinin 14. fıkrası uyarınca, inşaatın hangi seviyede durduğunun veya inşaatı başladıktan sonra durmasına hangi tarafın sebep olduğunun idare tarafından tespit edilmesine ilişkin bir zorunluluk olmadığı hükmünü vermiştir.<sup>[74]</sup> Danıştay 6. Dairesi, idare tarafından yapılması gerekenin, inşaatın durduktan

[74] Danıştay Altıncı Dairesi, 10 Şubat 2022 Tarih ve E. 2020/10800, K. 2022/1325 Sayılı Kararı; “(...) yüklenici tarafından inşaatı başlandığı, sonrasında belirli bir seviyede durdurulduğu ve idare tarafından gönderilen ihtarlara rağmen inşaatı bitirmeye yönelik faaliyete devam etmediği anlaşıldığından, dava konusu işlemin dayanağı 6306 sayılı Kanunun 6. maddesinin 14. fıkrası uyarınca, inşaatın hangi seviyede durduğunun veya inşaatı başladıktan sonra durmasına hangi tarafın sebep olduğunun idare tarafından tespit edilmesine ilişkin bir zorunluluğun olmadığı, idare tarafından yapılması gerekenin, inşaatın durduktan sonra en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmediğine ilişkin maliklerin en az üçte iki çoğunluğu ile aldığı sözleşmenin feshine dair karar ile inşaatın devam edip etmediğinin tespiti istemi üzerine, belirtilen durumların tespit edilmesi, yükleniciye otuz gün süre verilerek işe başlaması veya devam etmesi gerektiği, aksi takdirde bu sürenin bitim tarihi itibarıyla sözleşmelerin resen feshedileceğinin ihtar edilmesi olduğu anlaşılmaktadır.

*Bu durumda, yukarıda yer verilen hususlar dikkate alındığında, sözleşmenin feshine ilişkin işlemin mevzuata uygun olarak tesis edildiği, işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. (...)*” (www.lexpera.com.tr)

sonra en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmediğine ilişkin maliklerin en az salt çoğunluğu ile aldığı sözleşmenin feshine dair karar ile inşaatın devam edip etmediğinin tespiti istemi üzerine, belirtilen durumların tespit edilmesi, yükleniciye otuz gün süre verilerek işe başlaması veya devam etmesi gerektiği, aksi takdirde bu sürenin bitim tarihi itibarıyla sözleşmelerin resen feshedileceğinin ihtar edilmesi olduğu görüşündedir<sup>[75]</sup>. Bu kararın temyiz incelemesi aşamasında Danıştay tetkik hakiminin “*Kanun’da sözleşmenin feshi için belirtilen her iki durumun da müteahhitten kaynaklanması şartı getirilmişken, Yönetmelik’le Kanun’a aykırı biçimde düzenlenen hükümlerle bu yönüyle hukuka uyarlık uyarlık bulunmadığından, bu hüküm nedeniyle, sadece “yapım işinin belirli bir seviyede durdurularak en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmediğinin” tespiti ile yetinilerek, gecikmenin davacılarından kaynaklanıp kaynaklanmadığı ortaya konulmaksızın tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığından, davacıların temyiz istemlerinin kabulü ile Daire kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir*” görüşüne rağmen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu söz konusu kararı onamıştır<sup>[76]</sup>.

Bir başka olayda İstanbul 2. İdare Mahkemesi; idarenin taşınmaz yerinde yaptığı inceleme üzerine inşaatın hiç başlamadığı, inşaatın durduğu veya aşırı derecede yavaşladığı tespitini yaptıktan sonra ve bununla yetinerek verdiği sözleşmenin feshi kararının yürütmesini durdurmuştur<sup>[77]</sup>. İstanbul

[75] Danıştay Altıncı Dairesi, 10 Şubat 2022 Tarih ve E. 2020/10800, K. 2022/1325 Sayılı Kararı. ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr))

[76] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22 Şubat 2023 Tarih ve E. 2022/2496 K. 2023/308 Sayılı Kararı. ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr))

[77] İstanbul İkinci İdare Mahkemesi, 16 Ekim 2023 Tarihli Y.D. Kararı, E. 2023/1655; “(...) 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun kapsamında kalan alanlarda yapılan inşaatlara ilişkin olarak imzalanan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshi konusunda kat malikleri tarafından alınan

Bölge İdare Mahkemesi 6. İdari Dava Dairesi de bu karara yapılan itirazı reddetmiştir<sup>[78]</sup>. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 6. İdari Dava Dairesi'nin hukuka uygun bulduğu İstanbul 2. İdare Mahkemesi'nin yürütmeyi durdurma gerekçesi ise idarenin inşaatın başlamama, durma veya yavaşlama konusundaki sorunları tespit edip çözmeye çalışmadan, inşaatteki durma ve gecikmenin de hangi taraftan kaynaklandığını tüm yönleriyle irdeleyip ortaya koymadan sırf inşaatın durmuş olduğunu tespitle yetinerek karar

*kararlara istinaden idareye başvurulması durumunda, idare tarafından, 6306 sayılı Kanun ve bu Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde başlanmış olan inşaatların en az altı aydan beri devam etmediğinin tespit edilmesi üzerine, inşaatın devam etmeme nedenlerinin araştırılması ve inşaatın devamının sağlanmaması halinde sözleşmenin feshine karar verilebileceği açık olmakla beraber; davalı idarenin, bu yetkiyi kullanmadan önce her türlü inceleme ve araştırmayı yaparak sadece inşaatın durduğunun tespitiyle yetinmeden gecikme ve durma nedenlerini de ortaya koyması, sorunları tespit edip çözmeye çalışması, gecikmenin kimden kaynaklandığı belirlenerek sözleşmenin feshinin zorunlu olup olmadığının değerlendirmesinin ardından, Yasanın verdiği yetkiyi kullanması gerekmektedir.*

*Olayda, davalı idare tarafından yapılan başvuru üzerine gerekli seviye tespitlerinin yapıldığı ve davacıya tebliğ edildiği ancak, yukarıda anılan Yasa ve Yönetmelik hükümleri uyarınca, davalı idare tarafından aktarılan sürece ilişkin kapsamlı bir inceleme ve değerlendirme yapılarak sonucuna göre işlem yapılması, gecikmenin davacıardan kaynaklanıp kaynaklanmadığının tüm yönleriyle irdelendikten sonra ortaya konulması gerekirken, yalnız mahallinde yapılan inceleme sonucunda faaliyetin devam etmediği gerekçesiyle düzenleme şeklinde yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin tesis edilen işlemde mevzuata ve hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.*

*Öte yandan; hukuka aykırılığı açık olan dava konusu işlemin uygulanmaya devam edilmesi halinde, davacının mülkiyet hakkı açısından telafisi güç zararların ortaya çıkmasına sebebiyet verebileceği açıktır.*

*Açıklanan nedenlerle; hukuka aykırılığı açık olan dava konusu işlemin uygulanması halinde telafisi güç zararlar doğabileceğinden 2577 Sayılı Kanunun 27. maddesi uyarınca teminat alınmaksızın yürütülmesinin durdurulmasına, kararın tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde Bölge İdare Mahkemesi'ne itiraz yolu açık olmak üzere 16/10/2023 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. ” (www.lexpera.com.tr)*

[78] İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Altıncı İdari Dava Dairesi, 10 Ocak 2024 Tarihli Y.D. İtiraz No: 2024/2 Sayılı Kararı. (www.lexpera.com.tr)

vermesinin hukuka aykırı olduğudur.

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi kararına konu olan bir diğer olayda; devam eden inşaat hakkında belediye yapı tatil tutanağı tutarak inşaatı mühürlemiş, yapı ruhsatını iptal etmiş ve akabinde ruhsat ve eklerine aykırı kısımlar hakkında yıkım kararı almıştır<sup>[79]</sup>. Müteahhit, yıkım kararına

[79] İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Altıncı İdari Dava Dairesi, 15 Kasım 2023 Tarih ve E. 2023/2429, K. 2023/2826 Sayılı Kararı; “(...) davacı tarafından sözleşme akdi sonrasında 2017 yılında gerekli işlemlere başlanılarak kat irtifakı tesis ettirildiği, yapı ruhsatının alındığı, taşınmaz yapı denetim sisteminde %10 seviyesinde olduğu belirtilmekle birlikte, yerinde (fiilen) %90 seviyesinde olduğunun belirtildiği ve bu hususta taraflar arasında bir ihtilaf bulunmadığı, bu durumun inşaatın bitirilme oranının tespiti istemiyle açılan Bakırköy 6. Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 2019/96 D. İş sayılı dosyasında aldırılan bilirkişi raporunda da belirtildiği, davacıya projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla işe devam edilmesi için 30 günlük sürenin verilmesinden önce, yerinde %90 seviyesinde olan taşınmazın 04.09.2019 tarih ve 134 sayılı yapı tatil tutanağıyla mühürlendiği, 03.10.2019 tarih ve 1922 sayılı Bahçelievler Belediye Encümeni kararıyla kaçak kısımların yıkımına karar verildiği, (bu encümen kararı da İstanbul 8. İdare Mahkemesi’nin 28.01.2022 tarih ve E:2021/1422, K: 2022/129 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.) akabinde de taşınmazın yapı ruhsatının 05.03.2020 tarih ve 2926 belge iptal formu sayısıyla iptal edildiği görülmekte olup, bu durum itibarıyla; yerinde (fiilen) %90 seviyesinde, yani neredeyse tamamlanmak üzere olan yapının projesinin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla işe devam edilememesinin daha önceden tanzim edilen yapı tatil tutanağı ile yıkım kararı ve ruhsat iptalinden kaynaklandığı ve dolayısıyla bu yönde tesis edilen idari işlem ve kararlar nedeniyle, taşınmazda herhangi bir inşai faaliyette bulunulmasına imar mevzuatı açısından hukuken olanak bulunmadığından, 30 günlük süre verildiği ve dahi dava konusu işlemin tesis edildiği tarihlerde davacıdan gerektiği gibi işe devam ederek projeyi bitirmesinin beklenemeyeceği kanaatine ulaşılmaktadır.

Bu durumda, yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri ve yapılan açıklamalar ile tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; idari işlem ve kararlardan kaynaklı olarak, davacıya verilen sürenin bitmesine rağmen projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla işe devam edilemediği anlaşıldığından, projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla işe devam edilmediğinin tespit edildiğinden bahisle ‘Düzenleme Şeklinde Taşınmaz Satış Vaadi ve Arsa Payı Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin’ feshine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. (...)” (www.lexpera.com.tr)

karşı iptal davası açmış ve idari yargı kararıyla yıkım kararının hukuka aykırı olduğu tespit edilmiş ve iptal edilmiştir. Bu süreç sırasında malikler, inşaat sözleşmesinin feshini talep etmişler ve idare de yapı tatil tutanağının tutulması ile yıkım kararı arasındaki sürede sözleşmeyi feshetmiştir. Bu olayda İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 6. İdari Dava Dairesi, yapı tatil tutanağının tutulduğu, yapı ruhsatının iptal edildiği ve yıkım kararı alındığı dönemde müteahhidin inşaatı devam etmesinin hukuken mümkün olmaması hatta yasak olması nedeniyle yapının projesinin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla işe devam edilmiyor olmasının müteahhitten kaynaklanmayan bir sebep olması nedeniyle idarenin inşaat sözleşmesini fesih kararını iptal eden ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmuştur. Bu yargı kararından hareketle belediyenin yapı tatil tutanağı, yapı ruhsatı iptali ve yıkım kararı iptal edilmemiş olsaydı, diğer bir deyişle ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı inşa edilmiş olduğu için belediye doğru bir tespit sonucu inşaatı durdurmuş olsaydı, bu nedenle inşaatı yaşanan durma veya gecikmenin müteahhitten kaynaklandığı söylenebilirdi.

Kanaatimizce Kanun'un 6. maddesinin 14. fıkrasındaki “*müteahhitten kaynaklanan sebeplerle, bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanmamış veya yapım işi belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor*” hükmü ile Yönetmelik'in 13. maddesinin 11. fıkrasının d bendindeki “*yapım işine projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edilmemesinin sebeplerine ilişkin yazılı olarak müteahhite onbeş gün süre verilerek müteahhitten bilgi ve belge istenilir*” hükümleri uyarınca idareler inşaatı başlanılmaması veya inşaatın duraklaması durumunun müteahhitten kaynaklanıp kaynaklanmadığını tetkik etmek zorundadır. Eğer böyle bir görev olmasaydı müteahhitten açıklama istemenin bir anlamı olmazdı. Çünkü böyle bir görevin olmadığı kabul edilirse idare yapı yerinde yaptığı inceleme ile somut olarak inşaatın başlamadığını, dur-

muş veya yavaşlamış olduğunu zaten kendi gözlemiyle de tespit edebilir. Demek ki idarenin müteahhitten açıklama isteme görevi, arsa maliklerinin iddialarına karşılık sorunun kimden kaynaklandığını tarafsız bir idari değerlendirme yaparak sonuca bağlaması görevi ile ilişkilidir. Kanaatimizce inşaatın durması, duraklaması veya yavaşlamasının müteahhitten kaynaklandığı somut olarak ortaya konulmadan yapılan inşaat sözleşmesi fesihleri hukuka aykırı olacaktır. Kaldı ki idarenin eksik inceleme ve değerlendirme sonucu verdiği fesih kararının yargısal incelemesi de idarenin eksiklikleri oranında yetersiz bir yargı denetimine sebep olma riski taşımaktadır.

#### D) İDARENİN FESİH KARARINDA KONU UNSURU

İdari işlemin konu unsuru, o idari işlemin hukuki sonucu, doğuracağı sonuç, yarattığı etki, yaptığı değişikliktir<sup>[80]</sup>.

İdarenin, maliklerin talebi üzerine verdiği inşaat sözleşmesinin feshi kararı sözleşmenin feshedilmesi ve artık taraflar açısından geçerliliğini kaybetmesi sonucu doğurur. Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun m. 6/14. fıkrasında; “*Fesih tarihine kadar yapılmış olan işler, devrolunan hisseler, yapılan ödemeler ve diğer hususlarda genel hukuk hükümleri uygulanır. Fesih tarihine kadar müteahhit tarafından hak sahiplerine yapılan kira yardımı ödemeleri hak sahiplerinden geri talep edilemez.*” denilmektedir. Bu hüküm taraflar arasındaki sözleşmenin feshi üzerine taraflar arasındaki alacak-verecek sorununu çözmek üzere genel hukuk hükümlerine yani TMK, TBK ve ilgili mevzuata yollama yapmaktadır. Dolayısıyla idarenin fesih kararının; malikler yargı yoluna başvurmuş olsaydı mahkeme kararı ile gerçekleşecek fesihten sonuçları itibarıyla bir farkı olmaması gerekir. Taraflarca fesih tarihine kadar yapılmış olan işler, devrolunan hisseler, yapılan ödemeler ve diğer hususlarda genel

[80] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 18. Baskı, 2024, s. 453.

hukuk hükümlerine göre işlem yapılması gerekmekte olup, belirtilen hususlarda inşaat sözleşmesini fesheden idare tarafından yapılacak herhangi bir işlem olmayacaktır<sup>[81]</sup>.

Her şeyden önce idarenin fesih kararı ile taraflar sözleşmenin kendilerine yüklediği ve henüz yerine getirmedikleri edimleri yerine getirme borcundan kurtulurlar. Örneğin müteahhit inşaatı tamamlama borcundan kurtulur. Malikler de taşınmazı müteahhide teslim etme, ona kullandırma ve onun zilyetliğine bırakma borcundan kurtulurlar.

İdare sözleşmenin feshi kararını, müteahhidin inşaatı hiç başlamamış olması nedeniyle vermişse müteahhidin maliklere karşı bir alacak talebinin olmaması beklenir. Buna karşılık malikler, müteahhitten kaynaklanan sebeplerle 1 yıl boyunca inşaatı başlanılmaması ve kaybedilen zaman sebebiyle müteahhide karşı tazminat davası açabilir.

İdare sözleşmenin feshi kararını, müteahhidin inşaatı başladıktan sonra inşaatı en az 6 aylık bir süre boyunca durdurması veya fazlasıyla yavaşlatması nedeniyle vermişse, inşaatın geline aşamasına göre sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshi kuralları uygulanacaktır.

Tarafların sözleşme feshedilene kadar birbirlerine yönelik kazandırıcı iş ve işlemlerinin olması gerekir. Bunlar üzerinde hesaplaşılması gerekir. Taraflar kendi aralarında anlaşarak mahsuplaşabilirler. Ancak tarafların anlaşarak mahsuplaşmayı başaramaması da mümkündür. Bu durumda taraflar arasındaki hak ve borçlardan doğan uyuşmazlığın yargı yolu ile halli gerekir.

Makalemizin ‘İnşaat sözleşmesinin taraflarca veya mahkemece feshedil-

[81] Sönmez, Güçlü, İlgezdi, İnşaat Sözleşmelerinin Bakanlık ya da Belediyeler Tarafından Feshi, s. 103.

mesi' başlıklı bölümünde ayrıntılı olarak izah edildiği üzere; eğer müteahhit inşaatı büyük oranda bitirmişse Yargıtay bu sözleşmeden geçmişe etkili dönmeyi hakkaniyete uygun bulmamakta ve sözleşmenin ileriye etkili olarak feshine karar vermektedir<sup>[82]</sup>. Yargıtay uygulaması dikkate alındığında, müteahhidin “yapım işini durdurması” sebebine dayanılması hâlinde, inşaat yapım oranının %90 ve üzeri olması durumunda dönme değil fesih-ten bahsedilecektir<sup>[83]</sup>. İleriye etkili fesih durumunda müteahhit, inşaatın bitirmiş olduğu kısmıyla orantılı olarak maliklerin arsa payından kendisine devredilmesini isteyecektir. Örneğin müteahhit inşaatı sözleşmeye uygun bir şekilde tamamlasaydı 10 daire elde edecekse inşaatı %80 oranında ilerlettiği hâlde 8 daire elde edecek, %90 oranında ilerlettiği hâlde 9 daire alacaktır.

Buna karşılık eğer müteahhit inşaatı büyük oranda bitirememişse, işin tamamlanmasına çok fazla iş varsa Yargıtay bu sözleşmeden geçmişe etkili dönmeyi hukuka uygun bulmaktadır<sup>[84]</sup>. Bu durumda malikler, müteahhide arsa paylarından devir borcundan kurtulmakta ancak müteahhidin yapmış olduğu iş karşılığı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmektedir.

Müteahhitler, inşaat sözleşmesi imzalanmadan önce malikleri kentsel dönüşüm projesine ikna edebilmek için maliklere kiraya çıkacakları dönem boyunca kira yardımı vermeyi teklif etmekte ve sözleşme ile bu borcu üstlenmektedirler. İdarece sözleşmenin feshi kararı ile birlikte müteahhidin devam eden kira yardımı ödeme borcunun sona ereceği şüphesizdir.

[82] Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 25 Ocak 1984 Tarih ve E. 1983/3, K. 1984/1 Sayılı Kararı.

[83] Tamer, “Kentsel Dönüşüm Yasası Kapsamında İmzalanan Taşınmaz Satış Vaadi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Bakanlık veya İdarenin Tespiti ile Dönme”, s. 599.

[84] Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 25 Ocak 1984 Tarih ve E. 1983/3, K. 1984/1 Sayılı Kararı.

Buna ek olarak mezkûr Kanun'un m. 6/14. fıkrası uyarınca; “*Fesih tarihine kadar müteahhit tarafından hak sahiplerine yapılan kira yardımı ödemele-ri hak sahiplerinden geri talep edilemez.*” denilmektedir. Müteahhit fesih tarihine kadar maliklere ödemiş olduğu kira yardımı ödemelerini geri isteyemeyeceği gibi taraflar arasında belirli bir ödeme karşılığı mahsuplaşmanın kabul edildiği bir durumda dahi bu bedellerin hesaplanarak mahsuplaşmaya dâhil edilmesi Kanun hükmü uyarınca mümkün değildir.

Mezkûr Kanun'un m. 6/14. fıkrası uyarınca; “*Fesih sonrasında, taşınmazların siciline şerh edilmiş olan inşaat yapımına ilişkin sözleşmeler maliklerin veya Başkanlığın talebi üzerine terkin edilir.*” denilmektedir. İnşaat sözleşmesi imzalandıktan sonra eğer arsa payları maliklerde kalacaksa ve inşaat tamamlanınca müteahhide devredilecekse müteahhit lehine tapu sicilinde şerh konulmaktadır. Maliklerin talebi üzerine idarece inşaat sözleşmesi feshedildiği takdirde malikler, taşınmaz sicilinde sözleşmesi feshedilen müteahhit lehine konulan şerhin terkin edilmesini tapu müdürlüğünden talep edebilir.

Uygulamada kimi zaman, inşaat sözleşmesinde maliklerin arsa paylarının müteahhide işin başında devredileceği ve bu sefer malikler lehine tapu sicilinde şerh konulacağı ve inşaat tamamlanınca müteahhidin maliklere tamamlanmış bağımsız bölümleri devredeceği konularında anlaşıldığı görülmektedir. Bu durumda tapu sicilindeki şerh malik lehine olduğundan bu şerhin, idarece fesih üzerine terkin edilmesinde malik açısından fayda değil zarar olacaktır. İnşaat sözleşmesi de feshedilmiş olduğundan eğer sözleşmeden geçmişi etkili dönülmüşse müteahhidin tüm arsa paylarını, sözleşme ileriye etkili feshedilmişse müteahhit bitirmiş olduğu inşaat ile orantılı olarak arsa paylarını kendi uhdesinde tutup geri kalan arsa paylarını maliklere iade etmelidir.

## E) İDARENİN FESİH KARARINDA MAKSAT UNSURU

İdari işlemlerde amaç/maksat unsuru idari işlemi yapan makamın, kamu görevlisinin işlemde beklediği sonuçtur<sup>[85]</sup>. Kamu görevlisi kendisine tanınan yetkileri ancak kamu yararı amacıyla kullanmak zorundadır<sup>[86]</sup>. Kimi zaman mevzuatta belirli bir idari işlemin hangi amaçla tesis edilmesi gerektiği açıkça ve özel olarak gösterilir, bu durumda genel amaç kamu yararı ve buna ek olarak güdülmesi gereken özel bir amaç olmaktadır<sup>[87]</sup>.

Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 1. maddesinde kanunun amacı afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirleme olarak gösterilmiştir. Kentsel dönüşüm uygulamalarının amacı, yaşam kalite-sini yükseltmek, Anayasamızın 56. maddesinde düzenlenen sağlıklı ve den-geli bir çevrede yaşama hakkının gerçekleştirilmesine hizmet etmektir<sup>[88]</sup>. Kentsel dönüşüm uygulamalarının amaçları; yaşama hakkı ve yaşama hak-kı çerçevesinde çevre hakkının sağlanması, kentsel alanların korunması ve yeniden değerlendirilmesi, kentin yaşanabilirlik kapasitesine sahip olması, sürdürülebilir kalkınmanın sağlanması ve konut hakkının sağlanması olarak sınıflandırılabilir<sup>[89]</sup>.

Kanaatimizce Türkiye'de Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun kapsamında gerçekleştirilen kentsel dönüşüm uygu-

[85] Akyılmaz, Sezginer, Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 460.

[86] Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.y.

[87] Akyılmaz, Sezginer, Kaya, a.g.e., s. 461.

[88] Gül Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2014, s. 51.

[89] Üstün, a.g.e., s. 51-60.

lamalarının amacı imar mevzuatına uygun, yapı standartları yüksek, afet risklerine karşı daha dirençli, yeni ve güvenli yapıların inşa edilmesini sağlamaktır. Kentsel dönüşüm uygulamaları afet risklerine karşı bir önlem olarak görüldüğünden kanun koyucu bu kanun kapsamındaki idari işlemlere karşı dava açma süresini genel dava açma süresi olan 60 günden daha kısa bir süre olan 30 gün olarak belirlemiştir. Yine Kanun kapsamında eşya hukukunun taşınmaz malikine tanıdığı mülkiyet hakkı korumalarından bazıları devre dışı bırakılmış ve riskli yapının yenilenmesi kararına katılmayan maliklerin ortaklıktan çıkarılmasını mümkün kılan hükümler öngörülmüştür. Dolayısıyla maliklerin talebi üzerine idarenin inşaat sözleşmesini fesih kararına da bu bakış açısıyla yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Şöyle ki idare, inşaat sözleşmesinin feshine veya fesih talebinin reddine karar verecekse genel amaç olarak kamu yararını amaçlamalıdır. Özel amaç ise; afet riski karşısında, yeni inşaatın bir an önce tamamlanabilmesini sağlamak üzere taşınmazda inşaat hiç başlamamışsa veya inşaat duraklamışsa bu tıkanıklığı gidermek üzere inşaatın feshine karar vermek ve taşınmaz yerinde kentsel dönüşüm uygulamasının devamını sağlamaktır. Nitekim idareye fesih yetkisi öngören Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun m. 6/14. fıkrası hükmü taraflar arasındaki uyuşmazlığa nihai olarak son vermemekte, bu uyuşmazlıkların çözümü için genel hükümleri ve adli yargıyı işaret etmektedir. İdare yalnızca taşınmazın atıl hâlde kalmasını önlemeyi, akamete uğramış inşaatın ya mevcut müteahhitte ya da sözleşme feshedilerek yeni bir müteahhitte tamamlanmasını amaçlamaktadır.

Elbette idarenin işlem tesis ederken kamu yararı ve afet risklerine hazırlık amacı dışında amaç taşıması hukuka aykırı olacaktır. İdarenin taraflar arasındaki tarafsızlığını kaybederek siyasi, hemşerilik, rant, tanıdık, hıssım ve benzeri saiklerle taraflardan birisi lehine veya aleyhine karar vermesi almış olduğu kararı maksat unsuru yönünden sakatlayacaktır.

#### IV. FESİHTEN SONRA TAŞINMAZA İLİŞKİN ÇOĞUNLUK KARARINA KATILMAYAN MALİKLERİN ORTAKLIKTAN ÇIKARILMASI UYGULAMASININ DAYANAĞI SORUNU

İdarenin sözleşmeyi feshi kararını başlatan süreç maliklerin hisseleri oranında oy çokluğu ile aldıkları sözleşmenin feshinin talep edilmesi konusundaki aldıkları karardır. İdare sözleşmeyi feshettikten sonra taşınmazın nasıl değerlendirileceği ve kimle yeni anlaşma yapılacağı konusunda da yetki yine hisseleri oranında çoğunluk oluşturan maliklere verilmiştir. Kanun koyucu kentsel dönüşüm sürecinin akamete uğramasını istemediği ve inşaat işlerinin hızla tamamlanarak, iskân alınmış bir yapının en kısa sürede kullanıma hazır hâle gelmesini istediği için çoğunluk lehine çok elverişli araçlar öngörmüştür. Azınlıkta kalan maliklerin durumunun ne olacağı ise tartışma konusudur.

Şöyle ki; idareye sözleşmeyi fesih yetkisi veren Kanun hükmünün ilk hâli 04.07.2019 tarihli 7181 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile düzenlenmiştir. Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 'uygulama işlemleri' başlıklı 6. maddesinin 14. fıkrasının ilk hâlinde hüküm; *"Bu Kanun kapsamındaki alanlarda ve parsellerde; oy birliği ile anlaşma sağlanmasından veya hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınıp bu karara katılmayanların hisselerinin satışından sonra"* ibaresiyle başlamaktaydı. Görüleceği üzere hükmün ilk halinde 3'te 2 çoğunluk ile karar alınmakta ve karara katılmayanların hisseleri satıldıktan sonra idareye fesih talebiyle başvurulmaktaydı. Diğer bir deyişle önce azınlıkta kalan malikler ortaklıktan çıkarılmakta ve sonra sözleşmenin feshi talep edilmekteydi. 7/11/2023 tarihli, 7471 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle son halini alan mevcut hükümde ise malikler salt çoğunlukla karar almakta ve azınlıkta kalan maliklerin payları satılmadan idareye fesih talebiyle başvurulmaktadır. İdarece fesih kararı verildikten sonra ne olacağı ise Kanun'un mevcut m. 6/14. fıkrası hükmünde açık bir şekilde yer almamaktadır.

6306 sayılı Kanun m. 6/14. fıkrasında fesihden sonra taşınmazın azınlıkta kalan maliklerin hisseleri hakkında bir işlem yapıp yapılmayacağı konusu yer almamaktadır. Buna rağmen 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği m. 13/11. fıkrasının 6. bendinde; “*Fesih işleminden sonra yapılacak uygulamalara hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile karar verilir. Hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile alınan karara katılmayanların hisseleri, Kanunun 6. maddesinin birinci fıkrası kapsamında anlaşma sağlayan diğer paydaşlara veya anlaşma sağlayan paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılmasını kabul etmek şartıyla üçüncü şahıslara açık artırma usulü ile satılır.*” hükmü yer almaktadır. Maliklerin talebi üzerine idarece inşaat sözleşmesi feshedildikten sonra taşınmazın nasıl değerlendirileceği konusunda karar yetkisinin maliklerde olduğu ve maliklerin de yine hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile karar alacağı düzenlenmiştir. Karara katılmayan paydaşların ise ortaklıktan çıkarılmasına imkân tanınmış ve bunun açık artırma usulü ile olacağı düzenlenmiştir.

Taşınmazın nasıl değerlendirileceği konusunda çoğunluk hissedarlarla aynı fikirde olmayan ve azınlıkta kalan maliklerin hisselerinin diğer paydaşlara veya üçüncü kişilere açık artırma usulüyle satışının Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’un ‘uygulama işlemleri’ başlıklı 6. maddesinin 14. fıkrasında özel ve açık bir şekilde öngörülmemesine rağmen uygulama yönetmeliğinde öngörülmesi bir karışıklığa yol açma tehlikesi oluşturmıştır. Ancak 7/11/2023 tarihli, 7471 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle son halini alan 6306 sayılı Kanun m. 6/1. fıkrasında;

“*Yapılacak yeni uygulamaların gerektirdiği; tevhit, ifraz, alan düzeltme, taksim, ihdas, terk, tescil ve benzeri işlemler, yıkım ve yapıma ilişkin her türlü izin ve ruhsat iş ve işlemleri ile diğer idareler/kurum ve kuruluşlar nezdinde, maliklerin tamamının ve ilgililerinin muvafakatiyle yürütülmesi gereken tüm iş ve işlemler hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile aldıkları karara istinaden yapılır. İdareye paydaşların salt çoğunluğu ile alınan karara ilişkin*

olarak, anlaşılan maliklerce imzalı karar tutanağı veya anlaşılan maliklere ait vekâletname/sözleşme örnekleri sunulabilir. Hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile alınan karara katılmayanların arsa payları, (Kentsel Dönüşüm) Başkanlıkça rayiç değeri tespit ettirilerek ve bu değerden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara açık artırma usulü ile satılır. Bu suretle paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde bu paylar, riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında tespit edilen rayiç bedeli dönüşüm projesini gerçekleştirecek olan Başkanlık, İdare veya TOKİ tarafından ödenmek suretiyle satın alınır.”

hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla fesihden sonra taşınmazın nasıl değerlendirileceği konusunda azınlıkta kalan hissedarların paylarının ne olacağına dair mezkûr kanunun 6. maddesinin 14. fıkrasında özel bir hüküm bulunmasa bile aynı maddenin 1. fıkrasında dayanak bir hüküm yer almaktadır. Söz konusu m. 6/1. fıkrası hükmünde de azınlıkta kalan maliklerin hisselerinin Kentsel Dönüşüm Başkanlığınca piyasadaki rayiç değer altında kalmamak üzere belirlenen bir bedelden açık artırma usulü ile diğer paydaşlara satışının gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün 05.04.2021 tarih ve 709714 sayılı yazısında: “6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun kapsamındaki uygulamalar için hak sahipleri ile müteahhitler arasında imzalanmış olan gayrimenkul satış vaadi sözleşmeleri ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshedilmesine ilişkin iş ve işlemlerin yürütülmesi konusunda, Bakanlık Makamı’nın 02/04/2021 tarihli ve 698002 sayılı Olur’u ile 20/04/2021 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, İstanbul’daki bütün ilçe belediyelerine yetki devri yapılmıştır.” ifadesi yer almakta olup azınlıkta kalan hissedarların hisselerinin açık artırma ile satışı görevi ve yetkisinin de İstanbul’da ilçe belediyelerine devredildiği söylenebilir.

Riskli alanlar, rezerv yapı alanları ve riskli yapıların bulunduğu parsellerde hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile alınan karara katıl-

mayan maliklerin arsa paylarının satışı için açık artırmanın nasıl yapılacağı 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği'nin 'Açık artırma usulü ile satış' başlıklı 15/A maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir<sup>[90]</sup>.

[90] "MADDE 15/A: Değişik madde: 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (R.G.-21/05/2024/32552) m.11

- (1) Riskli alanlar, rezerv yapı alanları ve riskli yapıların bulunduğu parsellerde hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile alınan karara katılmayan maliklerin arsa paylarının satışı için;
  - a) Maliklerin hisseleri oranında salt çoğunlukla anlaştıklarına dair anlaşılan maliklerce imzalı karar tutanağı veya anlaşılan maliklere ait sözleşme veya vekâletname örnekleri gibi belgeler,
  - b) Maliklerin hisseleri oranında salt çoğunluğu ile karar alındığının ve anlaşma şartlarını ihtiva eden teklifin, elektronik tebligat adresi üzerinden veya noter vasıtasıyla veya ilgili muhtarlıkta on beş gün süre ile ilan edilmek suretiyle karara katılmayan maliklere bildirilerek kabulü için on beş gün süre verildiğine dair belgeler,
  - c) Maliklerin hisseleri oranında salt çoğunluğu ile alınan karara katılmayan maliklere ait taşınmazların Sermaye Piyasası Kurulunca yetkilendirilen gayrimenkul değerlendirme kuruluşlarına tespit ettirilen değerine ilişkin belgeler,ile birlikte yazılı olarak Müdürlüğe veya yetki devri yapılmış ise İdareye müracaatta bulunulur. Satış işleminin yapılabilmesi için yapıların yıktırılmış olması gerekmez.
- (2) Satış için yapılacak müracaat üzerine, satışı yapılacak payın tapu kütüğünün beyanlar hanesine, 6306 sayılı Kanuna göre satış işlemine tabi olduğu ve satışa veya taşınmazın devrini gerektiren benzeri bir işleme tabi tutulamayacağı yönünde belirtme yapılması ilgili tapu müdürlüğünden yazılı olarak istenir.
- (3) Satışı yapılacak arsa paylarının rayiç değerini tespit etmek ve sonrasında satış işlemini gerçekleştirmek üzere, Müdürlük veya İdare bünyesinde, biri başkan ikisi üye olmak üzere, en az üç kişiden oluşan Bedel Tespiti Komisyonu ile Satış Komisyonu teşkil olunur. Rayiç değer, maliklerce Sermaye Piyasası Kurulunca yetkilendirilen gayrimenkul değerlendirme kuruluşlarına tespit ettirilmiş olan taşınmazın değeri de gözetilerek Bedel Tespiti Komisyonunca belirlenir.
- (4) Müdürlük veya İdare, satışın yapılacağı yeri ve zamanı, hisseleri oranında salt çoğunlukla anlaşılan maliklere veya kendisinin de malik olması şartıyla bu maliklerin anlaştıkları müteahhide ve arsa payı satılacak maliklere, riskli yapılarda Ek-9'da yer alan tutanağı, riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında Ek-11'de yer alan tutanağı düzenleyerek, tapuya elektronik tebligat adresi bildirilmiş ise elektronik tebligat adresleri üzerinden, tapuya elektronik tebligat adresi bildirilmemiş ise, e-Devlet Kapısı üzerinden bildirmek ve ilgili muhtarlıkta on beş gün süre ile ilan etmek suretiyle tebliğ eder. Elektronik yolla yapılan tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda, e-Devlet Kapısı üzerinden

bildirmek ve muhtarlıkta ilan etmek suretiyle yapılan tebligatta ise muhtarlıkta yapılan ilanın son günü yapılmış sayılır. Arsa payı satılacak maliklere tebligat, satışa izleyici olarak katılmaları maksadıyla yapılır ve bunlara tebligat yapılamamış olması veya bu maliklerin satışa izleyici olarak katılmaması satışın geçerliliğine etki etmez ve gıyaplarında yapılan satış işlemi geçerli olur.

- (5) Satışı yapılacak payın üzerinde ipotek, ihtiyati haciz, haciz ve intifa hakkı gibi hakların bulunması satış işlemine engel teşkil etmez. Belirtilen haklar satış sonrasında satış bedeli üzerinde devam eder. Satış işlemi sonrasında, satış bedelinin yatırıldığı banka hesabına malike ödeme yapılmaması için bloke koydurulur ve durum ipotek, haciz ve intifa hakkı gibi hakların alacaklısına veya ilgili icra müdürlüğüne veya mahkemeye bildirilir. Satış bedelinin belirtilen hak sahiplerine ödenmesi ile ilgili iş ve işlemler ilgili mevzuatına göre ve ilgililerince yürütülür. Tapu kaydındaki haklar ve şerhler satış sonrasında Müdürlüğün veya İdarenin talebi üzerine ilgili tapu müdürlüğünce resen terkin edilir.
- (6) Yapılacak ilk satışa hisseleri oranında salt çoğunluk ile anlaşılan paydaşlar dışında herhangi biri katılamaz. İlk satış işleminde satılacak hissenin anlaşma sağlayan paydaşlarca alınmak istenmemesi durumunda tekrar yapılacak satış işlemlerine hisseleri oranında salt çoğunluk ile anlaşılan paydaşlar ile on üçüncü fıkra da belirtilen şartları haiz üçüncü şahıslar katılabilir. Satışı gözlemci olarak izlemek isteyenler ile payı satışa çıkarılan malikler satışın yapıldığı salona alınabilir. Ancak, bunların satışa müdahale etmesine müsaade edilmez. Satışın yapılmasını engellemeye veya satışın işleyişi ile düzenini bozmaya yönelik eylemlerde bulunanlar ile ses ve görüntü kaydı almaya çalışanlar Satış Komisyonu tarafından salondan çıkartılabilir. Satış için belirlenen saatten sonra satış salonuna kimse alınmaz.
- (7) Satışa katılan katılımcıların kimliği kontrol edilerek bir tutanak ile kayıt altına alınır. Katılımcı durumunu gösteren tutanağın tanziminden sonra Komisyon Başkanınca, satışa çıkarılan arsa paylarına ilişkin bilgiler satışa katılanlara bildirilir ve satış işlemi başlatılır. Komisyon Başkanı, rayiç bedelin altında olmamak üzere satışa katılan paydaşlardan, sözlü olarak pey sürmelerini ister. Sürülen peyler arttırma tutanağına yazılarak, karşılığı pey sahibi tarafından imzalanır. Arttırma işlemine devam etmeyecek katılımcıların keyfiyeti, arttırma tutanağına yazması ve imzalaması zorunludur.
- (8) Komisyon, yedinci fıkra da belirtilen şekilde yapılan satış işlemi sonunda, tespit edilen rayiç bedelden az olmamak üzere, en yüksek bedeli teklif eden katılımcıya satış yapılmasını karara bağlar ve bu katılımcıdan, yedi gün içerisinde satış bedelini banka nezdinde açtırılacak vadeli hesaba yatırması ve aynı süre içerisinde satın aldığı yeni hisse için salt çoğunluk ile alınan karar doğrultusunda yapılan sözleşmeyi ve diğer belgeleri şartsız ve şerhsiz olarak imzalayarak Müdürlüğe sunması istenir. Bu süre içerisinde satış bedeli yatırılmaz ve müteahhitten kaynaklanan sebeplerle

sözleşme imzalanamaması hali hariç olmak üzere sözleşme imzalanmaz ise pey süren diğer katılımcılara sırasıyla bildirimde bulunulur ve satış bedelini yatırarak sözleşmeyi imzalayan katılımcıya satış yapılır.

- (9) Satışa iştirak eden tek bir katılımcı olması halinde, belirlenen rayiç değerinden az olmamak üzere bu katılımcının vereceği teklif geçerli kabul edilir.
- (10) Satış bedelinin yatırılmasından sonra, satış işlemi, tapuda yeni malik adına tescil yapılmak üzere, ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Tapu müdürlüğüne tescil işlemi tamamlandıktan sonra, yeni tapu kaydı Müdürlüğe veya İdareye gönderilir ve Müdürlük veya İdarece durum payı satılan ilgiliye bildirilir.
- (11) Yapılan ilk satışta anlaşma sağlayan paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde, anlaşma sağlayan paydaşlara veya anlaşma sağlayan paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılmasını kabul etmek şartıyla üçüncü şahıslara satış yapılmaya kadar satış işlemi tekrarlanır.
- (12) Yapılan ilk satışta satılacak hissenin anlaşma sağlayan paydaşlarca alınmak istenmemesi durumunda; yeniden yapılacak satış işleminin yeri ve hangi tarih ve saatte yapılacağı belirlenerek tutanağa bağlanır. Bu tutanağın bir örneği satış için huzurda bulunan maliklere verilir. Satışı yapılacak hisseye ilişkin bilgiler ile satışın yapılacağı yer, tarih ve saat Müdürlük yayın araçlarıyla ve ilan panosuna asılacak yazı ile ilan edilir. Yeniden yapılacak satış işlemi neticesinde yine satış gerçekleşmez ise, satış gerçekleşinceye kadar her satış işleminin sonunda yapılacak diğer satışın yeri, tarihi ve saati bu fıkra hükümlerine göre belirlenerek ilan edilir.
- (13) İlk satıştan sonra yapılacak diğer satışlara hisseleri oranında salt çoğunluk ile anlaşılan paydaşlar ile birlikte üçüncü şahısların da katılabilmesi için, bunların satıştan önce salt çoğunluk ile alınan kararı kabul edeceklerini ve salt çoğunluk ile alınan karar doğrultusunda yapılan sözleşmeyi ve yapılacak uygulamanın gerektirdiği diğer belgeleri imzalayacaklarını yazılı olarak beyan etmeleri ve satışı yapılacak arsa payının üçüncü fıkra uyarınca belirlenen rayiç değerinin yüzde onu oranında nakit teminat vermeleri şarttır.
- (14) Satışa katılacak üçüncü şahısların verecekleri nakit teminatın ilgili muhasebe birimine yatırılması zorunludur. Yapılacak satış neticesinde satış ihalesi üzerinde kalmayanların teminatları hemen geri verilir. Satış ihalesi üzerinde kalan üçüncü şahsın teminatı ise yedi gün içerisinde satış bedelinin yatırılmasından ve aynı süre içerisinde salt çoğunluk ile alınan karar doğrultusunda yapılan sözleşmeyi ve yapılacak uygulamanın gerektirdiği diğer belgeleri anlaşılan diğer malikler gibi şartsız ve şerhsiz olarak imzalayarak Müdürlüğe vermesinden sonra iade edilir.
- (15) Satış ihalesi üzerinde kalan üçüncü şahsın yedi gün içerisinde satış bedelini yatırarak sözleşme imzalamaması durumunda teminatı Başkanlığa gelir kaydedilir ve sekizinci fıkranın son cümlesi hükmüne göre işlem yapılır.

## V. İDARENİN SÖZLEŞMEYİ FESİH KARARINA KARŞI YARGI YOLU

İdare yapmış olduğu inceleme sonucunda fesih şartlarının oluşmadığını tespit ederek fesih talebini reddedebilir. Bu durumda fesih isteyen malikler idarenin ret kararının iptali talebiyle idare mahkemesinde iptal davası açabilecekleri gibi idari süreçten vazgeçerek asliye hukuk mahkemesinde dönme veya fesih talepli dava da açabilirler. Ayrıca idarenin fesih talebini ret kararının gerekçesi mevzuatta sözleşmenin feshi için öngörülen 1 yıl veya 6 aylık sürelerin dolmadığı ise bu sürelerin dolmasıyla birlikte tekrar idari başvuru yapılmasında da bir engel yoktur.

İdare yapmış olduğu inceleme sonucunda fesih şartlarının oluştuğunu tespit ederek malikler ile müteahhit arasındaki inşaat sözleşmesinin feshine karar verebilir. Bu durumda müteahhit üstlenmiş olduğu inşaat işine devam etme hakkını kaybedecek ve taşınmazı olduğu gibi taşınmaz maliklerine teslim etme borcu altına girecektir.

Mezkûr Kanun m. 6/9. fıkrası; “*Bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açılabilir.*” hükmünü amirdir. Müteahhit fesih kararının iptali talebiyle taşınmazın bulunduğu yerdeki idare mahkemesinde dava açabilir. Bir taşınmazda inşa edilecek yapıya ilişkin uyuşmazlığın ekonomik değeri çok yüksektir. Bu sebeple müteahhidin yürütmenin durdurulması talepli açtığı davada telafisi güç veya imkânsız bir zararın gerçekleşeceğini ortaya

(16) Satış işleminin iptali talebiyle açılan davalarda; satış bedelinin eksik hesaplandığı gerekçesiyle satış işleminin yargı kararı ile iptal edilmesi durumunda, yargı kararı, satış bedeli ile yargı kararında belirtilen şekilde hesaplanacak bedel arasındaki farkın ihale tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte hisseyi satın alan malik tarafından hissesi satılan eski malike ödenmesi suretiyle uygulanır.”

koyması zor olmayacaktır.

Açılan iptal davasında idare mahkemesinin yürütmenin durdurulması kararı vermesi hâlinde sözleşme feshedilmemiş gibi müteahhitçe inşaata devam edilebileceği bir durum oluşur. Ancak yargılamanın neticesinde davanın reddedilmesi ihtimaline karşı malikler ile müteahhidin yürütmenin durdurulduğu dönemde inşaatın duraklatılması konusunda bir uzlaşma içerisine girilmesi halinde tarafların birbirlerine karşı alacak-vereceklerinin hesaplanmasında daha da karışık bir hâlin içine düşülmesi-ne engel olunacaktır. Uygulamada iptal davası açan ve lehine yürütmenin durdurulması kararı alan müteahhitlerin, bu davalarından feragat etmeleri karşılığında maliklerden tazminat istedikleri yönünde duyumlar edinilmektedir.

Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun m. 6/14. fıkrasında; “Fesih tarihine kadar yapılmış olan işler, devrolunan hisseler, yapılan ödemeler ve diğer hususlarda genel hukuk hükümleri uygulanır.” hükmü yer almaktadır. Arsa payı karşılığında inşaat sözleşmesinde malikler eğer arsa paylarını inşaatın önce müteahhide devretmişlerse bunlar arsa paylarının iadesi için dava açabilir. Buna karşılık eğer malikler arsa paylarını kendi uhdelelerinde tutmuşlarsa inşaat sözleşmesi feshedilene kadar iş yapmış olan müteahhit karşı taraftan alacaklarını talep ettiği bir sebepsiz zenginleşme davası açabilir.

İnşaat sözleşmesinin idarece feshi üzerine taraflar arasındaki hak ve borçları karara bağlamak üzere genel hukuk hükümlerine başvurulur. Asliye hukuk mahkemesinde açılan davalarda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 25.01.1984 tarihli ve 1983/3 Esas, 1984/1 Karar sayılı kararında hükme bağladığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla işi belirlenen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi hâlinde uyuşmazlığın nasıl çözüleceğine dair çözümleri uy-

gulanmalıdır. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı uyarınca inşaat tamamlanmaya çok yakınsa sözleşme ileriye etkili feshedilmekte ve müteahhit tamamladığı kısma orantılı olarak maliklerden arsa payı devralmaktadır. Buna karşılık inşaatın tamamlanmasına çok az bir iş kalmamışsa sözleşme geçmişe etkili bir şekilde tasfiye edilecektir. Bu durumda müteahhit yalnızca yapmış olduğu masrafları sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda maliklerden talep edecektir<sup>[91]</sup>. Bu açıklamalardan çıkarılacağı üzere idare tarafından yapılan fesih kanaatimizce tarafların yaptığı fesihden farklıdır, tarafların yaptığı fesihten yapılan haklı ve haksız fesih ayrımının ışığında değerlendirilemez.

Doktrinde Seçer'e göre;

(idarenin) *fesih kararının yanlış olması durumunda bunun bir haksız fesih*

[91] Yargıtay Altıncı Hukuk Dairesi, 24 Eylül 2024 Tarih ve E. 2023/2039, K. 2024/2903 Sayılı Kararı; “(...) *Eser sözleşmelerinin sona ermesi üzerine, her iki tarafın da talep edebileceği tasfiyenin dayanağı, TBK'nın 125/III maddesidir. Bu maddeye göre sözleşmeden dönme halinde taraflar karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulur ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Sözleşmenin fesih ya da dönme suretiyle sona ermesi halinde geriye etkili sonuç doğuracağı yani, sözleşme hiç yapılmamış gibi başa dönüleceğinden, taraflar sözleşme ile üstlendikleri borçlarını ifa etme yükümlülüğünden kurtulacakları gibi, daha önce ifa ettikleri edimleri, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebileceklerdir. Bu halde davacı yüklenicinin sözleşme nedeniyle yaptığı faydalı ve zaruri masrafların mahkemece tespit edilmesi gerekir.*

*Bu durumda mahkemece yapılacak iş; bozma öncesi yargılama aşamasında alınan bilirkişi kurulu raporları da değerlendirilerek ve gerekirse konusunda uzman bilirkişi kurulundan yeniden rapor alınarak davacı yüklenici tarafından yapıldığı iddia edilen masrafların sözleşme nedeniyle yapılan faydalı ve zaruri masraflar olup olmadığı, davalı arsa sahiplerinin malvarlığında artı bir değer yaratıp yaratmadığı Yargıtay denetimine elverişli şekilde tespit ettirilerek, yapılan masraflar faydalı ve zaruri değil ve davalı arsa sahiplerinin malvarlığında artı değer yaratmıyorsa şimdiki gibi davacı yüklenicinin bu talebinin de reddine karar verilmesi, zaruri ve faydalı ise ve davalı arsa sahiplerinin mal varlığında artı değer yaratıyor ise yapıldıkları yıl piyasa rayicine göre (piyasa rayicilerinin içerisinde müteahhit karı ve KDV olduğundan ayrıca eklenmeden) bedelinin tespiti ve sonucuna göre hüküm altına alınmasından ibarettir. (...)*” (www.lexpera.com.tr)

*olarak kabul edilmesi kesinlikle mümkün değildir. Fesih koşullarının oluşup oluşmadığının bakanlık (idare) tarafından geniş bir şekilde araştırılarak tespit edilmesine rağmen her nasılsa yapılan tespitin sonradan yanlış olduğu çıkarsa bu iptal davasına konu edilirse de sözleşmenin haksız olarak feshedilmesi söz konusu olmamalıdır*<sup>[92]</sup>.

Özel hukuk uygulamasında taraflardan biri haksız fesihle bulunduğu takdirde diğer taraf yoksun kaldığı kârın hesaplanarak kendisine ödenmesini isteyebilir.<sup>[93]</sup> Kanaatimizce de idarenin fesih kararı, sözleşmenin tarafı olan kişilerin fesih iradesinden bağımsızdır ve özel hukuk kapsamında bir irade beyanı değildir. Bu sebeple haklı veya haksız değerlendirmesine tâbi tutulamaz. İdari işlem teorisi mantığı açısından da idarenin fesih kararı bir idari işlemdir ve idari işlemler yargı kararı ile aksi karara bağlanana kadar hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar. İdarenin sözleşmeyi fesih kararının iptali için açılan davada idari yargı iptal kararı verse bile fesih kararı haksız fesih kavramıyla değil hukuka aykırı bir idari işlem kavramıyla ele alınmalıdır. Böyle bir durumda, inşaat sözleşmesinin feshedilmiş olması sebebiyle taşınmaz malikleri zaten müteahhide karşı inşaatın geldiği aşamaya bağlı olarak ya müteahhidin yaptığı masrafları karşılamakla ya da adli yargının kararına göre ileriye etkili feshe karar verilmişse müteahhidin inşaatta kaydettiği ilerlemeyle orantılı olarak müteahhide arsa payından devretmekle yükümlüdür. Demek ki idare yanlış bir değerlendirme sonucunda sözleşmeyi feshederse ve bu fesih kararı idari yargı organınca hukuka aykırı bulunarak iptal edilirse müteahhit zararının önemli bir kısmını maliklerden alabilecektir.

İnşaat sözleşmesinin idarece hukuka aykırı olarak feshedilmesi üzerine müteahhidin maliklerden tazmin edemeyeceği zararları

[92] Seçer, “Kentsel Dönüşümde Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin İdari Yolla Sona Ermesinin Koşulları”, s. 958.

[93] Seçer, a.g.e., s. 957.

da doğabilir. Müteahhit sözleşme feshedilmeseydi ve inşaat tamamlansaydı elde edeceği kârı elde edememiş olacaktır. Müteahhit inşaatı tamamlayıp bu binadaki bağımsız bölümleri satarak veya kiraya vererek elde edeceği kârdan yoksun kalmaktadır. Yoksun kalınan kâr, malvarlığının artmasının engellenmesi hâlinde söz konusu olur<sup>[94]</sup>. Yoksun kalınan kâr, malvarlığının aktifini azaltan veya malvarlığının pasifini artıran zararlarla birlikte maddi zararlar kapsamında değerlendirilir, diğer bir deyişle bir maddi zarar türüdür<sup>[95]</sup>. İşte bu yoksun kalınan kârın maliklerin haksız bir fesih yaptığı gerekçesiyle maliklerden talep edilmesi mümkün değildir. Çünkü fesih kararını malikler almış değildir. Bununla birlikte bu zararın hukuka aykırı işlemle zarara sebebiyet vermiş olan idareden hizmet kusurundan doğan sorumluluk kapsamında istenilmesi mümkündür. Kural olarak idarenin hukuka aykırı bir işlem tesis etmesi hizmetin kötü işlemesi nedeniyle hizmet kusuru sayılır<sup>[96]</sup>. Hukuka aykırı bir idari işlem, ilgilinin veya ilgililerin maddi veya manevi varlıklarında kişisel, doğrudan bir zarara yol açmışsa; bu zarar da yok sayılacak kadar önemsiz değilse idarenin kusur sorumluluğuna dayanan mali sorumluluğu doğar<sup>[97]</sup>. İdarenin hukuka aykırılığı mahkeme tarafından saptanan bir idari işlemi varsa ve bu işlemin uygulanmasından idare edilenler için zarar veya zararlar doğmuşsa; bu zararların, işlemi yapan idare tarafından tazmin edilmesi, hukuk devleti ilkesinin ve Anayasa'nın bu ilkeyi pozitif hukuk kuralı haline getiren 125.

[94] Şenel Sarsıkoğlu, “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s. 2398.

[95] Muhammed Ali Aydın, *İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2016, s. 51.

[96] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, 2024, s. 553.; Candan, a.g.e., s. 179.; Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, Bursa, Ekin Yayınevi, 3. Baskı, 2019, s. 1088.; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, 2017, s. 635.

[97] Aydın, *İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu*, s. 125.

maddesinin gereğidir<sup>[98]</sup>.

Bu noktada iki sorun karşımıza çıkmaktadır. Birincisi yoksun kalınan kâr idari yargıda tazmin edilmekte midir? İkincisi idare tesis etmiş olduğu hukuka aykırı işlem nedeniyle zarara sebebiyet vermiş olsa bile bütün hukuka aykırı işlemleri nedeniyle mali olarak sorumlu mudur?

Danıştay yakın zamana kadar verdiği kararlarda yoksun kalınan kârın/kazancın kesin bir zarar olmadığı ve gelecekte gerçekleşmesi ihtimale bağlı bir zarar olduğu gerekçesiyle yoksun kalınan kârın tazmini taleplerini reddetmekteydi<sup>[99]</sup>. İdari yargının yoksun kalınan kârın tazminini reddettiği davaların bir kısmı bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi mahrum/yoksun kalınan kârın da maddi zarar kapsamında olduğunu hükme bağlamıştır. Anayasa Mahkemesi, mahrum kalınan kârın mevcudiyetinin davacı tarafından ispatlandığı takdirde zararın tazmin edilmesi gerektiği ve zararın ne şekilde hesaplanacağını bu konunun uzmanı olan derece mahkemelerinin görevi olduğu gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ve yeniden yargılama yapılmasına karar vermektedir<sup>[100]</sup>. Anayasa Mahkemesi

[98] Candan, a.g.e., s. 181.

[99] Danıştay On üçüncü Dairesi, 10 Kasım 2022 Tarih ve E. 2018/3323, K. 2022/4159 Sayılı Kararı. ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)) Bu kararda Danıştay tetkik hakiminin yoksun kalınan kârın tazmin edilmesi gerektiğine yönelik uzun açıklamalarına rağmen bu talebi reddeden bölge idare mahkemesi kararı onanmıştır.

[100] Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, 11 Ocak 2023 Tarih ve 2019/39236 Başvuru Numaralı *Kaçmaz Danışmanlık Reklam Organizasyon Tekstil Otomotiv ve Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.* Kararı; “(...) Mahkeme uyuşmazlığın esasını incelemiş ise de başvuru Şirketin mahrum kaldığı kârın ödenmesi talebini reddetmiştir. Mahkemece idarenin hizmet kusurunun varlığı ve sözleşmenin imzalanamaması nedeniyle gerçekleştiği tevsik edici belgelerle ortaya konan toplam 18.042,12 TL zarar ile idarenin işlemi arasında nedensellik/illiyet bağı bulunduğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte ticari bir faaliyetin başlayamaması ya da tamamlanamaması sonucunda beklenen/muhtemel kârın maddi/gerçekleşmiş

kararları üzerine Danıştay, yoksun kalınan kârın ispatlanması hâlinde, zarar miktarının belirlenmesi konusunda mahkemenin takdir yetkisi olmak kaydıyla tazmin edilmesi gerektiği yönünde içtihat değişikliğine gitme aşamasına girmiştir<sup>[101]</sup>. Gelineen noktada yoksun kalınan kârın davacı ta-

zarar olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı belirtilerek bu talebin reddine karar verilmiştir (bkz. § 14).

55. Bu tespite göre Mahkemece idarenin hizmet kusuru olduğu ve hükmedilen zarar ile idarenin işlemi arasında nedensellik/illiyet bağı bulunduğu konusunda ihtilaf söz konusu değildir. Bununla birlikte sözleşmenin yapılamaması nedeniyle mahrum kaldığı iddia edilen kârın maddi zarar kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve bunun idare tarafından ödenip ödenmeyeceği hususu ihtilaflıdır. (...)

58. Mevcut başvuruda da maddi zarar idari yargı mercilerince sadece mal varlığındaki eksilme olarak yorumlanmıştır. Hâlbuki bu zararlar salt mevcut mal varlığında eksilmeden ibaret değildir. Bununla birlikte zararın ne şekilde hesaplanacağı bu konunun uzmanı olan derece mahkemelerinin görevidir.

59. Bu kapsamda bir yargı kararının uygulanamaması neticesinde oluşan bütün zararların giderilmesi gerekmektedir. Nihai bir mahkeme kararının idare tarafından uygulanması Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca anayasal bir zorunluluk olup bunun uygulanmasının fiilen imkânsız olması durumunda ise telafi edici bir mekanizma olarak kişinin zararlarının karşılanması gerekirken somut olayda başvurusunun maddi zararlarının mal varlığındaki eksilme ile sınırlı tutulmasının başvuru aleyhine aşırı bir külfete yol açtığı sonucuna varılmıştır.

60. Açıklanan gerekçelerle mahkeme kararının icra edilmediğine, dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında kararın icrası hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”; Aynı yönde Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, 12 Eylül 2018 Tarih ve 2015/6999 Başvuru Numaralı Ali Rıza Akarsu Kararı.

[101] Danıştay On Üçüncü Dairesi, 16 Ocak 2024 Tarih ve E. 2023/2823, K. 2024/191 Sayılı Kararı; “(...) Yoksun kalınan kârın hesaplanmasındaki zorluğu dikkate alan kanun koyucu 6098 sayılı Kanun'un 50. maddesinin 2. fıkrasında, hâkime olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemleri dikkate alarak hakkaniyete göre yoksun kalınan kârı serbestçe takdir etme imkânı tanımıştır. (...)

(...) davalı idarelerin mahkeme kararını uygulamak için ellerinden gelen tüm gayreti gösterip göstermediği mevcut durumun özelliklerine uygun olarak eski hâle getirmeye denk düşecek en uygun alternatif çözümü teklif edip etmediği hususlarının değerlendirilmesi; diğer taraftan davacının, zararını ispat yükü altında olduğu dikkate alındığında, zararını ispatlamaya ve zararın hesaplanmasına yönelik tüm

rafından ispat edilmesi hâlinde, davacının ileri sürdüğü iddialar ile sunduğu deliller ışığında ve mahkemenin resen yapacağı araştırma sonucunda mahkeme yoksun kalınan kârın tazmini için ödenecek tazminat miktarını belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

İkinci mesele hukuka aykırı bütün idari işlemler nedeniyle idarenin doğmuş olan zararı tazmin etme yükümlülüğünün olup olmadığı meselesidir. Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrası açıkça; “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” hükmünü amirdir. Anayasa'nın açık hükmü karşısında hukuka aykırı idari işlemler nedeniyle doğan zararların ödenmesi konusunda istisna olmaması gerekir. Ancak kanaatimizce hukuka aykırı olarak Danıştay'ın her türlü hukuka aykırılığın tazminat yükümlülüğü doğurmayacağı yönünde bir içtihadı vardır. Danıştay'a göre “*idari işlemleri sakatlayan ağır ve önemli nitelikteki hukuki hata ve aykırılıklar*” hizmet kusuru oluşturacak; ancak “*her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar*” hizmet kusuru sayılmayacaktır<sup>[102]</sup>.

Yakın tarihli bir Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararında Danıştay 8. Dairesi'nin “*idari işlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlığın ve aykırılığın her zaman hizmet kusuru olarak nitelendirilemeyeceği; saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerektiği gerektiği, idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve*

---

*hususların kapsamlı bir şekilde araştırılarak varsa idarenin hizmet kusurunun tespit edilmesi ve bu aşamadan sonra tazminat miktarının belirlenmesi yönünde bir karar verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.*

*Tüm bu hususlar ortaya konulduktan sonra, Anayasa Mahkemesi kararındaki değerlendirmeler de dikkate alınarak gerekirse konuyla ilgili bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle maddi zarara ve tazminata ilişkin bir belirleme yapıldıktan sonra yeniden bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. (...)*” (www. lexpera.com.tr)

[102] Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 553, 554.

*aykırılıkların hizmet kusuruna yol açmadığı, idari işleme veya eyleme muhatap olan kişinin tutum veya davranışının olaydaki etkisinin de idarenin sorumluluğunun yanında ayrıca değerlendirilmesi gerektiği; tüm bu veriler ışığında, olayda idareyi tazminle yükümlü kılacak bir ağırlıkta idareye atfı ve izafesi kabil bir kusurun varlığından söz etmeye olanak bulunmadığından davacının maddi ve manevi tazminat isteminin reddi gerektiği” yönündeki gerekçeyle verdiği karar onanmıştır<sup>[103]</sup>.*

Danıştay’ın yoksun kalınan kâr, idari işlemin hukuka aykırılığının hangi ağırlıkta olduğu takdirde hizmet kusuru sayılacağına dair uygulaması aktarıldıktan sonra konuyu inşaat sözleşmesinin idare tarafından hukuka aykırı olarak feshedilmesi özelinde inceleyebiliriz. İdarenin mali olarak sorumluluğunun doğması için öncelikle idareye atfedilen bir tutum ve davranışın olması gerekir. Ortada bir zarar bulunmalıdır. İdarenin tutum ve davranışı ile zarar arasında da illiyet bağı bulunmalıdır<sup>[104]</sup>. Kentsel Dönüşüm Başkanlığı’nın veya belediyenin gerekli inceleme ve değerlendirmeleri yapmayarak veya kusurlu bir şekilde yaparak inşaat sözleşmesinin feshine karar vermeleri hukuka aykırı olacaktır. İnşaat sözleşmesinin idarece feshi üzerine müteahhidin inşaatı maliklere teslim etmesi gerekmektedir. Müteahhit vazgeçmek zorunda kaldığı inşaat işi sebebiyle zarara uğramaktadır. Bu zararın büyük bir kısmı adli yargıda yapılacak yargılama sonucunda sözleşmenin karşı tarafı olan maliklerden tazmin edilebilecektir. Müteahhidin adli yargıda maliklerden talep edemeyeceği yoksun kalınan kâr, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın son kararlarına göre idari yargıda idareden talep edilebilir. Müteahhit kazandığı iptal davasının peşi sıra idareye karşı tam yargı davası açarak yoksun kaldığı kârı talep edebilir.

[103] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 30 Aralık 2021 Tarih ve E. 2021/2806, K. 2021/3503 Sayılı Kararı. ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr))

[104] Aydın, *İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu*, s. 28.

Tam yargı davası ile müteahhidin yoksun kaldığı kârı idareden talep edebilmesi için zararını ispatlaması gerekir. Müteahhit inşaatı tamamlayarak kendisine düşen bağımsız bölümleri satması veya kiraya vermesi hâlinde elde edeceği kazancı her türlü delille somut bir şekilde ortaya koymalıdır. Zararını somut bir şekilde ispatlayabilen müteahhidin zararı ile inşaat sözleşmesinin idare tarafından feshi işlemi arasında uygun illiyet bağı olduğu şüphesizdir. Peki idarenin inşaat sözleşmesini fesih kararını kusurlu bir şekilde vermesi *her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki bir hukuki yanlışlık veya aykırılık* olarak değerlendirilebilir mi? Şüphesiz bunu değerlendirecek olan idare mahkemesidir. Tam yargı davasında yargılama yapan mahkeme, idarenin inşaat sözleşmesini fesih kararını hukuka aykırı bularak iptal eden idare mahkemesi kararını esas almakla birlikte önceki iptal kararının Danıştay içtihatlarına göre kendiliğinden sorumluluk doğuran bir hizmet kusuru teşkil etmeyeceğini de dikkate almalıdır. Bu durumda idarenin hangi sebeplerle inşaat sözleşmesini feshettiği ve fesih kararına varırken gereği gibi bir inceleme, denetleme ve değerlendirme süreci yürütüp yürütmediği tespit edilmelidir. Kanaatimizce kararın alınması sürecinde kararın isabetine etki edecek kusurlar idarenin sorumluluğunu gerektiren türden hizmet kusuru kabul edilmelidir. Buna karşılık gerekli inceleme, denetleme ve değerlendirmeler yapıldığı hâlde görüş ve içtihat farklılığı sayılabilecek türden değerlendirme hatası idarenin sorumluluğunu gerektirmeyecek türden hizmet kusuru kabul edilebilir. Tüm bunlarla birlikte idarenin hukuka aykırı işlemi nedeniyle sebep olduğu zararların tamamından sorumlu tutulması uygulamasına geçilmesi hukuk devleti açısından çok daha doğru olacaktır<sup>[105]</sup>.

## SONUÇ

Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun kap-

[105] Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 553, 554.

samında imzalanan bir inşaat sözleşmesinde müteahhit sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmeyebilir. Söz konusu Kanun'un 6. maddesinin 14. fıkrası uyarınca arsa malikleri inşaat sözleşmesinin feshedilmesi için idareye başvuruda bulunabilirler. Taraflar arasındaki inşaat sözleşmesinin idarece feshedilebilmesi için bir yıl içinde yeni yapının yapım işine hiç başlanmamış olması veya yapım işi belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor olması gerekir. Bu hâllerin ise müteahhitten kaynaklanan sebeplerle gerçekleşmiş olması gerekir. Müteahhidin ise sözleşmenin feshi talebiyle idareye başvurması mümkün değildir.

İdarenin, fesih başvurusunu üç aşamalı incelemesi gerekir. İlk aşamada; maliklerin inşaatla hiç başlanmadığı veya yapım işinin durduğu veya inşaatın tamamlanmasına yetmeyecek kadar yavaşlamış olduğu iddia-ları incelenir. Eğer durum maliklerin iddia ettiği gibiyse ikinci aşamada bu durumun müteahhitten kaynaklanıp kaynaklanmadığı araştırılır. İnşaatla başlanılmaması, inşaatın durması veya inşaatın yavaşlaması müteahhitten kaynaklanıyorsa müteahhide inşaatla başlaması, devam etmesi veya hızlanması için 30 günlük süre verilir. Bu süre sonunda müteahhit ihtarın gereğini yerine getirmezse inşaat sözleşmesi idarece feshedilir.

İdari yargı kararına konu olan uyuşmazlıklar inşaatın durup durmadığı veya inşaatın projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla devam edip etmediğinin tespiti ile durum böyleyse bu durumun hangi taraftan kaynaklandığı konularında yoğunlaşmaktadır. Mezkûr Kanun m. 6/14. fıkrası hükmü ile Uygulama Yönetmeliği m. 13/11-a bendi hükmünün çeliştiğine dair bir görüş vardır<sup>[106]</sup>. Bu görüşe

[106] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22 Şubat 2023 Tarih ve E. 2022/1167, K. 2023/306 Sayılı Kararı; “Danıştay Tetkik Hakimi ...’un Düşüncesi: (...) Bu durumda, Kanun’da sözleşmenin feshi için belirtilen her iki durumun da müteahhitten kaynaklanması şartı getirilmişken, Yönetmelik’le Kanun’a aykırı biçimde düzenlenen hükümde bu yönüyle hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna

göre; Kanun'da sözleşmenin feshi için belirtilen her iki durumun da müteahhitten kaynaklanması şartı getirilmişken, Yönetmelik ile Kanun'a aykırı biçimde düzenlenen hükümde inşaatın durması veya yavaşlamasında sorunun müteahhitten kaynaklanmış olması şartının açıkça öngörülmemesi sakatlık doğurmaktadır. Ancak Danıştay bu açıdan bir hukuka aykırılık görmemiştir<sup>[107]</sup>. Kanaatimizce de inşaatın durmasının veya yavaşlamasının müteahhitten kaynaklanan bir sebeple gerçekleşmesi şartının Uygulama Yönetmeliği'nde açıkça öngörülmemesi bir eksiklik değildir. Çünkü Uygulama Yönetmeliği Kanun'daki hükme zıt bir hüküm getirmemiş ve Kanun hükmü de doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Dolayısıyla idare Kanun hükmünü uygulamak zorundadır. Ayrıca inşaatın durduğu veya yavaşladığının tespit edildiği durumda müteahhide 30 günlük bir süre verilerek işe devam etmesi veya hızlanması yönünde ihtarda bulunulur. Durma veya yavaşlama müteahhitten kaynaklanıyor olsa bile müteahhidin gerekeni yaparak sözleşmenin feshi kararının alınmasını önleme imkânı vardır. Durma veya yavaşlama müteahhitten kaynaklanmıyorsa müteahhit, idareye gerçek sebepleri açıklama imkânına sahiptir. İdare müteahhit tarafından yapılan açıklamalara ikna olarak söz konusu Kanun hükmü uyarınca fesih başvurusunu reddetmelidir. Bu tür durumlarda müteahhidin yapacağı açıklama ve savunmalar ile ileri süreceği mazeretler önem kazanmaktadır.

Konuya ilişkin idari yargı kararlarına erişebildiğimiz kadarıyla idarenin inceleme, araştırma ve değerlendirme görevi ve yetkisinin kapsamının ne seviyede olacağına ilişkin yargısal çerçevenin henüz tam olarak çizilmediği izlenimi edinilmektedir. Gerçekten de idare taraflar arasında adeta bir hakem rolü üstlenerek uyuşmazlığın aslını ortaya çıkararak karar mı ve-

---

*varıldığından, davacının temyiz isteminin kabulü ile Daire kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir. (...)" (www.lexpera.com.tr)*

[107] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22 Şubat 2023 Tarih ve E. 2022/1167, K. 2023/306 Sayılı Kararı. (www.lexpera.com.tr)

recektir? İdare bir arabulucu gibi taraflar arasında mevcut olan sorunları gidererek inşaatın devamını sağlamak için inisiyatif alacak mıdır?

Kanaatimizce; mevzuatta öngörüldüğü üzere idare müteahhitten konuya ilişkin açıklama istemeli, yapı mahallinde inceleme yapmalı, belediye, sosyal güvenlik kurumları ve konu ile ilgili kurum ve kuruluşlarla yazışma yapmak da dâhil olmak üzere, her türlü inceleme ve araştırmayı yapmalıdır. İdareye yarı yargısal bir görevin verilmesinin ne kadar uygun olduğu meselesi bir yana bırakılırsa Kanun ve Uygulama Yönetmeliği; idareden mümkünse tikanıklığı gidererek inşaatın devamını sağlamasını aksi takdirde ve inşaat işinin tamamlanamaması sorununun müteahhitten kaynaklandığı durumda maliklerin daha fazla mağdur olma-ması ve böylece inşaatın devamının sağlanabilmesi için inşaat sözleşmesini feshetmesini istemektedir. Makalede izah ettiğimiz üzere idarenin, sözleşmeyi fesih kararını taraflar arası bir fesih beyanı olarak görmemekteyiz. İdarenin taraflar arasındaki inşaat sözleşmesini fesih kararı bir idari işlem niteliğindedir. Dolayısıyla kanaatimizce; idarece sözleşmenin feshedildiği ve müteahhidin iptal davası açarak feshi iptal ettirdiği durumda müteahhit maliklerin haksız fesihte bulunduğu iddiasıyla maliklerin haksız fesihten kaynaklanan ağır sonuçlarla tazminata mahkûm edilmesini sağlayamamalıdır. Çünkü idarenin fesih kararıyla taraflar arasındaki hukuki ilişki genel hükümlere göre dönme veya fesih kurallarına uygun olarak zaten tasfiye edilecektir. Haksız feshe bağlanan ek tazminat sorumluluğundan ise malikler değil kanaatimce idari yargıda idare sorumlu tutulmalıdır. İdarenin hatalı bir değerlendirme üzerine vereceği hukuka aykırı bir fesih kararı idare açısından hizmet kusuru oluşturacaktır ve idarenin mali sorumluluğuna yol açacaktır. İşte bu riskli sonucu nedeniyle idarenin sonuca uygun düşecek kapsamda bir inceleme, araştırma, denetleme ve değerlendirme yürütmesi gerekir.

Müteahhitten kaynaklanan sebeplerle bir yıl içinde yeni yapının yapım işine başlanılmamış olması

- sözleşme hükümlerine göre yapım işinin başlanılmasından önce hak sahiplerince yerine getirilmesi gereken edimler var ise bunların yerine getirilmiş olması
- yapım işine başlanılmasına engel teşkil edecek bir yargı kararı, idare kararı, idare uygulaması veya benzeri geçerli bir gerekçe olmaması
- yapım işine müteahhitten kaynaklanan sebeplerle başlanılmamış olması

Yapım işinin belirli bir seviyede durdurulmuş ve en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmiyor olması

- ilgili idarenin tespit, tutanak ve kayıtları
- yapı denetimi sistemindeki kayıtlar
- fotoğraflar
- uydu görüntüleri
- Delil niteliğinde bilgi ve belgeler

1 yıllık sürenin başlangıcında

- Riskli yapının kesinleşme tarihi
- Riskli ve rezerv yapı alanlarında alan belirleme işlemi tarihi
- Taraflar arasındaki sözleşme tarihi

Bu tarihlerden hangisi en yeni tarih ise 1 yıllık sürenin hesaplanmasında başlangıç tarihi olarak o esas alınır.

Sözleşmelerin feshi için hisseleri oranında maliklerin salt çoğunluğu ile karar alınır. Fesih kararı alınması herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Fesih iradesi, fesih konusunda maliklerin salt çoğunlukla anlaşmalarına dair anlaşan maliklerce imzalı karar tutanağı, maliklerin salt çoğunluğu tarafından verilen fesih talebine ilişkin dilekçe, maliklerin salt çoğunluğunun başka bir müteahhitle anlaşmalarına dair sözleşme veya vekaletname örnekleri gibi sair belgeler ile ispatlanabilir.

Alınan fesih kararı ve fesih gerekçesine göre,

- yeni yapının yapım işine başlanılmamış olmasının müteahhitten kaynaklandığına ilişkin bilgi ve belgeler
- en az altı aydır projenin bitirilmesini gerektirecek seviyede ekip ve ekipmanla inşai faaliyete devam edilmediğine dair bilgi ve belgeler

Fesih müracaatı İstanbul'da ilçe belediyelerine, diğer illerde Kentsel Dönüşüm Müdürlüklerine yazılı olarak yapılır.

Fesih müracaatı üzerine, öncedikle müracaatın belgeler tam bir şekilde ve usule uygun olarak yapıp yapılmadığı incelenir.

Fesih müracaatı usule uygunsa Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü/İstanbul'da ise ilçe belediyeleri

Fesih gerekçesine göre, yeni yapının yapım işine başlanılmamasının/ (Veya) yapım işine projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edilmemesinin sebeplerine ilişkin yazılı olarak müteahhide 15 gün süre verilerek müteahhitten bilgi ve belge istenilir.

15 günlük sürenin sonunda fesih şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine dair, yapı mahallinde inceleme yapılır.

15 günlük sürenin sonunda belediye, sosyal güvenlik kurumları gibi konu ile ilgili kurum ve kuruluşlarla yazışma yapmak da dahil olmak üzere, her türlü inceleme ve araştırma yapılır.

İdare fesih başvurusu hakkında topladığı verilerden hareketle karar verir

**Fesih başvurusunun REDDİ:**  
Yapılan inceleme ve araştırma neticesinde fesih şartlarının gerçekleşmediğinin tespit edilmesi durumunda bu konuda fesih müracaatında bulunan maliklere bilgi verilir.

Fesih şartlarının gerçekleştiğinin tespit edilmesi durumunda ise, müteahhide 30 gün süre verilerek fesih gerekçesine göre, yapım işine başlaması/projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla işe devam etmesi gerektiği, aksi takdirde bu sürenin bitim tarihi itibarıyla sözleşmelerin resen feshedileceği ihtar edilir.

30 günlük sürenin sonunda müteahhidin işe başlayıp başlamadığı/projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla işe devam edip etmediği mahallinde kontrol edilir. Müteahhit işe başlamışsa veya işi bitirecek seviyede ekip ve ekipmanla işe devam etmişse fesih başvurusu reddedilir. Maliklere bilgi verilir.

30 günlük sürenin sonunda müteahhidin işe başlayıp başlamadığı/projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla işe devam edip etmediği mahallinde kontrol edilir. Yapım işinin projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edip etmediğinin takdir hakkı incelemeyi yapan Müdürlük veya İdareye aittir. Kendisine yapılan ihtar rağmen müteahhidin işe başlamadığının/yapım işine projenin bitirilmesini gerektirecek seviyedeki ekip ve ekipmanla devam edilmemesinin tespit edilmesi durumunda, 30 günlük sürenin bittiği tarih itibarıyla hak sahipleri ile müteahhit arasında imzalanmış olan inşaat yapımına ilişkin sözleşmeler ilgililerinin muvafakati aranmaksızın resen FESHEDİLMİŞ sayılır. Sözleşmelerin feshedilmiş sayıldığı, maliklere ve müteahhide bildirilir.

İdare sözleşmeyi fesheder ve sözleşmelerin feshedilmiş sayıldığını, maliklere ve müteahhide bildirir.

Fesih sonrasında, maliklerin veya Müdürlüğün veya İdarenin talebi üzerine, taşınmazların tapu kaydına şerh edilmiş olan inşaat yapımına ilişkin sözleşmeler ilgili tapu müdürlüğünce terkin edilir.

Fesih tarihine kadar yapılmış olan işler, devrolunan hisseler, yapılan ödemeler ve diğer hususlarda genel hukuk hükümleri uygulanır.

Fesih tarihine kadar müteahhit tarafından hak sahiplerine yapılan kira yardımı ödemeleri hak sahiplerinden geri talep edilemez.

Fesih işleminden sonra yapılacak uygulamalara hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile karar verilir.

Hisseleri oranında paydaşların salt çoğunluğu ile alınan karara katılmayanların hisseleri, 6306 Sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrası kapsamında anlaşma sağlayan diğer paydaşlara veya anlaşma sağlayan paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılmasını kabul etmek şartıyla üçüncü şahıslara açık artırma usulü ile satılır.

## KAYNAKÇA

Akbey Erdidal, Didem, Riskli Alan, Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2020.

Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 18. Baskı, 2024.

Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, 2024.

Atamulu, İsmail, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi”, Kayseri, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2011.

Ay, Osman, Kentsel Dönüşüm Kapsamında Rezerv Yapı Alanı - Riskli Alan ve Riskli Yapılar, İstanbul, Beta Yayınları, 1. Baskı, 2014.

Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku II, Ankara, Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, 2016.

Aydın, Muhammed Ali, İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2016.

Aydın, Muhammed Ali, İmar Hukukunda İdari Yaptırımlar, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2023.

Bütün Yılmaz, Derya G., “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 38, 2019, s. 107-130.

Csb.gov.tr: “ANLAŞMA SÜRECİ - T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı”, (01.11.2024), (Çevrimiçi) <https://csb.gov.tr/ss/anlasma-sureci>, 01.03.2025.

Candan, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, İstanbul, PwC Türkiye, 6. Baskı, 2015.

Çağlayan, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, 2017.

Çakır, Hüseyin Melih, Barış Ülker, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapılarda Pay (Hisse) Satışı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 27, Sayı 2, 2021, s. 1066-1106.

Durak, Yasemin, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 3, 2016, s. 207-252.

Durmazgezer, Nergis, Kat Mülkiyeti Kanunu Kapsamında Arsa Payı ve Kentsel Dönüşüm Sürecine Yansımaları, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2021.

Erkut, Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara, Danıştay Yayınları, Tıpkı Basım, 2015.

“Fikirtepe’de Kentsel Dönüşüm Krizi: İnşaatlar Durdu, 1.000 Aile Mağdur ve Bir Yıldır Kira Yardımı Yapılmıyor”, Onedio, (04.10.2024), (Çevrimiçi) <https://onedio.com/haber/fikirtepe-de-kentsel-donusum-krizi-insaatlar-durdu-1000-aile-magdur-ve-bir-yildir-kira-yardimi-yapilmiyor-809074>, 04.10.2024.

Gözler, Kemal, İdare Hukuku Cilt 2, Bursa, Ekin Yayınevi, 3. Baskı, 2019.

Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, 2014.

İnal, Emrehan, Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2017.

İnam, Şaban, Vuslat Salali, “Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Çalışmalarının Hukuki Boyutu ve Uygulamada Karşılaşılan Yasal Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 79, Sayı 1, 2021, s. 75-110.

İstanbulakdm.csb.gov.tr: “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Sözleşme Feshi Müracaatı - Marmara Kentsel Dönüşüm Genel Müdürlüğü”, (04.10.2024), (Çevrimiçi) <https://istanbulakdm.csb.gov.tr/6306-sayili-kanun-kapsaminda-sozlesme-feshi-muracaati-i-104426>, 04.10.2024.

Koçakdikler, Duygu, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 72, Sayı 3, 2023, s. 1427-1467.

Oğuzman, M. Kemal, M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 12. Baskı, 2014.

Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 13. Baskı, 2011.

Özcan, Zeynep, Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri,

Ankara, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2021.

Özcan, Zeynep, “İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı ve Eksik İfasi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 11, 2018, s. 317-339.

Sarsıkoğlu, Şenel, “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s. 2389-2422.

Seçer, Öz, “Kentsel Dönüşümde Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin İdari Yolla Sona Ermesinin Koşulları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2021, s. 931-963.

Sönmez, Eren, Cem Güçlü, Ali Rıza İlgezdi, İnşaat Sözleşmelerinin Bakanlık ya da Belediyeler Tarafından Feshi, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, 2021.

Tamer, Şaban, “Kentsel Dönüşüm Yasası Kapsamında İmzalanan Taşınmaz Satış Vaadi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Bakanlık veya İdarenin Tespiti ile Dönme”, Adalet Dergisi, Cilt 149, Sayı 68, 2022, s. 573-605.

Üstün, Gül, Kentsel Dönüşüm Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2014.

**Makaleler**

**Articles**



# Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisine Genel Bir Bakış

Pınar SARSU\*

---

\* Avukat-Ankara Barosu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, [sarsupinar@gmail.com](mailto:sarsupinar@gmail.com), ORCID Kimlik Numarası: 0009-0000-2806-6253, DOI: 10.30915/abd.1686613.

## Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisine Genel Bir Bakış

### ÖZ

Sona eren toplu iş sözleşmesindeki bazı hükümler, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılana kadar etkisini sürdürür. Buna toplu iş sözleşmesinin art etkisi denir. 6356 sayılı Kanun'daki düzenlemede art etki kavramı terimsel olarak yer almamaktadır. Buna rağmen Kanun maddesinin içeriğinden bu kavramın ne olduğu anlaşılmaktadır. Bu konuda yasal bir düzenlemenin bulunması, başta işçiler olmak üzere tüm çalışma hayatı bakımından önemlidir.

Bu çalışmada, yürürlükteki Kanunumuzda bu konuya ilişkin yapılmış düzenleme genel olarak incelenmiştir. Bu inceleme yapılırken geçmişten günümüze bu konuda öğretide yer alan görüşler ve mahkeme kararlarına da yer verilmiştir. Böylece toplu iş sözleşmesinin art etkisine ilişkin tüm konu başlıklarına yer verilmiştir.

#### Anahtar Kelimeler:

art etkisi

işçi sendikası

normatif hüküm

toplu iş sözleşmesi

dayanışma aidatı

## **A GENERAL OVERVIEW OF THE FOLLOWING EFFECT OF COLLECTIVE LABOUR AGREEMENT**

### **ABSTRACT**

Some provisions in an expired collective labor agreement continue to be effective until a new collective labor agreement is made. This is called the following effect of the collective labor agreement. The term following effect is not included in the regulation in Law No. 6356. Despite this, it is clear from the content of the law article what this concept means. Having a legal regulation on this issue is important for all working life, especially for employees.

In this study, the regulation made in our current law regarding this issue has been examined in general. While this examination is being carried out, the opinions and court decisions in the doctrine on this issue from past to present have also been included. Thus, all topics related to the following effects of collective labour agreements are covered.

#### **Keywords:**

following effect

labour union

normative provision

collective labour agreement

solidarity dues

## GİRİŞ

İşçiler iş ilişkisinin tarafı olmaları nedeniyle birtakım haklara sahiptir. Ancak ilgili iş ilişkisinde işçiler kimi zaman bu haklarını kullanamamakta ya da bu haklarına ulaşamamaktadır. Geçmiş zamanlardan bu yana her dönemde işçiler bu gibi sorunlar yaşamaktadır. Bu kapsamda işçilerin sosyal, ekonomik ve mesleki haklarını korumak adına sendikalaşma yaygınlaşmıştır. İşçiler de bu konuda bilinçlenmiş ve sendikalar aracılığıyla bu haklarını talep etme yoluna gitmiştir. Günümüzde sendikalar aracılığıyla işveren ile görüşmeler yapılmakta, çeşitli pazarlıklar ve müzakereler neticesinde işçilerin lehine olacak şekilde toplu iş sözleşmeleri imzalanmaktadır.

Süreç yalnızca işçilerin lehine olacak şekilde bir toplu iş sözleşmesi imzalanması ile bitmemektedir. Çünkü kural olarak bir sözleşme sona erdiğinde tüm hüküm ve sonuçları ortadan kalkar. İlgili sözleşmenin doğurduğu tüm etkiler de aynı şekilde bu sözleşmenin bitmesiyle ortadan kalkacaktır. Nitelik olarak toplu iş sözleşmeleri de bir sözleşme olduğundan normal şartlarda aynı kuralların toplu iş sözleşmesi için de geçerli olması gerekecektir. Yani toplu iş sözleşmeleri sona erdiğinde tüm etkisinin de sona ermesi gerekecektir. Bu kuralın toplu iş sözleşmelerinde de uygulanması işçilerin türlü zorluklarla ve çabalarla elde ettikleri haklarının kaybolmasına neden olacaktır.

İşçiler bakımından hakkaniyete uygun düşmeyen bu kuralın uygulanmaması için, yani elde ettikleri kazanımların ortadan kalkmaması için, art etki olarak ifade edilen kavramın hukukumuzda da yer alması önemliydi. Mevzuatımızda bu konuya yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

İlgili düzenleme günümüzdeki haline gelene dek birtakım değişikliklere uğramış ve son olarak halihazırda uygulanan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 36.maddesinin ikinci fıkrasındaki halini almıştır.

Bu çalışmada öncelikle toplu iş sözleşmesinin art etkisinin geçmişten

günümüze kanunlarımızdaki düzenlenme biçimi ve art etkinin hukuki niteliği ile amacı incelenmiştir. Akabinde 6356 sayılı Kanunda yer alan mevcut düzenleme kapsamında art etkinin süresi, bu etkidenden faydalanaabilecekler ve toplu iş sözleşmesindeki hükümlerin türlerine göre art etkinin varlığı öğretideki farklı görüşler ve Yargıtay kararları dikkate alınarak incelenmiştir. Son olarak art etkisinin sona ermesi, art etkinin oluşmadığı durumlar ve bazı kavramlar ile art etkinin ilişkisi öğretideki görüşler ve güncel Yargıtay kararları da dikkate alınarak incelenmiştir.

## I. ART ETKİNİN HUKUKUMUZDAKİ YERİ

### A. HUKUKUMUZDA ART ETKİYE İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEMELER

Geçmişten günümüze hukukumuzda toplu iş hukuku düzenlemeleri ayrı bir kanun ile düzenlemiştir. Toplu iş sözleşmesinin art etkisinin yer aldığı ilk düzenleme 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'ndadır.

İlgili Kanun'un 3.maddesinin beşinci fıkrasındaki düzenleme "*Her ne sebep olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hükümleri, yenisi yürürlüğe girinceye kadar, hizmet akdi hüküm olarak devam eder.*" şeklindedir.<sup>[1]</sup>

Görüldüğü üzere ilgili kanun maddesinde terimsel olarak "art etki" kelimesi yer almamakta ancak art etkinin ne ifade ettiği yer almaktadır.

Devamında bu konuya ilişkin 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili Kanun'da madde 6/3'te yer alan düzenleme bir önceki kanundaki düzenleme ile ne-

[1] İrem Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 1.Baskı (İstanbul: Beta, 2014), 21; Ertuğrul Yuvalı ve Tuğçe Yaba, "Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi," *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4, no.67 (2020): 2146; Sevil Doğan, "Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, (2014): 781.

redeyse birebir aynıdır. Bu kanundaki düzenlemede yalnızca ilgili maddeye “hizmet akdine” kelimesi eklenmiştir. Bu hüküm ile, 275 sayılı Kanundaki düzenleme küçük değişiklikler yapılarak devam ettirilmiştir.

Son olarak halihazırda yürürlükteki 6356 sayılı Kanun’da art etkiye yer verilmiştir. Burada da yine kanun maddesinde açıkça terimsel olarak art etki kavramı bulunmamaktadır. Madde başlığında da bu ifade yer almamaktadır. İlgili kanun maddesinin içeriğinden bu kavramın varlığı anlaşılmaktadır.

Yürürlükteki Kanun’da madde 36/2’de “*sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder.*” şeklinde art etki düzenlenmiştir.<sup>[2]</sup> Daha önceki madde metinlerinde bulunan “her ne sebeple olursa olsun” kısmı bu maddede bulunmamaktadır. Yeni hükümde böyle bir kısmın bulunmamasının hükmün sadeleştirilmesine yönelik yapıldığını belirten bir görüş bulunmaktadır.<sup>[3]</sup> Ancak bu durumun kanun koyucu tarafından bilinçli olarak yapıp yapılmadığı konusunda net bir tespit mevcut değildir.<sup>[4]</sup>

Art etkinin kanunlardaki düzenlenme biçimi birtakım değişikliklere uğrasada bu konu kanunlarda yer almaya ve uygulanmaya devam etmiştir.<sup>[5]</sup>

## B. HUKUKİ NİTELİĞİ VE AMACI BAKIMINDAN ART ETKİ

Yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girene kadar biten toplu iş sözleş-

[2] Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2146; Doğan, “Art Etki,” 781.

[3] Aziz Can Tuncay, Burcu Savaş Kutsal ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 8. Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023), 311.

[4] Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 311; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 12.

[5] Art etkiye ilişkin düzenlemelerin tarihi gelişimi için bkzn. Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 5-12.

mesinin bazı hükümlerinin (normatif hükümlerinin) etkisini iş sözleşmesi hükmü olarak sürdürmesi toplu iş sözleşmesinin art etkisi olarak tanımlanabilir.<sup>[6]</sup>

Bir sözleşme sona erdiğinde etkileri de sona ermelidir.<sup>[7]</sup> Art etki kavramı ile biten toplu iş sözleşmesinin birtakım hükümleri etkisini sürdürmeye devam etmekte ve bu nedenle bu durum istisnai özellik taşımaktadır.<sup>[8]</sup>

Art etkinin uygulanmasıyla biten toplu iş sözleşmesinden sonra yeni sözleşme yapılıp yürürlüğe girene kadar geçecek sürede işçilerin hak kaybına uğramasının önüne geçilmeye çalışılmakta bu kapsamda çalışma istikrarı sağlanması ve işçilerin aleyhine olacak koşulların önlenmesi amaçlanmaktadır.<sup>[9]</sup> Art etkinin sosyal hukuk devletinin gereği olduğu eski tarihli bir Yargıtay kararında da yer almıştır.<sup>[10]</sup>

İşçi lehine bir amaç taşıyan art etkinin hukuki niteliğine ilişkin öğretide farklı görüşler mevcuttur.<sup>[11]</sup> Burada art etkinin hukuki niteliği bakımın-

[6] A. Nizamettin Aktay ve Olgu Özdemir Ertürk, *Toplu İş Hukuku*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 200; Doğan, “Ard Etki,” 782-3; Hakan Keser, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Art Etkisi,” *Sicil Dergisi*, no.6 (2007): 106; Kübra Doğan Yenisey, “Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi Kazanılmış Hakların Korunması,” *Sicil Dergisi*, no.18 (2010): 167.

[7] Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*. 2. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 407; Melda Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 11. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2024), 343.

[8] Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 407; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 343; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2146.

[9] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 20; Keser, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi,” 106; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2146.

[10] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 1999/ 19079, K. 2000/ 775, 01.02.2000, legalbank.net, Erişim Tarihi: 30.12.2024

[11] Huriye Hilal Yılmaz, *Toplu İş Sözleşmesinin Emredici Etkisi*, 1.Baskı, (On İki Levha Yayıncılık, 2021), 26-7; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2146.

dan görüş ayrılığını oluşturan iki durum vardır.

Bunlardan birincisi art etkinin geçici nitelikte mi yoksa iş sözleşmesi ile bütünleşen nitelikte mi olduğuna ilişkidir.

Bu konuya ilişkin öğretilerdeki bir görüş, biten toplu iş sözleşmesindeki art etkisi bulunan hükümlerin iş sözleşmesi hükümlerine dönüşerek iş sözleşmesi ile bütünleştiğini belirtmektedir.<sup>[12]</sup>

Diğer görüşe ise, art etkinin geçici etki yarattığını belirtmektedir. Yani iş sözleşmesi ile bütünleştiğini belirten görüşün aksine herhangi bir bütünleşme olmadığını, yalnızca geçici olarak iş sözleşmesi hükmü gibi uygulandığını belirtmektedir.<sup>[13]</sup> Art etkinin ancak geçici bir etki yarattığını belirten görüşünün daha makul olduğu kanaatindeyiz.

Bu görüşler haricinde art etkinin kendine özgü (sui generis) bir nitelik taşıdığını belirten bir görüş de bulunmaktadır.<sup>[14]</sup> Bu görüş öğretilerde belirtilen geçici etki ya da bütünleşme görüşlerinin tam olarak kabulünün uygun olmadığını, bu nedenle bu kavramın kendine özgü bir niteliğinin olduğunu belirtmektedir.<sup>[15]</sup>

Öğretilerde farklı görüşlerin bulunduğu ikinci konu da art etkiyi düzenleyen hükmün emredici nitelik mi yoksa yedek hukuk kuralı niteliği mi

---

[12] Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 3. Baskı, (İstanbul: Beta Yayıncılık 2016), 507; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2146; Yılmaz, *Toplu İş Sözleşmesinin Emredici Etkisi*, 27.

[13] Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 312; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 332; Keser, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi,” 108; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 27-8; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2146; Yılmaz, *Toplu İş Sözleşmesinin Emredici Etkisi*, 27.

[14] Kübra Doğan Yenisey, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği Üzerine Bir Deneme,” *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı*, (2006): 629-30.

[15] Doğan Yenisey, “Hukuki Nitelik,” 629-30.

taşıdığıdır.<sup>[16]</sup>

Bir kısım yazara göre, art etkiyi düzenleyen hüküm emredici niteliktedir.<sup>[17]</sup> Bu nedenle ilgili hüküm değiştirilemez ya da sınırlandırılmaz. Bu görüşteki değerlendirmenin art etkinin amacı ve sirayeti bakımından daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

Bu konudaki diğer görüşe göre ise, art etkiyi düzenleyen hüküm yedek/ tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğindedir.<sup>[18]</sup> Bu nedenle art etkinin sınırlandırılabilirliği ya da kaldırılabilirliği görüşündedirler.<sup>[19]</sup> Art etkinin hukuki niteliğine ilişkin öğretideki bu görüş farklılığı, aynı zamanda toplu iş sözleşmesinde yer alan hangi hükümlerin art etkisinin bulunduğu hususunda mevcut olan görüş farklılıklarının da temelini oluşturmaktadır.

## II. ART ETKİNİN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDE UYGULANABİLİRLİĞİ

### A. ART ETKİNİN SÜRESİ

Yürürlükteki Kanun’umuzda art etkinin süresine ilişkin herhangi bir

[16] Doğan, “Ard Etki,” 784; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2147.

[17] Sağlam, Fazıl. “Toplu İş Sözleşmesinin Hizmet Akdi Hükmü Olarak Sürmesi.” İHU 1984/II, TSGLK, m.6 (No:3); Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 313; Keser, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi,” 109; Doğan, “Ard Etki,” 784; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 407; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 30; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2147.

[18] Seza Reisoğlu, *2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi*, (Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1986), 253; Doğan, “Ard Etki,” 784; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 332-3; Keser, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi,” 109; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2147.

[19] Reisoğlu, *2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi*, 253; Doğan Yenisey, “Kazanılmış Hak”, 172.

düzenleme yapılmamıştır.<sup>[20]</sup> Kanun'da süre konusunda açık bir düzenleme bulunmadığı için -toplu iş sözleşmesi yapılmadan geçen sürenin uzunluğunun da önemi yoktur.<sup>[21]</sup> Yeni bir toplu iş sözleşmesinin yapılmadığı süre boyunca art etki devam edecektir.<sup>[22]</sup> Art etkinin süresine ilişkin Yargıtay'ın görüşü de arada geçen sürenin uzunluğunun öneminin olmadığı şeklindedir.<sup>[23]</sup>

Toplu iş sözleşmesinde yer alan bir hükmün geçerli olacağı süre sınırlandırılmış ve bu sınırlandırma açıkça belirtilmişse bu hükmün art etkisi olmayacaktır.<sup>[24]</sup>

#### A. ART ETKİDEN YARARLANABİLECEKLERİN TESPİTİ

Toplu iş sözleşmesi bittikten sonra art etkisinden hangi işçilerin yararlanabileceğinin belirli olması gerekir. Bu konuda 6356 sayılı Kanun'da tek bir maddede ve sıralı halde art etkiden yararlanacaklar belirtilmemiştir. Ancak bu durum kimlerin bu etkiden yararlanabileceğinin tespiti- ne engel değildir. İlgili toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinde bu

---

[20] Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 344; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 509.

[21] Fevzi Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 1.Baskı (İstanbul: On İki Levha, 2020) 425; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 509; Doğan, "Ard Etki," 799; Keser, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi," 110; Recep Makas, "Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi- İşyeri Uygulaması Karar İncelemesi," *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no.1-2 (2011): 168.

[22] Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 344.

[23] Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E.1999/19079, K.2000/775, 01.02.2000, lexpera.com.tr , Erişim Tarihi: 09.11.2024

[24] Ercan Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 4.Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 529; Makas, "Karar İncelemesi," 168; Doğan, "Ard Etki," 800; Keser, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi," 110; Yuvalı ve Yaba, "Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi," 2149.

sözleşmeden faydalanan işçiler art etkiden de faydalanacaktır.<sup>[25]</sup> Burada işçinin toplu iş sözleşmesinden ne kadar süre yararlandığının bir önemi bulunmamaktadır.<sup>[26]</sup>

Toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın taraf sendikaya üyeliği veya dayanışma aidatı yoluyla olması bakımından fark bulunmamaktadır.<sup>[27]</sup> Bu nedenle dayanışma aidatı ödeme ile toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçiler de art etkiden faydalanacaktır.<sup>[28]</sup> Bu durum güncel Yargıtay kararlarında da hükme konu edilmiştir.<sup>[29]</sup>

İşçinin ilgili toplu iş sözleşmesinden hangi yolla yararlandığının önemi bulunmadığından, teşmil yoluyla ve taraf sendikanın muvafakati yoluyla ilgili toplu iş sözleşmesinden yararlanılması hallerinde de art etkiden faydalanılacaktır.<sup>[30]</sup>

[25] Levent Akın, “Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisinden Yararlanma,” *Sicil*, no.11 (2008): 107; Kadir Arıcı, *Toplu İş Hukuku -II Toplu İş İlişkileri Hukuku*, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2022), 275; Yargı Bilgiç, “Toplu İş Sözleşmelerinin Bireysel İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi,” *Fasikül Dergisi*, no.105 (2018) : 20 ; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 534; Makas, “Karar İncelemesi,” 167; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 408; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 507; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 343; Doğan, “Ard Etki,” 797.

[26] Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2150; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 409.

[27] Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 510; Makas, “Karar İncelemesi,” 167; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 35; Göktaş, Seracettin. *Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık), 252.

[28] Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 343; Doğan, “Ard Etki,” 797; Keser, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi,” 109; Makas, “Karar İncelemesi,” 167-8; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 412; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2150.

[29] Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2017/15660, K. 2018/22330, 16.10.2018, [karararama.yargitay.gov.tr](http://karararama.yargitay.gov.tr), Erişim Tarihi: 12.12.2024

[30] Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 510; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 35; Aksi yöndeki görüş için bkz. Göktaş, *Kişi Bakımından Uygulanma*,

Art etkiden yararlanabileceklerin tespitinde bir diğer yöntem ise art etkiden yararlanamayacakların tespitinin yapılmasıdır. Yani toplu iş sözleşmesinden faydalanamayacakların tespitinin yapılmasıdır.<sup>[31]</sup>

Eğer toplu iş sözleşmesi sona ermeden sendika üyeliğinden ayrılmış ya da hiçbir zaman sendika üyeliği bulunmayan işçiler varsa bunlar art etkiden faydalanamayacaklardır.<sup>[32]</sup> Bu konuda Yargıtay'ın görüşü de ilgili toplu iş sözleşmesinin bitiminden önce istifa etmiş olan işçinin art etkiden faydalanamayacağı yönündedir.<sup>[33]</sup>

Burada önemli olan kısım sendikadan ayrılma ve istifa durumunun ilgili toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki bir zaman aralığında olmasıdır. Yargıtay, toplu iş sözleşmesi yürürlükteyken ilgili toplu iş sözleşmesinden faydalanan işçinin art etki süresinde sendikadan istifa etmesinin art etkiden faydalanmasına engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.<sup>[34]</sup>

Yargıtay, işçinin sendika üyelik bildiriminin toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden ve yürürlük süresinin bitiminden sonra yapılmış olması halinde de, ilgili işçinin bu toplu iş sözleşmesinin art etkiden yararlanmayacağını

---

253.

[31] Ayrıntılı bilgi için bkzn. Göktaş, *Kişî Bakımından Uygulanma*, 235-46.

[32] Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 312; Arıcı, *Toplu İş Hukuku -II Toplu İş İlişkileri Hukuku*, 275; Akın, “Ard Etkisinden Yararlanma,” 107; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 36.

[33] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2012/35471, K. 2014/30033, 16.10.2014, “... Davacı, Toplu İş Sözleşmesinin sona ermesinden önce sendika üyeliğinden ayrıldığı için Toplu İş Sözleşmesinin art etkisinden yararlanması mümkün değildir...” [legalbank.net](http://legalbank.net), Erişim Tarihi: 12.12.2024; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2015/1444, K. 2016/7978, 15.03.2016, “...Davacı işçinin toplu iş sözleşmesi sona ermeden önce sendika üyeliğinden istifa etmiş olması sebebiyle daha sonra sona eren toplu iş sözleşmesinin art etkisinden yararlanması mümkün değildir...” [karararama.yargitay.gov.tr](http://karararama.yargitay.gov.tr), Erişim Tarihi: 30.12.2024

[34] Doğan, “Ard Etki,” 797; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2150; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.1976/6394, K.1976/10549, 29.03.1976 hukuki.net, Erişim Tarihi: 30.12.2024

belirtmiştir.<sup>[35]</sup> Çünkü bu işçi zaten sona eren toplu iş sözleşmesinden yararlanamamıştır. O halde işçinin yararlanmadığı bir toplu iş sözleşmesinin art etkisinden de yararlanamayacağı açıktır.

Yeni yapılan iş sözleşmesi ile işe başlayan işçilerin de art etkisinden faydalanabilmesi mümkün değildir.<sup>[36]</sup> Burada da yine gerekçe aynıdır. Bu işçiler sona eren toplu iş sözleşmesinden yararlanmadıkları için art etkiden de yararlanamayacaktır.

Yargıtay, sona eren toplu iş sözleşmesinden yararlanmayan işçiler için o toplu iş sözleşmesinin art etkisinin olabilmemesinin ancak bir işyeri uygulaması oluşması durumunda mümkün olabileceği belirtilmiştir.<sup>[37]</sup> Ko-

[35] Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E.2024/6557, K.2024/9547, 10.06.2024, "...davacının 14.12.2018 tarihinde ... Sendikasına üye olduğu, üyeliğinin 19.12.2018 tarihli yazı ile işverene bildirildiği görülmektedir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının 19.12.2018 tarihinden itibaren 16.12.2016 imza ve 15.04.2016- 01.04.2018 yürürlük süreli toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği ve yürürlük süresinin bitiminden sonra da art etkiden yararlanabileceği kabul edilerek hesaplama yapılmış ise de 6356 sayılı Kanun'un 39 uncu maddesinde yer alan açık hüküm gereği, davacının anılan döneme ilişkin toplu iş sözleşmesinden ve art etkisinden yararlanması mümkün değildir. Keza davacının sendika üyeliğine ilişkin bildirim tarihi (19.12.2018), davaya konu ilk toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden ve yürürlük süresinden (16.12.2016 imza ve 15.04.2016-01.04.2018) sonra olup Mahkemece davacının söz konusu toplu iş sözleşmesinden, sözleşmede öngörülen ücret zamlarından ve bu toplu iş sözleşmesinin art etkisinden yararlanamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır. Davacının davaya konu ikinci toplu iş sözleşmesi olan 19.08.2019 imza tarihli ve 01.03.2019-31.01.2020 yürürlük süreli toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği kabul edilerek değerlendirme yapılması için hükmün bozulması gerekmiştir..." [karararama.yargitay.gov.tr](https://karararama.yargitay.gov.tr), Erişim Tarihi: 30.12.2024

[36] Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 508; Doğan, "Ard Etki," 798; Keser, "Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi," 109.

[37] Makas, "Karar İncelemesi," 173; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2021/8008, K.2021/12939, 27.09.2021 [karararama.yargitay.gov.tr](https://karararama.yargitay.gov.tr), Erişim Tarihi: 14.12.2024; Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E.2020/2618, K.2020/10705, 06.10.2020, , Erişim Tarihi: 14.12.2024

nuyla ilgili kararlarında işyeri uygulamalarının subjektif hak oluşturduğu yönünde hüküm kurmaktadır.<sup>[38]</sup>

6356 sayılı Kanun'un m.39/7'de işvereni temsilen toplu iş sözleşmesi görüşmelerine katılan işçilerin ve işveren vekillerinin durumu belirtilmiştir. Kanun maddesinde açıkça işveren vekilleri ve işvereni temsilen bu görüşmelere katılan işçilerin ilgili toplu iş sözleşmesinden yararlanamadığı belirtildiğinden dolayı bu kişiler art etkiden de yararlanamayacaktır.<sup>[39]</sup>

Bunun dışında grev sürecinden sonra yapılmış bir toplu iş sözleşmesi olması halinde, bu süreçte Kanunun 65. maddesi gereği zorunlu olarak çalışma yapan işçiler dışında o sırada ilgili işyerinde çalışan işçiler de art etkiden yararlanamayacaktır.<sup>[40]</sup> Bunun gerekçesi ise yine 6356 sayılı STİSK m.39/8'deki "*Grev sonunda yapılan toplu iş sözleşmesinden, 65inci maddeye göre zorunlu olarak çalışanlar dışında işyerinde çalışmış olanlar aksine hüküm bulunmadıkça yararlanamaz.*" şeklindeki hükümde bu işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağının belirtilmiş olmasıdır.

---

[38] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2024/1497, K.2024/ 4665, 12.03.2024, "... Ancak davalı taraf yargılama aşamasında; Yüksek Hakem Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten sonra da işçilerin yeni yapılan toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlandıkları tarihe kadar yol yardımını ödemeye devam ettiğini beyan etmiştir. Dosya kapsamına göre de 31.10.2020 tarihinden sonra davacının yeni imzalanan toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya başladığı tarihe kadar davalı tarafça 5,87 TL günlük yol yardımının davacıya ödendiği konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Herhangi bir yasal yahut sözleşmesel zorunluluk bulunmamasına rağmen davalı işverence 31.10.2020 tarihinden sonra tek taraflı olarak yol yardımının davacı dâhil diğer işçilere ödendiği anlaşıldığından; 31.10.2020 tarihinden işçilerin yeni toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya başladıkları tarihe kadar işyerinde yol ücreti ödenmesi hususunda bir işyeri uygulamasının oluştuğunu kabul etmek gerekir." [lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr), Erişim Tarihi: 14.12.2024

[39] Yuvalı ve Yaba, "Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi," 2151.

[40] Yuvalı ve Yaba, "Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi," 2151.

## B. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNİN TÜRLERİNE GÖRE ART ETKİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Toplu iş sözleşmesinin tanımına 6356 sayılı Kanun'da madde 2/1-h'de yer verilmiştir. İlgili maddede toplu iş sözleşmesi *“İş sözleşmesi yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşme”* olarak tanımlanmıştır.

6356 sayılı Kanun'da açıkça böyle bir ayırım yer almasa da toplu iş sözleşmesinde normatif hükümler ve borç doğurucu hükümler bulunmaktadır.<sup>[41]</sup>

Bu hükümlerin neleri kapsadığı ve niteliği, bu hükümlerde art etkinin var olup olmadığının tespiti bakımından önemlidir.

### 1- Normatif Hükümler Bakımından Art Etki

Toplu iş sözleşmesinde düzenlenen normatif hükümler, sözleşmenin tarafları dışında 3.kişiler bakımından da etkili olan hükümlerdir.<sup>[42]</sup> Bu hükümler iş sözleşmesi üzerinde emredici etkiye sahiptir.<sup>[43]</sup> Aynı zamanda objektif niteliktedir.<sup>[44]</sup>

6356 sayılı Kanun'un 33.maddesinin 1.fıkrasında yer alan *“Toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri*

[41] Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 205; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 214; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 372-3; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2147.

[42] Keser, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi,” 112; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 88-9.

[43] Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 416; Keser, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi,” 112; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 88-9.

[44] Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 317.

*içerir*” şeklindeki hükümden, normatif hükümlerin sözleşmede bulunmasının zorunlu olduğu sonucuna varılmaktadır.<sup>[45]</sup>

Yine ilgili maddeden anlaşılabileceği üzere normatif hükümler kendi içinde iş sözleşmesinin yapılmasına, içeriğine ve sona ermesine ilişkin hükümler şeklinde üç gruba ayrılmaktadır.<sup>[46]</sup> Toplu iş sözleşmesinde ilgili gruplardan hepsinin bulunması gerekmemektedir. Bunlardan birine yönelik sözleşmede hüküm bulunması halinde toplu iş sözleşmesinin oluşacağı belirtilmektedir.<sup>[47]</sup>

Bu kapsamda, 6356 sayılı Kanun’da madde 36/2’de yer alan “*Sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder.*” şeklindeki düzenlemeden dolayı, toplu iş sözleşmesindeki normatif hükümler için art etkiden bahsedilebileceği belirtilmektedir.<sup>[48]</sup> Yani toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri, toplu iş sözleşmesinin bitmesinden sonra iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam edecektir.<sup>[49]</sup>

Yargıtay, bu konunun yer aldığı bir kararında 2007 yılında sonra ermiş toplu iş sözleşmesinden sonra 2014 yılına kadar ilgili işyerinde yeni bir toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olmaması nedeniyle yeni toplu iş sözleş-

---

[45] Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2147.

[46] Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 317; Mehmet Onat Öztürk, “Art Etki ve Ücrete Uygulanan Faiz,” *Sicil İş Hukuk Dergisi*, no: 27 (2012): 166; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2148; Doğan, “Ard Etki,” 786.

[47] Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 376; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2148.

[48] Arıcı, *Toplu İş Hukuku -II Toplu İş İlişkileri Hukuku*, 276; Aktay ve Özdemir Ertürk, *Toplu İş Hukuku*, 201; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 529; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2147; Doğan, “Ard Etki,” 783; Bilgiç, “Toplu İş,” 20; Makas, “Karar İncelemesi,” 165.

[49] Bosna, Berrin. *Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 125.

leşmesinin yürürlüğe girdiği tarih olan 15.06.2014'e kadar normatif hükümler bakımından davacının iş sözleşmesi hükmü olarak yararlanmasına karar vermiştir.<sup>[50]</sup>

Toplu iş sözleşmesindeki normatif hükümlerden hangilerinin art etkisinin bulunduğu ya da hangilerinin art etkisinin bulunmadığı şeklinde bir ayırım 6356 sayılı Kanun'da yapılmamıştır. Genel kural normatif hükümler bakımından art etkinin olduğu şeklindedir. Ancak öğretide bu hususta yapılmış birtakım ayrımlar bulunmaktadır. Hatta Yargıtay tarafından da bu hususlarda verilmiş kararlar mevcuttur.

#### a) İş Sözleşmesinin Yapılmasına İlişkin Hükümlerde Art Etki

Bu hükümler kendi içinde üç gruba ayrılmaktadır. Bu üç grupta yer alan hükümler ise iş sözleşmesi yapılması zorunluluğu, iş sözleşmesi yapılması yasakları ve iş sözleşmesinin şekline ilişkin hükümler şeklinde sınıflandırılmaktadır.<sup>[51]</sup>

İlgili toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte bu hükümler de sona erecektir.<sup>[52]</sup>

İşe alınan işçiler ile imzalanan yeni sözleşmeler olduğu için, biten toplu iş sözleşmesinin hükümlerinin etkisinden yararlanmaları mümkün olamayacağından, bu konudaki genel görüş iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin

[50] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2018/5317, K.2021/308, 12.01.2021, [karararama.yargitay.gov.tr](https://karararama.yargitay.gov.tr), Erişim Tarihi: 11.12.2024

[51] Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 317; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 250; Bosna, *Yararlanma*, 10-1; Göktaş, *Kişî Bakımından Uygulanma*, 95; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 90.

[52] Merve Arbak, *İşverenin Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmesi İle Sınırlandırılması*, 1. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 289; Bosna, *Yararlanma*, 125.

hükümler yönünden art etkinin olmadığı yönündedir.<sup>[53]</sup>

#### a) İş Sözleşmesinin İçeriğine İlişkin Hükümlerin Art Etkisi

Bu başlıkta yer alan hükümler, çalışma şartlarına ilişkin hükümler olup bazı yasaklar ya da bazı yükümlülükler içerebilir.<sup>[54]</sup>

Öğretide bu grupta yer alan hükümlerin art etkisinin bulunduğu belirtilmektedir.<sup>[55]</sup> Bu kapsamda prim, ikramiye, yıllık izine ilişkin hükümler, çalışma süreleri ve sosyal yardıma ilişkin hükümler, bu başlığa örnek oluşturacak art etkiye sahip hükümlerdir.<sup>[56]</sup>

Yargıtay art etkinin ilgili toplu iş sözleşmesindeki giyim, gıda ve yemek yardımı vb. akçalı alacaklar bakımından uygulanabileceğini belirtmektedir.<sup>[57]</sup>

Ücret ve eklerinin miktarı ve ödeme gününe ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri de bu başlıkta yer alacak hükümlerden olduğundan art etkiye

---

[53] Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 312; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 344; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 407; Bilgiç, “Toplu İş,” 20-1; Akın, “Ard Etkisinden Yararlanma,” 105; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 139; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2148.

[54] Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 318; Doğan, “Ard Etki,” 788; Keser, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi,” 113.

[55] Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 213; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 344; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 407; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 511; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 141; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2148.

[56] Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 344; Doğan, “Ard Etki,” 788; Keser, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi,” 113; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 88-9; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2148, Arbak, *İşverenin Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmesi İle Sınırlandırılması*, 289.

[57] Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E.2023/169, K.2023/4097, 20.03.2023, [karararama.yargitay.gov.tr](https://karararama.yargitay.gov.tr), Erişim Tarihi: 20.12.2024

sahiptir.<sup>[58]</sup>

Her ne kadar ücret zammına ilişkin hükümler de sözleşmenin içeriğine ilişkin hükümlerden olsada, ücret zammı özelinde bu kural yani art etkiye sahip olması hususu tartışmalıdır.<sup>[59]</sup>

Bu konuda art etkiyi kabul eden görüş olduğu gibi aksi yönde ücret zammı bakımından art etkinin mümkün olmayacağını kabul edenler de bulunmaktadır.<sup>[60]</sup>

Ücret zammında art etkiyi kabul eden görüşe göre, art etki emredici nitelikte olduğu için toplu iş sözleşmesindeki ücret zammına ilişkin hükümler yönünden art etkinin olması gerektiğini belirtmektedir.<sup>[61]</sup>

Aksi görüş ise, ücret zammında art etkinin oluşmayacağını belirtmektedir.<sup>[62]</sup>

Bir diğer görüş ise, ücret zammına ilişkin hüküm bakımından sınırlandırmanın bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiğini, hükmün süre bakımından yürürlük ile sınırlandırılmış olduğu durumlarda art etkinin olmadığı, sınırlandırılmadığı hallerde ise ücret zammı hükmünün de art etkiye sahip olacağı belirtmektedir.<sup>[63]</sup>

Görüldüğü üzere öğretilerde bu konuda görüş birliği sağlanmamıştır. Birbirinden farklı görüşler ve bu görüşlerin farklı dayanakları bulunmaktadır. Yargıtay ise bu hususta uzun yıllardır ücret zammının art etkiye sahip ol-

[58] Öztürk, “Art Etki ve Ücret,” 166.

[59] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 141-2.

[60] Ayrıntılı bilgi için bkz. Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 141-50.

[61] Sağlam, İHU TSGLK, m.6 (No:3).

[62] Ayrıntılı bilgi için bkz. Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 142-5; Bosna, *Yararlanma*, 127.

[63] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 150-1.

madığı yönünde kararlar vermiştir.<sup>[64]</sup> Yargıtay güncel kararlarında da bu görüşünü değiştirmemiştir.<sup>[65]</sup> Ücret zammının art etkisinin devam etmeyeceği hususunu güncel kararlarında da vurguladığı görülmektedir.<sup>[66]</sup>

Yargıtay faiz konusunda ise, toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten sonra yani art etkinin uygulandığı dönemde uygulanması gereken faizin yasal faiz olması gerektiğini belirtmiştir.<sup>[67]</sup>

Bu kısımda bir başka tartışma konusu yapılan başlık ise kıdem zammıdır. Bu konuda da ücret zammındaki gibi görüş farklılıkları vardır. Öğretide bu konudaki görüş farklılığının temelini yine art etkinin hukuki niteliğinde mevcut olan tartışmanın oluşturduğu belirtilmektedir.<sup>[68]</sup>

---

[64] Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E.2010/8088, K.2010/6920, 16.03.2010, , Erişim Tarihi: 17.12.2024

[65] Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E. 2018/5317, K. 2021/308 , 12.1.2021, “...Somut uyuşmazlıkta davacı tarafça 01.02.2018 tarihinden dava tarihine (04.08.2020) kadar işyerinde yürürlükte bulunan toplu ... sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar talep edilmiş olup hükme esas alınan bilirkişi raporunda; davacının 01.02.2018-01.01.2019 tarihleri arasındaki alacakları, 01.01.2016-31.01.2018 yürürlük süreli toplu ... sözleşmesinin 6356 sayılı Kanun’un 36 ncı maddesinde öngörülen art etki uyarınca hesaplanmıştır. Ancak az yukarıda ifade edildiği üzere, davacının toplu ... sözleşmesinin art etkisi nedeniyle ... sözleşmesi hükmü olarak sadece akçalı alacaklardan yararlanması mümkün olup yürürlüğü sona eren toplu ... sözleşmesinin art etkisi kapsamında ücret zammı talep ...” [karararama.yargitay.gov.tr](http://karararama.yargitay.gov.tr) , Erişim Tarihi: 02.01.2025

[66] Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E. 2022/6886, K. 2022/7920, 15.6.2022, “...Toplu iş sözleşmesi 31.10.2020 tarihinde sona ermekte olup sözleşmede sürekli işçi kadrosuna geçen işçilere Ocak ve Temmuz aylarında beşer günlük ücret tutarında ikramiye ödemesi öngörülmüştür. 31.10.2020 tarihinde sona eren toplu iş sözleşmesinin art etkisinin bulunmaması karşısında, sözleşmenin sona erdiği tarihten sonraki dönem için ikramiye veya fark ikramiye alacağına hak kazanılamayacağı kabul edilmelidir...” , Erişim Tarihi: 04.10.2024

[67] Öztürk, “Art Etki ve Ücret,” 166; Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E.2010/41736, K.2011/7585, 21.03.2011, [legalbank.net](http://legalbank.net), Erişim Tarihi: 17.12.2024

[68] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 152.

Bu kapsamda art etkinin emredici hüküm olduğunu kabul eden görüş, kıdem zammına ilişkin hükümlerde de art etkinin varlığını kabul etmektedir.<sup>[69]</sup> Aksi yöndeki görüş olan, art etkinin yedek/tamamlayıcı hüküm olduğunu kabul eden görüş ise kıdem zammına ilişkin hükümlerde de art etkinin mevcut olmadığını kabul etmektedir.<sup>[70]</sup> Burada öğretideki bir diğer görüş ise, taraflarca toplu iş sözleşmesinde kıdem zammına ilişkin hükümler bakımından süre sınırı getirilmemesi halinde art etkinin olacağını belirtmektedir.<sup>[71]</sup>

Yargıtay ise bu konudaki kararlarında ilgili hükümlerin normatif hükümlerden olduğunu ve art etkisi olduğunu kabul etmektedir.<sup>[72]</sup>

#### **b) İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerde Art Etki**

Bu hükümler iş sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili hükümlerdir.<sup>[73]</sup> Yani yapılan feshin usulüne ve bildirim sürelerine ilişkin hükümler, fesih yasakları, disiplin kuruluna ilişkin hükümler, cezai şartla ilişkin hükümler bu kısmın kapsamındadır.<sup>[74]</sup>

Öğretideki genel görüş iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerin

[69] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 152.

[70] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 152.

[71] Keser, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi,” 119; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 153.

[72] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 152; Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E.2000/2175, K.2000/6265, 26.4.2000, [legalbank.net](http://legalbank.net), Erişim Tarihi: 17.12.2024

[73] Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 325; Doğan, “Ard Etki,” 789; Keser, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi,” 114; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 112.

[74] Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 220; Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 325; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 114; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2148.

art etkisinin bulunduğudur.<sup>[75]</sup>Yargıtay'ın disiplin kuruluna ilişkin aksi yönde kararları vardır.<sup>[76]</sup>Ancak öğretide disiplin kuruluna ilişkin hükümlerde art etkinin devam edeceğini belirten yazarlar da mevcuttur.<sup>[77]</sup>

Buradaki görüş farklılığı da yazarların disiplin kuruluna ilişkin hükümlerin hukuki niteliğini normatif hüküm veya borç doğurucu hüküm olarak nitelendirmelerinden kaynaklanmaktadır.<sup>[78]</sup>

Görüşlerden biri disiplin kurulunun oluşturulması ile ilgili hükümlerin borç doğurucu hüküm, disiplin kurulunun işlemesiyle ilgili hükümlerin emredici hüküm olarak değerlendirilmesi gerektiği şeklindedir.<sup>[79]</sup>

Başka bir görüş ise disiplin kuruluna ilişkin hükümler normatif hükümler olarak değerlendirilemeyeceği için art etkiden de bahsedilemeyeceğini belirtmektedir.<sup>[80]</sup>Ancak bunun aksi yönünde disiplin kuruluna ilişkin düzenlemelerde art etkinin mevcut olduğunu belirten bir başka görüş bulun-

---

[75] Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 344; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 511; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 407; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 154; Yuvalı ve Yaba, "Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi," 2148; Arbak, *İşverenin Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmesi İle Sınırlandırılması*, 290.

[76] Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 327; Yuvalı ve Yaba, "Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi," 2149; Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E.2007/37421, K.2007/6507, 13.03.2007, "...2822 sayılı Yasanın 6. maddesi uyarınca süresi sona eren toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri hizmet akti hükmü olarak uygulanmaya devam eder. Ancak feshin disiplin kurulundan geçirilmesi şartı disiplin kuruluyla ilgili hüküm borç doğurucu bir hüküm olup, toplu iş sözleşmesinin süresinin bitiminde disiplin kurulunun görevi sona erdiğinden işverenin feshi disiplin kurulundan geçirmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır..." , Erişim Tarihi: 09.12.2024

[77] Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 253-4.

[78] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 153.

[79] Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 511-2; Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 327.

[80] Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 512.

maktadır.<sup>[81]</sup>

Son olarak bu konudaki bir diğer görüş, disiplin kuruluna ilişkin hükümlerin hukuki niteliğinin çifte karakterli olduğunun kabul edilmesi gerektiği şeklindedir.<sup>[82]</sup> Yani disiplin kuruluna ilişkin hükümlerin art etkisinin bulunup bulunmadığına sözleşmenin yorumlanması yoluyla tespit edilebileceği belirtilmektedir.<sup>[83]</sup> Bu kapsamda ilgili sözleşmede disiplin kuruluna ilişkin hükümlerden toplu iş sözleşmesi sona erdikten sonra etkisini sürdürebileceği anlaşıyorsa art etkiden bahsedilebilecek aksi halde art etkiden bahsedilemeyecektir.<sup>[84]</sup>

Yargıtay bu konuya ilişkin bir kararında, feshin disiplin kurulundan geçirilmesi şartının disiplin kuruluyla ilgili borç doğurucu bir hüküm olduğunu, toplu iş sözleşmesinin süresinin bitiminde disiplin kurulunun da görevi sona erdiği, disiplin kuruluna ilişkin düzenlemenin art etkisi olduğu yönünde karar vermiştir.<sup>[85]</sup>

### 1- Borç Doğurucu Hükümlerin Art Etkisi

6356 sayılı Kanun'un 33.maddesinin 2.fıkrasında “*Toplu iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebilir.*” şeklinde belirtilen hükümler borç doğurucu hükümlerdir.<sup>[86]</sup>

İlgili hükümde yer alan “içerebilir” ibaresinden anlaşılaacağı üzere, borç

[81] Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 253-4.

[82] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 157.

[83] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 157.

[84] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 157.

[85] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2007/37421, K. 2007/6507, 13.03.2007, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 17.11.2024; Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 327.

[86] Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 330; Doğan, “Ard Etki,” 787.

doğurucu hükümlerin yapılan toplu iş sözleşmesinde bulunma zorunluluğu yoktur.<sup>[87]</sup> Bu hükümler sadece toplu iş sözleşmesinin tarafı olanlar için hak ve borç doğurmaktadır.<sup>[88]</sup>

Borç doğurucu hükümler niteliği gereği toplu iş sözleşmesinin sona ermesiyle ortadan kalktığı için bu hükümler art etki doğurmaz.<sup>[89]</sup>

### C. ART ETKİNİN SONA ERMESİ

Art etkinin süresi başlığında bahsedildiği üzere, biten toplu iş sözleşmesinin ardından uzun süre yeni bir sözleşme yapılmasa dahi art etki ortadan kalkmayacaktır.<sup>[90]</sup> Bu husus Yargıtay tarafından da bu şekilde kabul edilmiştir.<sup>[91]</sup> Her ne kadar süre konusunda esneklik bulunsa da art etkinin sona erdiği durumlar mevcuttur.

---

[87] Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 330; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2147.

[88] Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 330; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 377.

[89] Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, 26.Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık,2022), 258; Arıcı, *Toplu İş Hukuku -II Toplu İş İlişkileri Hukuku*, 276; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 529; Doğan, “Ard Etki,” 783; Keser, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi,”107-8; Akın, “Ard Etkisinden Yararlanma,” 106; Bilgiç, “Toplu İş,” 20.

[90] Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 509; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2152.

[91] Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E.1999/19079, K.2000/775, 01.02.2000, “... Dairemizce önceki sözleşmenin yürürlüğünün sona erdiği tarihin ne kadar önce olursa olsun, işyerinde daha sonra yenisi yürürlüğe konulmadığı sürece eskisinin uygulanmış hükümlerinin normatif hüküm olarak uygulanması gerekeceği görüşü benimsenmiştir. Gerçekten anılan 6. maddenin son fıkrası böyle bir yoruma müsait olup işçilerin yararlarına getirilen hükümlerinin uygulanmalarının sürdürülmesi sosyal hukuk devletinin de bir gereğidir...” [lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr), Erişim Tarihi: 09.11.2024

## 1- Yeni Bir Toplu İş Sözleşmesinin Yürürlüğe Girmesi

Toplu iş sözleşmesi bittikten hemen sonra yeni bir toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesi durumunda, artık yeni toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekeceğinden sona ermiş toplu iş sözleşmesinin art etkisi ortadan kalkacaktır.<sup>[92]</sup>

### a) Yürürlüğe Giren Yeni Yapılan Toplu İş Sözleşmesinin Kapsamında Olmaya İşçilerin Durumu

Sona eren toplu iş sözleşmesinden sonra yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılması halinde yeni yapılan toplu iş sözleşmesinin kapsamında olmayan işçiler yönünden art etkinin sona erip ermeyeceği yönünde farklı görüşler mevcuttur.<sup>[93]</sup>

Bir görüşe göre yeni yapılan toplu iş sözleşmesinin kapsamında olmayan işçiler yönünden, biten toplu iş sözleşmesi iş sözleşmesi hükmü olarak art etkisinin devam edecektir.<sup>[94]</sup> Bu görüş, art etkinin devam etmesi için yeni yapılan toplu iş sözleşmesi ile biten toplu iş sözleşmesi arasındaki sürenin öneminin bulunmadığını belirtmektedir.<sup>[95]</sup>

Bu görüşe karşı olan görüş ise yeni yapılan toplu iş sözleşmesi ile artık biten toplu iş sözleşmesinin art etkisinin sona ereceğini, bu kapsamda kanunda yer alan “yenisi yürürlüğe girinceye kadar” ibaresinden de bunun

[92] Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 346; Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 427; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 227-8.

[93] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 233.

[94] Sağlam, İHU TSGLK, m.6 (No:3); Keser, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi,” 108; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 233.

[95] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 233.

amaçlandığı ve bu hususun dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.<sup>[96]</sup>

Bunlar dışında, işçinin yeni yapılan toplu iş sözleşmesinden ne şekilde yararlandığına göre bir ayırım yapılması gerektiğini belirten bir görüş de mevcuttur.<sup>[97]</sup> İşçiler yeni toplu iş sözleşmesinden kendi istekleri ile faydalanmıyorlarsa (dayanışma aidatı ödememe, sendikaya üye olmama, üyelikten ayrılma sebepleri ile) yeni toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girdiğinde art etkinin sona ermesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>[98]</sup> Eğer ki yeni toplu iş sözleşmesi ile işçilerin kapsam dışı bırakılması söz konusu ise bu durumda bu işçilerin biten toplu iş sözleşmesinin art etkisinden faydalanacağını belirtmektedir.<sup>[99]</sup>

## 2- Yeni Bir İş Sözleşmesi Yapılması Durumu

Bu hususta öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Narmanlıoğlu, kanun hükmü gereği yalnızca yeni yapılan toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesi halinde art etkinin biteceğini, bu nedenle yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girene kadar yapılan iş sözleşmesinin art etkiyi sona erdirmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.<sup>[100]</sup>

Diğer görüşe ise ilgili kanun maddesinin geniş yorumlanması gerektiğini ve yalnızca yeni bir toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesi durumunda değil yeni bir iş sözleşmesinin yapılması durumunda da toplu iş sözleşmesinin art etkisinin sona ereceğini belirtmektedir.<sup>[101]</sup>

---

[96] Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 347; Keser, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi,” 108; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 233.

[97] Doğan Yenisey, “Hukuki Nitelik,” 628.

[98] Doğan Yenisey, “Hukuki Nitelik,” 628.

[99] Doğan Yenisey, “Hukuki Nitelik,” 628.

[100] Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 507-8.

[101] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 231; Bosna, *Yararlanma*, 139.

## D. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN ART ETKİSİNİN OLUŞMADIĞI HALLER

Art etkinin oluşabilmesi için kanunda aranan şart toplu iş sözleşmesinin sona ermesidir.<sup>[102]</sup>

Toplu iş sözleşmesi Kanun'da belirtildiği üzere 1 yıldan az ve 3 yıldan fazla süre için akdedilemez.<sup>[103]</sup> Kanun'da belirtilen bu süreler sözleşme imzalandıktan sonra taraflarca uzatılması, kısaltılması ve süresi gelmeden sona erdirilmesine ilişkin yapılan anlaşmalar yasaklanmıştır.<sup>[104]</sup> Bu şekilde toplu iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi durumunda art etki meydana gelecektir.<sup>[105]</sup>

Bunun dışında art etkinin oluşmadığı birtakım durumlar vardır. Bunlar toplu iş sözleşmesinin sona ermediği durumlardır.

6356 sayılı Kanun'un 37.maddesinde “*Toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, faaliyetinin durdurulması, işçi sendikasının yetkiyi kaybetmesi ve toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin veya işyerinin girdiği işkolunun değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez.*” şeklinde toplu iş sözleşmesinin sona ermediği bazı durumlar belirtilmiştir.

Bu kapsamda toplu iş sözleşmesine taraf sendikanın tüzel kişiliğinin

[102] Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 528; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 508-9; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 48; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2151.

[103] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 49-50.

[104] Arıcı, *Toplu İş Hukuku -II Toplu İş İlişkileri Hukuku*, 275; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 52-3; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2020/226, K.2022/126, 15.02.2022, “...Bu kapsamda imzalanmasından sonra toplu iş sözleşmesinin süresinin uzatılması, kısaltılması mümkün olmadığı gibi; sözleşmenin süresinden önce taraflarca anlaşarak dahi sona erdirilmesi mümkün değildir...” [karararama.yargitay.gov.tr](http://karararama.yargitay.gov.tr), Erişim Tarihi: 17.11.2024

[105] Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2151.

sona ermesi faaliyetlerinin durdurulması, yetki kaybı, işkolu değişikliği hallerinde toplu iş sözleşmesi sona ermeyeceği için art etkiden de bahsedilemeyecektir.<sup>[106]</sup>

Türk Borçlar Kanunu'nda belirtilen kesin hükümsüzlük ve irade sakatlığından kaynaklı iptal edilebilirlik hallerinde ortada bir toplu iş sözleşmesi bulunmamakta ve bu nedenle art etkiden de bahsedilememektedir.<sup>[107]</sup>

Bunların dışında işveren değişikliği durumunda da toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden bahsedilemeyeceği için bu halde de art etkinin oluşmayacağı belirtilmektedir.<sup>[108]</sup>

### III. ART ETKİ KAVRAMI İLE BAZI KAVRAMLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

#### A. ART ETKİ İLE KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Toplu iş sözleşmesinin art etkisi kazanılmış hak kavramıyla açıklanamamaktadır. Art etki kazanılmış haktan kaynaklı değil kanundan kaynaklıdır.<sup>[109]</sup>

Kazanılmış hak kısaca kişisel alacak niteliğine dönüşmüş hak olarak ta-

---

[106] Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 341-2; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 508; Akyiğit, *Toplu İş Hukuku*, 536; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 64-5; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2151.

[107] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 46; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2151.

[108] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 74; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2151-2.

[109] Sümer, *İş Hukuku*, 258; Doğan Yenisey, “Kazanılmış Hak”, 169; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 175; Arbak, *İşverenin Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmesi İle Sınırlandırılması*, 295.

nımlanabilir.<sup>[110]</sup>

Kazanılmış hakkın Anayasa Mahkemesi'ne göre tanımı “...*kişinin bulunduğu statüden doğan ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş hak...*” şeklindedir.<sup>[111]</sup>

Art etki ile kazanılmış hak kavramları birbirinden bağımsızdır. Toplu iş sözleşmesinin art etkisi için ilgili sözleşmenin sona ermesi ve bu kapsamda herhangi bir yeni sözleşmenin yapılmamış olması gerekir.<sup>[112]</sup> Oysa kazanılmış hak için, toplu iş sözleşmesindeki mevcut hakkın bireysel alacak hakkı niteliği kazanması gerekir.<sup>[113]</sup> Bu nedenle bireysel nitelikteki kazanılmış hakkın toplu iş sözleşmesinde uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir.<sup>[114]</sup>

Toplu iş sözleşmesinin art etkiye sahip hükümleri geçici etkiye sahipken kazanılmış hakta toplu iş sözleşmesinde belirtilen hüküm işçi için hak haline gelmekte ve her zaman ileri sürülebilmektedir.<sup>[115]</sup> Bu kapsamda yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıldığı zaman bu yeni toplu iş sözleşmesi tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Bu durum bir kazanılmış hak ihlali olarak değerlendirilemeyecektir. Görüldüğü üzere bu iki kavram yalnızca anlamsal olarak değil, oluşturdıkları etki bakımından da farklılık göstermektedir. Öğretideki bir görüş art etkinin kazanılmış hak kavramı ile açıklamasının

[110] Doğan Yenisey, “Kazanılmış Hak,” 168.

[111] Doğan, “Ard Etki,” 805; AYM, 15.10.2009, E.2007/44, K.2009/148, RG, 28.4.2010, No:27565 [anayasa.gov.tr](http://anayasa.gov.tr), Erişim Tarihi: 09.11.2024; Doğan Yenisey, “Kazanılmış Hak,” 168.

[112] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 175

[113] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 175.

[114] Doğan Yenisey, “Kazanılmış Hak,” 171; Doğan, “Ard Etki,” 806; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2153.

[115] Doğan Yenisey, “Kazanılmış Hak,” 171; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 176-7.

uygun olmadığını belirtmektedir.<sup>[116]</sup>

Biten toplu iş sözleşmesinde yer alan ancak yeni yapılan toplu iş sözleşmesinde yer almayan ya da önceki sözleşmedeki halinden daha azının yer aldığı haklar için kazanılmış hak kavramı öne sürülemez.<sup>[117]</sup>

## E. ART ETKİ KAVRAMI İLE YARARLILIK İLKESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Kanun'da yararlılık ilkesi 36. maddenin 1.fıkrasının üçüncü cümlesinde *“Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması hâlinde ise iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri geçerlidir.”* hükmü ile düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile iş sözleşmelerindeki işçi yararına olan hükümleri, toplu iş sözleşmesine aykırı olsa da uygulanacaktır.<sup>[118]</sup>

Bu ilkenin temel amacı, işçinin daha lehine olan iş sözleşmesi hükümlerinin toplu iş sözleşmesindeki aleyhe hükümlerden etkilenmemesini sağlamaktır.<sup>[119]</sup>

Bu ilkenin ancak iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi arasındaki ilişkide geçerli olduğu belirtilmektedir.<sup>[120]</sup> Bu kapsamda bu ilkenin uygulanması, ilgili toplu iş sözleşmesinin bitmesiyle sona erecektir.<sup>[121]</sup> Biten toplu iş sözleşmesi ve yeni yapılan toplu iş sözleşmesi arasında yararlılık ilkesi uygula-

---

[116] Doğan, “Ard Etki,” 807.

[117] Bosna, *Yararlanma*, 144.

[118] Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 305.

[119] Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 331; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 162.

[120] Ercüment Özkaraca, *Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi*, 1.Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014), 97.

[121] Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 306; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2154.

namaz.<sup>[122]</sup> Yeni yapılan toplu iş sözleşmesi ile işçinin lehine veya aleyhine hükümler getirilebilir ve bu yeni hükümler geçerli olur.<sup>[123]</sup>

Öğretideki bir görüş, işçi aleyhine düzenlemeler bulunan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geriye etkili kılınamayacağını ancak bu hususta yararlılık ilkesinin de dayanak yapılamayacağı görüşündedir.<sup>[124]</sup>

## F. ART ETKİ KAVRAMI İLE GERİYE YÜRÜRLÜK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Bir toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi taraflarca, 6356 sayılı Kanun'da belirtilen toplu iş sözleşmesi süre sınırına uygun olacak şekilde belirlenebilir.<sup>[125]</sup> Yürürlük tarihi bakımından herhangi bir düzenleme yapılmadığı durumlarda toplu iş sözleşmesi imzalandığı tarihinde yürürlüğe girecektir.<sup>[126]</sup>

Taraflar isterse sözleşmenin yürürlük anı olarak, sözleşmenin imza tarihinden sonraki bir tarihi de belirleyebilirler.<sup>[127]</sup> Ancak bu tarih belirlenirken işçinin hak kaybına uğramayacağı bir tarih olmasına dikkat edilmesi

[122] Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 306; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 170; Yuvalı ve Yaba, "Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi," 2153; Arbak, *İşverenin Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmesi İle Sınırlandırılması*, 295.

[123] Bosna, *Yararlanma*, 141.

[124] Özkara, *Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi*, 97.

[125] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 185; Yuvalı ve Yaba, "Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi," 2154.

[126] Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 335; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 185; Yuvalı ve Yaba, "Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi," 2154.

[127] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 185.

gerekir. <sup>[128]</sup>

Bu konuda öğretide bu serbestinin de belirli bir sınırının olması gerektiği, diğer türlü tarafların toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girme tarihini sürekli geciktirebilecekleri belirtilmektedir. <sup>[129]</sup>

Toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden önce yürürlüğe gireceği de ilgili serbestiden dolayı kararlaştırılabilir. Geriye etkili yürürlüğün sınırı, mevcut toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihtir. <sup>[130]</sup>

Geriye etkili olarak toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. <sup>[131]</sup>

Toplu iş sözleşmesinin parasal hükümleri geriye etkili olabilecektir. <sup>[132]</sup>

Yeni yürürlüğe girecek toplu iş sözleşmesinde de geriye etkili olarak yürürlüğe girecek hükümler olması halinde ne olacağı konusunda görüş birliği yoktur. <sup>[133]</sup> Yani biten toplu iş sözleşmesinin art etkiye sahip hükümleri yeni toplu iş sözleşmesinin imza tarihine kadar uygulanacak mı yoksa geriye etkili yürürlüğe sahip hükümler mi uygulanacak bu konuda Kanun'da bir düzenleme mevcut değildir. Öğretide de farklı görüşler bu-

---

[128] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 185; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2154.

[129] Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 475; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 185.

[130] Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 354; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 335; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 299; Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 477; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2154.

[131] Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2154; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2002/22489, K. 2003/6879, 24.4.2003, , Erişim Tarihi: 10.11.2024

[132] Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 297-8; Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 483-4; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 336-7; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 201; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2154.

[133] Ayrıntılı bilgi için bkzn. Bosna, *Yararlanma*, 148-52.

lunmaktadır.<sup>[134]</sup>

Öğretide bir görüş, bu konuyu kanun maddesinin lafzına göre değerlendirmekte ve yeni toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesiyle art etkinin ortadan kalkacağını belirtmektedir.<sup>[135]</sup>

Diğer bir görüş ise, yeni toplu iş sözleşmesinin imza tarihine kadar sona eren toplu iş sözleşmesinin art etkisinin devam edeceğini belirtmektedir.<sup>[136]</sup>

Bir başka görüş ise, geriye etkili olarak yürürlüğe girecek hükümler işçiye daha çok fayda sağlayacak nitelikte ise o halde art etkili hükümlerin değil geriye etkili olarak yürürlüğe girecek hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmektedir.<sup>[137]</sup> Eğer geriye etkili olarak yürürlüğe girecek hükümler işçinin aleyhine ise, bu durumda da işçi art etkili hükümlerle yararlanacağı kazanılmış haklarını elde etmeli, bu hakları bakımından geriye etkili olan hükümlerden olumsuz etkilenmemelidir.<sup>[138]</sup> Aslına bu görüşte yeni toplu iş sözleşmesinin imza tarihini dikkate alan görüş ile benzer nitelikte olmasına rağmen kazanılmış hak vurgusu ile o görüşten farklılaşmaktadır.

## G. ART ETKİ İLE TEŞMİL ARASINDAKİ İLİŞKİ

Teşmil bir iş kolunda en çok üyeye sahip sendikanın yaptığı bir toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin, Cumhurbaşkanlığı kararı ile aynı iş kolundaki toplu iş sözleşmesinin tarafı olmayan işyerlerine de uygulan-

[134] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 207.

[135] Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 346-7; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 412.

[136] Keser, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi,” 111; Makas, “Karar İncelemesi,” 168; Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 425; Özkaraca, *Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi*, 98.

[137] Özkaraca, *Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi*, 98.

[138] Özkaraca, *Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi*, 98-9; Bosna, *Yararlanma*, 151-2

masıyla toplu iş sözleşmesinin etki alanının genişletilmesidir.<sup>[139]</sup> Teşmile ilişkin düzenleme 6356 sayılı Kanun'un 40. maddesinde yer almaktadır.

Teşmil ile o iş kolunda uygulanan bir toplu iş sözleşmesi, idari bir yolla aynı iş kolunda çalışan ancak ilgili toplu iş sözleşmesi dışında kalan işçi ve işverenlere de sirayet etmektedir.<sup>[140]</sup> Bu kapsamda teşmil, toplu iş sözleşmesinin sadece bu sözleşmeye taraf olanlar yönünden hüküm ve sonuç doğurmasının istisnasıdır.<sup>[141]</sup>

Sendika üyesi olmayan işçiler de teşmil kapsamında, herhangi bir dayanışma aidatı ödemedi toplu iş sözleşmesinden faydalanırlar.<sup>[142]</sup>

Teşmilin amacı, aynı işkolundaki işyerlerinde ücret, diğer sosyal haklar ve çalışma düzeni bakımından yeknesaklık sağlamaktır.<sup>[143]</sup> Teşmilin birta-

---

[139] Narmanlıoğlu, *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 480; Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 372; Ekmekçi, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 400; Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 461; Yuvalı ve Yaba, "Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi," 2155.

[140] İbrahim Subaşı, "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili," *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4, no.39 (2013): 212; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 203-4.

[141] Subaşı, "Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili," 212-3; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 203-4.

[142] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2018/9012, K.2018/21705, 28.11.2018, "...Belirtmek gerekir ki sendika üyesi olmayan, dayanışma aidatı kesilmesini talep etmeyen işçilere teşmil kararı veya sendikanın muvafakat olmadan Toplu İş Sözleşmesinin parasal haklarından yararlandırılması halinde, taraf işçi sendikası işverenden yoksun kaldığı dayanışma aidatının ödenmesini isteyebilir ve işverene karşı mahrum kaldığı ve alamadığı dayanışma aidatı tutarında bir tazminat talebinde bulunabilir. Ancak bu sonucun kabulü için TİS'den yararlandırma durumunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi gerekir..." [lexpera.com.tr](http://lexpera.com.tr), Erişim Tarihi: 17.11.2024; Subaşı, "Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili," 229; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 204; Yuvalı ve Yaba, "Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi," 2155.

[143] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 204.

kım sakıncaları da bulunmaktadır.<sup>[144]</sup>

6356 sayılı Kanun'un 40.maddesinin 2. fıkrasında “*Teşmil kararında teşmilin gerekçesi açıklanır. Yürürlüğe gireceği tarih de belirtilmek suretiyle teşmil kararı Resmî Gazete’de yayımlanır, ancak yürürlük tarihi Resmî Gazete’de yayım tarihinden önceki bir tarih olarak belirlenemez.*” şeklindeki düzenleme gereği, Resmî Gazete’de yayım tarihinden önceki bir tarih için geriye etkili olarak teşmil kararı verilemez.<sup>[145]</sup>

Teşmilin sona erdiği her durumda art etkinin olacağını belirten görüş varsa da bu görüş azınlıkta kalmaktadır.<sup>[146]</sup> Baskın görüş art etkinin mevcut olup olmadığına teşmilin sona erdiği durumların özel olarak incelenerek karar verilmesi yönündedir.<sup>[147]</sup>

Eğer teşmil 6356 sayılı Kanun madde 40/4’te yer alan “*Cumhurbaşkanı teşmil kararını, gerekçesini de açıklayarak gerekli gördüğünde yürürlükten kaldırabilir.*” hükmü gereği sona ermişse bu durumda art etkiden bahsedilemeyeceği belirtilmektedir.<sup>[148]</sup>

Teşmil aynı Kanun madde 40/3’te yer alan “*Teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin sona ermesi ile teşmil kararı da ortadan kalkar.*” hükmü gereği sona ermişse toplu iş sözleşmesi sona erdiği için art etki oluşacağı belirtilmektedir.<sup>[149]</sup>

[144] Ayrıca bkzn. Subaşı, “Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili,” 218-9; Şahlanan, *Toplu İş Hukuku*, 462, Sur, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 378.

[145] Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2155.

[146] Reisoğlu, *2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi*, 118.

[147] Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2155.

[148] Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 340; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2155; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 223.

[149] Tuncay, Savaş Kutsal ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Toplu İş Hukuku*, 340; Subaşı, “Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili,” 233-4; Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art*

Teşmil madde 40/7’de yer alan “*Toplu iş sözleşmesinin teşmil edildiği işletme veya işyerinde her zaman yetki için başvurulabilir ve yeni toplu iş sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte teşmil uygulaması kendiliğinden sona erer.*” hükmü gereği sona ermişse burada art etkinin uygulanacağı bir zaman dilimi bulunmamasından dolayı art etkiden bahsedilemeyecektir.<sup>[150]</sup>

## SONUÇ

Toplu iş sözleşmesinin art etkisi kanunumuzda açıkça kavram olarak yer almamaktadır. Buna rağmen 275 sayılı Kanun’dan bu yana bu konuya ilişkin düzenlemeler kanunlarımızda mevcuttur. 6356 sayılı Kanun’da da bu kavram açıkça geçmemiştir ancak ilgili düzenlemede art etkinin ne demek olduğu anlaşılabılır haldedir.

Art etki kavramının hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler bulunsa da genel kanı emredici, objektif ve geçici nitelikte olduğu yönündedir. Bu kavramın toplu iş hukuku bakımından asıl önemi işçilerin hakları ve çalışma koşulları bakımından kazanımlarının etkisinin sürmesini sağlamasıdır. Bu da ilgili kavrama istisnai bir özellik kazandırmaktadır. Art etki, biten toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin etkisini iş sözleşmesi hükmü olarak devam ettirmesidir. İlgili kanuni düzenleme gereği de toplu iş sözleşmesinin her hükmü değil normatif hükümlerinin art etkisi bulunmaktadır. Normatif hükümlerin art etkisinin bulunmasına rağmen genel görüş, iş sözleşmesinin yapılması kapsamındaki hükümlerin art etkisinin olmadığı şeklindedir. Bu nedenle ancak iş sözleşmesinin içeriği ve sona ermesi hükümleri bakımından art etkiden söz edilebilecektir.

Bu hükümlerde de ücret zammı, kıdem zammı ve disiplin kurulu ka-

---

*Etkisi*, 223; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2155.

[150] Yayvak, *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*, 223; Yuvalı ve Yaba, “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi,” 2155.

rarları bakımından art etki öğretide farklı görüşlerin oluşmasına neden olmuştur. Bunun dışında birçok Yargıtay kararına da konu olmuştur.

Bu art etkiden kimlerin yararlanacağı 6356 sayılı Kanun'da tek bir maddede ve açıkça sayılarak belirtilmemiştir. Sona eren toplu iş sözleşmesinden faydalanan işçilerin art etkiden de faydalanacağı açıktır. Bu kapsamda işçinin sona eren toplu iş sözleşmesinden ne kadar süre faydalandığının bir önemi olmadığı gibi, dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmasında ya da teşmil ile yararlanmasında herhangi bir sorun yoktur.

İşçilerin sendika üyeliğinin toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten önce son bulması ya da işçinin hiçbir zaman sendika üyeliğinin bulunmaması durumunda, eğer bu işçiler dayanışma aidatı da ödemiyeceklerse art etkiden yararlanamayacaklardır. Sona eren toplu iş sözleşmesinden yararlanmayana işçiler yönünden, işyeri uygulaması varsa onlarda art etkiden faydalanabileceklerdir. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir.

İşçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanması durumunda art etki süresinde sendikadan istifa etmesi bu işçinin art etkinden faydalanmasına engel değildir.

Kanun'da açıkça belirtilen bir süre sınırı bulunmamaktadır. Yeni toplu iş sözleşmesi yapılana kadar art etki devam edecektir. Eğer hak belirli bir süre ile sınırlandırılmış ise art etki oluşmayacaktır.

Süresi biten toplu iş sözleşmesi art etki doğururken, taraf sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, faaliyetlerinin durdurulması, yetki kaybı ve işkolu değişikliği durumlarında toplu iş sözleşmesi sonlanmadığından dolayı art etkiden söz edilemeyecektir. Yine bu kapsamda kesin hükümsüzlük ve irade sakatlığından kaynaklı iptal hallerinde de art etki oluşmayacaktır.

Art etki yeni bir toplu iş sözleşmesinin yürürlüğe girmesiyle ortadan kalkacaktır. Yeni bir iş sözleşmesi yapılması durumunda art etkinin ortadan kalkıp kalkmayacağına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır.

Art etki kavramı ile bazı kavramlar arasındaki ilişki öğretide farklı görüşlerin oluşmasına neden olmuştur. Bu kapsamda öğretide bu konuda inceleme yapılan konulardan biri kazanılmış hak kavramıdır.

Kazanılmış hak ile art etkinin birbirinden farklı anlamları olduğu ve özelliklerinin de farklı olduğu açıktır. Bu konuya ilişkin de öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Art etkiyle birlikte incelenen bir diğer kavram ise geriye yürürlüktür. Toplu iş sözleşmesindeki parasal hükümler bakımından geriye yürürlük olabilecek olup geriye yürürlük ile art etkinin durumuna ilişkin öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Yararlılık ilkesinin ancak iş sözleşmesi ile toplu iş sözleşmesi arasındaki ilişkide geçerli olacağı ilgili toplu iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda bu etkinin sona ereceği belirtilmektedir.

Teşmil, toplu iş sözleşmesinin uygulama alanının genişletilmesidir. Teşmilin sona erdiği her durumda art etkinin olacağını belirten görüş var ise de baskın görüş art etkinin mevcut olup olmadığının teşmilin sona erme hallerinin ayrı ayrı değerlendirilmesidir. Eğer teşmil kararını Cumhurbaşkanı yürürlükten kaldırırsa, bu durumda art etkiden söz edilemeyecektir. Eğer teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin bitmesinden kaynaklı olarak teşmil sona ermişse art etkiden bahsedilecektir.

Sonuç olarak toplu iş sözleşmesinin bitmesi ve yenisinin yapılmaması ya yürürlüğe girmesi sürecinin uzaması gibi nedenlerle sözleşmesiz geçen sürede işçilerin elde ettikleri kazanımlarının iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam etmesinin önemi tartışmasızdır. Böyle bir hükmün kanunen bulunması ve uygulanması, biten toplu iş sözleşmesinin ardından işçilerin kazanımlarının akıbeti bakımından kaygı duymasını önlemekte ve olumlu bir etki yaratmaktadır.

## KAYNAKÇA

- Akın, Levent. “Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisinden Yararlanma.”, *Sicil*, no.11 (2008):104-07
- Aktay, A. Nizamettin ve Olgü Özdemir Ertürk. *Toplu İş Hukuku*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Akyiğit, Ercan. *Toplu İş Hukuku*, 4.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Arbak, Merve. *İşverenin Fesih Hakkının Toplu İş Sözleşmesi İle Sınırlandırılması*, 1.Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Arıcı, Kadir. *Toplu İş Hukuku -II Toplu İş İlişkileri Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2022.
- Bilgiç, Yargı. “Toplu İş Sözleşmelerinin Bireysel İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi”, *Fasikül Dergisi*, no.105 (2018) :12-23.
- Bosna, Berrin. *Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Doğan Yenisey, Kübra. “Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi Kazanılmış Hakların Korunması.”, *Sicil Dergisi*, no.18 (2010) :165-74.
- Doğan Yenisey, Kübra. “Sona Eren Toplu İş Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği Üzerine Bir Deneme.”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı*, (2006):611-30.
- Doğan, Sevil. “Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, (2013) :781-812.
- Ekmekçi, Ömer. *Toplu İş Hukuku Dersleri*. 2. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Göktaş, Seracettin. *Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

- Keser, Hakan: “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Art Etkisi.”, *Sicil Dergisi*, no.6 (2007) :106-23.
- Makas, Recep. “Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi- İşyeri Uygulaması Karar İncelemesi.”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no.1-2 (2011): 161-75.
- Narmanlıoğlu, Ünal. *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*. 3. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık 2016.
- Özkaraca, Ercüment. *Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi*. 1.Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.
- Öztürk, Mehmet Onat. “Art Etki ve Ücrete Uygulanan Faiz.”, *Sicil İş Hukuk Dergisi*, no: 27 (2012) :162-69.
- Reisoğlu, Seza. *2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi*. Ankara: Ayyıldız Matbaası,1986.
- Sağlam, Fazıl. “Toplu İş Sözleşmesinin Hizmet Akdi Hükümü Olarak Sürmesi.”, İHU 1984/II, TSGLK, m.6 (No:3).
- Subaşı, İbrahim. “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili.”, *Çalışma ve Toplum Dergisi* 4, no.39 (2013): 209-246.
- Sur, Melda. *İş Hukuku Toplu İlişkiler*. 11. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2024.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*. 26.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık,2022.
- Şahlanan, Fevzi. *Toplu İş Hukuku*. 1.Baskı. İstanbul: On İki Levha,2020.
- Tuncay, Aziz Can, Burcu Savaş Kutsal ve Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu. *Toplu İş Hukuku*. 8. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023.
- Yayvak, İrem. *Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi*. 1.Baskı. İstanbul: Beta 2014.Yılmaz, Huriye Hilal. *Toplu İş Sözleşmesinin Emredici Etkisi*. 1.Baskı. On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Yuvalı, Ertuğrul ve Tuğçe Yaba. “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi.”,  
*Çalışma ve Toplum Dergisi* 4, no.67, (2020): 2145-59.



Atatürk Bulvarı No: 40 Adliye Sarayı  
Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/ TÜRKİYE



T 0312 416 72 00  
F 0312 416 72 80



[www.ankarabarusu.org.tr](http://www.ankarabarusu.org.tr)  
[ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr](mailto:ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr)