



ANKARA ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ



100. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ ARMAĞANI



Cilt-1

Ankara 2026



ANKARA ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

100. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ ARMAĞANI

Cilt 1



“Cumhuriyetin müeyyidesi olacak bu müessesenin küşadında hissettiğim saadeti hiçbir teşebbüste duymadım ve bunu izhar ve ifade etmekle memnunum.”

Gazi Mustafa Kemal Atatürk,
Ankara Adliye Hukuk Mektebi Açılış Konuşmasından, 05.11.1925

Ankara 2026

Ankara Üniversitesi Yayın No: 952

Bu eser, Ankara Üniversitesi Yönetim Kurulu ile Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yönetim Kurulu kararları uyarınca yayımlanmıştır.

© Bu kitabın her türlü yayın hakkı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yayıncının izni olmadan, bilimsel ve tanıtıcı amaçlı kısmî alıntılar hariç olmak üzere, hiçbir şekilde kitabın tümü veya bir kısmı herhangi bir ortamda yayınlanamaz ve çoğaltılamaz.

Yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüş ve düşünceler yazarlara aittir; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini bağlamaz.

Birinci Basım: Temmuz 2026

Yayın:

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Cebeci/ANKARA

Tel: (312) 363 40 50 - 595 50 00

Kapak ve sayfa tasarımı: Ankara Üniversitesi Basımevi

Takım Numarası: 978-605-136-992-1

ISBN: 978-605-136-993-8

Basım yeri:

Ankara Üniversitesi Basımevi

10. Yıl Yerleşkesi Beşevler/ANKARA

Tel: 0(312) 213 66 55

Basım Tarihi: 10.07.2026

EDİTÖRLER KURULU*

Prof. Dr. Rifat ERTEN, Baş Editör

Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE, Editör

Doç. Dr. Murat GÜREL, Editör

Dr. Öğr. Üyesi Serdar YILMAZ, Editör

Arş. Gör. Dr. Aslıhan TAŞER, Editör Yardımcısı

Arş. Gör. Hira Nurhacı ÇERİ, Editör Yardımcısı

Arş. Gör. Pelin İrem KIRMAZ, Editör Yardımcısı

Arş. Gör. Müşerref Gülsüm ÖZDEMİR, Editör Yardımcısı

YAYIN KURULU*

Prof. Dr. Levent AKIN

Prof. Dr. Serap AKİPEK

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Prof. Dr. İsmail DEMİR

Prof. Dr. İbrahim ERMENEK

Prof. Dr. Selin ESEN

Prof. Dr. İlke GÖÇMEN

Prof. Dr. A. Nadi GÜNAL

Prof. Dr. Hakan KARAN

Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI

Prof. Dr. Asuman TURANBOY

Prof. Dr. Ali D. ULUSOY

Prof. Dr. Gülriz UYGUR

Prof. Dr. Nevin ÜNAL

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

Doç. Dr. Emel HANAĞASI

Doç. Dr. Selin ÖZDEN MERHACI

Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY

Doç. Dr. Burçak YILDIZ

* Akademik ünvan ve soyadları esas alınarak alfabetik olarak sıralanmıştır.

ARMAĞANA HAKEM OLARAK KATKIDA BULUNANLAR*

Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Musa AYGÜL, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan AYRANCI, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ersin ERDOĞAN, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. A. Nadi GÜNAL, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Gülüm BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ali Ersoy KONTACI, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Merve Ayşegül KULULAR, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Leyla Müjde KURT, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGİN, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nadire ÖZDEMİR, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN, TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi M. Artuk ARDIÇOĞLU, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi
Dr. Öğr. Üyesi Hikmet BİLGİN, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Halim Alperen ÇITAK, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Deniz POLAT, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ARMAĞANA GÖRÜŞLERİ VE EMEKLERİ İLE KATKIDA BULUNANLAR*

Doç. Dr. V. Umut ERKAN
Dr. Öğr. Üyesi Erkan AKDOĞAN
Dr. Öğr. Üyesi Zeynep İSPİR
Dr. Öğr. Üyesi Atacan KÖKSAL
Arş. Gör. Merve SİZER
Arş. Gör. Merve İrem YENER

* Akademik ünvan ve soyadları esas alınarak alfabetik olarak sıralanmıştır.

TAKDİM

Ulu Önder Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün, açılış töreninde veciz şekilde *“Cumhuriyetin müeyyidesi olacak bu müessesenin küşadında hissettiğim saadeti hiçbir teşebbüste duymadım.”* hitabıyla ifade ettiği Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültemizin kuruluşu üzerinden tam bir asır geçti.

Fakültemizin 100. kuruluş yıl dönümünü geçtiğimiz yıl büyük bir coşku ve heyecanla kutladık. Bu yıl da aynı heyecan ve coşkuyla Ankara Üniversitemizin 80. yaş gününü kutluyoruz. Ne mutlu bizlere!

Geçen yüz yıl boyunca Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi sadece hukuk devriminin anlaşılmasına ve kökleşmesine hizmet etmemiş, aynı zamanda acı ve tatlı hatıralarıyla Cumhuriyetin yüzyıllık serüvenine de tanıklık etmiştir. Bu süreçte Cumhuriyet hukukunun, özümsemesine ve gelişmesine hizmet edecek birçok hukukçu yetiştirmiştir. Aynı coşku ve heyecanla genç hukukçuları yetiştirmeye de devam etmektedir.

Fakültemizde yetişip, ülkemizin her köşesinde canla başla vatanına hizmet eden mezunlarımızdan ebediyete intikal edenleri rahmet, minnet ve şükranla anıyor; hayatta olanlara sağlık ve esenlikler diliyorum.

Fakültemizin kuruluşunun 100. yılı adına ulusal ve uluslararası boyutta birçok akademik faaliyet gerçekleştirilmiştir. Bu kapsamda düzenlenen etkinliklere ulusal ve uluslararası düzeyde birçok bilim adamı ve uygulayıcının katılımının yanı sıra Fakültemizin göz bebeği öğrencilerimiz de büyük destek vermiştir. Sevgili öğrencilerimiz tarafından çıkarılan *“Mecmua 2025, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine 100. Yıl Armağanı”* isimli eser takdire şayandır. Emeği geçen bütün öğrencilerimizi ve onlara destek olan hocalarımızı gönülden kutluyorum.

İçerisinde hukukun farklı alanlarına ilişkin çok değerli bilimsel çalışmaların yer aldığı, elinizde bulunan *“Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 100. Kuruluş Yıldönümünü Armağanı”* kitabı, Fakültemizin amaç ve misyonuna hizmet edecek şekilde, okuyucularıyla buluşmaktadır. Özenli ve titiz bir çalışmanın eseri olan ve iki ciltten oluşan bu kapsamlı çalışmanın hazırlanmasında, başta Editörler Kurulunda yer alan hocalarım ve arkadaşlarım olmak üzere, emeği geçen tüm meslektaşlarıma ve farklı nitelikteki çalışmalarıyla katkı veren tüm yazarlarımıza içtenlikle teşekkür ediyorum ve isimlerini bu eserle birlikte ölümsüzleştirdikleri için kendilerini

kutluyorum. Ayrıca bu kitabın yayına hazırlanmasındaki emekleri dolayısıyla Ankara Üniversitesi Basımevi çalışanlarına da teşekkür ederim.

Fakültemizin ikinci yüzyılının ilk dekanı olarak sorumluluğumun ağırlığının bilincinde, böyle bir takdim yazısı yazmaktan büyük bir onur duyduğumu belirtmek isterim. Çalışmanın akademiye ve uygulamaya önemli katkılar sunacağı inancıyla, Fakültemizin nice yüzyıllara aynı heyecan ve başarıyla erişmesini diliyorum.

Prof. Dr. İbrahim ERMENEK
Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dekanı
14.04.2026

ÖNSÖZ

Cumhuriyetin müeyyidesi olan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 5 Kasım 1925'te Cumhuriyetimizin kurucusu Gazi Mustafa Kemal Atatürk tarafından açılan Cumhuriyetimizin ilk yükseköğrenim kurumudur. Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün "*Cumhuriyetin müeyyidesi olacak bu müessesenin küşadında hissettiğim saadeti hiçbir teşebbüste duymadım ve bunu izhar ve ifade etmekle memnunum*" şeklindeki veciz sözüyle, o dönem "Ankara Hukuk Mektebi" adıyla açılmış olan Fakültemize verilen değer ortaya konulmuştur. Fakültemize verilen bu misyon ve görev, bütün paydaşlar için bir rehber niteliğindedir. Nitekim yeni bir Devletin, Türkiye Cumhuriyeti'nin temellerini atacak kurucu kadroların yetiştirilmesinde Fakültemiz 100 yıldır üstlendiği misyonu başarıyla sürdürmüştür.

Fakültemizin üstlendiği ve Cumhuriyetimizin kurucu değerleriyle örtüşen bu yaklaşımı bilimsel çalışmalarımızda büyük bir özveri ve disiplinle sürdürmekteyiz. Bunun bir göstergesi olarak da Cumhuriyetimizin müeyyidesi olarak kurulan Fakültemizin 100. Yılına özgü "100. Kuruluş Yıldönümü Armağanı" isimli eseri yayınlayarak Fakültemizin şanlı tarihine yakışan ve 100. Yılımızı taçlandıracak söz konusu eseri hukuk kamuoyuyla buluşturmanın gururu ve sevinci içindeyiz.

Armağan Kitabımızda hem kamu hukuku hem de özel hukukun pek çok alanına ilişkin çok değerli çalışmalar yer almaktadır. Anılan bilimsel çalışmaların hem teori hem de uygulamada karşılaşılan önemli sorunlara ışık tutacağına inancımız tamdır. Özgün nitelikteki çalışmalarıyla emeklerini sunan ve katkı sağlayan tüm yazarlara en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Öte yandan bu Armağan Kitabının hazırlanması ve yayımında emekleri ve katkıları dolayısıyla başta Editörler Kurulu olmak üzere bu çalışmanın hukuk kamuoyuyla buluşmasına katkı sunan tüm meslektaşlarıma ve Ankara Üniversitesi Basımevi çalışanlarına şükranlarımı sunuyorum.

Son olarak Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 100. Kuruluş Yıldönümü Armağan Kitabı'nın yayın sahibi ve önsöz yazarı olmaktan dolayı duyduğum mutluluk ve kıvancı belirterek, bu yayının tüm hukuk kamuoyuna yararlı olmasını ve Fakültemizin daha nice yüz yılları aynı coşkuyla kutlamasını temenni ediyorum.

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dekan Vekili

İÇİNDEKİLER

Takdim	V
Önsöz	VII
İçindekiler	IX

AÇILIŞ YILDÖNÜMÜ ETKİNLİK KONUŞMALARI

Yılmaz TUNÇ , Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanı.....	XIX
Prof. Dr. Necdet ÜNÜVAR , Rektör	XXIII
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN , Dekan Vekili.....	XXV

AÜHF 2025-2026 ÖĞRETİM YILI AÇILIŞ DERSİ

Prof. Dr. Ejder YILMAZ Bir Asrın Eşiğinde: Adaletin Güvencesi Bağımsız ve Tarafsız Yargı ...	XXXV

EMEKLİ HOCALARIMIZ: HUKUK VE AÜHF HAKKINDA *

Prof. Dr. Tuğrul ARAT Milletlerarası Özel Hukukun Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Müfredatındaki Yeri ve Bazı Gözlemler	XLV
Prof. Dr. Sabih ARKAN Ankara Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Kürsüsü.....	LIII
Prof. Dr. Ülker GÜRKAN Ankara Hukuk Fakültesi: Masal Diyarından Anılar	LV
Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşundan Bu Yana) Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı'nda Görev Yapan Öğretim Üyeleri	LIX

* Hocalarımızın anı yazıları soyadları esas alınarak alfabetik olarak sıralanmıştır.

MAKALELER*

Prof. Dr. Levent AKIN

Çalışma Yaşamında Arabuluculuk Uygulamasının Düşündürdükleri ve Tahkim Seçeneği..... 3

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL / Res. Assis. Ahmet ARSLAN

Andreas Bertalan Schwarz' s Contributions to the Law School of Ankara University 41

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN

Türkiye’de Bireysel Başvuru ve Geleceği 59

Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS

Konaklayanın Eşyasına Gelen Zararın İspatı Sorunu 95

Prof. Dr. Gaye BAYCIK

Yeni İstihdam Modelleri 105

Prof. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU

Namık Kemal ve Hukuk–ı Ümem 127

Prof. Dr. İsmail DEMİR

İdari Yönden Kılavuzluk ve Römorkaj Hizmetleri..... 151

Prof. Dr. Rifat ERTEN

Türk Hukukunda Yabancıların Özel Okul Açma Hakları:
Güncel Meselelere Dair Değerlendirmeler 171

Prof. Dr. Selin ESEN

Anayasa Mahkemeleri Sosyal Hakların ve Sosyal Adaletin Koruyucusu Olabilir mi?..... 203

Prof. Dr. İlke GÖÇMEN

Türkiye – Avrupa Birliği Ortaklık Hukuku ile İlgili
Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarının İstatistiksel Dökümü 243

* Armağan Kitabında yer alan makaleler, yazarların akademik ünvan ve soyadları esas alınarak alfabetik olarak sıralanmıştır.

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR

ABD Kanunlar İhtilâfı Hukuku Konulu *Restatement II* ile Aynı Konulu
Restatement III Geçici Tasarısının Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri
Alanında Genel Objektif Bağlama Kuralları 283

Prof. Dr. Ülkü HALATÇI ULUSOY

Dönüşen Uluslararası Hukukta Birleşmiş Milletler Gelecek Paktı'na
İlişkin Bir Değerlendirme 309

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Adil Bir Vergi Sistemine Dair Düşünceler.....329

Prof. Dr. Hakan KARAN / Asst. Prof. Mustafa YILMAZ /

Berilşah KARAN

The Legal Impacts of Artificial Intelligence on the
Seaworthiness under the Convention-Based Rules
Governing International Carriage of Goods by Sea.....393

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

Tüketici Hukukunda Sözleşme Özgürlüğüne Müdahaleyi Haklı Kılan
Sebepler ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 421

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ

Uluslararası Memura Uygulanacak Hukuk.....463

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Coğrafi İşaret ile Marka İlişkisi 547

Prof. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN

Temel Hak ve Özgürlüklerin Teminatı Olarak
Ceza Kanunlarının Açıklığı ve *Ultima Ratio* İlkesi 589

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Munzam (Aşkın) Zarar Taleplerinin
Sigorta Tahkim Komisyonunda İleri Sürülebilmesi.....609

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Türk Ceza Kanunu'nda Taksirin Tespiti 627

Prof. Dr. Necla ÖZTÜRK / Arş. Gör. Serhat ÇELİK /

Arş. Gör. Cansu DOĞAN

Sınır Dışı Sürecinde İdarî Gözetime Alternatif Yükümlülükler:
Türk Hukuku ve Bazı Ülke Uygulamaları 647

Prof. Dr. A. Lâle SİRMEN

Zorunlu İrtifaklarda Sözleşme Yapma Yükümlülüğü 683

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Dava Şartı Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ile
Bazı Anayasal İlkeler Açısından Durumunun İrdelenmesi 709

Prof. Dr. Türkân YALÇIN

Ceza Hukuku “Kadın”a Nasıl Bakıyor? 721

Doç. Dr. İpek Betül ALDEMİR TOPRAK

Mirasçılar Arasında Taşınmazın Haksız Kullanımından Doğan
Ecrimisil Tazminatı 757

Doç. Dr. Gülüm BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK

Avrupa Birliği’nin Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Yetkisi,
Düzenlemeleri ve Söz Konusu Düzenlemelerin Türk Hukukuna Etkisi..... 797

Doç. Dr. Remzi DEMİR

Ceza Koşulunu Aşan Zararın Tazmini ve
Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi 821

Doç. Dr. Murat GÜREL / Doç. Dr. Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN

Genel Kurulda Yönetim Kurulu Üyeleri/Müdürler Aleyhine Sorumluluk
Davası Açılması Kararı ve Gündeme Bağlılık İlkesi 859

Doç. Dr. Leyla Müjde KURT

Muris Muvazaasına Dayalı Tapu Sicilinin Düzeltilmesi Davasını
Hangi Mirasçıların Hangi Sıfatla Açabileceği Meselesi 885

Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGİN

Türk Hukuk Devriminin Anayasal Zemini: 1924 Anayasası 907

Doç. Dr. Selin ÖZDEN MERHACI

İlim ve Edebiyat Eserlerinde Değişiklik Yapılmasını Men Hakkı
(FSEK m. 16): Yasal Çerçeve ve Yargı Kararları..... 923

Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY

1961 Anayasasının 114. Maddesinde İdari Yargı Yetkisinin
Sınırlanmasına İlişkin Değişikliklerin Anlamı Üzerine..... 943

Dr. Öğr. Üyesi Erkan AKDOĞAN

Elmasri Olayı ve Uluslararası Ceza Mahkemesiyle
İşbirliği Yükümlülüğü..... 969

Dr. Öğr. Üyesi Ezgi ARSLAN

Petrazycki'nin Psikolojik Kuramının Marksist Yorumunun
Olanaklılığı Üzerine Bir İnceleme 983

Dr. Öğr. Üyesi Özlem BORA

Aile Şirketlerinde Meydana Gelen Uyuşmazlıkların Arabuluculuk
Yöntemi ile Çözümünün Singapur Sözleşmesi Uygulama Alanı
Ekseninde Değerlendirilmesi 1013

Dr. Öğr. Üyesi Esra DEMİR

Teknoloji Düzenlemesi: İnovasyon ve Koruma Hedeflerinin Birlikte
Gerçekleştirilmesinde GDPR Düzenleyici Mekanizmasının İncelenmesi.. 1029

Dr. Öğr. Üyesi Nasıh Sarp ERGÜVEN

Kutup Bölgeleri ve Türkiye 1061

Dr. Öğr. Üyesi Atacan KÖKSAL

5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve
Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında
Kanun'un Yarattığı İçtima Sorunları ve Çözüm Önerileri 1081

Dr. Öğr. Üyesi Işıl Selin TEKDOĞAN BAHÇIVAN

Evrensel “Medeni” Yargı Yetkisi 1103

Dr. Öğr. Üyesi Kübra VAR TÜRK

Uluslararası İklim Yönetişiminden Ulusal Politikaya:
Türkiye’de Denizcilik Sektöründe Karbonsuzlaşma ve Adil Geçiş..... 1131

Dr. F. Betül DAMAR ÇITAK

Ankara Hukukta İdare Hukuku Öğretimi ve İdare Hukukçuları..... 1155

Dr. Oğuz Kaan DOĞAN

1961 Anayasasının Yapımı Esnasında Üzerinde Durulmamış
Bir Çalışma: Dr. Hikmet Kıvılcımlı'nın Anayasa Teklifi 1205

Dr. Burak Hamza ER

Kira Artış Oranına Getirilen Yasal Sınırlamaları Aşmayı Amaçlayan
Sözleşme Tekniklerinin Geçerlilik Sorunu 1221

Dr. Osman Remzi GÜNER

Ödeme Hizmetleri Kapsamında Havale..... 1241

Dr. Süleyman ÖZAR

Resmi Belgede Sahtecilik Suçu 1269

Dr. Utku SARUHAN

Türev Sözleşmelerin Kadim Problemi: Kumar ve Bahis İtirazı
(TBK m. 604/II)..... 1303

Dr. Murat UZUNPARMAK

Anayasa Mahkemesi Kararlarında Retorik: Siyasi Parti Kapatmalarda
Gerekçe Analizi..... 1333

Arş. Gör. Dr. Aslıhan TAŞER

Özel Esaslara Alınma Bakımından Ehliyeteye İlişkin Bir Mahkeme Kararı.. 1369

Arş. Gör. Abdurrahim ÇINAR

Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimi Çerçevesinde
İrade Aranmayan Tıbbi Müdahaleler 1381

Arş. Gör. Büşra ERDEM BAHÇEKAPILI

“Soru: Kadın Hapishanesi? Cevap: İmamevi” Bir Bulmaca Maddesinin
Osmanlı İnfaz Hukuku Çerçevesinde Mekânsal Planlamalara Dair
Düşündürdükleri 1415

Arş. Gör. Ali Haydar GÖKSEL

İmar Uygulama Aracı Olarak Düzenleme Ortaklık Payının Hukuki
Değerlendirilmesi..... 1445

Arş. Gör. Orhan ÖNÇİRAK / Arş. Gör. İrem Betül PEKTAŞ

Ticari Sır Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Konulabilir Mi?..... 1489

Arş. Gör. Zeynep Gamze ÖZKAN / Arş. Gör. Hilal Büşra OSMANLI

Türkiye’de Bir Kurumsal Tahkim Merkezi Örneği: Türkiye Barolar Birliği
Tahkim Merkezi ve Tahkim Kuralları Üzerine İnceleme 1513

Arş. Gör. Barış Can ÖZTÜRK

Taşkın Yapı Halinde Fedakârlığın Denkleştirilmesi 1541

Arş. Gör. Emre Can SİVRİKAYA

Joint Venture’ın Hukuki Niteliği, Benzer Kavramlardan Ayrılması ve
Tasfiyesi..... 1579

Arş. Gör. Merve SİZER

Forum Non Conveniens Doktrininin İş Dünyası ve İnsan Hakları Dostu
Biçimde Uygulanması: *Dyson v. Limbu* Kararı Üzerinden İngiliz
Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi..... 1611

Arş. Gör. Gülce Ecem UÇAR

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5/2 ve Anayasa 19/4 Hükümleri
Bağlamında Özgürlüğünden Yoksun Kılınan Kişinin Bilgilendirilmesi
Hakkının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi
İçtihatları Doğrultusunda Değerlendirilmesi 1629

Birben AYDIN

Yargı Kararları Işığında Yeni Özel Esaslar Uygulaması
(Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 36. Maddesindeki Değişiklik) 1663

Hijrat HUSEYNZADE

Criminal-Legal Aspects of Deceiving Consumers or
Producing and Selling Low-Quality Products 1695

Salih Hakan KASALAK

Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçimi ve
Üyeliğin Sona Ermesi 1715

Berke SANCAK

Uluslararası Deniz Hukukunda Esas Hatların Değişken ya da
Sabit Doğası Üzerine İnceleme..... 1743

Emine Tuğba SEKMEK / Dr. Ümit İlker ÖZCAN

Önalım Davasında Dava Değeri Sorunu Üzerine:
Anayasa Mahkemesi'nin 23.10.2024 Tarihli ve 2021/46030 Başvuru
Numaralı Kararının İncelenmesi..... 1763

Hatice TÜRKER SAĞIR

Anayasanın 10. Maddesi Kapsamında Pozitif Ayrımcılık
Öznelerine Eleştirel Bir Bakış 1799

Ceren Nida YILMAZ

Yargılamada Bilirkişilik Uzmanlık Kodlarının İhmali:
Hukuki Niteliği ve Yeni Bir İtiraz Gerekçesi..... 1835

Fotoğraflar..... 1881

AÇILIŞ YILDÖNÜMÜ ETKİNLİK KONUŞMALARI

Yılmaz TUNÇ
Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanı

Çok Değerli Meclis Başkanımız,
Kıymetli Anayasa Mahkemesi Başkan Vekilimiz,
Önceki Anayasa Mahkemesi Başkanımız,
Değerli Rektör Yardımcımız,
Kıymetli Hukuk Fakültesi Dekanımız,
Barolar Birliği Başkanımız,
Değerli Yargı Mensuplarımız,
Hâkimler ve Savcılar Kurulu Daire Başkanımız ve Üyelerimiz,
Çok Kıymetli Hocalarımız, Akademisyenlerimiz,
Değerli Genç Kardeşlerim, Hukukçularımız, Ankara Hukuklular,
Hanımevendiler ve Beyefendiler,

Hepinizi sevgiyle, saygıyla ve muhabbetle selamlıyorum.

Ankara Hukukun 100. yaşında bu önemli günde aranızda bulunmaktan büyük bir memnuniyet duyduğumu ifade etmek isterim.

Ankara Hukuk, 1925 yılında Cumhuriyetimizin ilk hukuk fakültesi olarak kurulmuştur. Ülkemizin hukuk gelişimi bakımından önemi yadsınamaz. Cumhuriyetle yaşıt olan bu Fakültemiz, adalet teşkilatımıza ve yargı camiamıza çok değerli hukukçular yetiştirmiş; adalet sistemimizin gelişmesinde büyük katkılar sunmuştur.

İstanbul Hukuk daha eski bir geçmişe sahip, Osmanlıdan kalma olsa da Cumhuriyet döneminde tüm hukuk fakültelerimiz hukuk sistemimizin inşasında rol oynamıştır. Ancak Ankara Hukukun başkente yakınlığı, bu süreçte daha etkin bir konumda olmasını sağlamıştır. Benim Mecliste bulunduğum dönemde de özellikle Adalet Komisyonunda görev yaparken Ankara Hukuk Fakültesinin akademisyenlerinden çok yararlandık. Yeni kanunların hazırlanması, mevcut kanunların güncellenmesi süreçlerinde çok kıymetli katkılar sundular. Hukukun inşası sürecinde yasamaya çok büyük

katkısı oldu Ankara Hukuk Fakültesinin. Değerli hocalarımıza ve yöneticilerimize bu vesileyle tekrar teşekkür ediyorum.

Ankara Hukuk, Ankara Üniversitesinin temelini oluşturan yapılardan biridir. 1925’te adliye teşkilatının ihtiyaçlarını karşılamak üzere başlayan bu yolculuk, giderek büyümüş ve bugün Türkiye’nin en köklü hukuk fakülteleri arasında yerini almıştır. Başarısıyla bizleri gururlandırmaktadır. Özellikle hâkimlik ve savcılık sınavlarında elde edilen başarılar dikkat çekicidir. 2023 ve 2024 yıllarında da yüzü aşkın öğrenci mülakatlarda başarılı olarak yargı sistemimize hâkim-savcı yardımcısı olarak katılmıştır. Bu başarı istikrarlı biçimde devam etmektedir.

Adaletin tecellisi son derece önemlidir. Bu yuva, adaleti hakkıyla gerçekleştirecek bireyler yetiştirmektedir. Hukuk devletinin amacı adaletin tecellisidir. “Adalet mülkün temelidir” diyoruz. Adalet, haklı olana hakkını gecikmeksizin vermektir. Hz. Mevlana’nın ifadesiyle, “adalet, her şeyi yerli yerine koymaktır”. Hukukun amacı da budur: Adaleti gerçekleştirmek. Bu amaç doğrultusunda kullanılacak araçlar önemlidir. Kanunlar bu araçlardan biridir. Kanunlar değişir; ancak hukuk ve adalet değişmez. Kanunlar, yeni ihtiyaçlara göre uyarlanarak adaletin en doğru şekilde tecelli etmesini sağlar.

Hukuk Fakültemizin 100. yılında düzenlenen “21. Yüzyılda Hukukun Dönüşümü” kapsamında gerçekleştirilen paneller ve sempozyumlar bu açıdan çok değerlidir. Dijital teknolojiler, yeni suç tipleri, ticaretin gelişmesi, nüfus hareketleri gibi faktörler yeni sorunları ve dolayısıyla yeni mevzuat ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır.

Ülkemiz, mevzuatın yenilenmesi konusunda son çeyrek asırda önemli mesafeler katetmiştir. Temel kanunlarımız yenilenmiş, yargı paketleri ve reform stratejileriyle sürekli bir güncelleme süreci yürütülmüştür. Bu çalışmaların tamamında hukuk fakültelerimizin, özellikle Ankara Hukukun katkısı büyüktür.

Sadece mevzuatın yenilenmesi ihtiyaca cevap vermez. Adaletin tecellisinde fiziki imkânlar, yeni adliye binaları, dijital altyapılar önemlidir ancak en önemli unsur insan kaynağıdır. Hâkimlerimiz, savcılarımız ve yargının kurucu unsurlarından olan avukatlarımızın hem nitelik hem nicelik bakımından güçlü olmasını isteriz. Bu nedenle yargıda insan kalitesini arttırmaya yönelik tedbirlerimiz var. Bu insan unsurunun kaynağı da hukuk fakültelerimizdir. Hukuk eğitimindeki kalite, hayatî bir konudur.

Hukuk fakültelerimizin öğrencileri en iyi şekilde yetişebilmesi için hocalarımız büyük gayret göstermektedir. Fakülte sayısının artması kaliteyi koruma ihtiyacını doğurmuş; bu nedenle çeşitli tedbirler alınmıştır. Bu yıl hukuk fakültelerinin kontenjanları %50 oranında azaltılmış, 14.000'lerden 10.000'in altına düşürülmüştür. Devlet üniversitelerinde ilk 37.000'e giren öğrencilerimiz hukuk fakültelerine yerleşebilmiştir. Ankara Hukuk ise yaklaşık 2400 sıralamasında kapanmıştır. Hedefimiz, ilk 100.000'e giren öğrencilerin hukuk fakültelerine kaydolabilmesidir. Bu konuda karar YÖK tarafından alınmış, Danıştay kararı nedeniyle bu yıl uygulanamamış olsa da önümüzdeki yıldan itibaren yürürlüğe girecektir.

Gayemiz, en başarılı öğrencilerin hukuk fakültelerine girmesi ve sadece kanun ezberleyen değil hukuk nosyonu, adalet duygusu ve vicdan sahibi hukukçuların yetişmesidir. Hukuk fakültelerindeki kalitenin artırılması için ayrıca müfredatın çağın gereklerine uygun hâle getirilmesi, yeni derslerin eklenmesi, kaliteyi artırmaya yönelik önemli çalışmalar da mevcuttur. YÖK'ün çalışmaları da bu yönde değerlidir. Özellikle, meslek yüksekokullarından dikey geçişin ve ikinci öğretimin kaldırılması, kontenjanların azaltılması da bu çabanın bir parçasıdır.

Hukuk mesleklerine giriş sınavı da üç dönemdir uygulanmaktadır. Bu uygulamanın henüz başındayız. Öğrencilerimizden sınavın kaldırılması değil, daha etkili hâle getirilmesi yönünde öneriler gelmektedir. Sınavın sadece test ve kanun ezberine dayanmaması gerektiğini düşünüyoruz. Hukuk nosyonunu ölçen bir sınav olmalı; bu konuda akademisyenlerimizin desteğiyle çalışmalar sürmektedir. Hocalarımızın, YÖK'ün ve ÖSYM'nin desteğiyle bu sınavın nitelikli hukukçu yetiştirmeye daha iyi hizmet etmesi yönünde geliştirilmesi için çalışıyoruz.

Hâkim ve savcı yardımcılığı sistemi de önemli bir yeniliktir. Hâkim-savcı adaylığı kaldırılmış; yerine bir yıl Adalet Akademisinde, iki yıl tecrübeli hâkim ve savcılarının yanında usta-çırak ilişkisiyle devam eden üç yıllık bir model getirilmiştir. Bu sayede kürsüye çıkan genç hukukçular daha donanımlı olacaktır.

Ankara Hukuk Fakültesi, yargı teşkilatımızın insan kaynağını oluşturan en önemli akademik kurumlardan biridir ve diğer fakültelere de örnek olmaktadır. Adalet Bakanlığıyla birçok alanda iş birliği yürütülmekte, hocalarımız uygulamada büyük katkı sunmaktadır. Bu vesileyle değerli Dekanımıza ve hocalarımıza teşekkür ediyorum. Ankara Hukuk, ülkemizin hukuk inşasında çok önemli bir yere sahiptir. İstanbul Hukuk ve diğer

fakültelerimiz gibi... Burada eğitim gören öğrencilerimiz şanslıdır. Otuzdan fazla profesörü, çok sayıda doçenti ve yetkin akademik kadrosuyla güçlü bir fakültedir.

Biz öğrencilik yıllarımızda İstanbul Hukukta okurken Ankara Hukuk hocalarının eserlerinden de yararlanırdık. Ankara Hukukun daha sistematik olduğunu söyleyebilirim. İstanbul Hukuk daha çok savunma mesleğine; Ankara Hukuk ise kürsü mesleğine daha fazla ağırlık verir. Her iki fakültemiz de iddia, savunma ve hüküm makamları bakımından yargı teşkilatımıza büyük katkı sunmuştur. Sonraki hukuk fakültelerimiz de büyük bir gelişme göstermiştir. Bugün Anadolu’da açılan hukuk fakülteleri de zamanla gelişecek ve akademik kadroları güçlenecektir. Hukuk fakültelerinin kalitesi arttıkça yargı sistemimizin kalitesi de artacaktır. Bu konuda Ankara Hukuk öncü bir rol üstlenmektedir.

Bu önemli günde, 100. kuruluş yıl dönümünde bizi ağırladığınız için Rektör Hocamıza, Rektör Yardımcımıza ve Dekanımıza teşekkür ediyorum. Türkiye Yüzyılını inşallah adaletle inşa edeceğiz. Terörsüz bir Türkiye’yi birlikte kuracağız. Üniversitelerimiz bilginin üretildiği yerlerdir. Ankara Üniversitesine temel teşkil eden hukuk fakültemiz, ülkemizin eğitim kalitesinin yükselmesine büyük katkı sağlamıştır. Cumhuriyetimizin kurucusu Gazi Mustafa Kemal Atatürk’ün direktifleriyle kurulan bu Fakülteye emek veren herkese teşekkür ediyoruz. Buradan yetişecek genç hukukçularımıza başarılar diliyoruz. Onların, Türkiye Yüzyılının inşasında hakkaniyet ve adaletten ayrılmadan görev yapacaklarına yürekten inanıyorum. Milletimizin memnuniyeti, Cumhuriyetimizin ve demokrasimizin güçlenmesi, Türkiye’nin dünya liderliğine yürüebilmesi adına büyük başarılar elde edeceklerdir.

Ankara Hukuk Fakültesi’nin 100. yılı kutlu olsun. Nice yüzyıllara...

Hepinizi sevgiyle ve saygıyla selamlıyorum.

05.11.2026

Prof. Dr. Necdet ÜNÜVAR
Rektör

*Çok Kıymetli YÖK Yürütme Kurulu Üyemiz,
Kıymetli Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Rektörümüz,
Yüksek Yargı Mensupları
ve Hukuk Camiasının Birbirinden Seçkin Üyeleri, Değerli Katılımcılar,*

Hepinizi saygıyla ve muhabbetle selamlıyorum.

Öncelikle bir asırlık Ankara Hukukun kuruluş yıldönümünün kutlandığı bugün bizimle olduğunuz için gönülden şükranlarımı sunarak sözlerime başlamak istiyorum. Ankara Hukukun 100. kuruluş yıldönümü kutlu olsun!

5 Kasım 1925'te kurulan Ankara Hukuk Fakültesi, 100 yıldır dimdik ayakta durarak binlerce hukukçu yetiştirmiştir. Türkiye'nin bugünkü hukuki mevzuatının temelinde Ankara Hukukun çok önemli bir rolü vardır. Bu fakülte hem geçmişle hem de geleceğe yetiştireceği kıymetli hukukçularla ülkemizin güzide kurumlarından biridir. Bu yüzden Ankara Hukuku çok ama çok önemsiyoruz.

Ankara Üniversitesi hem ecdat yadigârı hem de ata yadigârı yönü olan bir üniversitedir. Ecdat yadigârı olan yönünde; 1842'de kurulan Veteriner Fakültesi, 1846'da kurulan Ziraat Fakültesi ve 1859'da kurulan Mekteb-i Mülkiye bulunmaktadır. Bunlar Cumhuriyet'ten önce kurulan ve bize miras kalan çok kıymetli okullardır.

Ata yadigârı yönünde ise Cumhuriyet'in ilanından sonra kurulan fakülteler yer alır. Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün ya bizzat ismini koyduğu ya açılışına katıldığı ya da Hukuk Fakültemizde olduğu gibi o müesseseyi kuşat ederken duyduğu saadeti ifade ederek önemine özellikle vurgu yaptığı, övdüğü kurumlar yer alır. Bunlar arasında Hukuk Fakültesi, Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi bulunmaktadır. 1936'da kurulması planlanan Tıp Fakültesi ise 1945'te açılmıştır. Bu açıdan Ankara Üniversitesi hem ecdat hem de ata yadigârıdır.

Hukuk Fakültesi de 1925'te "Adliye Mektebi" olarak kurulmuş, 1927'de fakülte sıfatını kazanmıştır. Cumhuriyet döneminde fakülte unvanı alan ilk fakültedir ve ilk derslerini Meclis binasında yapmıştır. O dönemde zabıt

kâtiplerinin dersleri kaydedip öğrencilere teksir olarak dağıttığı söylenir. Bu kadar önemli, köklü ve saygın bir fakülteye sahip olmak bizim için gurur vesilesidir.

Hukuk, hayatımızın temel gerçeklerinden biridir. Gelişmenin, kalkınmanın, huzur ve refah içinde yaşamının en önemli unsurlarından biri hukuktur. Bu nedenle hukuk fakülteleri hiçbir zaman güncelliğini kaybetmeyecek, her zaman önemini koruyacaktır.

Hukuk Fakültemizin sadece geçmişteki başarıları ile övünmüyor, geleceğe de iyi hukukçular yetiştirmesine gayret ediyoruz. Bu da hala hüsnü kabul görüyor. Bugün Ankara Hukuk, en başarılı öğrencilerin geldiği fakültedir. En son 2462. sıradan öğrenci almıştır. Bu hem övünç hem sorumluluk meselesidir. Bu, milyonlarca öğrenci arasında en başarılı gençlerin bize emanet edildiği anlamına gelir. Bu emanete sahip çıkmak hepimizin görevidir. Öğrencilerimizin en iyi şekilde yetişmesi için hocalarımızın gösterdiği gayreti de yakından biliyorum.

Amacımız, çağımızın gerektirdiği ve ülkemizin ihtiyaç duyduğu nitelikli hukukçuları yetiştirmektir. Yeşil vatani, mavi vatani ve ülkemizin tüm değerlerini koruyacak, geliştirecek hukukçular yetiştirmek için çalışıyoruz.

Bu duygularla, Ankara Hukuk'un 100. yılını kutluyor; nice yeni asırları çok daha büyük başarılarla karşılamayı temenni ediyorum. Bütün konuklarımızı, öğrencilerimizi ve öğretim üyelerimizi sevgi, saygı ve muhabbetle selamlıyorum.

Hayırlı uğurlu olsun, nice yüzyıllara.

07.11.2026

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Dekan Vekili

Sayın Adalet Bakanım,
Sayın Önceki Anayasa Mahkemesi Başkanım,
Sayın Türkiye Barolar Birliği Başkanım,
Sayın Anayasa Mahkemesi Başkanvekilim ve Üyelerim,
Sayın Adalet Bakan Yardımcılarım,
Sayın Yargıtay Üyelerim,
Sayın Hakimler ve Savcılar Kurulu 1. Daire Başkanım ve Üyelerim,
Sayın Ankara Cumhuriyet Başsavcım,
Sayın Rektör Yardımcılarım,
Değerli Dekanlarım,
Kıymetli Meslektaşlarım,
Sevgili Öğrencilerim,
Saygıdeğer Konuklar,
Kıymetli Basın Mensupları,
Hanımefendiler, Beyefendiler,

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 100. Kuruluş törenine hoş geldiniz, şeref verdiniz...

Bu mutlu ve gururlu günümüzde bizimle bir arada olduğunuz için şükranlarımı sunuyor, konuşmama başlamadan önce hepinizi sevgi ve saygı ile selamlıyorum.

100 yıllık çınar olan Ankara Hukukun kuruluşundan bugüne marka olmasını sağlayan ve aramızdan ayrılan tüm Hocalarımıza ve idari personelimize Allah'tan rahmet diliyorum. Bu çerçevede yakın bir zamanda vefat eden *Prof. Dr. Turgut Akıntürk, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın, Prof. Dr. Yahya Kazım Zabunoğlu, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz, Prof. Dr. Turhan Esener, Prof. Dr. Eralp Özgen, Prof. Dr. Cahit Can, Prof. Dr. Özcan Çelebican, Prof. Dr. Gürkan Çelebican, Prof. Dr. Tuncer Karamustafaoğlu, Doç. Dr. Selahattin*

Keyman, Prof. Dr. Nevzat Toroslu, Prof. Dr. Şakir Tuğrul Ansay, Prof. Dr. Hasan Seçkin Ozanoğlu, Prof. Dr. Veysel Başpınar, Prof. Dr. Turgut Turhan, Prof. Dr. Ergun Özbudun, Prof. Dr. Ömer İlhan Akipek, Prof. Dr. Uğur Alacakaptan ve Prof. Dr. Ahmet Mumcu'yu kaybetmenin büyük bir üzüntüsü içindeyim. Vefat eden tüm hocalarımızın fakültemizin yüzyıllık birikiminde yeri doldurulamaz emek, çaba ve eserleri bulunmaktadır. Fakültemizin bugün var olan hukuk fakültelerinin amiral gemisi olmasında çok önemli hizmetler ve eserler ortaya koymuşlardır. Bu itibarla tüm hocalarımızı bir kere daha rahmet, minnet ve saygıyla anıyorum. Fakültemizde akademik olarak unutulmaz emek ve hizmetleri olup, emekli olan ve hayatta bulunan tüm Hocalarımıza bundan sonrasında sağlıklı ve huzurlu bir yaşam diliyorum.

Bugünün bizler için anlam ve önemini ifade edebilmek adına sözlerime, 100. yaşını kutladığımız Fakültemizin kuruluş günleri ve tarihçesinden bahsederek başlamak istiyorum.

Ankara'da modern bir hukuk okulu kurulma fikri 1921 yılına kadar gitmektedir. İlk defa Gazi Mecliste Kastamonu Milletvekili Abdülkadir Kemali tarafından verilen teklifle bu fikir somutlaşmıştır. Hatta o dönemin Adalet Bakanı olan Refik Şevket İnce tarafından da bu zorunluluk ifade edilmiş; yalnız Milli Mücadele yılları içindeki imkânsızlıklar, bu teklifin yaşama geçmesini engellemiş, ileride avdet edilmesi kaydıyla yapılan teklif ertelenmiştir.

O zamanlarda var olan İstanbul Hukuk Fakültesi çok az mezun vermekteydi. Ayrıca adli istiklalimizin sağlanması için Cumhuriyet felsefesiyle yetişmiş aydın hukukçulara ihtiyaç duyulmaktaydı.

1925 yılına gelindiğinde, yeni bir hukuk fakültesi kurulması için Adalet bütçesine eklenmesi gereken ödenek dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt tarafından konmuştur. Her ne kadar bu öneri Bütçe Komisyonu tarafından reddedilse de, Meclisin 22 Şubat 1925 tarihli toplantısında Mahmut Esat'ın, “*MERKEZ-İ CUMHURİYETTE BULUNUYORUZ. BİR MEKTEB-İ HUKUKA BEHEMAHAL İHTİYAÇ VARDIR. YAPILACAK TEDRİSATTAN BU MUHİT DE İSTİFADE EDECEKTİR, YALNIZ TALEBE DEĞİL; DÜNYANIN EN GÜZEL İNKILABINI YAPMIŞ BİR MEMLEKETTE ASRIN HUKUKİYATI OKUNMAZ OLUR MU? BİRAZ DA İSTANBUL'UN ETTİĞİ İSTİFADE KADAR ANADOLUMUZ DA MAARİFTEN HİSSEMEND OLSUN*” sözleri ve çabalarıyla Fakültemizin kurulma fikri Mecliste kabul edilerek filizlenmiştir.

Öte yandan müesseseye “Anadolu Hukuk Mektebi” adının verilmesi, Malatya'da/Kayseri'de açılmasıyla ilgili tekliflerden müzakereler sonucunda

vazgeçilmiş ve “Ankara Hukuk Mektebi” adıyla Ankara’da yatılı bir okul açılması kararlaştırılmıştır.

Görülüyor ki o gün hoca, bina ve bütçe konularındaki zorluklardan ve kötümserliklerden bahseden mebusları, Mahmut Esat Bozkurt şahsi gayretleriyle ikna edebilmiştir. O gün başka biri Adalet Bakanı olsa idi, bu kuruluş kim bilir kaç yıl daha gecikmiş olabilirdi.

Yatılı bir Adliye mektebi kurulurken üzerinde en çok düşünülmesi gereken husus, bina meselesi idi. Dershane, yemekhane ve yatakhane olacak; mektebi idare edeceklerle, memur ve müstahdemleri içinde alacak vasıfta bir binaya ihtiyaç vardı. Dönemin imkânsızlıklarında Adalet Bakanlığı, Merkez Postanesi arkasındaki sokakta o zaman yeni yaptırılan 10 odalı bir evi, fakültenin ilk yatakhane olarak 4500 liraya kiralamıştır.

Derslerin okutulacağı bina içinse arayışlar sürmekteydi. Yeni merkez postane binasının bitmesi üzerine eski postane binası tahliye edilmişti. Dönemin Bahriye vekili İhsan Bey tarafından bu bina Bahriye Vekâleti için kullanılmak istense de, yine Mahmut Esat BOZKURT’un çabalarıyla Başbakan İsmet İnönü tarafından ahşap 2 katlı bu binanın Fakülteye tahsisi kararlaştırılmıştır.

11 profesörle eğitim-öğretim hayatına başlayan Fakültemizin öğretim elemanı sayısı zamanla 20’lere çıkmıştır.

Seneler ilerledikçe öğrenci sayısının artmasıyla hem derslik ve kütüphane hem de yatakhane ihtiyacı artmıştı. Fakülte binası olarak daha derli toplu bir binaya ihtiyaç olduğu muhakkaktı. Aynı zamanda mecliste bütçe komisyonu başkanı olan İdare ve Amme Hukuku hocamız Mustafa Şeref Özkan ile Maliye hocası Hasan Saka böyle bir bina için bütçeye ilk ödeneği koydurmışlardır.

“İstikbalin Üniversite sitesi” olarak kabul edilen Cebeci’de şu an içinde bulunduğumuz bu özlenen binaya kavuşmak bu sayede mümkün olmuştur. Fakültemiz 1941 yılında mimarlığını ve müteahhitliğini Abdullah Ziya Kozanoğlu’nun yaptığı Cebeci Yerleşkesindeki binasına taşınmış, binanın yapımı 1946 yılında tamamlanmıştır. Bu zamana kadarsa ilk TBMM binasında eğitim-öğretim yürütülmüştür.

Sayın Adalet Bakanım,

Saygıdeğer Konuklar,

Bugün Hukuk Fakültemizin 1 asırlık mazisini coşku ve heyecanla kutlamaktayız.

Cumhuriyetimizin ilk yükseköğrenim kurumu olan Ankara Hukuk, 5 Kasım 1925 tarihinde bizzat Cumhuriyetin kurucu lideri Mustafa Kemal ATATÜRK tarafından 1. TBMM Binası Genel Kurul Salonu'nda açılmıştır. Konuşmasında Ankara Hukuk Mektebi'nin kuruluş iradesi ve misyonu, *“BUGÜNKÜ HUKUKİ FAALİYETLERİMİZİN ESBABINI İZAH ETMİŞ OLUYORUM ÜMİDİNDEYİM. BÜSBÜTÜN YENİ KANUNLAR VÜCUDA GETİREREK ESKİ ESASAT-I HUKUKİYEYİ TEMELİNDEN KAL'ETMEK TEŞEBBÜSÜNDEYİZ. VE YENİ ESASAT-I HUKUKİYLE ELİFBASINDAN TAHSİLE BAŞLAYACAK BİR YENİ HUKUK NESLİNİ YETİŞTİRMEK İÇİN BU MÜESSESATI AÇIYORUZ. BÜTÜN BU İCRAATTA MESNEDİMİZ MİLLETİN İSTİDAT VE KABİLİYETİ VE İRADE-İ KATİYESİDİR”* şeklinde ifade edilmiştir. Bu itibarla Fakültemizin, Türk inkılabının ve medeniyetinin ruhuna uygun öğretimde bulunarak ülkemize faydalı olması temenni edilmiştir.

Atatürk aynı konuşmada öğrenci ve hocalara hitaben, *“YENİ TÜRK İÇTİMAİ HAYATININ BANİ VE MÜEYYİDİ OLMAK İDDİASIYLA TAHSİLE BAŞLAYAN SİZLER, CUMHURİYET DEVRİNİN HAKİKİ HUKUK ÂLİMLERİ OLACAKSINIZ. BİR AN EVVEL YETİŞMENİZİ VE MİLLETİN ARZUSUNU FİİLEN TATMİNE BAŞLAMANIZI MİLLET SABIRSIZLIKLA BEKLEMEDİR. SİZİ YETİŞTİRECEK OLAN PROFESÖRLERE TERETTÜP EDEN VAZİFEYİ HAKKIYLA İFA EDECEKLERİNE EMİNİM”* diyerek Fakültemize verdiği değeri ve önemi ortaya koymuştur.

Konuşmasının sonunda, *“CUMHURİYETİN MÜEYYİDESİ OLACAK BU BÜYÜK MÜESSESENİN KÜŞADINDA HİSSETTİĞİM SAADETİ HİÇBİR TEŞEBBÜSTE DUYMADIM VE BUNU İHZAR VE İFADE ETMEKLE MEMNUNUM”* diyerek veciz ve belîğ biçimde açılış nutkuna son vermiştir.

Fakültemiz 1940 yılına kadar Adalet Bakanlığına bağlı kalmış, 1940 yılındaki bir kanunla Milli Eğitim Bakanlığı'na devredilmiştir. Bu devir sonrasında eğitim süresi 3 yıldan 4 yıla çıkmış, İstanbul Hukuk ile Ankara Hukukun ders müfredatında bir fark kalmaması sağlanmıştır.

1946 yılındaki Üniversiteler Kanunu ile üniversite ve fakültelerin bağımsızlığı kanunlaşmıştır. Ve Fakültemiz Ankara Üniversitesi çınarına bağlanarak, onun ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir.

Sayın Adalet Bakanım,

Saygıdeğer Konuklar,

Henüz Türkiye Cumhuriyeti 2 yaşında iken başkentte Ankara zihniyetiyle, bundan tam 100 yıl önce kurulan asırlık fakültemiz, gerçekleştirilen hukuk devriminin hedefleri doğrultusunda çağdaş ve vatansever hukukçular yetiştirmiş ve yetiştirmeye devam etmektedir.

İlk mezunlarımızı verdiğimiz 1928 yılından bugüne hukuk dünyasına ve adalet sistemine nitelikli hukukçular kazandırdık. Hatta Fakültemizden (1) numaralı diplomayı alarak mezun olan Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu Fakültemizde Dekanlık ve Üniversitemizde Rektörlük görevlerini yürütmüştür. Kuruluşumuzdan bu yana Cumhurbaşkanı, Başbakan, TBMM Başkanı, Bakanlar, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay Başkanları ve Yüksek Mahkemelerin üyelerini yetiştirmenin haklı onurunu ve gururunu yaşıyoruz. Halen de bürokraside ve özellikle yargının her alanında ve ülkemizin her coğrafyasında Ankara Hukuk mezunları adaletin dağıtımında görev yapmaya devam etmektedirler.

Ankara hukuklu olmak bir ayrıcalıktır. Ankara Hukuk'ta akademik personel, idari personel ve öğrenci olmak, bu köklü kuruma aidiyet duymak bir onur ve kıvanç vesilesidir. Sayıları artan Hukuk Fakültelerinde eğitim-öğretim açısından maalesef nitelik sorunu yaşanmaktadır. Ankara Hukuk olarak bizler, nitelikli eğitim-öğretim verme yarışının bayraktarlığını üstlenmiş durumdayız. Bunun için tüm akademisyenlerimiz öğrencilerine birikimlerini ve tecrübelerini aktarmaya gayret etmektedir. Türkiye'deki birçok Hukuk Fakültesinin hem kuruluş aşamasında hem de eğitim-öğretim sürecinde katkı sağlayan ve sağlamaya devam eden Ankara Hukuk, hukuk fakültelerinin amiral gemisidir.

Sayın Adalet Bakanım,

Saygıdeğer Konuklar,

Fakültemizle ilgili bazı sayısal verileri sizlerle paylaşmak isterim. Türkçe lisans hukuk programımızda toplamda 2485 öğrencimiz bulunmaktadır. 2025-2026 Eğitim-öğretim yılı için 205 öğrenci kayıt yaptırmıştır. 2025 yılı YKS sonuçlarına göre Fakültemize normal kontenjandan yerleşen sonuncu öğrencinin Türkiye başarı sıralaması 2462'dir. Bu yıl alınan kararla öğrenci kontenjanlarının azaltılmasının çok isabetli bir adım olduğunu ifade etmek isterim. Bu itibarla eğitim-öğretim faaliyetlerimizi çok daha nitelikli biçimde yürüteceğiz. 2025-2026 Eğitim öğretim yılında 543 öğrencimizi mezun etmenin haklı gururunu yaşadık.

Türkçe lisans programımızın yanında, uluslararasılaşma hedefinin bir gereği olarak Türkiye’de %100 İngilizce Lisans Programını açan ilk Fakülte olmuştuk. Geçtiğimiz akademik yılın sonunda bu programdan ikinci mezunlarımızı verdik. Halihazırda bu programdaki toplam öğrenci sayımız 81’dir.

Sayın Adalet Bakanım,

Saygıdeğer Konuklar,

Konuşmamız başında ifade ettiğim üzere, Fakültemizin kuruluşunda bize yüklenen sorumluluk ve vizyon ile bilimsel faaliyetlerimizi sürdürmekteyiz. Fakültemizde eğitim-öğretim faaliyeti, 32 profesör, 24 doçent ve 17 Doktor Öğretim Üyesi olmak üzere toplam 73 öğretim üyesi ile 27 Araştırma Görevlisi ve 2 Öğretim Görevlisi olmak üzere toplam 102 öğretim elemanı ile yürütülmektedir.

Son 5 yıl içinde toplam 10 profesör, 12 doçent, 15 doktor öğretim üyesi, 8 araştırma görevlisi ve 1 öğretim görevlisi olmak üzere toplam 46 akademik personelin ataması gerçekleştirilmiştir. Akademik kadromuzun güçlenmesi adına Sayın Rektörümüzün göreve başladığı günden bugüne verdiği destekten ötürü şükranlarımı sunuyorum.

Fakültemiz, hukukçu temel nosyonunun oluşturulmasını sağlayan zorunlu derslerin yanında, günümüzün gelişen ve karmaşıklaşan sorunlarına çözüm bulmayı amaçlayan zengin bir seçimlik ders havuzuna da sahiptir. Bu sayede öğrencilerimize henüz öğrencilik yıllarından başlayarak pratik sorunlara çözüm sağlayabilecekleri imkan ve araçlar sağlanmaktadır.

Eğitim kalitemiz ve öğrencilerimizin nitelikleri Fakültemizin yerini ve konumunu benzersiz hale getirmektedir. Bu durum Ankara Hukuk mezunlarının sınavlarda gösterdiği başarılarla da perçinlenmektedir. Nitekim birçok hukuk fakültesinin eğitim kalitesinin sorgulandığı Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı (HMGS) sınavlarında, mezunlarımız ve Fakültemizin başarısı göğsümüzü kabartmaktadır. Açıklanan sonuçlara göre tüm hukuk fakültesi mezunlarının 2025 yılı Nisan ayında yapılan HMGS’deki başarı oranı yaklaşık %42’dir. 9336 mezun sınava girmiş ve sonuçta 3901 kişi başarılı olmuştur. Başarılı olanlar sıralamasında da Ankara Hukuklular en ön sıralardadır.

Sayın Adalet Bakanım,

Saygıdeğer Konuklar,

Cumhuriyetimizin ikinci yüzyılına ve Türkiye Yüzyılına gurur ve heyecanla koştığımız şu günlerde, ülkemizin sivil bir Anayasa'ya olan ihtiyacı herkesin malumudur. TBMM'deki bütün siyasi partilerin uzlaşısıyla oluşturulacak ve milletimizin bu yöndeki haklı beklentilerini karşılayacak özgürlükçü bir Anayasa'yı bizler de arzulamaktayız. Bununla birlikte bu konudaki kanaatimi de beyan etmek isterim. Anayasamızın ilk 4 maddesinin; Devletimizin kuruluş kodları ve temel norm olduğu ve tartışmaya kapalı olduğu açıktır. Cumhuriyetimizin temel niteliklerini ve kuruluş felsefesini yansıtan bu hükümlerin olumlu ya da olumsuz yönde değiştirilmesi yönündeki yaklaşımın Anayasa'ya açıkça aykırı olacağını ve asli kurucu iktidar işlemi niteliğinde sonuçlar doğuracağını ve böyle bir yaklaşımın da Anayasayı ihlal niteliğinde olacağı kanaatindeyim.

Bugün 100. Kuruluş Yıldönümünü kutladığımız Fakültemizde, asırlık geçmişimize ve bilimsel niteliğimize yakışır biçimde “21. YÜZYILDA HUKUKUN DÖNÜŞÜMÜ SEMPOZYUMU”na da ev sahipliği yapmanın da gururunu yaşıyoruz. 3 Kasım'da başlamış olup 7 Kasım'a kadar devam edecek olan bu bilimsel sempozyumda, 40'tan fazla oturumda, çok farklı disiplinlerde, alanında uzman Türk ve yabancı bilim insanlarının kıymetli sunumlarına ev sahipliği yapacağız.

Bu vesileyle 5 gün boyunca sürecek sempozyuma tebliğleriyle katkı sağlamış ve sağlayacak tüm konuklarımıza katılımları ve çalışmaları için teşekkür ediyorum.

Sözlerime son vermeden önce **Sevgili Öğrencilerime** seslenmek istiyorum.

Sizler Türkiye'nin en iyi Hukuk Fakültesini tercih eden şanslı kişiler arasındasınız. 4 yıllık eğitim sürecince iyi birer hukukçu olmanız için Hocalarımız tüm birikimlerini sizlere aktaracaktır.

Hukukçu olmak için eğitim alırken bazı değerleri ve ilkeleri içselleştirmeniz gerekecektir. Bu bağlamda mutlaka demokrasiyi, hukuk devletini benimseyin. Hukukun üstünlüğünü savunan ve vatansever hukukçular olun. Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korumak asli göreviniz olsun. Yargı erkini kullanan kişiler olduğunuzda tarafsız, bağımsız ve adil olun. Ancak Cumhuriyetin nitelikleri konusunda Anayasanın 2. Maddesi anlamında demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti ve vatanseverlik konusunda taraf olunuz, bu ilkeler rehberiniz olsun. Erdemli hukukçular olacağınıza olan inancım tamdır.

Sayın Adalet Bakanım,

Saygıdeğer Konuklar,

Sözlerime son verirken, 100 yıldır olduğu gibi bundan sonra da hukukun üstünlüğüne, hukuk devletine ve Cumhuriyet değerlerine inanan ve bu değerleri savunacak hukukçular yetiştirmeye, “Ankara’da hala hâkimler var” diyecek ve Cumhuriyetin müeyyidesi olacak genç hukukçular yetiştirmeye devam edeceğiz. “Bırakın adalet yerini bulsun, isterse kıyamet kopsun” diyen Cumhuriyet hukukçularını yetiştirmeyi sürdüreceğiz. Adalet bayrağını Türkiye’nin her yerinde dalgalandırmaya devam edeceğiz. Ve içinde bulunduğumuz bu asırlık çınarın, nice 100 yıllara erişmesi için elimizden gelen bütün emekleri vereceğiz.

100. Kuruluş yıldönümümüzde bizlerle birlikte olduğunuz için hepinize en içten teşekkürlerimi sunuyorum. Hepinizi saygı, sevgi ve hürmetle selamlıyorum.

YAŞASIN TÜRKİYE CUMHURİYETİ!

YAŞASIN ASIRLIK ANKARA HUKUK!

07.11.2026

**AÜHF 2025-2026 ÖĞRETİM YILI
AÇILIŞ DERSİ**

BİR ASRIN EŞİĞİNDE: ADALETİN GÜVENCESİ BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ YARGI

Prof. Dr. Ejder YILMAZ*

Değerli Meslektaşlarım, Sevgili Öğrenciler ve Saygıdeğer Katılımcılar,

Sizleri ayrı ayrı olmak üzere, en içten saygı ve sevgilerimle selamlıyorum.

Fakültemizin Kuruluşunun 100 üncü yılı münasebetiyle sizlere hitap edebilme olanağı verdikleri için Fakülte Dekanlığı'na teşekkürlerimi sunmak isterim.

Konuşmama, bundan tam 100 yıl önce Mustafa Kemal Atatürk'ün, Ankara Hukuk Mektebi'nin açılışı sebebiyle, 5 Kasım 1925'te, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde verdiği, **kuruluş amacı ve öğrencilerle öğretim üyelerinin görevlerinin** ne olduğu konusunu açıklayan Söylev'i ile başlamak istiyorum.

Atamız bu Söylev'ine, bugünkü Türkçemizle şu cümlelerle başlamıştır:

“Cumhuriyetin yönetim merkezinde bir Hukuk Okulu açmak vesilesiyle bugünkü toplantımız hazırlanmış bulunuyor. Bugün tanık bulunduğumuz olay, yüksek memur ve uzman bilginler yetiştirme girişiminden daha büyük bir önemi haizdir. Yıllardan beri süren Türk Devrimi, varlığını ve zihniyetini toplumsal yaşamın temeli olan yeni hukuk esaslarında saptamak ve güçlendirmek çaresine inanmıştır.”

Söylev'in daha sonraki kısmında, yeni oluşturulan Devlet'in (Cumhuriyetin) dinsel ve mezhepsel bağ yerine, Türk Milliyetçiliği bağı üzerine kurulduğu; yeni Devlet yönetiminde çıkarılacak **bütün kanunların**,

* Saygıdeğer Hocamız, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1971'de mezun olduktan sonra 1972'de aynı Fakülte'nin Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Kürsüsü'ne asistan olarak atanmış ve 2011 yılında kendi isteğiyle emekli olmuştur. Hocamızın akademik ve meslekî çalışmaları hakkında bkz. Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara 2015.

güncel Dünya'nın ihtiyaçlarını karşılaması ve yeni gelişmeler çerçevesinde devamlı olarak değiştirilmesi gerektiği vurgulanmış ve şu ifadeler kullanılmıştır:

“Şimdi ortaya çıkan bu büyük eserin anlayışını, gereksinmelerini tatmin edecek yeni hukuk esaslarını ve yeni hukukçuları var etmek için girişimde bulunma zamanı gelmiştir. Sanırım ki, Ankara Hukuk Mektebi ile Cumhuriyet Hukukunu; yalnız şeklen ve kelime anlamıyla değil, bilinçsel ve anlamsal niteliği ile, kanunlarda yer alacak ve hukukçularıyla açıklayacak ve savunacak tedbirleri almaya girişmiş bulunuyoruz. Cumhuriyet Türkiye'sinde eski yaşam kuralları, eski hukuk yerine yeni yaşam kurallarının ve yeni hukukun geçmiş bulunması, bugün hiç duraksamadan kabul edilecek bir olup-bittidir. Bu olup-bitti sizin kitaplarınızda ve uygulanma değeri olacak kanunlarınızda belirtilecek ve açıklanacaktır”.

“Büsbütün yeni kanunlar yaparak eski hukuk esaslarını temelinden ortadan kaldırmak girişimindeyiz. Ve yeni hukukun esasları ile alfabesinden öğrenime başlayacak bir yeni hukuk kuşağını yetiştirmek için bu kuruluşları açıyoruz”.

Söylev'in son kısmında, **doğrudan doğruya öğrencilere seslenilerek** şöyle denilmiştir:

“Öğrenci Efendiler,

Yeni Türk toplum yaşamının kurucusu ve güçlendiricisi olmak amacı ile öğrenime başlayan sizler, Cumhuriyet döneminin gerçek hukuk bilginleri olacaksınız. Bir an önce yetişmenizi ve Millet'in isteğini yerine getirmeye başlamanızı Millet sabırsızlıkla beklemektedir. Sizi yetiştirecek olan profesörlerin, üzerlerine düşen görevi hakkıyla yerine getireceklerine eminim. Cumhuriyetin koruyucusu/güçlendiricisi olacak bu büyük kuruluşun açılışında duyduğum mutluluğu hiçbir girişimde duymadım ve bunu açığa vurmakla ve belirtmekle hoşnutum”.

Ata'mızın **Ankara Hukuk öğrencilerine**, öğretim elemanlarına; başka bir ifadeyle genel olarak Türk hukukçularına verdiği görevlerin, bugün de aynen devam ettiği görüşündeyim.

Sevgili Öğrenciler,

Yüzyıllık bir dönemde **öğrencisi olanların ve onları yetiştiren hocalarının el birliğiyle** ortaklaşa yarattığı ve ülkemizin en önde gelenlerinden biri olan Ankara Hukuk Fakültesi'nde okuma fırsatına sahip

olduğunuz için sizleri kutluyor, başarılar diliyor ve Ata'mızın verdiği görevleri hakkıyla yerine getirmeniz gerektiğini vurgulamak istiyorum.

Öğrencilik hayatınızda başarılı olabilmeniz için: **Düzenli çalışmanızı; derslere mutlaka devam etmenizi, derslerde kısa da olsa not tutma alışkanlığı edinmenizi; ilgili kitap ve kanunları okumanızı; meraklı olmanızı, anlamadığınız konuları hocalarınıza sormanızı ve onları deyiş yerinde ise sorularınızla “sıkıştırmanızı”** öneririm.

Her nedense **hocalarla yüz yüze gelmekten kaçmaktasınız**; bu davranışınızı terk ediniz. Unutmayınız ki, **“hocaların aynası, öğrencileridir”**. Hocalar da, sorduğunuz sorular sayesinde kendilerini denetlemiş olurlar.

Toplumda her nedense hukukçuların, **“ezberci”** olduğu gibi yanlış bir algı vardır. Hukuk, matematikle yakından ilgilidir, başka bir ifadeyle, kanımca sosyal bilimler içerisinde mantıkla en çok uzlaşan bilim dallarının başında hukuk gelir. Bu sebeple, **okuduklarınızı ezberlemek değil, hukuk kurallarının özünü, ruhunu, mantığını öğrenmeye gayret ediniz.**

Yaklaşık **elli yıllık hocalık kariyerimde gözlemlediğim bir gerçeği**, sizinle paylaşmak isterim: Hukuk fakülteleri her yıl binlerce mezun vermektedir. Kanımca bunların **çok az sayıdaki** bir kısmı, **“iyi hukukçu”**; geri kalanı yalnızca **“hukuk fakültesi mezunu”** olarak fakülteyi bitirmektedirler. Bunun bir kanıtı da, son dönemde yapılmış olan “Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı” sonuçlarıdır. Başarı oranı, ilk sınavda **%42**, ikinci sınavda **%23** olmuştur. **Başarısızlıkta, mezun olunan hukuk fakültelerinin de çok büyük rolü** vardır. Söz konusu fakültelerin kendilerine çekidüzen vermesi şarttır; Yüksek Öğretim Kurulu’na da burada büyük görev düşmektedir.

Ülkemizin yalnızca hukuk fakültesi mezunu hukukçuya değil, **“iyi hukukçu”**ya ihtiyacı vardır. Bu sebeple, **“iyi hukukçu”** olmak için **çaba göstermelisiniz.**

İleride genellikle seçeceğiniz meslek, **hâkimlik/savcılık** veya **avukatlık** olacaktır. Bu meslek mensupları, **“Devletin temeli olan Adalet”**in gerçekleşmesinin **esas aktörleridir**. Adaletin gerçekleşmesi için **hâkimlere hukuku kendiliğinden uygulama yetki ve görevi** verilmiştir. **Avukatlar** ise, uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak **çözümlemesinde hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine** ve kişilerin yararlanmasına **tahsis eden meslek sahipleridir.**

Bu sebeple, **hukukun tam olarak uygulanması ve adaletin gerçekleşebilmesi** için “**iyi hâkimlere/savcılar**”a ve “**iyi avukatlar**”a ihtiyacımız vardır. Çünkü, “**en iyi kanun, kötü uygulamacının elinde en kötü kanun; en kötü kanun, iyi uygulamacının elinde en iyi kanun haline gelir**”.

Cumhuriyetimizin kurucusu Atatürk, 100 yıl önceki Söyleyi’nde Cumhuriyet Dönemi’nin başarının **yeni kanunlar yapılması** ve bunların **ihtiyaçlara göre zaman içerisinde değiştirilmesi** gereğini Ankara Hukuk Fakültesi’ne görev olarak vermişti.

Günümüz itibariyle bu **görevin** genellikle yerine **getirilmekte olduğunu değerlendirmekteyim**. Çünkü 1920’lerde **yabancı ülke kanunlarını**, esas itibariyle Türkçe’ye çevirerek **yabancı hukukun alımı** suretiyle kanun yapar iken; Türk hukukçuları bu gün, uzun dönemde edinilen bilgi ve deneyimleri kullanmak, aynı zamanda karşılaştırmalı hukuktan da yararlanmak suretiyle **çağımıza uygun örnek kanunlar yapılmasını** gerçekleştirmektedirler. Yakın zamanlarda yürürlüğe giren Medeni, Borçlar, Ticaret, Hukuk Muhakemeleri, Ceza ve Ceza Muhakemesi gibi **temel kanunlar** bunu teyit etmektedir.

Diğer taraftan **ilk dönemlerdeki hukuk bilginleri**, geçiş döneminin doğal sonucu olarak, genellikle kanunlarımızın kaynağı yabancı kitapların etkisi altında kalarak, onlara paralel eserler verir iken; bugünün hukuk bilginleri, mukayeseli hukuktan da yararlanarak çok orijinal eserler vermektedirler. Bu söylediklerimin doğruluğu, bizde son zamanlarda yayımlanan eserler ile kaynak ülkelerde (örneğin İsviçre’de) yayımlanmakta olan hukuk eserlerinin karşılaştırılması yoluyla kolaylıkla tespit edilebilir. Hukukçu bir bilim insanı olarak, geline aşamadan gurur duyduğumu ifade etmek isterim.

Yeni kanunlarımızın ve yeni yazılan eserlerin, eskiye göre çok önemli diğer bir **özellliği ve güzelliği**; bunların, genellikle halkın anlayabileceği **sade Türkçe** ile kaleme alınmış olmalarıdır. Burada, Atatürk’ün **Türk Dili** konusunda “Türk Dili İçin” adlı bir kitabın baş tarafına, 2 Eylül 1930 tarihinde kendi el yazısıyla yazdığı şu önemli açıklama akla gelmektedir:

*“Milli his ile dil arasındaki bağ çok kuvvetlidir. Dilin milli ve zengin olması, milli dilin inkişafında başlıca müessirdir. Türk dili, dillerin en zenginlerindendir; yeter ki bu dil şuurla işlensin. Ülkesini, yüksek istiklalini korumasını bilen **Türk Milleti, dilini de yabancı diller boyunduruğundan kurtarmalıdır.**”*

Türk hukukçusunun; geçmiş dönemlerde çok uzun zaman süren anlamsız direnmelere rağmen, Atatürk'ün gösterdiği yolda, hukuk dilinin **sadeleştirilmesi** konusunda verdiği mücadelenin takdir edilmesi gerektiğini düşünmekteyim.

Değerli Meslektaşlarım, Sevgili Öğrenciler ve Saygıdeğer Katılımcılar,

Konuşmamı, **bazı önemli hususlara** dikkat çekerek sonlandırmak istiyorum:

Biraz önce de söz ettiğim üzere, yeni kabul edilen temel kanunlarla birlikte, Türk hukuk mevzuatının, **gelişmiş Batı ülkeleri mevzuatı ile en az yüzde 95 paralel olduğu** kanısındayım. Bu gerçeğe rağmen uygulamamızda, pek çok konuda, Batı ülkelerinde kesinlikle ortaya çıkmayan büyük hukuki sorunlar yaşamaktayız.

Bu tür sorunların aşılabilmesi için bu güne kadar, çeşitli çözümler getirilmiş ve getirilmekte ise de, 1943'den beri her yıl yapılan Adli Yargı Yılı Açılış konuşmalarının ortak noktasını oluşturan; özellikle **mahkemelerin bağımsızlığı**, hâkim/savcı kadrolarındaki **nicelik ve nitelik eksikliği** ve karşı karşıya bulunulan **aşırı iş yükü** sorunlarının, **kronik hale geldiğini** ve **adalet hizmetlerinin aksak yürümeye devam ettiğini** görmekteyiz. Adalet hizmetlerinde yaşanan aksaklıklar, Adalet Bakanlığı tarafından her yıl yayımlanan “**Adalet İstatistikleri**” adlı yayında yer alan resmi sayılara bakılarak kolayca tespit edilebilmektedir.

Buna dayalı olarak, uluslararası hukuk kurumlarının yayımladıkları çok yeni tarihli çeşitli raporlara baktığımızda, ülkemizde, örneğin “**yargıya güven**” bakımından **%33** oranı ile OECD ülkeleri arasında sonuncu; “**hukukun üstünlüğü**” ilkesi açısından Dünya ülkeleri sıralamasında **136 ncı** olarak gösterilmemiz, hepimizi üzmektedir.

Hukuk, hukukun üstünlüğü, insan hakları, demokrasi ve etik gibi **üst değerlerin toplumların kültürü ile yakından ilgili olduğu** hepinizin malûmudur. Sözünü ettiğim hususlarda ülke olarak yaşamakta olduğumuz sorunların aşılması bakımından, bizden önceki nesiller ile bizim neslimizin verdiği **olağanüstü çabalara rağmen sorunlarımızın tamamen çözülemediği** ortadadır.

İdeal hukuk kültürü konusunda beni etkileyen **üç örneği** sizinle paylaşmak isterim:

Birinci örnek, **halkın yargıya güvenini** yansıtan ve Prusya İmparatoru II. Frederik ile fakir Değirmenci arasında geçen bir olayla ilgilidir. İmparator kendisine yeni bir saray yapılması amacıyla uygun arazi bulunmasını emreder. Keşfe çıkanlar, yoksul bir değirmencinin sahip olduğu araziye uygun bulurlar ve satmasını ısrarla isterler; değirmenci satmayacağını söyler. Konunun İmparator’a iletilmesi üzerine İmparator, Değirmenci’yi çağırır ve “*Ben koca İmparatorum, sense benim topraklarımda yaşayan sıradan bir değirmencisin. Sen kimsin ki neye güvenerek bu araziye bana satmıyorsun*” diyerek çıkışır. Değirmenci buna karşılık, “*Berlin’de hâkimler var*” diye cevap verir. Bu cevap, mahkemeleri ıslah etmek için öteden beri çalışmakta olan İmparatoru, çabalarının meyvelerini verdiğini görmesi bakımından çok sevindirir. Çünkü, İmparator’a karşı bile olsa mahkemelerin adaletine güvenilmektedir. Bunun üzerine Frederik, tarihe geçen sözleriyle, “*Hiçbir güç, hiçbir siyaset, hiçbir iktidar, İmparator bile olsa adaletten üstün değildir. Hiç kimse adaletin üstüne çıkamaz*” der ve bugün halen Potsdam’da bulunan muhteşem sarayını, Değirmen’in yanına inşa ettirir.

İkinci örnek, **halkın yargıya sahip çıkması** konusundadır. 1929 yılında yaşanan **büyük ekonomik krizinde** %61 oyla Amerika Birleşik Devletleri Başkanı olarak seçilen Franklin **Roosvelt**, Amerikan ekonomisini alt üst eden krizle baş edebilmek için **olağan üstü çeşitli kanunlar çıkarttı**. Ancak bunların bir kısmı, anayasa mahkemesi niteliği de bulunan **Yüksek Mahkeme tarafından iptal edildi**. Başkan Roosevelt kamuoyuna yaptığı açıklamalarda **Yüksek Mahkeme’yi, siyasal kararlar vermekle suçladı**. Yüksek Mahkeme hâkimleri **hayat boyu** atandıklarından bunların **emekli olmaları beklenemezdi**; bu sebeple, Yüksek Mahkeme’deki karar verme sayısını etkilemek üzere, **hâkim sayısının artırılması için kanun teklifi hazırlandı**. **Halkın %60’ı**, Yüksek Mahkeme’nin gücünü zayıflatmaya yönelik olan bu kanun teklifine karşı çıktı ve Kongre, kanun teklifini gündeme bile almadı. Roosevelt konuyu Senato’ya getirdi. Senato Adalet Komisyonu, kanun teklifi hakkında “O güne kadar örnek bulunmaması ve **anayasal ilkelere son derece tehlikeli şekilde vazgeçilmekte olunması** gerekçesiyle olumsuz rapor verdi. Bunların sonucunda, hazırlanan kanun teklifi **yasalaşamadı**.”

Üçüncü örnek, **hâkimin bizzat kendisinin yargıya sahip çıkması** ile ilgilidir. **Arjantin’de** demokrasiye geçilmesinden sonra 1989’da Başkan seçilen Carlos Raúl **Menem**, Arjantin Yüksek Mahkemesi kararlarından memnun değildi; bu amaçla, ömür boyu hâkim olarak atanmış olan **hâkimleri, görevden ayrılmaya çağırdı** ve bunu **teşvik için onlara cazip gelebilecek görevler önerdi**. Öneri getirilerden birisi de, Yüksek Mahkeme Başkanı

Carlos Santiago **Fayt** idi ve kendisine yabancı ülkede **büyükelçilik görevi önerildi**. Ancak Fayt, **Devlet Başkanı Menem'e**, “*Bunu benim yazdığımı unutma*” diye not düştüğü “**Hukuk ve Etik**” adlı kitabını gönderdi. Fayt, 2015’te **kendi isteğiyle emekli olana kadar** Yüksek Mahkeme başkanlığını sürdürdü.

Sevgili Genç Kardeşlerim ve yaş almalarına rağmen Genç Kalmış Hukukçu Meslektaşlarım,

Hukuk alanında yaşamakta olduğumuz güncel sorunların, geçici olduğu ve bunların aşılması için “**hukuk uğruna**” verilen ve verilmeye devam edilecek mücadelelerin sonucunda, Batı ülkelerindeki hukuk kültür düzeyine ulaşılacağı muhakkaktır. Bu hususta, **toplumsal yaşamın kendine özgü “doğal yasaları”**nın bulunduğu gerçeği de unutulmamalıdır.

Hukukun gelişmesinde yaşananlar, bir “**bayrak yarışı**”dır. Bu bayrağın Hukuk Fakültesi’nde okuyan genç kardeşlerim tarafından daha da öteye götürüleceğine yürekten inanıyorum.

Hepinize başarılar diliyorum.

Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkürlerimi sunuyorum.

07.11.2025

**EMEKLİ HOCALARIMIZ:
HUKUK VE AÜHF HAKKINDA**

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUN ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ’NİN MÜFREDATINDAKİ YERİ VE BAZI GÖZLEMLER

Prof. Dr. Tuğrul ARAT*

Uluslararası özel hukuk seansına hoş geldiniz. Öncelikle şunu söylemek isterim: Çok şerefli bir mekândasınız. Burayı seçtiğiniz için teşekkürler ve tebrikler. Burası, gerçekten de Atatürk’ün kurduğu bir müessesedir ve Türk hukuk tarihinin önemli bir kısmı, “hukuk mektebi” adı altında Ankara Üniversitesi’ne emanet edilmiştir. Dolayısıyla, hem böyle bir kurumu seçmiş olmanız, hem de bu fakültenin mensubu veya dostu olmanız sebebiyle sizleri tebrik ediyorum.

Sıklıkla sorulur: Salon niçin dolu değil? Oysa ben bunu bir eksiklik olarak görmüyorum. Dünyanın pek çok yerinde artık bu kadar çok toplantı, bu kadar çok konuşma var; fakat dinleyen insan sayısı her zaman o kadar fazla değil. Bu açıdan bakıldığında, burada bulunan topluluğu oldukça kıymetli buluyorum.

Bugünkü konumuz, uluslararası özel hukukun dünyadaki ve Türkiye’deki yeri ve niteliği. Uluslararası özel hukukun hâlâ “iç hukuk mudur, dış hukuk mudur, kamu hukuku mudur, özel hukuk mudur?” gibi ayrımlar üzerinden tartışılması, bana kalırsa, çağın gelişmelerine ters düşen, alanı daraltan bir yaklaşımdır. Dünya çok hızlı biçimde uluslararası hukuk alanında

* Saygıdeğer Hocamız, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden 1962’de mezun olduktan sonra 1963’te aynı Fakülte’nin Devletler Hususi Hukuku Kürsüsüne asistan olarak atanmış ve 2006 yılında emekli olmuştur. Hocamızın akademik ve meslekî çalışmaları hakkında bkz. Prof. Dr. Tuğrul ARAT’a Armağan, Ankara 2012.

Bu çalışma, Hocamızın, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin kuruluşunun 100. yıldönümü vesilesiyle 03.11.2025-07.11.2025 tarihleri arasında düzenlenen 21. Yüzyılda Hukukun Dönüşümü Sempozyumu’nun ikinci gününde (04.05.2025) gerçekleştirilen “Milletlerarası Özel Hukukun Dönüşümü: Tarihî Kökenlerden Güncel Meselelere” başlıklı oturumda sunduğu tebliğin düzenlenmiş hâlidir.

dönüşürken –ister uluslararası kamu hukuku, ister uluslararası özel hukuk bağlamında olsun– bizim hâlâ bu tür sınıflandırma tartışmalarına takılı kalmamız ciddi bir sorun oluşturuyor.

Türkiye maalesef bu noktada biraz geriden geliyor. Bunun temel nedeni de basitçe söylemek gerekirse okuma alışkanlığımızın zayıf olmasıdır. Son yirmi-yirmi beş yıl içinde uluslararası özel hukuk ve ilişkili alanlar üzerine yazılan makalelere baktığınızda, dünyada bambaşka meselelerin tartışıldığını görüyorsunuz. Biz ise hâlâ “kamu hukuku mu, özel hukuk mu, iç hukuk mu, dış hukuk mu?” gibi tartışmalarla meşgulüz. Bu tartışmalar çoktan geride kalmış olmasına rağmen, bizde bitmemiş gibi davranılıyor. Oysa asıl mesele, adını ne söylerseniz söyleyin; o alanın içeriğini gerçekten geliştirip geliştirmedığınızdir.

Bugün Türkiye’de en çok tartışılan konulardan biri, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 66. maddesidir. “Biz Türk müyüz, değil miyiz?” tartışmasına indirgenen bir düzeyde yürütülen bu polemik, maddeyi tamamen yanlış bir zemine çekmektedir. Oysa söz konusu hüküm, esasen bir “hukukî statü” meselesidir; etnik veya kültürel anlamda “Türklük” tartışmasının zemini değildir. Buna rağmen, hukuk tekniği açısından son derece sınırlı bir norm üzerinden, son derece geniş siyasal ve ideolojik tartışmalar yürütülüyor. Bu da hukukî tartışmaları yüzeyselleştiriyor.

Mesela Türkiye’nin menfaati vardır diye bir davaya sahip çıkmaya çalışıyorsunuz. Ama Türkiye’ye bakıyorsunuz Türkiye’nin menfaati var evet, o menfaatin gereği olan ne ise o yapılır, hukukun elverdiği ölçüde. Ama başka kişilerin veya örgütlerin de menfaati var. Onlar da kendi menfaatlerinin tanzim edilmesini istiyorlar ve hepsi haklı menfaatler. O halde dengeleyeceksin, hayır efendim dengelemiyorum. Bildiğiniz üzere Türkiye’nin hakkı varsa bitti. O zaman berbat bir şey. Türkiye’nin hakkını yedirmedik, tamam kurtulduk. Gerisi bizi ilgilendirmmez, bu çok komik. Ama Türkiye’de mahkeme kararları çoğunlukla böyle. Türkiye’nin menfaati varsa tamam. Ama biz savaşa falan gitmiyoruz, bizim siyasi mücadelemiz de yok. Biz hukuken neyin doğru neyin yanlış olduğunu söylüyoruz sadece. Dolayısıyla bizim tek taraflı bir menfaat meselesine geçme hakkımız yok. O zaman hukuka hakaret ediyoruz biz. Ama Türkiye’de bu var. Dolayısıyla Türkiye’de eğer uluslararası özel hukuk geliyecekse kavramlar ve içerikler yeniden tespit edilmek suretiyle bu işe yeniden başlamak lazım.

Şu temel nokta önemli: Uluslararası özel hukuku ne klâsik anlamda kamu hukuku içine sokabilirsiniz, ne de tamamen özel hukukun altına

koyabilirsiniz. Kamu hukuku-özel hukuk ayrımı, uluslararası özel hukuk bakımından büyük ölçüde etkisini yitirmiştir. Elbette bu ayrım tamamen yok oldu diyemeyiz, ama çok dar alanlarda, belli konularda anlamlıdır. Genel bir tasnif aracı olarak artık yetersizdir.

Peki “uluslararası hukuk” değil miyiz? Gayet tabii biz uluslararası hukukun içindeyiz. Fakat bir başka “uluslararası hukuk” daha var; o da hâlâ kendi adını tam koyamamış durumda. Eğer bizim alana “*private international law*” diyorlarsa, o zaman bizimkine “özel uluslararası hukuk”, diğerine de – biraz esprili ifade ile– “genel uluslararası hukuk” diyebilirsiniz.

Ama artık dünyada başka bir ayrım daha yükseliyor: Kurumsal hukuk (*institutional law*) ve maddi hukuk. Kurumsal hukuk uluslararası örgütlerin kurulması, işleyişi ve uluslararası yargının işleyişini konu alıyor.

Bugün, eğer bir konu uluslararası nitelik taşıyorsa, önce onun hukuk düzeninin neresine oturduğunu sormak zorundayız. Bu, “kamu-özel” tartışmasından çok daha anlamlı bir bakış açısı. Bu çerçevede, şunu da söylemek gerekir: Uluslararası özel hukuku, klâsik anlamda kamu hukuku ya da özel hukuk içine yerleştirmek mümkün değildir. Özel hukuk içine koyduğunuzda, bu kez şahıs halleri (ahvâl-i şahsiye) gibi alanlarda statü kurallarını ihlal etmiş olursunuz. Kamu hukukuna koyduğunuzda da başka sorunlar çıkar. Dolayısıyla bu “kamu-özel” ikiliği üzerinden giden ayrım uluslararası özel hukuk için yanıltıcıdır. Uluslararası özel hukuk, uluslararası hukukun bir parçasıdır.

Uluslararası hukukun içindedir. Bir ben söylemiyorum bunu; 2008 tarihli makale - “*The Evolution of International Law*”- ve bunun gibi birçok makale bunu açıklar. Bu perspektiften bakıldığında, uluslararası özel hukuk, uluslararası hukukun bir parçasıdır.

“Uluslararası özel hukuk, ulusal hukuktur” demek, bana göre isabetli değildir. Yabancı unsur varsa, konu uluslararası hukukun geniş anlamda bir parçasıdır; “ben uluslararası hukuku tanımam ama bu alanı da ulusal hukuk sayarım” deme imkânımız yoktur. En basit haliyle devletlerarası ilişkileri düzenleyen bir alan bir devletin konusu olabilir mi? Elbette uluslararası özel hukuk normları, ulusal normlar olarak da formüle edilir; fakat bu, alanın kendisinin ulusal olduğu anlamına gelmez. Uluslararası hukukta boşluk varsa o zaman ulusal hâkim boşluk olduğuna karar verip boşluğu doldurabilir. H. Battifol’den beri bu iş bu şekilde gider.

Battifol, çok büyük bir isim, 1989’da vefat etti. Fransızca bilenleriniz mutlaka vardır; onun Fransızca kitabını okumak zorundasınız. O kitap, uluslararası özel hukukun felsefi boyutlarını ele alıyor; aslında genel olarak uluslararası hukukun felsefi meseleleriyle birlikte anlatıyor ve işliyor. Dolayısıyla işe oradan başlamak, o kitabı okumak lazım. O kitaptan sonra dünyada uluslararası özel hukuk yeniden yargılanmaya, yeniden düşünölmeye başlandı; bütün dünya, öyle diyeyim, bu alanı ciddi bir çalışma konusu hâline getirdi. Türkiye’de böyle bir çalışma yok. Biz sanki yokmuş gibi davranıyoruz; mevcut bilgiyi yüz yıl öncesine doğru taşıyoruz. Bu da tabii, bu alanın gelişmesinin müfredat bakımından daha önemli yanları olduğunu gösteriyor. Onlara da biraz sonra değineceğim. Hatta şimdi değineyim...

Türkiye’de bu konuları düşönen insanlar varmış. Var mıydı? Varmış. Kim? Gazi Mustafa Kemal Atatürk. Hukuk devrimini yaparken bu ayrımlar üzerine çok ciddi şekilde eğilmiş. Benim şu andaki kaynağım, öyle “belgeyi ortaya koyar, tartışmayı bitirir” türünden bir kaynak değil; bir tanığın bulgusu. Yani hemen başka tanıklar tarafından da desteklenebilir nitelikte bir bulgu. Belki bir miktar abartılmış olabilir, kendi payını da katmış olabilir; ama rahmetli arkadaşımız, kürsümüzün eski mensubu Turgut Turhan’ın anlattığı bir şey bu.

Turgut Turhan, Atatürk’le ilgili belgeleri çalıştığı bir dönemde –yani bundan onlarca yıl önce– bir gün heyecanla geldi ve “Abi, çok muazzam bir şey buldum!” dedi. “Adam” dedi, (onun ifadesini aynen aktarıyorum bir yakınlık ifadesidir Adam demek), Fransızların özel hukuk alanındaki en büyük hocalarından birini okumuş. Fransız medeni hukukunu yeniden tahlil eden, yeniden kategorize eden bir isim. 1936 civarı çok önemli bir figür; onun eserini okumuş ve kenarlarına notlar almış Atatürk.

Dolayısıyla bugün “uluslararası özel hukuk ulusal hukuktur, uluslararası hukuk değildir; sadece özel hukuk alanıdır” diyenlere şunu söylememiz gerekiyor: Hayır, uluslararası hukuktur. Eğer uluslararası özel hukuku bir yere yerleştirmek istiyorsanız, onu uluslararası hukukun içine koyacaksınız. Uluslararası hukuk da kendi içinde genel kurallar ve özel kurallar olarak ayrılabilir. Niye onu oraya koymaktan kaçınıyorsunuz? Çünkü mesele şu: “Uluslararası hukuku tanıımama” imkânını kendi elinde tutmak istiyor bazıları. Siz buna “millî hukuk” dersiniz, değörlendirmeyi ulusal hukuka bırakmış olursunuz; bu da siyasete alan açar. Bir mahkemenin, Türkiye’nin menfaati olan konularda siyasal bir değörlendirme yapmasına zemin hazırlamış olursunuz. Bu yanlış.

Peki, bunu kim böyle konumlandırmış, niye böyle yapmış? Bunu da biliyoruz. Ahali mübadelesinin ne kadar önemli bir şey olduğunu, Ahali Mübadelesi Anlaşması'nın Lozan'ın bir parçası olduğunu bildiği için, Atatürk, Lozan'ın ilgili her yerinde bu konuların da göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade edebilmek adına çok mücadele vermiş. Diğer hocalara karşı, ulusal ve uluslararası hukuk alanında isim yapmış hocalarımıza karşı ciddî bir mücadele yürütmüş.

Belki Turgut Hoca'nın bana anlattığı bu hikâye biraz heyecanla, biraz abartıyla süslenmiş olabilir; ama yalnız değil, başka örnekler de var. Bugün Atatürk'ün okuduğu kitapları bulmak da çok kolay değil. Yanlış hatırlamıyorsam, 24 ciltlik bir külliyatın içine konulduğunu biliyoruz. Kısacası Atatürk, Lozan Antlaşması çerçevesinde ve sonrasında, arazi terk ve ilhakinin Türk ve Yunan nüfusları üzerindeki etkilerini bizzat incelemiş; açıkça oturmuş, okumuş. Başka kimse bununla uğraşmamışken, o bizzat kendisi bakmış. Bu da çok önemli.

Dolayısıyla Atatürk uluslararası özel hukuku, bugünkü anlamıyla tanımlamış. Ne yapmış Atatürk? Hem ahali mübadelesi nedeniyle, hem arazi terk ve ilhakı nedeniyle, hem de yargı yetkisi meselesi nedeniyle –ki bu çok önemlidir– Lozan'ın ana metninde ve özellikle de eklerinde yer alan düzenlemeleri ciddiyetle ele almış. Lozan'ın ekinde Türk kanunlarının uygulanma yetkisine ilişkin, kanunların ülkesel bakımdan uygulanma alanını tayin eden hükümler var. Bunlar çok önemli konular ve özel bir anlaşmayla düzenlenmiş.

Neydi o anlaşmanın adı? Lozan'a ek İkamet ve Salahiyeti Adliye Hakkında Mukavelename... İşte bu adli sözleşme olmasaydı, Türkiye için birçok kapı kapanmış olurdu. İkamet, yargı yetkisi, kanunların uygulanma alanı gibi konular bu çerçevede düzenleniyor. İşte bütün bunlar, uluslararası özel hukuk alanını kuruyor, müfredatını kuruyor. Atatürk'ün yaptığı en önemli işlerden biri de bu. Bütün bunları bizzat incelemiş. O dönemde belki Türkiye'de bu konuların farkında bile değillerdi; ama Atatürk bunların üzerine eğilmiş.

Sonra ne oluyor? “Mutlaka bir hukuk mektebi kurulacak” deniyor. “İstanbul yetmez mi?” diye soruyorlar; Atatürk, “Hayır, yetmez” diyor. Çünkü İstanbul'daki yapı, eski hukuk düzeniyle iç içe; oysa hukuk, yeni yapısıyla, kendi içinde etkili olacak bir sistem kurmak zorunda. Dolayısıyla, yeni bir hukuk mektebinin, yeni bir müfredatla kurulması gerektiğini savunuyorlar.

“Hukuk-u Hususiyye-i Düvel”. Uluslararası özel hukukun eski adı bu. “Hukuk-u Hususiyye-i Düvel” devletler hukuku demek; “düvel” devletin çoğulu. Yani “devletler hukuku” anlamı çıkıyor. Tarihsel bağlamda bakıldığında bu çok yanlış değil; belki iki yüz yıl boyunca, en azından 1648 Vestfalya Antlaşması sonrasında uluslararası hukuk, esas itibarıyla devletlerarası ilişkilere ilişkin bir hukuk olarak algılanıyordu. Ama günümüzde hâlâ sadece “devletlerarası ilişkiler hukuku” demek doğru değil. Çünkü artık yalnızca devletlerin hukuku yok; uluslararası organizasyonların hukuku da var. Uluslararası teşkilatların hukuku, biraz önce sözünü ettiğim kurumsal hukukun en önemli kısmını oluşturuyor.

Bunun arkasından ne geliyor? Bireylerle devletlerin ilişkilerini düzenleyen kurallar, bireylerle uluslararası örgütler arasındaki ilişkiler, örgütlerin kendi içerisindeki sosyal yapıların ilişkilerini düzenleyen kurallar geliyor... Hatta uluslararası hukuka uygun kurulan bazı kuruluşlar dahi uluslararası hukukun süjesi hâline gelebiliyor. Dolayısıyla bu açıdan bakıldığında, uluslararası özel hukukun yeri çok farklıdır. Bana göre, eğer bazıları hâlâ uluslararası özel hukukun ne olduğunu anlamak istemiyorsa, bu alanı tatmin edecek yeni bir isim bulmak gerekir. Çünkü konu olağanüstü genişlemiş, kapsamı artmış, sadece devletlerin ve tâbiyetin meselesi olmaktan çıkmıştır.

Devlet elbette son sözü söyleyen aktördür; normlar ulusal düzeyde konulur, ama uygulanmasında sorunlar çıkabilir, o ayrı. Onu ayrıca tartışmak gerekir. Fakat müfredatın düzenlenmesinde uluslararası hukukun yeri son derece önemlidir. Mantıksal bir argüman kurduğunuzda bunu rahatça görürsünüz. İkinci olarak, bugün uygulamada yapılan yeni hatalara da dikkat çekmek ve dünyada hukuk bakımından gelişmiş ülkelerin yaptığına dönüp bakmak zorundayız. Biz de kendi konumuzu yeniden tartışmalıyız. Benim yapmak istediğim tam olarak bu: Müfredat mutlaka genişletilmelidir, derinleştirilmelidir. Hiç olmazsa mezun olanların, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 66. maddesinin, gerçek anlamda “Türklük”le hiçbir ilgisi olmadığını fark edebilecek düzeyde olmaları gerekir.

Kısaca bir şey söyleyeyim; belki “saçma” diyenler de olacaktır, ama değil. (Prof. Dr. Füsün Arsava’ya) Karşımda sizleri görüyorum, yanılsımı yakalarsınız diye de çekiniyorum; yine de söylemek zorundayım. Daha söylenecek çok konu var; ama birazdan değerli hocamız sunum yapacağı için, durum ciddileşecek. Bu nedenle hem kendisine “hoş geldiniz” diyorum, hem de az önce salona teşrif ettiğini fark ettiğim için konuşmamı biraz geciktirdiğimden ötürü kendisinden ve sizden özür diliyorum. Kendisi bizim

çok değerli bir arkadaşımızdır; Kıbrıs'a bile birlikte gittiğimiz, uzun yıllara dayanan dostluğumuz olan bir hocamızdır. Sevgimiz ve saygımız bâkidir.

Aslında işin daha önemli tarafları da var; daha çok şey söylenebilir. Belki bugün benim gelip gitmem yüzünden tam toparlayamadım, bilemiyorum. Ama şunu da söylemek lazım: Hukuk mektebinin nerede kurulacağı, nasıl yapılandırılacağı tartışılırken Atatürk şöyle diyor: “Beyefendiler, müfredat nerede?” Onlar zaten yurtdışından hocalar getiririz, pek bir ses gelmemiş. demiş: İlgilenmediniz ama ben ilgilendim merak etmeyin. Bu konuda da çok düşünmüş; sabahlara kadar okuyup, yabancı ülkelerdeki örnekleri incelemiş, sonra da Türk siyaset camiasına bunu anlatmış.

Atatürk şöyle diyor: “Burada uluslararası özel hukukla ilgili çok önemli bir mesele var” diyor. “Siz farkında değilsiniz, mesele yalnızca tâbiyet veya yabancı hukuk meselesi değil; Lozan’la ilgisi var, bütünüyle uluslararası hukukun kendisinin yeniden tanımlanması gerekiyor.” Lozan’dan sonra bu alan, benim kanaatime göre de biraz fazla geliştirilmiş bir alan olarak değerlendirilmiştir.

Atatürk devam ediyor: “Şöyle yapalım, bir kere ‘hususî hukuk’ (özel hukuk) ifadesi bu meseleyi tam karşılamıyor artık.” Rifat Hoca’nın da söylediği gibi, o dönemde “Hukuk-u Hususîyye-i Düvel” ifadesi kullanılıyordu. Ancak Atatürk bunu yeterli bulmamış, “bizim ismimiz bundan sonra ‘Uluslararası Hukuk’ olmalı” demiş. Gerçekten de ilk defa o dönemde bu alanın adı “Uluslararası Hukuk” olarak geçmiştir ve uzun süre öyle kalmıştır. Kim, ne zaman kaldırdı, bilmiyorum; ama muhtemelen daha sonraki bir dönemde birisi bunu değiştirmiştir.

Bu konu çok hassastır, çünkü Lozan yalnızca siyasi bir antlaşma değil; Türkiye’ye yeni bir hukuk düzeni getiren metindir. Lozan’da hukuk, güvenlik ve adalet meseleleri birbirine bağlıdır. Lozan’ı iyi anlamamız, onu yalnızca tarihsel değil, hukukî bir mesele olarak da değerlendirmemiz gerekir. Ben belki biraz uzattım ama heyecanlandım; çünkü bana göre Türkiye’de çok büyük bir kalabalığı temsil eden bir geleneğe işaret ediyoruz. Uluslararası özel hukuk, Lozan ile birlikte düşünülmelidir. Çünkü Lozan, bizim hukuk sistemimizin temel ilkelerinin nasıl şekilleneceğini, hangi kurallara göre uygulanacağını ortaya koymuştur.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin bu alandaki katkılarını da inkâr edemeyiz; çok değerli hocalar yetişmiştir. Fakat konunun devamlılığını sağlamak, yani siyasi altyapının (Lozan’ın) hukukî düzlemde doğru anlaşılmasını sağlamak da aynı derecede önemlidir. Atatürk, bu konuların

Türkiye’de yeterince ele alınmadığını fark etmişti. “Lozan’ı kim anlatacak?” diye soruyor. Doğal olarak, Adliye Vekili Mahmut Esat Bozkurt’tan bunu bekliyorlar. Fakat Atatürk diyor ki, “Ben başka düşünüyorum. Nusret Metya gelsin.” diyor.

Nusret Metya, Hüseyin Pazarcı hocamız gibi Dışişleri Bakanlığı’nın Hukuk ve Muhakemat Müdürlüğü’nde uzun süre görev yapmıştır. Lozan sürecinde tercümanlar komisyonunda ikinci başkan olarak görev yapan kişiler arasında da yer almıştır. Atatürk, konuyu değerlendirirken her zaman “neden, nasıl” diye sorular sormuş, böylece konuyu daha iyi anlamaya çalışmıştır. İşte o noktada karşımıza Nusret Metya adında bir isim çıkar. Bundan önce veya sonra fazla geçmez bu isim, ama o kişi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin uluslararası özel hukuk kürsüsünün ilk hocalarından biridir. Daha sonra Danıştay üyeliğine atanmıştır.

Atatürk’ün onu özellikle seçmesinin nedeni, bana göre hukukun özerkliği prensibinden hareket etme ihtiyacı duyduğu içindir. Bu konuyu, Nusret Metya gibi dil bakımından çok derin bir hukuk kültürüne sahip birinin ele alması gerektiğini düşünmüştür. Söz konusu hocamız hem yurtdışında eğitim almış, hem de uluslararası özel hukuk alanında derin bilgi sahibi bir kişidir. Onun ders notları da vardır, fakat zamanla kaybolmuştur. Bugün hâlâ o notları bulmak çok zordur; ben kendi nüshamı kaybettim, ama bir dönem derslerde kullanmıştım. Daha sonra Osman Fazıl Berki ve diğer hocalar bu geleneği sürdürdüler. Hepsine rahmet ve saygılarımı sunuyorum.

Şu anda konuşma yapacak hocalarımız dahi bana yüksek sesle “Hocam, süreniz doldu” diye ikaz ediyorlar, o yüzden bitiriyorum. Ama benim tahminime göre bilmediğiniz bazı konuları da öğrenmiş oldunuz. En azından orijinalitesi vardı. Belki sıkılmamışsınızdır. Çok teşekkür ediyorum. Bir şey daha, bugün, bu toplantının hatırına kalktım, çünkü yedi gündür ağır bir grip geçiriyorum. Buna rağmen burada bulunmayı istedim.

Hepinize teşekkür ederim.

ANKARA HUKUK FAKÜLTESİ

TİCARET HUKUKU KÜRSÜSÜ

Prof. Dr. Sabih ARKAN*

1970 Mart ayında Prof. Dr. Yaşar Karayalçın, Prof. Dr. Ali Bozer ve Prof. Dr. Tuğrul Ansay'dan oluşan jüri önünde yapılan sınavı başarı ile geçerek, aynı yılın nisan ayında ticaret hukuku kürsüsüne asistan olarak atandım.

O tarihte ticaret hukuku kürsüsü iki ayrı kürsüye ayrılmıştı. Ancak bu ayırım sadece kâğıt üzerinde yer alan bir ayırım idi. Bir ve iki numaralı ticaret hukuku kürsülerinin hocaları ve asistanları arasındaki büyük uyum ve işbirliği arzusu, çalışmaların tam bir ahenk içerisinde yürütülmesini sağlamaktaydı.

Sözünü ettiğim tarihlerde deniz ticareti kürsüsü, henüz ayrı bir kürsü halinde yapılanmamıştı. Nitekim son sınıfta okutulan deniz ticareti hukuku derslerini bize Prof. Dr. Ali Bozer vermiştir. Bir numaralı ticaret kürsüsü Prof. Dr. Yaşar Karayalçın, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz ve Dr. Asistan Hikmet Sami Türk ile Dr. Nurkut İnan'dan oluşmakta idi. İki numaralı kürsü ise, Prof. Dr. Ali Bozer, Prof. Dr. Tuğrul Ansay ve Dr. Fırat Öztan'dan oluşuyordu.

Aslında bu ikili ayırım bizden çok önce kararlaştırılmıştı ve geçmişini Prof. Dr. Hirş zamanından almaktaydı. Bizlere miras kalmış ve o tarihte de daha uyumlu çalışacağı düşünülen kişilerin biraraya getirilmesi amaçlanmıştır.

Her yıl bahar ayları başında kürsü kurulları toplanır ve ertesi yılın ders programı belirlenirdi. Bir öğretim üyesinin, aynı dersi iki kez üst üste vermemesi ilkesine titizlikle uyulurdu. Bir konuda kitap yazmakta olanlar, bu kuraldan istisna tutulurdu. Kürsü kurulu toplantıları biz asistanlar açısından çok zor geçirdi, geçmiş yıl içinde yaptıklarımızın hesabını verirdik, eğer akademik yükseltmelerde gecikme yaşanırsa, bunun hesabı sorulurdu.

* Saygıdeğer Hocamız, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1969 yılında mezun olduktan sonra 1970'te aynı Fakülte'nin Ticaret Hukuku Kürsüsüne asistan olarak atanmış ve 2012 yılında emekli olmuştur. Hocamızın akademik ve meslekî çalışmaları hakkında bkz. Prof. Dr. Sabih ARKAN'a Armağan, İstanbul 2019.

O tarihlerde asistanlar ders vermezlerdi; asistanlar sadece kendi bilimsel çalışmalarını yapar ve hocalarının bilimsel çalışmalarına yardımcı olurdu.

Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, adeta ticaret hukuku kürsülerinin doğal bir uzantısı kabul edilirdi ve kürsü mensupları da Enstitü'ye büyük özen gösterir ve etkili çalışabilmesi için öncelik gösterirlerdi.

Ticaret hukuku kürsüsü asistanları Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi'nin basımında sırayla görev alır ve basım işlerini yürütürdü. Enstitü yayınları genellikle Sevinç Matbaası'nda basılırdı, bu itibarla biz yayınlara görevli asistanlar, Sevinç Matbaası'nın sahibi rahmetli Bahri Bakan'la yakın ilişki içindeydik. O da bizi kırmaz, ufak ricalarımızı kabul eder, bizi rahatlatırdı.

Benim asistan olduğum tarihte Enstitü müdürlüğü görevini Profesör Bozer yürütmekteydi. Bu görevi Prof. Dr. Bozer'e devreden ise Enstitü'nün kurucusu da olan Prof. Dr. Karayalçın idi. O tarihlerde bu tür görev değişiklikleri herhangi bir sıkıntıya yol açmaksızın, kıdem esasına uyularak gerçekleştirilirdi.

Enstitü'nün selameti, hepimizi saran güçlü bir duyguydu. Hiç unutamadığım bir sahneyi nakletmek isterim: İş Bankası'nın katkılarıyla, Enstitü'nün kuruluşunun 50. yıl kutlamaları için İstanbul'da yapılan toplantıya çok erken saatte, en önce gelen Prof. Dr. Ali Bozer, henüz kaloriferler yanmadığı için, paltosunu sırtına almış şekilde yapacağı konuşmaya son şeklini vermeye uğraşıyordu.

Bu kadar özveriyle kurulan ve yaşatılan ticaret hukuku kürsüsü ve Enstitü'nün daha uzun yıllar Türk hukukuna ve hukukçularına yararlı hizmetler ifa etmesini dilerim.

Ticaret hukuku kürsüleri, Ankara Hukuk Fakültesi yapısındaki kürsüler içinde en yüksek saygınlığa sahiptir. Bunun da temel nedeni; hocalarımızın, ticaret hukuku kürsülerini kurarken sağlam esaslar kabul etmeleri ve bu esaslara daima uygun davranmaya özen gösterip, sürprizlere neden olmamalarıdır.

ANKARA HUKUK FAKÜLTESİ: MASAL DİYARINDAN ANILAR

Prof. Dr. Ülker GÜRKAN*

1953 yılının 5 Kasım'ında aklı Tıp Fakültesinde bir genç olarak Ankara Hukuk Fakültesinin açılış merasimine katıldım. Maddi sıkıntılar nedeniyle, çalışarak okumak durumunda olduğum için Hukuk Fakültesine kaydolmuş, yedi sekiz senede mezun olurum diye düşünüyordum.

Açılış töreninde söz alan öğrenciler günün anlam ve önemine ilişkin konuşmalar yaparken Fakülte yöneticilerine ve öğretim üyelerine ilişkin eleştiriler dile getirdiler, ilginç fıkralar anlattılar. Aşırı bulduğum eleştirilere karşı herkes müsamaha ile tebessüm ediyorlardı. Bense dehşet içinde kalmıştım. Eski öğrenciler bu eleştiri ve nüktelerin "Ceride-i Kantar" adlı dergide daha da yoğun ve ağır olduğunu ifade ettiler. Ceride-i Kantar Fakülte öğrencileri arasından yazar-çizerlerden oluşanlar tarafından çıkarılıyordu. Sınıf arkadaşları ve özellikle notu kıt olan hocalar hakkında yazılanlar, fıkralar, karikatürler, hocalar başta olmak üzere, herkes tarafından merakla bekleniyor ve herkes tarafından takdir ediliyordu. Ta ki 1983 yılında Yeni Üniversiteler Kanunu'nun mimarı olan Prof. Dr. Doğramacı'nın bir karikatürünün kapağında yer almasına kadar. Doğramacı'nın öfkesi dergi çıkaranların başında bulunan bir meslekdaşımızın Fakülteden uzaklaştırılmasıyla sonuçlanmıştı maalesef; fakat bu meslekdaşımız yargıya müracaat sonunda, bugünün aksine, aramıza tekrar dönebilmişti.

İşyerimden izin alarak Fakülte 1. sınıfta ilk kez Ekonomi dersine girmiş ve hocamızın anlattıklarını dinleyince, "Bu Hukuk Fakültesi bana çok şey öğretecek" diye düşünmüştüm. Fırsat buldukça girdiğim Siyasi Tarih, Roma Hukuku ve Medeni Hukuk dersleri sayesinde Hukuk Fakültesini

* Saygıdeğer Hocamız, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1957'de mezun olduktan sonra aynı yıl Fakülte'nin Hukuk Sosyolojisi Kürsüsüne asistan olarak atanmış ve 2001 yılında emekli olmuştur.

Bu çalışma, Hocamızın, Atatürk Araştırma Merkezi Başkanlığı tarafından, 19 Kasım 2025 tarihinde, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ev sahipliğinde düzenlenen "Ankara Hukuk Mektebi'nin 100. Yılı Paneli"nde yapmış olduğu aynı başlıklı konuşmanın düzenlenmiş hâlidir.

benimsemeye, sevmeye başladım. Hayat hakkında merak ettiğim her şeyi fazlası ile öğreneceğimi anlamıştım, mutluydum. Ta ki sınav yönetmeliğini öğreninceye kadar.

Sınav yönetmeliğine göre her sınıfta 6 temel ders okutulur ve her Mayıs ayının başında kura ile belirlenen 2 ders yazılı sınav konusu olurdu. Ders geçme notu 10 üzerinden asgari 5 idi. Ancak gene kura ile oluşturulan öğrenci grupları belirlenen günlerde aynı gün 4 dersten sözlü sınava tâbi tutulurlardı; geçme notu 5 idi ama 6 dersin notları toplamı 42 olmalıydı; bunun adı da "üssü mizan" idi. "Nasıl olur, bir yarım günde bir sınıftan diğerine, hatta aynı sınıfta bir masadan kalkıp diğerine geçerek 4 sözlü sınavı başarmak mümkün olur?" diye düşünüp, dehşete kapılmıştım.

Kısa zamanda öğrendim ki olurmuş! 1. sınıfı zar zor 42, ikinci sınıfı 47 tutturarak geçtim. 3. ve 4 sınıflarda derslere devam ettiğim için de 54 ve 57 not ortalamam ile, yani pekiyi ile başarılı olabildim.

1950'li 1960'lı yıllarda hocalarımız biraz yabancı dil bilen, öğrenmeye meraklı öğrencilere "seminer" adı altında kurslar açarlardı. Burada öğrenciler sevdikleri dersler ile ilgili bilgiler alırken, bilimsel araştırmanın nasıl yapıldığını da öğrenirlerdi. Bazı öğrencilerin yazdığı makaleler gerçekten dikkat çekici olurdu. Üç seminer ödevini başarıyla tamamlayanlar, Fakülteden mezun olunca dilerlerse doktora öğrencisi olabilirlerdi. Bu seminerler günümüzdeki master ya da yüksek lisans diploması anlamına gelmekteydi; seminerler aynı zamanda gelecekteki asistanlık aşamasının ilk merhalesi olurdu.

4. sınıfta çok sevdiğim Hukuk Sosyolojisi seminerine katıldım. Yazdığım makalenin sevgili hocam Doç. Dr. Hamide Topçuoğlu tarafından beğenildiğini duyunca, kendisine asistanlık talebimi ilettim. Memnuniyetle kabul ettiğini, fakat "Kürsü" (eskiden Anabilim dalı tabiri kullanılmazdı) başkanı Prof. Dr. Yavuz Abadan'ın da rızasını almamı söyledi. Prof. Abadan Hukuk Felsefesi dersini verirdi; Hamide hoca da Hukuk Sosyolojisini; fakat her iki ders ayrı verilmesine rağmen tek "Kürsü"de ifade edilir ve her iki dersten ayrı sınava girildiği halde, her iki sınavdan alınan notun ortalaması geçer not için alınırdı. Değerli hocam Yavuz Bey beni hiç tanıımıyordu, "Almanca bilmiyorsunuz" diye itiraz etti. Ben de "Her bilimsel makale ve eser hemen İngilizceye çevriliyor, bende kısa zamanda Almanca öğrenirim" diyerek zor da olsa rızasını aldım. Nitekim asistanlık yıllarımdaki başarılarımı gören Yavuz Hocam ile dostluğumuz pekişti.

Fakültemizin Kütüphanesi o yıllarda çok zengindi; İngilizce, Fransızca ve Almanca klasik hukuk eserleri yanı sıra, yabancı üniversite hukuk fakültelerinin dergileri de mevcuttu.

1957 yılı Aralık ayında "Asistanlık Sınavı"nı kazanarak "Alice Harikalar Diyarı"na adım attım. Doktora yıllarında Kamu Hukuku alanındaki harika hocalarla tanışmak ve dost olmak fırsatını yakalamıştım.

O yıllarda Üniversiteler akademik, mali ve idari özerkliğe sahipti. Akademisyen olma manevi bakımdan bir ayrıcalıktı. Kimseden korkmaz ve çekinmezdik; zira biz öğreniyor, öğretiyor ve kendi Fakültemizin idari, mali ve öğretim sorunlarını Profesörler ve Genel Kurul aracılığıyla kendimiz çözümlüyorduk. Çözümleme yolları ararken birbirimizle çatışıyor, tartışıyorduk, ancak sebebi şahsi çıkarlarımız için değil, Fakültemizin menfaatine yönelik olduğu için kimse gıcınmuyordu. Aslında biz akademisyenler birbirimizi seviyor ve sayıyorduk. Sabahları, teneffüslerde ve özellikle öğle arasında Profesörler odasında toplanır gazete okur, sohbet eder, bilimsel sorunları tartışırdık. Diğer hukuk fakültelerinden gelen akademisyenler özellikle bu biraraya gelişimize gıpta ederlerdi.

Fakültemiz doktorasını tamamlayan asistanları sıraları gelince iki yıllığına Almanya, Fransa, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'ne, diledikleri üniversitede kendi alanlarında çalışmalar yapmak ve yabancı dillerini geliştirmek üzere gönderirdi. Burs alanlar sıra beklemeden giderlerdi. Ben de doktoramı verdikten sonra Amerikan Üniversitesi Kadınlar Derneğinden burs kazanarak New York'taki Columbia Üniversitesi Hukuk Fakültesinde master yaptım. Fakülte bize akademisyenlerle, senatörlerle tanışma, mahkemelerdeki duruşmaları izleme fırsatı vermişti. Amerikan Başkanlık Sistemini daha yakından tanıdım ve yargı erkinin ne denli etkili olduğunu gözledim. Türk üniversite sistemi ve özellikle hukuk eğitiminin ne denli güçlü olduğunu da tesbit etmiş oldum. Esasen yüksek lisans için başvurduğum Amerika Birleşik Devletleri'nin en ünlü üniversiteleri olan Harvard, Yale ve birkaç ünlü hukuk fakültelerinden kabul görmüş, New York bir kültür merkezi olduğu için Columbia Hukuk Fakültesine kaydolmayı kabul etmiştim. Lise ve Amerikan Kültür Derneğinden öğrendiğim İngilizcemi güçlendirmek için Amerikan öğrencilerinin girdiği dersleri izlemiş ve onlarla birlikte yazılı sınavlara girmiştim. Sonuç B ve B+ gibi bir yabancı öğrencinin kolay kolay alamayacağı notlar almıştım.

Gene 1980'lere kadar, doçent olanların 1 yıllığına diledikleri yabancı ülkelere gitmelerine izin verilirdi. Amaç bilimsel çalışma yapmak ve Profesör

olmak için ikinci bir yabancı dil öğrenmekti. Fakültenin bana tanıdığı imkân ile 8 ay London School of Economics'in "Advanced Legal Studies" enstitüsünde, doçent olduktan sonra da Berlin Hür Üniversitesinin Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Enstitüsünde Almancamı geliştirmek ve alanımda çalışmak fırsatı bulmuştum. Sonuç olarak Amerikan başkanlık sistemi, İngiliz parlamenter sistemi, Alman demokrasisi ve hukuk sistemleri, hukuk eğitimleri hakkında yeterli bilgiye sahip olmuştum. İzlenimim arada sekteye uğramasına rağmen ülkemiz demokrasi alanında ileriye gitmekteydi. Üniversite, hele hukuk eğitimi hiç de bu gelişmiş ülkelerin gerisinde değildi.

1983 yılında kabul edilen ve o günlerde aramızda "Doğramacı Kanunu" diye nitelendirdiğimiz yeni Üniversiteler Kanununa kadar hep biz akademisyenler mutlu idik. Kendi dekanlarımızı, rektörlerimizi BİZ seçiyorduk. Bu nedenle günümüzde akademik yaşamdan bihaber, akademik nezaketten yoksun zevatın tepeden indiği konumdaki yöneticiler ile akademisyenler ve öğrenciler arasında hasmane değil dostane ilişkiler hâkimdi. Esasen Doğramacı Kanunu nedeniyle Fakültemizin çok saygın hocaları, bugünleri görmüş gibi, vakti gelmeden emekli olmayı yeğlemiş, Fakültemizi kendi yetiştirdikleri kadrolara emanet etmişlerdi.

Doğramacı Kanunu YÖK diye bir garip kurum yaratmış, Üniversitelerin sayısını artırırken, içini boşaltmış, daha da kötüsü Üniversiteleri bilim yuvası olmaktan çıkarak ticarethaneye dönüşmelerine yol açmış bulunuyor. İşte bu nedenle 1953 yılında öğrencilikle başlayıp 2001 yılına kadar süren akademisyenlik yıllarım benim için bir masal dünyası olarak kalmıştır.

Bugün Fakültemizin kuruluşunun 100. yılını kutlarken aranızda olmaktan ve akademik faaliyetin eskisi gibi sürdürülmekte olduğunu görmekten büyük bir mutluluk duyuyorum. Dilerim ki, yakın bir gelecekte yeni bir Üniversiteler Kanunu ile eski özerkliğe kavuşulsun, öğrenciler ve meslekdaşlarım benim gibi bir masal dünyasını doyasıya yaşasın.

(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşundan Bu Yana)

MEDENİ USUL VE İCRA İFLÂS HUKUKU ANABİLİM DALI'NDA GÖREV YAPAN ÖĞRETİM ÜYELERİ

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

GENEL OLARAK

Fakültelerin akademik seviyeleri, diğer bilimsel ölçütlerin yanı sıra, esas itibariyle görev yapan öğretim üyelerinin gayretleri ile ölçülür.

Elinizdeki bu inceleme, Fakültemizin kurulduğu 1925 yılından 2025 yılına kadar geçen yüzyıllık dönem içerisinde Fakültemiz Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı'nın (eski adıyla Kürsüsü'nün) özet tarihçesini yazmak, özellikle eserleriyle yolumuzu aydınlatan ve Anabilim Dalımızın bugünkü hale gelmesinde büyük emekleri bulunan öğretim üyelerini¹ anmak ve onlarla ilgili bilgilerin derli toplu olarak gelecek nesillere aktarılması amacıyla kaleme alınmıştır.

Öğretim üyeleri hakkında açıklamalara geçmeden önce, Cumhuriyet Dönemi'nin ilk yıllarında kurulan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarihinin tam olarak anlaşılabilmesi ve bu bağlamda dinsel (şariat) hukuk sisteminden laik hukuk sistemine evriliş açısından, Osmanlı Dönemi'nde 19 uncu yüzyılda yaşanan Batılılaşma eğilimine bağlı olarak, hukuk sistemimiz ve bu bağlamda hukuk öğretimi bakımından ortaya çıkan bazı yenilikler hakkında özet bilgi vermek isterim².

¹ Anabilim Dalı'mızda çalışan ve öğretim üyesi unvanına sahip olmadan görevden ayrılan araştırma görevlileri (eski adıyla asistanlar) buraya alınmamışlardır.

² Gülnihal Bozkurt, Türkiye'de Hukuk Eğitiminin Tarihçesi (Hukuk Öğretimi Sempozyumu, Ankara 1993), s.51-70.

Osmanlı Dönemi'nde 1855 yılında açılan Muallimhâne-yi Nüvvâb³, çağdaş anlamda hâkim yetiştirmek maksadıyla hukuk eğitimi veren ilk kurumdur. Bu okul, 1885'de Mekteb-i Nüvvâb, 1908'de Medresetü'l-Kudât⁴ adıyla anılmaya başlamıştır. Daha sonra hakimliklere duyulan ve giderek artan ihtiyaç sebebiyle, 1874'te Dârülfünûn-ı Sultânî bünyesinde Mekteb-i Hukûk-ı Sultânî kuruldu; bu okul 1877'de öğretime ara verdi; 1880'de Mekteb-i Hukûk-ı Şâhâne açıldı.

Ayrıca Selanik, Beyrut, Bağdat ve Konya'da da birer hukuk mektebi açıldı. Konya'da 1908'de açılan Mekteb-i Hukuk, 1919'da kapandı⁵.

Medresetü'l-Kudât, Cumhuriyet'in kurulması sonrasında çıkarılan 1924 tarihli ve 439 sayılı "Tevhidi Tedrisat Kanunu" (Öğretimin Birleştirilmesi Kanunu) ile medreselerin ortadan kaldırılması sonucunda işlevsiz hale geldi ve daha sonrasında 1924 tarihli ve 469 sayılı "Mehakimi Şeriyenin İlgasına Ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkâmı Muaddil Kanun" (Dinsel Mahkemelerin Kaldırılması ve Mahkemeler Kurulmasına İlişkin Kanun) ile kapatıldı ve buna bağlı olarak 24 Mart 1924 tarihinde Medresetü'l-Kudât son sınıf öğrencilerine mezuniyet belgeleri verildi⁶.

Cumhuriyet'in kurulduğu yıllarda İstanbul Darülfünunu Hukuk Fakültesi (eski adıyla: Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne)⁷ az sayıda mezun vermekte idi. Bu nedenle, Cumhuriyet'in başkenti Ankara'da, Cumhuriyet'le gelen yeni hukuku öğrenecek hukukçuları yetiştirecek olan başka bir kuruma ihtiyaç vardı. Duyulan ihtiyacı gidermek üzere, dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat

³ "Naipiler-Kadılar- Okulu" Sabri Çeliktaş, Muallimhane-i Nüvvab: Osmanlı Devleti'nde Medreseden Farklı Yeni Hukuk Öğretiminin Öncüsü (İslam Tetkikleri Dergisi, 14,1 -2024-) s.199-228.

⁴ "Medresetü'l-Kudât", Kadılar Medresesi.

⁵ Bkz. Yasin Yılmaz / Mehmet Kiremitçi, Konya Hukuk Mektebi'nde Anayasa Hukuku Dersleri (Adalet Dergisi, 2022/1, sayı 68) s.285-337.

⁶ Bkz. Ahmet Mumcu, Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne (1925-1975), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Yarım Yüzyıllık Tarihi, Ankara 1995; Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, Ankara Hukuk Fakültesinin Kuruluş ve İlk Yılları (Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara 1966, s. 1-62) s.13-37; Kudret Ayiter, 40 ncı Yıl Merasimini Açış Nutku (Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara 1966, s. XV-XXI); M. Serhan Yücel, Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nin İlk Yılı (Sosyal Araştırmalar Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 26, Mart 2016) s. 361-387.

⁷ Sevgi Kayak, Kuruluşundan Bugüne İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Roma Hukuku Dersleri (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2012, Cilt LXX, sayı 1, s.453-464); Nuran Koyuncu, Hukuk Mektebinin Doğuşu (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, 2012/3) s.163-183).

Bozkurt'un gayretleri sonucunda 23 Şubat 1925 tarihinde kabul edilen Bütçe Kanunu ile "Ankara Adliye Hukuk Mektebi" kuruldu; bu okul, daha sonra Fakülte adını aldı.

Cumhuriyet Dönemi'nin ilk yükseköğrenim kurumu olan Fakültemiz, 5 Kasım 1925'te Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Salonu'nda Mustafa Kemal Atatürk'ün verdiği önemli bir "Nutuk"⁸ ile açılmıştır⁹.

Ulu Önder bu Nutku'nda özetle; önce Türk Devrimi'nin ne olduğunu açıklamakta, daha sonra yeni oluşturulan devletin şeklinin, asırlardan beri gelen şekilleri ortadan kaldırdığını; genel idare ile bütün kanunların (dinî değil) dünyevî ihtiyaçlara uygun olarak devamlı olarak değişip gelişmesinin gerektiğini; devrim sonucu ortaya çıkan devlet şeklinin zihniyetini ve ihtiyaçlarını tatmin edecek yeni hukuk esaslarının yaratılması ile yeni hukuk uzmanlarının yetiştirilmesi zamanının geldiğini vurguladıktan sonra, öğrencilere hitaben şunları söylemiştir:

"Yeni Türk hayatı içtimaiyesinin banî ve müeyyidi (*yeni Türk toplumsal yaşamının kurucusu, koruyucusu*) olmak iddiasıyla tahsile başlayan sizler, Cumhuriyet devrinin hakiki ulemayı hukuku (*hukuk bilginleri*) olacaksınız; bir an evvel yetişmenizi ve arzuyu milleti (milletin isteğini) fiilen tatmine başlamanızı millet sabırsızlıkla beklemektedir. Sizi yetiştirecek olan Profesörlere terettüp eden (*düşen*) vazifeyi hakkıyla ifa edeceklerine eminim.

⁸ Bu nutkun tam metni için bkz.: Reisicumhur Hazretlerinin Nutku (Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara 1966) s.XXIII-XXVI.

⁹ Bu Nutuk'un, Atatürk'ün daha önce 1 Mart 1922'de Türkiye Büyük Millet Meclisinin üçüncü toplantı yılını açarken yaptığı şu konuşma ile birlikte değerlendirmenin daha doğru olduğu kanısındayım: "Efendiler! Tarakkiyatı asriyye milletlerin medenî ihtiyaçlarını tevsi, teksir ve tenvir ve bu ihtiyacı medeniyye ile mütenasip medenî hakların vücudunu istilzam eder. Her devletin mensup olduğu heyeti içtimaiyenin derece-i temeddüniyle mütenasip, mevzuatı hukukîyyesi vardır. Dünyada mevcut bilcümle medenî devletlerin kanunu medenîleri hemen yekdiğerinin pek yakınıdır. ... Mevzuatı hukukîyemizin bilcümle medenî devletlerin müdevvenatı kanunîyesinden nakıs olması caiz değildir. Mücadehatımızın matuf olduğu istiklâlî tam mefhumunda istiklâlî adlimizin de mündemiç bulunduğu tabiidir. Binaenaleyh; her müstakil devletin bir hakkı layenfekki olan tevzii adalet vazifesine kimseyi karıştırmayız. ... Teşekkür olunur ki Adliye Vekâletimiz mevcut mahkemelerimizi evsafı mahsusayı haiz hükkâmle teçhiz ve takviye edebilmek için, bir hukuk fakültesi tesisine karar vererek, Meclisi Âlinin muvafakatini almıştır. Bu müesseseyi âliye için 338 senesi bütçesine lâzım gelen meblâğ ithal olunmuştur. Bir kısmı mühimmi vücuda getirilen ve kısmı diğerinin intacına çalışılan bu hususatin ikmalî hayatı adliyemize bütün dünyaca sayam kabul bir manzarai tekâmül bahşeyliyecektir" [bkz.: Fakültenin En Kıdemli Profesörü Süheyy Derbil'in Konuşması (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 7 sayı 3, s.10-20)].

Cumhuriyetin müeyyidesi (koruyucusu/güçlendiricisi)¹⁰ olacak bu büyük müessesenin küşadında (*açılışında*) hissettiğim saadeti hiç bir teşebbüste duymadım ve bunu izhar (*açıklamakla*) ve ifade etmekle memnunum”.

Fakülte’nin kurulduğu yıl toplam 11 profesör göreve başladı ve kısa sürede sayı 18 profesöre¹¹ ulaştı. İlk Profesörler Meclisi Başkanı, Fakülte’nin kurucusu Mahmut Esat (Bozkurt) idi. Cumhurbaşkanı Mustafa Kemal’e “Tedris Heyeti Fahrî Reisi”, dönemin başbakanı İsmet Paşa’ya da “Türk Hukuk Tarihi Fahrî Profesörlüğü” unvanı verilmişti.

ANABİLİM DALI’MIZDA GÖREV YAPAN ÖĞRETİM ÜYELERİ

Aşağıda Anabilim Dalı’mızda (eski adıyla Kürsümüzde) görev yapan öğretim üyeleri hakkında kısa açıklamalar yapılmış, yazdıkları kitapların adları verilerek, bu yolla hukukumuza yaptıkları katkılar gösterilmek istenmiştir. Hocalarımızın ayrıca çok sayıda değerli makaleleri de vardır; bunlar, yer darlığı nedeniyle buraya alınmamış, nerelerde yayımlandıklarını göstermek üzere bazı toplu yollamalar yapılmakla yetinilmiştir.

Ord. Prof. SABRİ ŞAKİR ANSAY¹²

Sabri Şakir Ansay (1888-1962), Anabilim Dalımızın (Kürsümüzün) ilk öğretim üyesidir ve 1926’da profesör¹³ olarak atamasından 1958’de oluncaya kadar kesintisiz olarak görev yapmıştır.

¹⁰ Nutuk’ta yer alan “**müeyyide**” kelimesinin, günümüz Türkçesine her nedense genellikle “**yaptırım**” şeklinde çevrildiği görülmektedir. Arapça’da. “müeyyide” kelimesinin çeşitli anlamları vardır; bunlardan biri, “yaptırım” olmakla birlikte diğer bir anlamı, “**doğrulama** (teyid etme), **güçlendirme**, **sağlamlaştırma**, **takviye etme**”dir (bkz.: İlhan Ayverdi / Redaksiyon Ahmet Topaloğlu, *Asırlar Boyu Tarihî Seyri İçinde Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, Kubbealtı Lügatı, cilt 2, İstanbul 2005, s.2188). Kanımca, Nutuk’ta geçen “müeyyidesi” kelimesi de “yaptırımı” değil, “**koruyucusu/güçlendiricisi**” anlamında kullanılmıştır. Aksinin kabulü halinde, Atatürk’ün bizzat kaleme aldığı bu anlamlı, akıcı ve güzel metin, doğru anlaşılmamış olur.

¹¹ Bu profesörlerin kim oldukları bkz.: Yücel, age s.371-377; Oğuzoğlu, age s.12-37.

¹² Bkz. Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964; Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hayatı ve Eserleri (Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964), s.1-7; Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, Ankara Hukuk Fakültesinin Kuruluş ve İlk Yılları, s.25-28; Kemal Tahir Gürsoy, Prof Sabri Şakir Ansay’ın Ardından (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 19, 1962), s.XI-XIV.

¹³ Fakülte’nin (Hukuk Mektebi’nin) kuruluş aşamasında burada ders verecek olan kişilere “müderris”, “muallim”, “profesör” unvanlarından hangisinin verileceği tartışılmış, sonuçta

1910'da Medresetü'l-Kudât'tan mezun olan Ansay, bazı idari görevlerden sonra kadılık ve hâkimlik yaptı; Adalet Bakanlığı'nın açtığı sınavı kazanarak beş yıllık bir sürede Alman mahkemelerinde staj yapmak ve uygulamayı görmek üzere gönderildi ve fakat Birinci Dünya Savaşı'nın çıkması üzerine Türkiye'ye döndü; Cumhuriyet'in kurulmasını izleyen dönemde Türk Medeni Kanunu'nu hazırlayan Bilim Komisyonu'nda yer aldı ve buradaki başarısı sebebiyle Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Müdürlüğü'ne getirildi, 1926'da Ankara Hukuk Mektebi'ndeki Hukuk Muhakemeleri Usulü ve İcra İflâs Hukuku profesörlüğüne atandı ve 1942'de Ordinaryüs Profesörlüğe¹⁴ yükseltildi.

Ansay'ın, Osmanlı Hukuku'na egemen olan dinsel hukuk (şeriat) kuralları döneminde yetişmesine rağmen, daha sonra Cumhuriyet Dönemi'ndeki laik hukuka geçiş döneminin en başarılı hukukçularından olması, O'nun hukuki bilgi ve deneyimlerinin derinliğini, sağlamlığını göstermektedir.

Bilindiği üzere, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'muz, İsviçre'nin Neuchâtel Kantonu Medeni Usul Kanunu'nun; İcra ve İflâs Kanunumuz, İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nun, ülkemiz şartlarının gerektirdiği bazı değişiklikler dışında, esas olarak Türkçe'ye çevrilmesi yoluyla kabul edilmişti. Dolayısıyla, o dönemde her iki kanun hakkında Türkçe kaynak bulunmadığından bu konuda çok büyük zorlukla karşı karşıya bulunulmakta idi.

Bütün zorluklara rağmen Ansay, 1935-1941'de "Hukuk Yargılamaları Usulleri" adlı kitabının; 1936'da "Hukuk İcra ve İflâs Usulleri" adlı kitabının ilk baskılarını yayımladı. Daha sonra, emekli oluncaya kadar bunların yeni

Batı ülkelerinde genellikle kabul edilen "profesör" unvanı üzerinde mutabık kalınmış ve "profesör" unvanı ülkemizde ilk defa burada kullanılmıştır [bkz.: Fakültenin En Kıdemli Profesörü Stüheyp Derbil'in Konuşması (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 7, sayı 3), s.10-20]. Cumhuriyet'in kurulduğu yıllarda içinde bulunulan durum gözüne alındığında profesörlüğe atanmak için bugünkü sistemden farklı olarak doktora yapmış olma ve doçentlik aşamasını geçme gibi şartlar bulunmamakta idi. Bu nedenle o dönemde görev yapmış olan profesörlerin ve ordinaryüs profesörlerin "dr." unvanı bulunmamaktadır.

¹⁴ "Ord. Prof." (ordinaryüs profesör) unvanı, üniversiteye dışardan gelen (extraordinaryüs) profesör değil; üniversiteye "usulüne göre atanmış / düzenli" profesör anlamındadır. O dönemdeki mevzuata göre, bu unvanın alınabilmesi için en az beş yıl profesör olarak görev yapma ve değerli bilimsel çalışmalarda bulunma şartları vardı. Bu unvan 1960'da kaldırılmış, o tarihten sonra Ord. Prof. unvanı verilmemiş ve ancak daha önce kendilerine bu unvan verilenlerin kazanılmış hakları saklı tutulmuştur.

baskıları yapıldı. Bu kitaplar, aynı konularda ülkemizde daha sonra yayımlanan kitaplara çok önemli kaynak oluşturdu.

Ansay, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Kürsüsü'ndeki görevi dışında, Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal'ın İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne nakli üzerine, Fakültemizin Hukuk Tarihi ve Hukuk Başlangıcı Kürsüsünü de üzerine aldı. Bu vesile ile, 1943'de "Hukuk Bilimine Başlangıç"; 1946'da "Hukuk Tarihinde İslam Hukuku"¹⁵ adlı eserlerini yayımladı.

Bilimsel çalışmaları sırasında 1944-1946 yıllarında, Hukuk Fakültesi, 1955-1957 yıllarında İlahiyat Fakültesi dekanlığı görevlerini de ifa eden Ansay, "Türkiye Kızılay Cemiyeti" ile "İskan Umum Müdürlüğü"nde fahri hukuk müşavirliği yaptı; Türk Dil Kurumu Haysiyet Kurulu'na seçildi.

KİTAPLARI: - Haşiyeli Borçlar Kanunu, İstanbul 1926; - Borçlar Kanunu Şerhi (ortak eser), 2 cilt, İstanbul 1926; - Hukuk Yargılamaları Usulleri, 7. baskı, Ankara 1960; - Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. baskı, Ankara 1960; - Hukuk Bilimine Başlangıç, 7. baskı, Ankara 1958; - Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 4. baskı, Ankara 2002; - Eski Aile Hukukumuz Bir Nazar, Ankara 1952; Çeviri kitapları: von Overbeck, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi Esasları, İstanbul 1929; Prof. E. Zitelmann, Kanun Yapma Sanatı, Ankara 1950; Escher, Medeni Kanun Şerhi, Miras Hukuku, Ankara 1953.

Prof. Dr. BURHAN GÜRDOĞAN

Burhan Gürdoğan (1929-1986), 1955'de Ankara Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu ve aynı yıl, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku kürsüsüne asistan olarak atandı.

1959'da "Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı" konulu teziyle hukuk doktoru; 1964'te "Türk-İsviçre Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip" adlı teziyle doçentlik; 1984'da profesörlük unvanını aldı.

1985'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden ayrılarak, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne kurucu dekan olarak atandı.

KİTAPLARI: - Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960; - Son Değişikliklere Göre Gerekçeli İcra ve İflâs Kanunu (ortak eser) Ankara 1965; - İflâs Hukuku Dersleri, Ankara 1966; - Özel Hukuk Alanında

¹⁵ Hukuk Tarihinde İslam Hukuku adlı eserin değeri ve önemi hakkında bkz.: Hilmar Krüger, Dördüncü Baskı'nın Önsözü (Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2002), s.VII-X.

Maddi Hukuk ve Yargılama Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Değerlendirilmesi, Ankara 1967; - Controle de la Cour de Cassation sur le Pouvoir d'Appreciation de Juge. Dans le Domaines du Droit Matériel et de la Procédure en Droit Privé, Ankara 1967; - Türk-İsviçre Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Ankara 1967; - İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970.

Prof. Dr. ŞAKİR BERKİ¹⁶

Şakir Berki (1915-1988), Fakültemiz Medeni Hukuku Kürsüsü mensubudur. Ord. Prof. Ansay'ın 1958'de emekli olmasından sonra, Medeni Usul ve İcra İflâs Kürsüsü'nde öğretim üyesi bulunmaması sebebiyle, medeni usul hukuku dersi Prof. Dr. Şakir Berki tarafından verildi. Hocamızın, kendi alanı ile ilgili çok sayıdaki kitapları dışında "Hukuk Muhakemeleri Usulü" (Ankara 1959) adlı bir kitabı da vardır.

Prof. Dr. NECİP BİLGE¹⁷

Necip Bilge (1912-2001), Fakültemizi 1934'de bitirdikten sonra, Cenevre'de (İsviçre) medeni hukuk dalında doktora yaptı ve 1948'de Ankara Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Kürsüsü'ne doçent olarak atanıncaya kadarki dönemde, Ankara hâkim yardımcısı olarak Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri'nde çalıştı.

Bu görevi sürerken 1950'da Niğde'den Milletvekili seçilen Bilge, bu dönemde çok sayıda kanun teklifi sundu ve TBMM Genel Kurulu'nda değişik konular üzerinde çok sayıda konuşma yaparak rekorlar kırdı; 1953'de milletvekilliğinden istifa ederek Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Kürsüsü'ne geri döndü.

Hocamız 1956'da profesörlüğe yükseldi, 1961'de Hukuk Usulü ve İcra İflâs Kürsüsü'ne atandı ve 1979'da kendi isteği ile emekliye ayrıldı.

1960-1961 yılları arasında Hukuk Fakültesi Dekanlığı ve Harp Okulu Öğretim Üyeliği de yapan Prof. Dr. Necip Bilge, Üniversite'deki görevinin yanı sıra 1960 Kurucu Meclisi'nde üniversite temsilcisi ve 1980 Kurucu Meclisi Danışma Meclisi üyesi olarak çalıştı.

¹⁶ Bkz. Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1996, cilt 5 sayı2) s.IX-X.

¹⁷ Bkz. Prof. Dr. Necip Bilge Anısına Armağan (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, Cilt 57; sayı 1) s.XIII-XIV.

KİTAPLARI: - La Capacité Civile Des Personnes Morales en Droit civil Suisse, Thèse, Faculté de Droit de l'Université de Genève, Genève 1941; - Bakanların Görev ve Sorumlulukları, Ankara 1956; - Cezai şart, Ankara 1957; - Borçlar Hukuku Dersleri, Hususi Borç Münasebetleri, 3. baskı Ankara 1971; - Hukuk Başlangıcı Dersleri; (Hukukun Temel Kavram ve Kurumları) 12. baskı Ankara, 1999; - Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. baskı (ortak eser) Ankara 1978; - Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme, Ankara 1973; - Bankacılar İçin Takip Hukuku Bilgisi, Ankara 1975; - Yargıtay İçtihat Birleştirme Kararları Işığında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1977 (ortak eser) Ankara 1978.

Prof. Dr. BAKİ KURU¹⁸

Baki Kuru (1928-2022), 1946'da Bolu Orman Okulu'ndan mezun oldu, 1946-1951 yılları arasında Orman Genel Müdürlüğü'ne bağlı olarak bölge şefi, daha sonra Toprak İskan Genel Müdürlüğü teşkilatında harita teknisyeni olarak çalıştı ve 1955'te Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi.

1958'de Münster (Almanya) Üniversitesi'nde "Übertragung und Pfändung der Anwartschaftsrechte auf Eigentumserwerb an Beweglichen Sachen und an Grundstücken" (Türkçesi: Taşınır ve Taşınmaz Mallarda Mülkiyet Edinmede Beklemece Hakların Devri ve Haczi) adlı teziyle hukuk doktoru unvanını alan Hocamız, 1958 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne asistan olarak atandı; 1960 yılında "Nizasız Kaza" adlı teziyle doçentlik ve 1966'da "Tespit Davaları" adlı takdim teziyle profesörlük unvanını aldı ve 1983 yılında kendi isteğiyle emekliye ayrıldı.

KİTAPLARI: - Übertragung und Pfändung der Anwartschaftsrechte auf Eigentumserwerb an Beweglichen Sachen und an Grundstücken, Münster 1958; - Nizasız Kaza, Ankara 1961; - İcra ve İflâs Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler, Ankara 1962; - Bankacılar İçin İcra ve İflâs Hukuku Bilgisi, 19. baskı, Ankara 2017; - Şahıs Şirketleri ve Ortaklarının İflâsı, Ankara 1963; - Tespit Davaları, Ankara 1963; - İcra ve İflâs Hukuku, Cilt I, İcra Hukuku, Ankara 1965; - Hakim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara 1966; - Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6 cilt, 6. baskı, İstanbul 2001; - İcra ve İflâs Hukuku, Cilt II, İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara 1971; - İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı (ortak eser), 28. baskı, Ankara 2014; İcra ve İflâs Kanunu ile Nizamnamesi ve Yönetmeliği (ortak eser) 35. baskı, Ankara 2014;

¹⁸ Bkz. Baki Kuru, İşte Hayatım, İstanbul 2020; 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004; Prof. Dr. Baki Kuru Anısına Armağan, 4 cilt, İstanbul 2025.

Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı (ortak eser), 25. baskı, Ankara 2014; - İçtihatların Birleştirilmesi Yolu İle İlgili Bazı Sorunlar, Ankara 1977; - Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, 2. baskı Ankara 2002; - Zivilprozess (Zivilgerichtsbarkeit), Zwangsvollstreckung und Konkurs in der Türkei, Forschungsberichte der Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaftlichen Forschung über das Spar- und Girowesen e.V, Band 18, 2. baskı, Mainz 1983 (s.359-459); - Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat (ortak eser), 40. baskı, Ankara 2014; - İcra ve İflâs Hukuku (İptal Davaları ve Konkordato dahil), Ankara 1983; - Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Öğrencileri İçin İcra ve İflâs Hukuku Bilgisi (ortak eser), 2. baskı, Eskişehir 1989; - İcra ve İflâs Hukuku, 4 cilt, İstanbul (Ankara) 1988-1997; - Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995; - İktisadi ve İdari Bilimler Fakülteleri İçin İcra ve İflâs Hukuku Bilgisi (ortak eser), 3. baskı, Ankara 2009; - İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, İstanbul 2003; - İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. baskı, Ankara 2013; - Makaleler, İstanbul 2006; - Hukuki Mütalâalar, Ankara 2013; - Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015; - İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2016; - İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı (ortak eser), 5. baskı, İstanbul 2021; - İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı (ortak eser), 5. baskı, İstanbul 2021; - Medenî Usul Hukuku El Kitabı (ortak eser), 2. baskı, İstanbul 2021.

Prof. Dr. ERGUN ÖNEN¹⁹

Ergun Önen (1935-2022), 1958’de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ni bitirdikten sonra 1962’de Berlin (Almanya) Üniversitesi’nde “Die Gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen in der Türkei” (Türkçesi: Türkiye’de Karma İktisadi Teşebbüsler) adlı teziyle hukuk doktoru unvanını aldı.

Hocamız, 1965’te Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Kürsüsü’ne asistan olarak atandı; 1972’de “Medeni Yargılama Hukukunda Sulh” teziyle doçent; 1982’de “İnşai Dava” adlı takdim teziyle profesör oldu.

1982 yılında Ankara Üniversitesi’nden ayrılan Prof. Dr. Ergun Önen, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı’na atandı; 1985-1996 yılları arasında “konuk profesör” olarak Boğaziçi ve Dicle üniversitelerinde dersler

¹⁹ Bkz. Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003.

verdi. Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde çok sayıda yüksek lisans ve doktora tezleri yönetti.

2000'de emekli olan Önen, bu tarihten sonra İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde çalıştı.

KİTAPLARI: - Die Gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen in der Türkei, Berlin 1962; - Karma İktisadi Teşebbüsler, Ankara 1967; - Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972; - Medeni Yargılama Hukuku Dersleri (ortak eser), Ankara 1978; - Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979; - İnşâî Dava, Ankara 1981.

Prof. Dr. RAMAZAN ARSLAN²⁰

Ramazan Arslan (1949), 1969'da Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi ve 1970'de aynı Fakülte'nin Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Kürsüsü'ne, asistan olarak atandı.

1975'te "Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi" adlı teziyle hukuk doktoru unvanını aldı. 1982'de yardımcı doçent; 1983'te "İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi" adlı teziyle doçent; 1989'da "Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı" adlı takdim teziyle profesör oldu.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi dışında, Ankara Üniversitesi Adalet Yüksek Okulu, Kıbrıs Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde dersler verdi. Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde çok sayıda yüksek lisans ve doktora tezi yönetti.

Bilimsel çalışmalarının yanı sıra, bazı kamu bankalarında hukuk danışmanlığı yaptı. Ankara Üniversitesi Adalet Yüksek Okulu Müdür Yardımcısı, Müdürü; Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcılığı, Dekanı; Basın İlan Kurumu Genel Kurul Üyeliği; Ankara Üniversitesi Rektör Yardımcısı; Üniversite temsilcisi olarak Üniversitelerarası Kurul Üyeliği ve Kurul'un Mevzuat Komisyonu Başkanlığı, Doçentlik Sınav Üyeliği, Yükseköğretim Kurulu Üyeliği, Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurul üyeliği görevlerinde bulundu.

Ayrıca, Türk Hukuk Kurumu Yönetim Kurulu Üyeliği; Memleketimizde Münevver Gazeteci Yetiştirme Vakfı Yönetim Kurulu Üyeliği ve Başkanlığı; Noterlik Hukuku Araştırma Vakfı Yönetim Kurulu Üyeliği ve Başkanlığı;

²⁰ Bkz. Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Ankara 2015.

Ankara Hukuk Fakültesi Geliştirme Vakfı Yönetim Kurulu Üyeliği görevlerinde bulundu.

Yeminli Mali Müşavir (YMM) belgesi sahibidir; kendisine, Türkiye Noterler Birliği tarafından “Fahri Noter” unvanı verilmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu; İcra ve İflâs Kanunu; Avukatlık Kanunu; Noterlik Kanunu; Yüksek Öğretim Kanunu gibi çok sayıda temel kanunun hazırlanması veya bu kanunlarda değişiklik yapılması için oluşturulan komisyonlarda görev yaptı.

2010’de kendi isteği ile emekli olarak, Ankara Üniversitesi’nden ayrıldı; o tarihten beri Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ve Başkanı olarak görev yapmaktadır.

KİTAPLARI: - Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (ortak eser), Ankara 1976; - Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977; - İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984; - Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989; - Yargı Örgütü Ders Notları (ortak eser), Ankara 1980; - Yargı Örgütü Hukuku (ortak eser), 2. baskı, Ankara 2001; - İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı (ortak eser), 28. baskı, Ankara 2014; İcra ve İflâs Kanunu ile Nizamnamesi ve Yönetmeliği (ortak eser) 35. baskı, Ankara 2014; Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı (ortak eser), 25. baskı, Ankara 2014; - Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat (ortak eser), 40. baskı, Ankara 2014; - İcra ve İflâs Hukuku (ortak eser), 13. baskı, Ankara 2025; - Notlu Gerekçeli İcra ve İflâs Kanunu (ortak eser), 12. baskı, Ankara 2025; Medeni Usul Hukuku (ortak eser), 11. baskı Ankara 2025; - Notlu Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu (ortak eser), 13. baskı, Ankara 2025; - İcra ve İflâs Hukuku Pratik Çalışmaları (ortak eser), 22. baskı, Ankara, 2022; - Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışmaları (ortak eser), 22. baskı, Ankara, 2022.

Prof. Dr. EJDER YILMAZ²¹

Ejder Yılmaz (1949), 1971’de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi ve 1972’de aynı Fakülte’nin Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Kürsüsü’ne, asistan olarak atandı.

²¹ Bkz. Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Ankara 2015.

1975'te “İflâs İdaresi” adlı teziyle hukuk doktoru; 1981'de “Medeni Usul Hukukunda Islah” adlı teziyle doçent; 1989'da “Medeni Usul Hukukunda Yemin” adlı takdim teziyle profesör oldu.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi dışında, Ankara Üniversitesi Adalet Yüksek Okulu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Polis Akademisi'nde dersler verdi. Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde çok sayıda yüksek lisans ve doktora tezleri yönetti.

Değişik zamanlarda İsviçre, Almanya, Avusturya, Belçika, Lüksemburg, İngiltere ve Fransa gibi Avrupa ülkelerinde bilimsel araştırmalar yaptı.

Başta Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu; İcra ve İflâs Kanunu; Tebligat Kanunu; Avukatlık Kanunu; Noterlik Kanunu; Milletlerarası Tahkim Kanunu; Bankacılık Kanunu; Sermaye Piyasası Kanunu; Rekabetin Korunması Hakkında Kanun gibi çok sayıda kanunun ve diğer mevzuatın hazırlanması ve değiştirilmesi konusundaki komisyonlarda başkan, üye veya uzman hukukçu olarak hazır bulundu.

Bilimsel faaliyetlerinin yanı sıra, çeşitli tarihlerde Oytaş İç ve Dış Ticaret AŞ; Adana Çimento TAŞ; Halk Leasing AŞ; Oyakbank AŞ; Oyak Ankerbank GmbH; Sümerbank AŞ; Oytur Turizm AŞ; Netsel Turizm Yatırımları AŞ; AXA-Oyak Hayat Sigorta AŞ; Oyak Büyük Mağazacılık AŞ; Ansav Ankara Nümune Hastanesi Sağlık Vakfı; Ansav İç ve Dış Ticaret AŞ; Gülsav Gülhane Hastanesi Sağlık Vakfı; Gülsav İç ve Dış Ticaret AŞ; Muhtaç Çocuklar Eğitim Yardımı Vakfı; Muhtaç Çocuklar Eğitim Yardım AŞ; Jandarma Asayiş Vakfı; Jandarma Asayiş Vakfı Destekleme AŞ; Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü Vakfı; TODAİE Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Yüksek Okulu; İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, fakülte ve yönetim ve/veya denetim kurulu üyelikleri; OYAK Ordu Yardımlaşma Kurumu, Erdemir Demir ve Çelik Fabrikaları TAŞ, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Sermaye Piyasası Kurumu, Selyak Petrol Ürünleri Dağıtım AŞ, Kan Ürünleri AŞ, Türkiye Kızılay Derneği, Türkiye Halk Bankası AŞ gibi kurum ve kuruluşların hukuk müşavirliği/danışmanlığı; İSTAC İstanbul Tahkim Merkezi Milli Divan üyeliği görevlerini ifa etti.

Ankara Barosu'nda 1974 yılından bu yana avukat olarak kayıtlıdır; Yeminli Malî Müşavirlik (YMM) belgesi sahibidir; noterlik mesleğine yaptığı katkılar nedeniyle kendisine, Türkiye Noterler Birliği tarafından Noterlik Kanunu'nun 165 inci maddesine göre, “Fahrî Noterlik” unvanı verilmiştir.

Yükseköğretim Kanunu'nda yapılan değişiklikle getirilen “tam gün çalışma” düzenlemesi nedeniyle 2011'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki görevinden, kendi isteğiyle, emekli oldu; daha sonra İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde on yıl görev yaptıktan sonra 2024'de istifa ederek ayrıldı.

Halen bilimsel çalışmalarını yoğun olarak sürdürmekte; ayrıca, Ordu Yardımlaşma Kurumu ve bir kamu bankasının hukuk danışmanı olarak çalışmaktadır.

KİTAPLARI: - İflâs İdaresi, Ankara 1976; - Sadeleştirilmiş Metinleriyle, Notlu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 1975/1976; - Hukuk Sözlüğü, 11. baskı, Ankara 2023; - İsbat Yüğü (ortak eser), 2. baskı, İstanbul 1980; - Yargı Örgütü Ders Notları (ortak eser), Ankara 1980; - Medenî Yargılama Hukukunda İslah, 5. baskı, Ankara 2021; - Tebligat Hukuku (ortak eser), 6. baskı, Ankara 2013; - Adlî Yazı ve Yazışma Örnekleri (ortak eser), Ankara 1992; - Medenî Yargılama Hukukunda Yemin, 3. baskı, Ankara 2021; - Hukuk Rehberi (ortak eser), 5 cilt, 8. baskı, Ankara 2006; - Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, 2 cilt, Ankara 2001; - Olağanüstü Temyiz, Ankara 2003; - Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, 9. baskı, Ankara 2023; - İstinaf, 2. baskı, Ankara 2005; - Adlî Yazı ve Yazışma Usulleri Ders Kitabı, 5. baskı, Ankara 2020; Insolvenzrecht in der Türkei (ortak eser) (in: Kindler/Nachmann, Handbuch Insolvenzrecht in Europa) 2. baskı, Stand: Juni 2021 München 2022; - Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4 cilt, 4. baskı, Ankara 2021; - Türkçe-Azerice Hukuk Sözlüğü, Türk-Azərbaycan Hüquq Lüğəti (ortak eser), Ankara 2013; - Makaleler (1973-2013), 2 cilt, Ankara 2014; - İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016; Adalet, İnsana Yakışan Anlayış, 2. baskı, Ankara 2021; - Hukuk Dilinin Gelişmesi ve Sadeleşmesi, Ankara 2022; - İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı (ortak eser), 28. baskı, Ankara 2014; İcra ve İflâs Kanunu ile Nizamnamesi ve Yönetmeliği (ortak eser) 35. baskı, Ankara 2014; Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı (ortak eser), 25. baskı, Ankara 2014; - Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat (ortak eser), 40. baskı, Ankara 2014; - İcra ve İflâs Hukuku (ortak eser), 13. baskı, Ankara 2025; - Notlu Gerekçeli İcra ve İflâs Kanunu (ortak eser), 12. baskı, Ankara 2025; Medeni Usul Hukuku (ortak eser), 11. baskı Ankara 2025; - Notlu Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu (ortak eser), 13. baskı, Ankara 2025; - İcra ve İflâs Hukuku Pratik Çalışmaları (ortak eser), 22. baskı, Ankara, 2022; - Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışmaları (ortak eser), 22. baskı, Ankara, 2022; - Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (Milli Şerh), (ortak eser) bölümü: s.1082-1215, İstanbul 2016, s.1082-1215; - A.Ü.

Hukuk Fakültesi Sistematiik Yayın Kataloğu, Ankara 19743; - Adalet Dergisi, Dizin, 1935/1979 (ortak eser), Ankara 1980; -Fikir ve Sanat Eserleri, Sinaî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Bibliyografyası (1727-2002) (ortak eser) Ankara 2002; - Türk Hukuk Bibliyografyası (1928-1942) (ortak eser), Ankara 1998; - Türk Hukuk Bibliyografyası (1970-1974) (ortak eser), Ankara 1981; - Türk Hukuk Bibliyografyası (1975-1979) (ortak eser) Ankara 1981; - Türk Hukuk Bibliyografyası (1980-1984) (ortak eser) Ankara 1999; - Türk Hukuk Bibliyografyası (1985-1989) (ortak eser) Ankara 1999; - Türk Hukuk Bibliyografyası (1990-1993) (ortak eser) Ankara 2000; - Türk Hukuk Bibliyografyası (1994-1995) (ortak eser) Ankara 2000; - Türk Hukuk Bibliyografyası (1996-2000) (ortak eser) Ankara 2004; - Türk Hukuk Bibliyografyası (2001) (ortak eser), Ankara 2007; - Fikir ve Sanat Eserleri Sinaî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Bibliyografyası (1727-2002) (ortak eser) Ankara 2002.

Doç. Dr. HALÛK KONURALP²²

Halûk Konuralp (1953-2008), 1978’de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi ve 1980’de aynı Fakülte’nin Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Kürsüsü’ne, asistan olarak atandı.

1986’da “Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı ” adlı teziyle hukuk doktoru; 1989’da yardımcı doçent; 2000’de “Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları” adlı teziyle doçent oldu.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi dışında, Ankara Üniversitesi Adalet Yüksek Okulu, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde dersler verdi. Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde çok sayıda yüksek lisans ve doktora tezleri yönetti.

Adalet Bakanlığı tarafından kurulan İstinaf Mahkemeleri, Şirketlerin Borçlarının Yeniden Yapılandırılması, İcra ve İflâs Kanunu, Elektronik İmza Kanunu Tasarısı ile ilgili komisyonlarında yer aldı. Telekomünikasyon Kurulu tarafından oluşturulan E-İmza Ulusal Koordinasyon Kurulu Hukuk ve Düzenlemeler Çalışma Grubu Başkanlığı yaptı.

Bilimsel çalışmalarının yanı sıra Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kurulu ve Yönetim Kurulu, Adalet Yüksek Okulu Kurulu ve Yönetim Kurulu

²² Bkz. Halûk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009.

üyelikleri; Ankara Üniversitesi Adalet Yüksek Okulu Müdür Yardımcılığı ve Müdürlüğü; Ankara Üniversitesi Çevre Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi merkez kurulu üyesi; İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi akademik kurulları üyelikleri görevlerinde bulundu.

KİTAPLARI: - Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 1988; - Adli Yazı ve Yazışma Örnekleri (ortak eser), 2. baskı Ankara 1992; - Avrupa Topluluğu'nda ve Türkiye'de Çevre Mevzuatı (ortak eser), Ankara 1989; - Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999; Müfettişlik-Uzmanlık Giriş ve Yeterlilik Sınavları, Adli ve İdari Yargı Hakim Adaylığı Giriş Sınavı (ortak eser), Ankara 1999; - Mesleklere Giriş Sınavları Deneme Test Soruları (ortak eser), Ankara 2000; - Bankacılar İçin İcra ve İflâs Hukuku Bilgisi (ortak eser), Ankara 2008; - Medeni Usul Hukuku, Eskişehir 2006; - Yargı Örgütü ve Tebligat Hukuku (ortak eser), Eskişehir 2006; - Borçlar, Ticaret ve Banka Hukuku Bibliyografyası 1986-1987 (ortak eser), Ankara 1990; - Borçlar, Ticaret ve Banka Hukuku Bibliyografyası 1988 (ortak eser), Ankara 1992; - Borçlar, Ticaret ve Banka Hukuku Bibliyografyası 1989-1990 (ortak eser), Ankara 1992; - Borçlar, Ticaret ve Banka Hukuku Bibliyografyası 19993-1994 (ortak eser), Ankara 1996.

Prof. Dr. SÜHA TANRIVER

Süha Tanriver, 1985'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu ve 1986'da aynı Fakülte'ye Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı'na araştırma görevlisi olarak atandı.

1987'de "İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi" konulu yüksek lisans tezini savunarak; yüksek lisans öğrenimini tamamladı. 1991'de "Konkordato Komiseri" adlı teziyle hukuk doktoru unvanını kazandı.

1993'de yardımcı doçent, 1997'de "Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı" adlı teziyle doçent, 2003'de, "Bilirkişinin Hukukî Statüsü, Yükümlülükleri ile Yetkileri ve Sorumluluğu" konulu takdim teziyle profesör oldu.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile Ankara Üniversitesi Adalet Yüksek Okulu, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde dersler verdi. Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde çok sayıda yüksek lisans ve doktora tezleri yönetti.

Prof. Dr. Süha Tanrıver, 2018’de kendi isteğiyle, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden emekli oldu. O tarihten beri Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ve Başkanı olarak görev yapmaktadır.

KİTAPLARI: - Konkordato Komiseri, Ankara 1993; - İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi (Yüksek Lisans Tezinin Tümüyle Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Hâli), Ankara 1996; - Konkordatonun Tasdiki (ortak yayın), Ankara 1996; - Noterlik Açısından Vekâlet (Temsil), 2. baskı, Ankara 2001; - Yargı Örgütü Hukuku (ortak eser), 2. baskı, Ankara 2001; - Bilirkişinin Hukukî Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002; - Makalelerim I (1985-2005), Ankara, 2005; - Medenî Usûl Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. Bası, Ankara 2007; - Makalelerim II (2006-2010), Ankara, 2011; - Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler (1993-2011), Ankara, 2011; - Türk Aile Mahkemeleri, Ankara 2014; - Medenî Yargıda Bilirkişilik, Ankara 2016; - Makalelerim III, Ankara, 2016; - Yargı Teşkilâtı ve Görevlileri, Ankara, 2022; - Avukatlık ve Noterlik Hukuku, Ankara, 2023; - Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Ankara, 2023; - Bilirkişilik, 2. baskı, Ankara, 2024; - Medenî Usûl Hukuku C.I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, 6. baskı, Ankara 2024; - Medenî Usûl Hukuku C.II, Üst Derece Yargılamaları, Kesin Hüküm ve Bertaraf Edilmesi, Diğer Hukukî Çareler, Geçici Hukukî Korumalar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri ve İç Tahkim, 3. baskı, İstanbul 2025; - Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 3. baskı, İstanbul, 2025; - Türk Yargı Teşkilâtı, 2. baskı, İstanbul 2025; - Medenî Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul, 2025; - Türk Noterlik Hukuku Bibliyografyası (ortak eser), Ankara 1999.

Prof. Dr. ERDAL TERCAN

Erdal Tercan (1961), 1985’de İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun oldu ve 1986’da Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı’na araştırma görevlisi olarak atandı.

1988’de “Hakimlerin Sorumluluğu” konulu yüksek lisans tezini savunarak, yüksek lisans programını tamamladı. 1991’de “İflâs ın Sözleşmelere Etkisi” adlı teziyle hukuk doktoru unvanını kazandı. 1996’da yardımcı doçent, 2000’de, “Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)” adlı teziyle doçent, 2006’da “Medeni Usul Hukukunda Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde Eski Hale Getirme” konulu takdim teziyle profesör oldu.

2008’de tarihinde Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı görevine getirildi. Bu görevi devam ederken, 2011’de Anayasa Mahkemesi üyeliğine atandığından bu tarih itibarıyla Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ndeki görevinden istifa ederek ayrıldı.

KİTAPLARI: - Medenî Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı / Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması, Ankara 2001; - Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme / Hali Sabıka İrca, Ankara 2006; - İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2010; - Farklı Yargı Kollarına Mensup Mahkemeler Arasında Hüküm Uyuşmazlığı, Ankara 2014.

Prof. Dr. SEMA TAŞPINAR AYVAZ

Sema Taşpınar Ayvaz (1969) 1990’da Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun oldu ve 1991’de aynı Fakülte’ye Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı’na araştırma görevlisi olarak atandı.

1994’de “Borçlunun Bazı Mallarının Haczedilememesi Ve Nedenleri (Haczedilmezlik)” konulu yüksek lisans tezini savunarak; yüksek lisans öğrenimini tamamladı. 2000’de “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri” adlı teziyle hukuk doktoru unvanını kazandı.

2003’de yardımcı doçent, 2006’da “İcra ve İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma” adlı teziyle doçent, 2014’te “Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması” konulu takdim teziyle profesör oldu.

KKTC Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı ve aynı Üniversite Adalet Meslek Yüksekokulu kurucu müdürlüğü yaptı.

Prof. Dr. Sema Taşpınar, 2019’da kendi isteğiyle, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden emekli oldu. O tarihten beri TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ve Başkanı olarak görev yapmaktadır.

Prof. Dr. Sema Taşpınar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kıbrıs Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde dersler verdi. Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde çok sayıda yüksek lisans ve doktora tezleri yönetti.

Ankara Barosu Tahkim Merkezi Başkanlığı'nın yanı sıra, Adalet Bakanlığı nezdinde kurulan HMK Tadil Komisyonu üyeliği, İcra ve İflâs Kanunu Bilim Komisyonu üyeliği görevlerinde bulundu.

KİTAPLARI: - Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001; - İcra ve İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005; Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013; - İcra ve İflâs Hukuku (ortak eser), 13. baskı, Ankara 2025; - Notlu Gerekçeli İcra ve İflâs Kanunu (ortak eser), 12. baskı, Ankara 2025; Medeni Usul Hukuku (ortak eser), 11. baskı Ankara 2025; - Notlu Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu (ortak eser), 13. baskı, Ankara 2025; - İcra ve İflâs Hukuku Pratik Çalışmaları (ortak eser), 22. baskı, Ankara, 2022; - Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışmaları (ortak eser), 22. baskı, Ankara, 2022.

Doç. Dr. EMEL HANAĞASI

Emel Hanağası (1976) 1998'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu ve 1999'da aynı Fakülte'ye Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı'na araştırma görevlisi olarak atandı.

2001'de "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tarihsel Gelişimi" konulu yüksek lisans tezini savunarak; yüksek lisans öğrenimini tamamladı. 2007'de "Davada Menfaat" adlı teziyle hukuk doktoru unvanını kazandı.

2010'da yardımcı doçent, 2018'de "Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği" adlı teziyle doçent oldu.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi dışında, Kıbrıs Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde dersler verdi. Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde çok sayıda yüksek lisans ve doktora tezleri yönetti.

KİTAPLARI: - Davada Menfaat, Ankara 2009; - Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2018; - Yargı Örgütü ve Tebligat Hukuku (ortak eser), Eskişehir 2019; - Hukuk Dili ve Adli Yazışmalar (ortak eser), Erzurum 2012; - İcra ve İflâs Hukuku (ortak eser), 13. baskı, Ankara 2025; - Notlu Gerekçeli İcra ve İflâs Kanunu (ortak eser), 12. baskı, Ankara 2025; Medeni Usul Hukuku (ortak eser), 11. baskı Ankara 2025; - Notlu Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu (ortak eser), 13. baskı, Ankara 2025; - İcra ve İflâs Hukuku Pratik Çalışmaları (ortak eser), 22. baskı, Ankara, 2022; - Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışmaları (ortak eser), 22. baskı, Ankara, 2022.

Dr. Öğr. Üyesi HİKMET BİLGİN

Hikmet Bilgin (1986), 2008’de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun oldu ve 2010’da aynı Fakülte’ye Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı’na araştırma görevlisi olarak atandı.

2011’de “Hacizde ve İflâsta Alacakların Sırası” konulu teziyle yüksek lisans öğrenimini tamamladı. 2022’de, “Medeni Usul Hukuku Açısından Babalık Davası” adlı teziyle hukuk doktoru unvanını kazandı.

2024’de Dr. Öğretim Üyesi olarak atandı.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi dışında Ankara Üniversitesi Adalet Yüksek Okulunda dersler verdi.

KİTAPLARI: - Medeni Usul Hukuku Açısından Babalık Davası, Ankara 2022; - Kıymetli Evrak ve Takip Hukuku Bilgisi (ortak eser) Ankara 2010.

Prof. Dr. İBRAHİM ERMENEK

İbrahim ERMENEK (1976), 1997’de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu. 1999’da Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı’na araştırma görevlisi olarak atandı.

2001’de “Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul (Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller)” konulu teziyle yüksek lisans öğrenimini tamamladı. 2001’de, “İflâs ın Ertelenmesi” adlı teziyle hukuk doktoru unvanını kazandı.

Gazi Üniversitesi (daha sonraki adıyla: Hacı Bayram Veli Üniversitesi) Hukuk Fakültesi bünyesinde, 2009’da yardımcı doçent, 2010’de Dr. öğretim üyesi; 2015’de “Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması” konulu teziyle doçent ve 2021’de “Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması” konulu takdim teziyle profesör olarak görev yaptı. 2023 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne atandı.

Gazi Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu müdürlüğü yaptı.

Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde dersler verdi. Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde çok sayıda yüksek lisans ve doktora tezleri yönetti.

KİTAPLARI: - Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009; - Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara 2014; - İflâs ın Ertelenmesi, 3. baskı, Ankara 2024; - Arabuluculuk Sürecinde

Zayıf Tarafın Korunması, Ankara 2021; - İcra ve İflâs Hukuku (ortak eser), 8. baskı, Ankara 2024; - Medeni Usul Hukuku (ortak eser), 7. baskı, Ankara 2024; - Geçmişten Bugüne İcra ve İflâs Kanunu (ortak eser), 7. baskı, Ankara 2022; - Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışmalar (ortak eser), 6. baskı, Ankara 2022; - İcra ve İflâs Hukuku Pratik Çalışmalar (ortak eser), 5. baskı, Ankara 2022; - 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat (ortak eser), 6. baskı, Ankara 2022; - Yargı Örgütü (ortak eser), 6. baskı, Ankara 2022; - Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı (ortak eser), Ankara 2022; - Tebligat Hukuku (ortak eser), 6. baskı, Ankara 2022; - Enerji ve Maden Hukukunda Uzman Arabuluculuk (ortak eser), Ankara 2024; Öneri Raporu (ortak eser), Ankara 2017.

Dr. Öğr. Üyesi SÜMEYYE HİLAL ÜÇÜNCÜ

Sümeyye Hilal Üçüncü (1986), 2008’de Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun oldu ve 2009’da Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı’na araştırma görevlisi olarak atandı.

2011’de “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” konulu teziyle yüksek lisans öğrenimini tamamladı. 2022’de, “Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması,” adlı teziyle hukuk doktoru unvanını kazandı.

Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde, 2020’de dr. öğretim üyeliğine getirildi ve 2025’de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne atandı.

KİTAPLARI: - Medenî Usul Hukuku Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması, Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış (ortak eser), Ankara 2023; - Medenî Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, İstanbul 2019; - Tebligat Hukuku (ortak eser), 6. baskı, Ankara 2022.

MAKALELER

ÇALIŞMA YAŞAMINDA ARABULUCULUK UYGULAMASININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ VE TAHKİM SEÇENEĞİ

*Reflections on the Application of Mediation in the Workplace and the
Option of Arbitration*

Prof. Dr. Levent AKIN*

ÖZ

Çalışma yaşamında yaşanan hukuki uyuşmazlıkların sayısının giderek artması, iş yargısı üzerinde önemli bir iş yükü oluşturmaktadır. Bu durum dava sürelerini de uzatmakta, işçilerin haklarına ulaşması geciktirmektedir. Sorunun giderilmesi ve iş mahkemelerindeki iş yükünün azaltılması için arabuluculuk sistemi getirilmiştir. Böylelikle işçi ile işveren arasındaki sorunların bir bölümünün, yargıya gitmeye gerek kalmadan çözümlenebileceği öngörülmüştür. Ancak geride kalan sekiz yıllık sürede arabuluculuk, söz konusu amaca yeterince hizmet edememiştir. Dava sayılarında ve dava sürelerindeki artış devam etmiştir. Bu koşullar altında devlet yargısına alternatif olarak yapılandırılan tahkim seçeneği akla gelmektedir. Nitekim gerek bireysel iş hukukunda gerek toplu iş hukukunda tahkim seçeneğine yasada yer verilmiştir. Konuya ilişkin yasal düzenlemelere rağmen Yargıtay, tahkimin uygulama alanını sınırlayan bir yaklaşım içindedir. Çok sınırlı sayıda da olsa, konuya ilişkin yargısal kararlar, tahkimin hayata geçişini güçleştirmektedir. Bu çalışmada, iş uyuşmazlıklarında tahkimin bir seçenek olup olmadığı ve konuya ilişkin yargısal yaklaşım irdelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, tahkim, kamu düzeni, iş uyuşmazlıkları, iş mahkemeleri.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı,
E-posta: akin@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7543-3164.

ABSTRACT

The increasing number of legal disputes in the workplace is creating a significant workload for labor courts. This situation also prolongs litigation periods, delaying workers' access to their rights. To address this problem and reduce the workload of labor courts, a mediation system has been introduced. It was anticipated that this would allow a portion of the disputes between employees and employers to be resolved without the need to go to court. However, over the past eight years, mediation has not sufficiently served this purpose. The number of cases and the duration of proceedings have continued to increase. Under these circumstances, arbitration, structured as an alternative to state courts, comes to mind. Indeed, arbitration is provided for in the law, both in individual labor law and in collective labor law. Despite the legal regulations on the subject, Yargıtay takes an approach that limits the scope of arbitration. Judicial decisions on the subject, albeit very limited in number, make it difficult for arbitration to be implemented. This study examines whether arbitration is an option in labor disputes and the judicial approach to the subject.

Keywords: Mediation, arbitration, public order, labor disputes, labor courts.

GİRİŞ

Türk yargı sisteminde mahkemelerin iş yükü yıllardır, çözülmesi gereken en temel sorunlarından biri olarak görülmektedir. Adli istatistiklerine göre 2022 yılı itibarıyla ceza mahkemelerinde yaklaşık 3 milyon, hukuk mahkemelerinde ise yaklaşık 5 milyon dosya bulunmaktadır. İdare ve vergi mahkemelerinde ise bu sayı yaklaşık 600 bindir.

Verilere göre hukuk mahkemelerinde 2022 itibarıyla yaklaşık 2.8 milyon dava açılmış, 1.8 milyon dosya 2021 yılından devretmiştir. Buna bozularak mahkemeye dönenler de eklendiğinde, hukuk mahkemelerinin önüne 4.7 milyon dosya gelmiştir. Hukuk mahkemeleri, bu dosyaların yaklaşık 2.7 milyonunu karara bağlamış ve yaklaşık 2 milyonu 2023 yılına devretmiştir¹. Yani gelecek yıla yapılan devir, bir önceki yıla göre artmıştır.

Çalışma yaşamının ilgilendiren uyuşmazlıklara açısından durum daha da çarpıcıdır. 2022 yılında iş mahkemelerinde açılan dava sayısı yaklaşık 225 bindir. Bunlara bir önceki yıldan yaklaşık 400 bin dosya daha eklendiğinde, bozularak gelenlerle birlikte mahkemelerin önündeki dosya sayısı 650 bine ulaşmıştır. İş mahkemeleri bunların 270 binini karar bağlayabilmiş ve yaklaşık 385 bin dosya 2023'e devredilmiştir. Bu sayı tüm hukuk mahkemeleri dikkate alındığında, asliye hukuk mahkemelerinden sonraki en yüksek 2. dosya devridir. Asliye hukuk mahkemelerinin iş çeşitliliği ile kıyaslandığında sadece iş uyuşmazlıkları ile ilgilenen bir mahkeme için bunun çok yüksek bir dosya devri olduğu açıktır. Hatta oransal olarak bakıldığında, asliye hukuk mahkemelerindeki %53'lük, ticaret mahkemelerindeki %52'lik devir oranlarını geride bırakan iş mahkemeleri, %59'luk devirle ilk sıradadır.

Aynı dönemde bir dosyanın ortalama görülme süresi hukuk mahkemelerinde ortalama 250 gündür. Bu süre bölge adliye hukuk dairelerinde 311 gün, Yargıtay hukuk dairelerinde ise 174 gün olarak belirlenmiştir². Yani bir hukuk dosyasının, Yargıtay'a da gitmesi halinde görülme süresi, bozma söz konusu olmadıkça, ortalama 735 gün sürmektedir.

Hukuk davalarına ilişkin bu ortalama rakamlar, iş davaları özelinde ciddi oranda değişmekte ve davaların mahkemede görülme süresi ortalamanın iki katına çıkmaktadır. 2022 itibarıyla iş mahkemelerinde bu süre 544 gündür ve kadastro davaları gibi teknik yönü olan davaları (564 gün) saymazsak ilk sıradadır. Daha önemlisi bu süre 2017'de yürürlüğe giren dava şartı

¹ Adalet Bakanlığı Adalet İstatistikleri 2023, Ankara 2024, s.3, 4, 27.

² Adalet İstatistikleri 2023, s.6, 7.

arabuluculuk sonrasında daha da artmıştır. Yine aynı dönemde, iş mahkemelerinde bir önceki yıldan devredilen dosyaların çıkarılma süresi de 524 gündür. İstatistiklere göre iş mahkemelerinin gelen dosyayı çıkarma oranı %41.1 olmuştur³. Yani iş mahkemelerindeki dosya birikimi her yıl artmaktadır.

I. DAVA ŞARTI ARABULUCULUK UYGULAMASININ ETKİSİ

İş uyuşmazlıklarının yargı üzerinde oluşturduğu ve giderek artan iş yükünün hafifletilmesi için dava şartı arabuluculuk sistemi getirilmiştir. 2017 yılında 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile düzenlenen yapının, taraflara sunduğu anlaşma seçeneğinin iş uyuşmazlıklarının yargıya taşınma uygunluğunu azaltacağı düşünülmüştür.

Düzenlemenin gerekçesinde yapının hedefi şu şekilde ifade edilmiştir; *“6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uyarınca ihtiyari arabuluculuk kurumu hukuk düzenimizde yer almakla birlikte madde ile, ‘dava şartı olarak arabuluculuk’ kurumu ilk defa hukukumuzda girmekte ve maddede yer alan uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabulucuya başvurulması bir zorunluluk olarak öngörülmektedir. Maddenin birinci fıkrası ile, kanuna veya bireysel yahut toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması bir dava şartı olarak kabul edilmektedir. Düzenleme uyarınca, arabulucuya başvurma zorunluluğu için kanuna veya bireysel yahut toplu iş sözleşmesine dayanan alacak veya tazminat talebinin iş ilişkisinden kaynaklanması gerekmektedir. Ayrıca bu talebe ilişkin olarak tarafların işçi ve işveren olması ve taleplerin birbirlerine karşı ileri sürülmüş olması şarttır. Bu kapsamda işçi tarafından talep edilebilecek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, ücret, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile işveren tarafından talep edilebilecek ihbar tazminatı, cezai şart, avansın iadesi ve eğitim gideri gibi alacak ve tazminat kalemleri için dava açmadan önce madde kapsamında arabulucuya başvurulması zorunlu olacaktır. Bu çerçevede 6098 sayılı Türk Borçlar*

³ Adalet İstatistikleri 2023, s.25, 26. Anayasa Mahkemesi, kıdem tazminatı, fazla mesai ücreti, bayram ücretlerinin ödenmesi için 2014 yılında açtığı davası 2021 yılında karara bağlanan ve bu kararı henüz kesinleşmemiş başvurucunun, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki talebini kabul etmiş ve 7 yılı aşan yargılamanın hak ihlali oluşturduğuna karar vermiştir. (Anayasa Mahkemesi, 5.7.2022, 2021/58970).

Kanunu'nun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen 'Hizmet Sözleşmeleri' (genel hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi ve evde hizmet sözleşmesi) kapsamında kalan işçi ve işveren arasındaki alacak ve tazminat talepleri için de arabulucuya başvuru zorunluluğu bir dava şartı olarak kabul edildiğinden Kanunun 5 inci maddesi bu tür uyuşmazlıkları iş mahkemelerinin görevine dahil etmektedir..."

Dava şartı arabulucuk uygulaması geride kalan yaklaşık sekiz yılın ardından, yargıya taşınacak iş uyuşmazlıklarını ciddi ölçüde azaltma hedefinin uzağında kalmıştır. Adalet istatistiklerine göre arabuluculuğa rağmen, iş mahkemelerinde açılan dava sayısı ve davaların görülme sürelerindeki artış sürmektedir. Dava şartı arabuluculuk öncesi 2016 yılında bir davanın görülme süresi ortalama 441 gün olduğu halde, bu süre dava şartı arabuluculuğun devreye girmesine rağmen 2017'de 539, 2018'de 640, 2019'da 564, 2020'de 693, 2021'de 491, 2022'de 544, 2023'de ise 549 gün olarak belirlenmiştir. Aynı istatistiklere göre iş mahkemelerinin gelen dosyayı çıkarma oranı %45,2 olmuştur. Yani iş mahkemelerindeki dosya birikimi her yıl artmaktadır.

Oysa alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, özel hukuk alanlarından biri durumundaki iş hukuku uyuşmazlıkları için de geçerlidir. Söz konusu seçeneğin varlığına rağmen işçiler tarafından yeterince tercih edilmemesinin temelinde, iş mahkemelerinde işçi lehine karar verildiği, açılan davaların hemen hepsinin işçi lehine sonuçlandığı ön kabulü rol oynamaktadır. Ancak gerçek durum bunun çok da öyle olmadığını göstermektedir. Adalet İstatistiklere göre 2022 yılında iş mahkemelerinde açılan davaların %20'si tümüyle red, %42'si kısmen red şeklinde gerçekleşmiştir⁴. Dolayısıyla iş mahkemelerinde dava açan işçilerin %62'si talep ettikleri alacaklarını ya hiç alamamakta ya da kısmen alabilmektedir.

Bu koşullar altında, iş uyuşmazlıklarının yargıya taşınmasını azaltarak iş yargısının iş yükünü hafifletmek isteyen, böylelikle yargılamayı hızlandırmayı amaçlayan yasa koyucu ilk ve önemli adımı dava şartı arabuluculuk sistemini getirerek yapmaya çalışmıştır. Ancak bu iyiniyetli yaklaşım zaman içinde, ihtiyari arabuluculuk yöntemi kullanılarak farklı bir yapıya dönüşmeye başlamıştır. Arabuluculuk, bazı işletmelerde, işten çıkarılan işçinin mahkemeye başvurusunu engelleyici bir yöntem haline gelmiştir. Esasında işçi ve işverenin arabulucu huzurunda diyalogunu temel alan ve bu diyalogla uyuşmazlığı gidermek isteyen yapı, dakikalar için çok

⁴ Adalet İstatistikleri 2023, s.30.

sayıda işçinin görüşerek anlaştıkları görünümü veren belgelerin hazırlandığı bir araca dönüşmüştür.

Yapının amacı dışında kullanılmaya başlanması, mahkemelerin iş yükünü hafifletmek bir yana yeni dava türleri yaratmıştır. İşçilerin, bilgileri dışında yürütülen arabuluculuk faaliyeti sonunda hazırlanan evrakın iptali sebebiyle dava açmaya başladıkları, mahkemelerin bu yönde kararlar vermeye başladıkları görülmektedir.

Dava şartı arabuluculuk sürecin sağlıklı işleyişine zarar veren davranışların çoğu işverenlerden kaynaklansa da, benzer eğilimlere sınırlı düzeyde işçilerde de rastlanmaktadır. Arabulucu önünde, işçinin hak ettiği alacağı pazarlığa açan işverenler olduğu gibi işveren teklifini kabul edip alacağını tahsil ettikten sonra, irade fesadı iddiasıyla sürecin iptalini talep eden işçiler de bulunmaktadır. Hatta bazı işçi ya da işçi vekillerinin, arabuluculuktaki teklifi adeta bir peşin tahsilat gibi görerek işverenle anlaşma belgesi imzaladıkları görülmektedir. Ancak bu anlaşma ve tahsilatın hemen ardından süreç işçi tarafından yargıya taşınarak, söz konusu anlaşmanın baskı altında yapıldığı iddiasıyla fark alacak talep edilmektedir. Yani bu tür olaylarda arabuluculuk, dava açılmasını engelleyememektedir. Dahası sayıları az da olsa gerçek alacağı ödenen bazı işçilerin bu yolla, iş yargısının işçiye korumaya yönelik ilkesel yaklaşımından menfaat temin etmeye çalıştığı gözlenmektedir. Baskı altında işçiden imza alma örneklerinin karşılaşılan olayların çoğunluğunu oluşturması, arabuluculuğun sağlıklı işletildiği örnekleri de yargısal inceleme baskısı altında tutmaktadır. Süreci gerektiği şekilde işlettiği halde irade fesadı iddiasıyla karşılaşılan işverenlerin haklı itirazları, bu koşullar altında gereken değeri görememektedir.

Uygulamada saygın arabulucular tarafından yapılan sağlıklı ve başarılı örnekler rağmen, yukarıda belirtilen haller ve büyük işçi guruplarını konu alan güdümlü arabuluculuk örnekleri, sisteme verilen krediyi tüketmektedir. Günümüzde iş uyuşmazlıklarında uygulanan arabuluculuk faaliyeti, işverence uygulanan fesih prosedürünün bir parçası olarak görülmektedir. Hatta çalışanlar arasında dahi arabuluculuk, işyerinde yürütülen işten çıkış işlemlerinin bir parçası gibi kabullenilmiştir.

Arabuluculuk anlaşmasının iptali talebini içeren davalar göstermektedir ki çalışanların büyük çoğunluğu arabuluculuğu sadece, işçilik haklarının alınması için yerine getirilmesi gereken bir işlem olarak görmektedir. İşletmelerin ihtiyari arabuluculuk yoluyla, sürekli aynı arabulucularla iş görmesi, çalışanların bu kanaatini doğrulamaktadır. Son dönemde verilen iptal

kararlarına kadar işçilerin önemli bir kısmı, arabuluculuk sürecinin, eksik kalan alacaklarını dava etme haklarını ortadan kaldırdığını bilmemektedir. Bu da bazı arabulucuların, en temel görevi ve etik yükümlülüğü durumundaki aydınlatmayı, arabuluculuk sürecinde gerektiği şekilde yerine getiremediklerini göstermektedir. İçtihatlarla konu olan bazı örneklerde işçilerin, arabulucuyu hiç görmeden sürecin tamamlandığını dile getirmiş olmaları da bu sorunu ortaya koymaktadır. Nitekim bu gibi olaylarda Yargıtay, arabuluculuğun varlığından dahi söz edilemeyeceğine karar vermiştir⁵.

2021 yılı verilerine göre, yaklaşık 337.000 ihtiyari uyuşmazlık dosyasının yaklaşık 333.000'i yani %98'i anlaşmayla sonuçlanmıştır. Aynı dönemde dava şartında, 533.000 uyuşmazlığın, 268.000'i yani %50'si anlaşmayla sonuçlanmıştır⁶. 2023 yılında zorunlu ve ihtiyari toplam 960.000 uyuşmazlığın, 758.000'i (%78) anlaşmayla sonuçlanmıştır⁷.

İlk bakışta ihtiyari arabuluculuktaki bu büyük başarının, tarafların arabulucuya isteyerek gelmeleriyle açıklanabilir ki doğruluk payı da vardır. Nitekim öğretide çoğu yazar da haklı olarak başlangıçta konuyu bu şekilde

⁵ Bu örneklerden birinde davacı vekili, “...yaklaşık 350 işçinin davalı işyerine çağrılarak işyerinin idari personeli tarafından önlerine konulan arabuluculuk tutanağı da dahil olmak üzere çeşitli evrakların imzalandığını ve iş ilişkilerinin sona erdirildiğini, imza atan işçilerin yaklaşık 300 kadarının tekrar işyerinde çalışmak için çağrıldığını ve işbaşı yaptırıldığını ancak 50 kadar işçinin işyerinde tekrar işe başlatılmadığını, işçilerin ve arabulucunun bir araya gelmediğini, sözleşmelerin tüm çalışanlara arabuluculuk faaliyeti ile ilgisi olmayan şirketin idari personeli tarafından imzalandığını...” ileri sürmüştür. Aynı dosyada tanık, “...anlaşma belgesinin şirket insan kaynakları biriminde işçilere imzalandığını, imza aşamasında şirket yönetim kurulu üyesi, şirket avukatı ve arabulucunun bulunmadığını, o dönemde arabulucunun doğum yaptığını evrakların sonradan davacı işçi dışındakilere imzalandığını...” beyan etmiştir. Bu gelişmeler karşısında yüksek mahkeme, hem ilk derece hem de istinaf mahkemesi kararlarını bozmuştur. Bozma kararında özetle şu gerekçelere yer vermiştir; “...Tüm bu tespitler karşısında, dava tarihi itibarıyla taraflar arasında 6325 sayılı Kanun hükümleri dikkate alındığında, yapılan işlemler geçerli ihtiyari arabuluculuk faaliyeti olarak nitelendirilemez. Kanun hükümlerine göre usulüne uygun bir başvuru olmadığı, arabuluculuk görüşmelerinin hiç yapılmadığı ve mevzuat hükümleri çerçevesinde usulüne uygun, geçerli bir tutanak düzenlenmediği... hukuken geçerli bir anlaşmanın varlığı kabul edilerek, ‘arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılan konularda dava açılmayacağı’ yönündeki gerekçeyle davanın usulden reddi hatalı olup, bu yönde ilk derece mahkemesi ile Bölge Adliye Mahkemesi kararlarının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” (Yarg. 9.HD. 11.6.2019, 3698/13044).

⁶ Adalet İstatistikleri 2021, s.211.

⁷ Adalet İstatistikleri 2023, s.33. 2023 yılı istatistiklerinde, dava şartı ve ihtiyari arabuluculuk rakamları bir arada verilmiştir.

değerlendirmişti. Fakat zaman içinde ortaya çıkan şikâyetler, bu değerlendirmede başka bir seçeneğin de dikkate alınması gerektiğini gösterdi.

Uygulamada, işçilerin bilgi ve iradesi dışında hayata geçirilen çok sayıda ihtiyari arabuluculuğun olduğunun anlaşılması, bu orana yüklenen anlamın gözden geçirilmesini zaruri kıldı. Bu tür arabuluculuk anlaşmaları aleyhine açılan iptal davalarında yüksek mahkemenin vermiş olduğu kararlardaki tespit ve değerlendirmeler de bu kaygıyı doğruladı. Kaldı ki, ihtiyari arabuluculuk ile dava şartı arasındaki bu açık farkı (%98-%50) sadece taraf iradelerine bağlamak da doğru görünmemektedir. Çalışma yaşamı dikkatli incelendiğinde, ihtiyari arabuluculuğa başvuranları teşvik eden farklı etkenlerin olabileceğini öngörebilmek mümkündür.

Esasında iş yaşamında uygulanan arabuluculukta hedef olarak yüksek oranlar belirlenmiş olması, çok da gerçekçi görünmemektedir. Zira işçi işveren ilişkilerinde barışçıl çözümler ancak, bu anlayışa içtenlikle sahip olan taraflar arasında mümkün olabilmektedir. Başarılı arabuluculuk örnekleri bu anlayışın, işletmelerin kurumsallığı ve işçilerin eğitim düzeyiyle doğru orantılı olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla çalışma yaşamındaki kurumsallaşma ve eğitim düzeyi dikkate alındığında, ihtiyari arabuluculuktaki başarı oranlarına ihtiyatla yaklaşılması gerektiği kanısındayız.

Bu koşullar altında arabuluculuk yoluyla ulaşılmak istenen hedefin doğru tespit edilmesi gerekmektedir. Arabuluculuğun hayata geçtiği günden beri değişik platformlarda dile getirdiğimiz üzere, arabuluculukta başlangıçtaki asıl hedef kitle, kurumsallaşmış işverenler ve bu kurumsal yapıda çalışan işçiler olmalıydı. Zira bu tür işletmelerin çoğunluğunda, işçilik alacaklarında kesintiye gitme gibi bir amaç olmadığı görülmektedir. Bu işletmeleri asıl ürküten, hakları ödenen bir işçinin açacağı ve yıllarca sürececek bir davanın muhatabı olmaktır. Bu kurumsal anlayış, söz konusu davaları takip için kalabalık hukuk birimleri oluşturmak istememekte, şirket isminin davalara konu olmasının marka değerine zarar vereceğini düşünmektedir.

Ancak söz konusu kurumsal işletmelerin çoğu, bu kaygılarına ve özenli uygulamalarına rağmen davalara muhatap olmaktan kurtulamamakta, çeşitli sebeplerle yargılama süreci içine sürüklenmektedir. Bu durum, sözü edilen işletmelerin tepkisine yol açmaktadır. Hatta salt bu sebeple bazı işletmelerin, işten ayrılan işçilerle davalık olacaklarına inandıkları için, hak edildiğini bildikleri bazı işçilik alacaklarını ödemediği görülmektedir. Böylelikle, dava açan işçi cezalandırılmaya çalışılmakta ve ödeme süresi ötelenerek işçilik alacağı eritilmek istenmektedir. Bu da “*ödenmeyen işçilik hakları-açılan iş*

davaları” sarmalını yaratmaktadır. Çalışma yaşamında, biri diğerini tetikleyen bir kısır döngü yaşanmaktadır. Üstelik kurumsal olmayan işletmelerin sebep olduğu ve çalışma yaşamının doğası zannedilen bu kısır döngü, kurumsal olanları da olumsuz etkilemekte, onları da aynı davranışa özendirilmektedir.

Bu sorunları barışçıl yöntemle çözebilme hedefiyle hayata geçirilen arabuluculuk da, zaman içinde sözü edilen kısır döngüden etkilenmiş ve hatta yeni bir kısır döngü yaratmıştır; “*ödenmeyen işçilik hakları-ihtiyari arabuluculukta pazarlık- arabuluculuğun iptali davaları*”. Oysa arabuluculuğa geçiş sürecinin çok daha iyi yönetilebilmesi mümkündü. Önceki çalışmalarımızda da dile getirdiğimiz gibi arabuluculuk başlangıç aşamasında daha küçük ölçekli başlatılabilirdi⁸. Böylelikle, uygulama esasları ve etik ilkelerinin çalışma yaşamında daha rahat anlaşılabilmesi, yarattığı problemlerin büyümeden çözülebilmesi, ülkenin ihtiyaçlarına uygun bir yapıyla gelişebilmesi mümkün olabilirdi. Kötüye kullanmanın akla dahi gelmeyeceği, bu tür uygulamaların mahalle (sektör/meslek örgütü) baskısıyla engellenebileceği, sağlıklı bir arabuluculuk yapısına doğru yavaş yavaş ilerlenebilirdi.

Dava şartı arabuluculuğun hayatımıza girmesinin ardından (2017) geçen sadece 8 yıl içinde arabuluculuk faaliyet sahası, büyük bir hızla genişledi. Sahadaki arabulucuların, hukuki boşluklar sebebiyle kendi aralarında belirlemeye çalıştıkları yöntemlerle şekillenen arabuluculukta mevcut noktaya gelindi.

Şüphesiz iş yargısının konusu sadece kurumsal işletmeler değildir. Hatta bu yapılar, merdiven altı işletmelere oranla daha az yargı önüne gelmektedir. Yargının iş yükünün önemli bir bölümünü, kurumsallaşmaktan uzak, kayıt dışı iş gören işletme ve işyerleri oluşturmaktadır. Dolayısıyla iş yargısının söz konusu uyuşmazlıklara ilişkin bakışını belirleyen, azınlıktaki kurumsal işletmeler değil, bahsi geçen merdiven altı olanlardır. O sebeple, kayıt dışı yapılar karşısında işçiyi korumaya çalışan iş yargısının geliştirdiği hukuki çözümler, kurumsal işletmeler açısından önemli sorunlara yol açabilmektedir. Örneğin, kurumsal olmayan yapıların genelde başvurduğu düzmece belgelere

⁸ AKIN, Levent: “Dava Şartı Arabuluculuk Sistemine İlişkin Güncel Değerlendirme ve Öneriler”, Çimento İşveren Dergisi, 2019, C. 33, S. 5 (Eylül), s. 8-15. AKIN, Levent: “İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk”, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2018, C. 32, S. 1 (Ocak), s. 8-13. AKIN, Levent: “6325 Sayılı Yasa Bağlamında Arabuluculuk, İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Arabuluculuk”, İNTES, Ankara 2017, s. 20-26.

duyulan güvensizlik, işini düzgün yapmaya çalışan kurumsal işletmelerin belgelerine de şüpheyle yaklaşılmasına sebep olmaktadır. Bu da, kurumsal yapıların büyük maliyetle oluşturduğu dijital belgeleme ve veri depolama organizasyonlardan yararlanmalarına engel olmaktadır. İşletme yönetiminin sağlıklı işlemesi ve takibi için yapılan yatırımları anlamsız kılmaktadır.

Oysa kurumsal işletmelerin, işçilerle olan ilişkilerini sağlıklı yürütebilmeleri ve kurdukları sistemlerden sonuç alabilmeleri, bu organizasyonlarına değer verilebilmesi halinde mümkündür. Diğer bir deyişle bu kurumsal işletmeler, mahkemelerde kendilerini anlatabilecekleri süreye ve anlatılanları anlayabilecek bir teknik alt yapıya ihtiyaç duymaktadır. Ancak mahkemelerin olağanüstü iş yükü ve yargı nezdinde somut sektörel farklılıkların anlaşılabilmesi, onlara bu imkânı vermemektedir. Bu da söz konusu şirketleri, zaten kazanamayacaklarını düşündükleri yargı yoluna gitmek yerine, müdahale edebildikleri bir ihtiyari arabuluculuğa doğru hızla sürüklemektedir. Yani kurumsal işletmeler her geçen gün, kurumsal olmayanların kurdukları çarpık düzenden daha fazla yararlanmaya başlamıştır. Kurumsal olmanın konforunu yaşayamayanların, kurumsal olmamanın duyarsızlığını tercih etmeyi başladıkları görülmektedir. En tehlikeli kısır döngü budur. *Yanlış yürüten sistem, sağladığı gayri hukuki avantajlarla, kendinden yararlanan kitleyi genişletmektedir.*

Yukarıda belirtmiş olduğumuz düzen, istihdam piyasasında bir enfeksiyon yaratmıştır. İşin en üzücü tarafı, bu enfeksiyonu giderme işi yine yargıya düşmüştür. Bu da başladığımız noktaya geri dönme ihtimalini artırmaktadır. Hatta, arabuluculuk faaliyetlerinin daha sık yargıya taşınması ve bazılarının iptali ya da yok sayılması, bu döngünün başladığını göstermektedir. Kısaltılmaya çalışılan yargılama süreci, sisteme eklenen yeni unsurlardaki sorunlar sebebiyle daha da uzamaya başlamıştır. Bundan da önemlisi, özenle kurgulanan ve çok şey beklenen arabuluculuk yapısı ciddi oranda örselenmiştir.

Mevcut koşullar karşısında, yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız sorunun giderilmesine ilişkin alternatif çözüm önerileri üretilmelidir. Gerek yargının gerek çalışma yaşamının, işaret ettiğimiz kısır döngüden kurtulmaktan başka çaresi yoktur. En kısa zamanda, yargının iş yükünü azaltarak dava sürelerini kısaltacak alternatif bir yapı devreye sokulmalıdır.

Temel hedef, mahkemelerin iş yükünü hafifletme ve hızlı yargılama olduğunda, çözümün yargı organı dışında aramaktan başka çare görünmemektedir. Ancak söz konusu seçenek, arabuluculuktakine benzer bir

kısır döngü oluşturmaması için yargı kararı ile aynı düzeyde sonuç vermelidir. Gerçek anlamda bir alternatif olmalıdır. Bu seçeneğin kararları, çok istisnai haller dışında yargıya taşınamamalıdır. Dolayısıyla geline aşamada, hukuk sistemimizde bahis konusu sorunlarla mücadelede kullanılabilecek tek seçenek kalmıştır. O da devlet yargısının alternatifi durumundaki tahkimdir.

Tahkim yargılaması tarihi, mahkemelerin kuruluşundan çok daha geriye, ilkel toplumlara kadar gitmektedir. Mitolojide dahi, tanrılar arasındaki çekişmeleri gidermeye yönelik hakem tayini örneklerine rastlanmaktadır. Başlangıçta, özellikle limanlarda iş yapan tacirler arasındaki uyuşmazlıkların hızla çözümüne yönelik bir tercih olarak ortaya çıkan tahkim, zaman içinde sunduğu avantajlarla çok geniş bir uygulama alanı kazanmıştır.

İngiltere’de yapılan ilk ticari tahkimin 1224 yılında olduğu tespit edilmiştir⁹. Amerika’da tahkimin gücüne ilişkin olarak *George Washington*’un vasiyetine atıf yapılmaktadır. Söz konusu belgede tahkime yer verildiği görülmektedir ve vasiyete ilişkin verilecek hakem kararının, Amerikan Yüksek Mahkemesi kararı niteliğinde sayılacağı vurgulanmaktadır. Hatta konuya ilişkin yorumlarda, emlak zengini durumundaki *George Washington*’un bu yöntemi yargılama masraflarından kaçınmak için tercih ettiği değerlendirilmektedir¹⁰.

Başlangıçta mahkemelerle bir güç yarışı yaşayan tahkim, 18. Yüzyıldan itibaren İngiltere ve Fransa’da, vatandaşlar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde en makul yöntem olarak görülmüştür. Amerika’da ise tahkim, 17. Yüzyılda hayata geçmiştir. Ancak bu ülkelerde dahi başlangıçta bireysel bir çözüm yöntemi olarak uygulanan tahkim, kurumsallaşması sonrasında kendi duyulan güveni artırmıştır. Örneğin Amerika’da, başlangıçta ihtiyatla yaklaşılan yapı, Federal Tahkim Yasası (*Federal Arbitration Act*) ile yerini güvene bırakmıştır. Bu süreçte çıkan farklı tahkim kurumları da Amerikan Tahkim Birliği (*American Arbitration Association*) ile bir araya getirilerek bir düzen sağlanmıştır. 20. Yüzyılda bunu daha gelişmiş yapılar izlemiş, sunulan hizmetler farklı kategorilere ayrılmıştır. Tahkim hizmeti, “*Yargısal Tahkim ve Arabuluculuk Hizmetleri*” (JAMS- *Judicial Arbitration and Mediation Services*) ile “*Çatışma Önleme ve Çözüm Hizmetleri*” (CPR-Conflict Prevention and Resolution) olarak ikiye ayrılmıştır. Böylelikle

⁹ CENTNER, Daniel / FORD, Megan: A Brief Primer on the History of Arbitration, s.2 (<https://www.americanbar.org/content/dam/aba-cms-dotorg/products/inv/book/399836364/chap1-5190560.pdf>)

¹⁰ CENTNER / FORD, s.3.

uyuşmazlıkların çözümünde, tarafların ihtiyaç duyacakları uzmanlık alanlarına uygun hakemlerin ortaya çıkması sağlanmıştır. Yani tahkim, tam anlamıyla, uzmanlık gerektiren teknik bir mesleğe dönüşerek, farklı disiplinlerde büyük katkı sunmaya başlamıştır.

Tahkim, Türk hukuk sistemi için yeni bir kavram değildir. Uzun yıllardır ülkemizde uygulanmaktadır. Hatta bu sebeple, kendine özgü bir bilimsel içerik kazanmış, hakkında yargısal bir içtihat derinliği oluşmuştur. Dahası, iş yaşamının son derece iyi bildiği ve bünyesinde yetkin hukukçuların hizmet sunduğu eski bir yapıdır. Hatta tahkim, Cumhuriyet öncesinde dahi hukuki düzenlemeye konu olmuştur. Mecelle’de (1868-1876), tarafların kararlaştıracakları hakem ile aralarındaki uyuşmazlığı çözebilecekleri düzenlenmiştir¹¹. Ancak çağdaş görünümüyle Cumhuriyet tarihimize, 1927 yılında yürürlüğe giren Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer verilen ulusal tahkim düzenlemeleri ile girmiştir (HUMK. 516-536). Yani tahkim, neredeyse Cumhuriyetimizle yaşıt bir hukuki yapıdır.

II. ULUSAL TAHKİM DÜZENLEMELERİNİN İŞ UYUŞMAZLIKLARINDAKİ İŞLERLİĞİ

A. Tanım

Tahkime ilişkin genel hükümlere 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) 11. kısmında yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeler, iş uyuşmazlıkları dışlanmadığı ve bu alana ilişkin özel hükümlere yer verilmediği için iş uyuşmazlıklarına da uygulanabilir görülmüştür. O sebeple HMK’nın tahkim hükümleri, iş uyuşmazlıkları için de genel hüküm niteliğindedir.

Her ne kadar hukuk sistemimizde yasal düzenlemeye konu edilmiş olsa da, gerek HMK’da gerek Milletlerarası Tahkim Kanununda (MTK), *tahkim* tanımına rastlanmaz. Buna rağmen öğretilde, hemen hepsi benzer unsurları içeren tahkim tanımları yapılmıştır. Yüksek mahkemenin tahkim anlayışı da buna paraleldir.

Genel itibarıyla *tahkim*, taraflar arasındaki özel huktan doğan uyuşmazlığın, yine tarafların serbest iradeleriyle başvurdıkları ve

¹¹ GÖKMEN, Emrah: “*Tahkim Müessesesinin Roma, İslâm ve Günümüz Türk Hukuklarındaki Görünümü*”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, C. 8, S.1, s. 301.

mahkemenin yerine geçecek bağısız-tarafsız özel hakem tarafından kesin olarak çözümünü sağlayan bir yapıdır.

HMK'nın konuya ilişkin tanımı, *tahkim anlaşmasına* ilişkindir. Buna göre tahkim anlaşması, “ *tarafların sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.*” (m.412).

MTK'ya göre ise *tahkim anlaşması*, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır (m.4).

B. Uygulama Alanı

HMK'ya göre, MTK'nın tanımladığı anlamda *yabancılık unsuru* içermeyen ve *tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği* uyuşmazlıklar hakkında, HMK hükümleri uygulanır.

Söz konusu hükmün doğal sonucu olarak, iş ilişkilerindeki tahkime de HMK tahkim düzenlemeleri uygulanacaktır. Kurumsal olmayan (*ad hoc*) tahkim için bu zaruri değildir. Ancak kurumsal tahkim söz konusu olduğunda, tahkim kuruluşunun yeni/özgün kurallar belirleyebilmesi ve tahkim sürecini bu kurallarla yürütmesine de bir engel yoktur.

MTK, uyuşmazlığın *yabancılık unsuru taşıdığını* gösteren dört durum belirtmiştir (m.2); 1) Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması. 2) Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden, Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, Başka bir devlette bulunması. 3) Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması. 4) Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi. Sıralanan bu dört durumun varlığı halinde tahkim, milletlerarası nitelik kazanacaktır.

MTK'daki anılan düzenleme, iş ilişkilerinde de yabancı unsur bulunabileceğini göstermektedir. Gerçekten de uygulamada, *işverenin* ya da *işçinin* yabancı olduğu, *işyerinin* yabancı ülkede bulunduğu, *iş görme ediminin* yabancı bir ülkede yerine getirildiği, *işçinin yerleşim yerinin* yabancı ülkede olduğu iş ilişkileri ile karşılaşmaktadır.

Aynı şekilde ülkemizde, yabancı işçi çalıştıran işletmeler de bulunmaktadır. Türk işverenlerin yanında çalışan bu yabancı işçiler bazen işverenin yabancı ülkedeki işyerinde, bazen de Türkiye'deki işyerlerinde çalıştırılmaktadır. Söz konusu yabancı işçiler arasında mavi yakalılar olduğu gibi beyaz yakalılara da rastlanmaktadır. Bu tür iş ilişkilerindeki yabancılık unsuru, söz konusu ilişkilerde yürütülecek tahkimi de MTK'ya tabi kılmaktadır. Ancak bu durum esasen *ad hoc* tahkime ilişkindir. Oysa, aynı ilişkileri konu alan bir tahkim süreci, *ad hoc* tahkim yerine, kurumsal bir tahkim kurumunun uluslararası tahkim kurallarına tabi olarak da işletilebilir.

C. Tahkime Elverişlilik

1. Genel Olarak

Tahkime elverişlilik HMK'da düzenlenmiş teknik bir ifadedir. Söz konusu düzenlemeye göre, “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*” (m.408).

Konuya ilişkin eski HUMK düzenlemesinde yer alan ifade de aynı yöndedir. Zaten hükümet gerekçesinde de 408.madde düzenlemesinin, hukuk sistemimize ilk defa mülga 518.madde ile girdiği belirtilerek, yeni hükmün öncekinin devamı olduğu vurgulanmıştır. Gerçekten de önceki hükme göre “*Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmıyan mesailde tahkim cereyan etmez.*” (HUMK.518).

Tahkime elverişlilik, tarafların *tahkim iradelerinin varlığı* koşulu ile birlikte, tahkim için varlığı aranan iki önemli koşuldan biridir. Hatta tahkime elverişlilik, tahkim kararlarının tanınması ve tenfizi için de yaşamsal öneme sahiptir. Nitekim New York Konvansiyonu, mahkemelere yapılan tanıma ve tenfiz başvurularında, başvurunun reddine sebep olacak iki nedene işaret etmektedir ki bunlar, kamu düzeni ve tahkime elverişliliktir (m.V/2).

Tahkime elverişlilik konusunda mevcut 408.maddede yer alan düzenleme, mülga 518.maddeyle kıyaslandığında, daha geniş bir içeriğe sahiptir. Yeni hüküm sadece *iki tarafın iradelerine tabi olmayan işleri* değil,

taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan doğan uyuşmazlıkları da tahkimin kapsamı dışında tutmuştur. Bu gelişmenin iş uyuşmazlıkları üzerinde bir etkisi yoktur. O sebeple iş uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği değerlendirmesinde başvurulacak kriter, uyuşmazlık konusunun iki tarafın iradesine tabi olabilmesidir.

Öğretide taraf iradelerine tabi olmamak, *kamu düzeni* ilkesiyle açıklanmaktadır. Diğer deyişle kamu düzenini ilgilendiren konuların, taraf iradelerine tabi olmadığı kabul edilmiştir¹². Boşanma, iflas, anonim şirket genel kurul iptali, bu nitelikte sayıldığından tahkime elverişli görülmemiştir.

Tahkime elverişlilik değerlendirmesinde taraf iradelerine tabi olma koşulu, iş ilişkilerinde sağlanmaktadır. Zira iş ilişkilerinin iki tarafın iradesine tabi olduğu açıktır. Taraflardan birinin korunmasına ilişkin temel yaklaşım, bu gerçeği değiştirmemektedir. Zira işçi ile işveren arasındaki ilişki bir özel hukuk ilişkisidir ve Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ayrıca, iş uyuşmazlıklarındaki dava şartı arabuluculuk da taraf iradelerinin etkisi çok açıktır. İşçi ve işveren, arabuluculuk sürecinde, aralarındaki uyuşmazlığı kendi ortak iradeleriyle çözebilmektedir. Üstelik taraf iradelerine değer veren bu yapı, yasayla düzenlenmiştir.

2. Yargıtay'ın Konuya Yaklaşımı

Yukarıda yer verilen yasal zemine rağmen yargı kararlarında, iş uyuşmazlıklarının tahkimle çözümüne yönelik geçmişten gelen bir direnç olduğu izlenmektedir. Yargıtay, sınırlı sayıda da olsa verdiği kararlarında yıllardır, kural olarak iş uyuşmazlıklarını tahkime elverişli görmemiştir. 4857 sayılı İş Kanunu ile tahkimin iş uyuşmazlıklarında kabulü dahi bu direnci ortadan kaldıramamıştır (İK.20)¹³. Hatta Yargıtay, geçmişten gelen görüşünü sürdürme adına, İş Kanunundaki tahkim hükmünde yer almadığı halde, tahkim anlaşmasının da ancak iş akdinin feshinden sonra yapılabileceği görüşündedir.

¹² YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 4.Cilt, Ankara 2021, s.5402

¹³ Benzer yaklaşım sporculara yönelik olarak da sürmektedir; “...İş güvencesine yönelik hükümler dışında, İş Kanunu'nda işçilik alacakları ile ilgili olarak tahkim yoluna gidilmesine yönelik bir düzenleme olmadığından, antrenör veya teknik direktör ile işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için, bu kişilerin bağlı bulundukları federasyonun yönetmelik veya genelgelerinde özel hukuk veya tahkim kurulunun öngörülmesi iş mahkemesinin görevini ortadan kaldırmaz.” (Yarg.22.HD.28.5.2013, 2012/23322-2013/12675).

İş Kanunu ile getirilen tahkim seçeneği, yasanın iş güvencesi bölümündedir. Buna göre, “...İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir...”

Yargıtay, iş güvencesini ilgilendiren uyuşmazlıklardaki tahkim koşulunun sadece bu kısımda düzenlenen, feshin geçersizliği, işe iade, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre için ücret alacağı alanlarında kullanılabileceğini kabul etmektedir. Yüksek mahkemeye göre;

“...Tahkime gidilebilecek uyuşmazlıklar, maddi hukuk kuralları ve hâkimin takdir yetkisine göre belirlenmiş olan ‘tarafların arzularına tabi olan’ uyuşmazlıklardır. Başka bir ifadeyle, söz konusu uyuşmazlıklar, tarafların, konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerinin bulunduğu uyuşmazlıklardır. Somut olay bakımından ilk derece mahkemesi gerekçesine konu 6100 Sayılı Kanunun 412. ve 413. maddeleriyle 5521 Sayılı Kanunun 1, 5 ve 15. maddeleri, 6356 Sayılı Kanunun 79. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde; 4857 Sayılı Kanunun 20. maddesi uyarınca iş hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklar bakımından işe iade davaları yönünden tahkim sözleşmelerinin uygulanabileceği; özellikle 6356 Sayılı Kanunun 79. maddesinde bu kanundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin yetkili ve görevli olduğu hususundaki emredici hükümler karşısında davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”¹⁴.

Yargıtay, her ne kadar İş Kanunu’ndaki açık hüküm karşısında tahkimi kabul etmek durumunda kalmış olsa da, sınırlandırıcı eski anlayışının bir yansıması olarak, söz konusu tahkim uygulamasının geçerliliğini, ancak iş akdinin feshinden sonra kararlaştırılmış olması halinde mümkün görmektedir. Aksi halde yani, kuruluş aşamasında iş sözleşmesine eklenen tahkim şartını, iş güvencesi ile ilgili olarak dahi kabul etmemektedir. Yüksek mahkemenin konuya ilişkin değerlendirmeleri özetle şu şekildedir; “...

“...Gerek metodoloji gerek taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, işe iade davalarının özel hakeme götürülmesinin ancak iş sözleşmesinin

¹⁴ Yarg.9. HD 16.9.2014, 22461/26777.

feshinden sonra anlaşma- sözleşme ile mümkün olacağı sonucuna götürür. Aksi halde işçinin iradesi dışında kendisinin yabancı olduğu bir yargılama sürecine *zorlanması söz konusu olur*. Yasanın amacı dışında bir sonuç doğar. Hükmün bu fıkrasının önceki düzenlemesindeki ‘*Toplu İş Sözleşmesinde hüküm varsa veya ...*’ tümcesinin Anayasa Mahkemesinin 9.10.2005, 2003/66 E 2005/72 Sayılı Kararı ile iptal edilerek işçinin iradesine üstünlük tanınması yukarıdaki gerekçeyi doğrulamaktadır. Fesihten önce yapılan özel hakem sözleşmesi geçersizdir. Diğer taraftan, tahkim şartını içeren sözleşmesinin *ahlaka aykırı olması halinde* geçerliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde *ekonomik ve sosyal üstünlüğünü* kullanmasında karşımıza çıkar. Ayrıca tahkim anlaşmasının geçerliliği, tarafların tahkim iradelerinin şüpheye ve karışıklığı yer vermeyecek şekilde açık olması ile doğru orantılıdır. Açık ve kesin irade açıklaması, tahkim anlaşması ister bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde isterse tahkim şartı şeklinde yapılsın, akdin geçerliliği için aranan esaslı şartlardandır. Özellikle belirtmek gerekir ki, tahkim sözleşmesi veya şartının, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi yolundaki taraf iradesini tereddüde yol açmayacak şekilde içermesi gerekmektedir. Dosya içeriğine göre davacı ile davalı işveren feshin bildirildiği tarih olan 15.09.2011 tarihinde düzenlenen ‘*İbraname ve Feragatname*’ başlıklı belge de ‘Davacının iş sözleşmesinin 4857 Sayılı İş Kanununun 17.maddesi gereğince tazminatlı olarak tek yanlı işverence feshedilmesi nedeniyle işyerinden ayrıldığı, kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti ve ücret alacaklarını aldığı, başka hiçbir hak ve alacağı kalmadığı, 4857 Sayılı İş Kanununun 20.maddesi gereğince dava açmak istemesi halinde, üç kişiden oluşan Özel Hakemde dava açacağı, bu hususun tarafların rızaları ile yapmış oldukları bir tahkim anlaşması hükmünde olduğu, şirketi tüm konularda ve genel manada gayri kabili rücu olarak kayıtsız şartsız ibra ettiği’ belirtilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta, öncelikle tahkim şartını içeren belge, fesih bildirim belgesi ile aynı tarihte düzenlenmiştir. İşçi, halen bu tarihte işverenin denetimi altındadır. Bu nedenle tahkim şartını içeren bu belgenin fesihten sonra düzenlendiğinden söz edilemez. Diğer taraftan ibraname ve feragatname başlıklı belgenin fesih yanında, işçinin işçilik haklarının da ödenmesini içerdiği, bir bakıma bu hakların ödenmesinin tahkim şartını içeren bu sözleşmenin imzalanmasına bağlanıldığı, davacının imzalamak zorunda bırakıldığı, davalı şirketin davacı işçi üzerinde, ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirdiği anlaşılmaktadır. Tahkim sözleşmesi veya şartının, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi yolundaki davacı işçi iradesini

açık ve kesin olarak taşıdığı söylenemez. İbraname ve feragatname başlıklı belgedeki tahkim şartı geçersizdir. Uyuşmazlığın iş mahkemesinde çözümlenmesi gerekir. Mahkemece işin esasına girilerek karar verilmesi gerekir. Yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.”¹⁵

Karara ekli bir karşı oy yazısı bulunmaktadır. Buna göre; “Dosyadaki bilgi ve belgelerden, iş akdinin davacı işçinin 11.9.2009 tarihinde mesai saati içerisinde uyuduğu tespiti üzerine 15.9.2009 tarihinde işverence feshedildiği, durumun aynı gün davacı işçiye tebliğ olunduğu, fesih sonrasında ancak yine aynı tarihte ‘ibraname ve feragatname’ başlıklı belge içerisinde de bu defa ‘özel hakem’ sözleşmesinin itirazi kayıt olmaksızın imzalandığı anlaşılmaktadır. ‘Özel hakem’ anlaşmasının geçerli olması için aranan fesihten sonraya ait olması şartı fesihten sonraki başka bir tarih anlamında değildir. Fesihten sonra olmak şartıyla fesihle aynı tarihli de olabilir. Nitekim, davacı tarafın temyiz dilekçesinde de açıkça yazılı olduğu üzere hakem sözleşmesinin fesihten sonra yapıldığı hususu taraflar arasında anlaşmazlık konusu değildir. Davacı taraf, fesihten sonraya ait olduğunu kabul ettiği ‘özel hakem’ anlaşmasının ispatlayamadığı irade fesadına istinaden geçersiz kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. ‘Özel hakem’ sözleşmesinin imzalandığı belge içeriğinde, aynı zamanda davacı işçiye ödenecek kıdem tazminatı, kullanılmayan yıllık ücretli izin ücreti ve henüz ödenmemiş Haziran ayı ücreti ile ‘ibra’ ve ‘feragat’e de yer verilmiş olması, davacı işçinin bu belgeyi imzalamasaydım alacaklarım ödenmeyecekti şeklindeki irade fesadı iddiasını kanıtlamaya tek başına yeterli değildir. Sonuç olarak özel hakem sözleşmesinin fesihten sonraya ait olduğunun her iki tarafın da kabulünde olması ile irade fesadı iddiasının usulünce kanıtlanamaması karşısında, sair yönleriyle de usul ve yasaya uygun olan hükmün onanması gerektiğini düşündüğümünden aksi yönde oluşan sayın çoğunluk görüşüne katılamıyorum.”

Yüksek mahkemenin iş uyuşmazlıklarında tahkime yönelik bugünkü menfi yaklaşımının temelinde yatan hususlar, oldukça eskiye dayanmaktadır. Yargıtay’ın 1964 tarihindeki bir kararında yer alan görüşler, şunlardır;

“İş Kanunu, büyük bir kısım itibariyle kamu düzeni hükümlerini kapsamaktadır. İşçiye tahkim şartının kabul ettirilmesiyle hakemlerin vereceklerin kararların Yargıtayca murakabesi imkânı daraltılmış ve dolayısıyla İş Kanununun kamu düzeni bakımından birinci derecede önemli olan emredici hükümleri ve bu arada işçi hakları halele uğratılmış bulunacaktır. O halde, bir

¹⁵ Yarg.9. HD. 25.2.2013, 1773/6664, Yarg.9. HD. 23.9.2013, 6696/23578.

iş sözleşmesinde tahkim şartı, İş Mahkemeleri Kanununa ve iş hukukunun ana gayesine aykırı olduğu için muteber sayılmamak gerekir”¹⁶.

Kararda yer verilen görüşler ile konuya yaklaşım şekli, bu karardan 52 yıl sonra verilen bir başka kararda da varlığını sürdürmektedir. Davaya konu olayda davacı işçi ile yapılan sözleşmeye tahkim şartı konulmuştur. Bu şarta rağmen iş mahkemesinde dava açan işçinin talebi, tahkim koşulunun bulunduğu gerekçesiyle yerel mahkeme tarafından usulden reddedilmiştir. Bunun üzerine konuyu inceleyen 22.Hukuk Dairesi, kararı şu gerekçelerle bozmuştur;

“...Taraflar arasındaki sorun iş sözleşmesinin kurulması sırasında yapılan özel hakem sözleşmesinin geçerli olup olmadığı konusundadır. 6100 sayılı HMK’nın 412/1-2. maddesinde; ‘*Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir.*’ düzenlemesine yer verilmiştir. Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarından fazlasını veya tamamının seçme imkânının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. İşçinin işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf olduğu iş sözleşmesinin kuruluşunda ve devamında işverene hukuken bağımlı olduğu tartışmasızdır. İşçi işveren otoritesi altında ve onun emir ve talimatları ile iş görür. Denetim altındadır. İrade serbestliği yoktur. Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesi Borçlar Kanunu gereğince batıl olacaktır. Ayrıca Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği iş sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında düzenlenen tahkim sözleşmesi geçersizdir. Somut olayda, özel hakem şartını içeren belirsiz süreli iş sözleşmesi 19.6.2012 tarihinde imzalanmıştır. Fesih 30.1.2016 tarihinde yapılmıştır. İş sözleşmesinin kurulması veya devamı sırasında yapılan özel hakem sözleşmesi veya iş sözleşmesindeki hakem kaydı işçinin serbest iradesini yansıtmaması sebebiyle

¹⁶ Yarg.9. HD 14.9.1964, 4983/5429. ÇENBERCİ, Mustafa: *İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 1969, s. 176.

geçersiz olduğundan, uyuşmazlığın özel hakemce görülme imkânı bulunmamaktadır. Mahkemece tahkim ilk itirazının reddi ile davanın esasına girilip taraf delilleri toplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın usulden reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”¹⁷

9.Hukuk Dairesinin görüşü de bundan çok farklı seyretnemiştir. Daire konuya ilişkin görüşlerini bir kararında şu şekilde ifade etmiştir;

“...Dairemizin, yukarıdaki Anayasa Mahkemesi'nin kararından önce verdiği, 2.3.2005 tarih ve 2004-14821 E. 2005.6684 K. sayılı kararında özetle; İş Mahkemelerinin yetkisini düzenleyen hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu, işe iade davaları dışında, tahkim sözleşmelerinin geçerli olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Dairemizin, Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra verdiği ve istikrar kazanmış kararlarında da yukarıdaki fıkrada belirtilen karardaki görüşüne uygun olarak; İş Mahkemelerinin yetkisini düzenleyen hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu, işe iade davaları dışında, tahkim sözleşmelerinin geçerli olmadığı açıkça ifade edilmiştir... İş Mahkemelerinin yetkisini düzenleyen hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu, işe iade davaları dışında, tahkim sözleşmelerinin geçerli olmadığı, işe iade davalarında da 4857 sayılı yasanın 20. maddesinin birinci fıkrası gereğince tahkim sözleşmesinin yapılmasının ihtiyari olduğu, tarafların anlaşması halinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenebileceği...”¹⁸

3. Yargıtay'ın Konuya Yaklaşımı ve Değerlendirilmesi

Yüksek mahkemenin geçmişten gelen ve iş uyuşmazlıklarında tahkime yaklaşımını olumsuz kılan gerekçeleri beş başlık altında toplanabilir. Yargıtay'a göre;

1) İşe iade davalarının özel hakeme götürülmesinin ancak iş sözleşmesinin feshinden sonra yapılacak anlaşma ile mümkün olabilmesi, taraflar arasındaki ilişkinin ve metodolojinin gereğidir.

2) Tahkim, işçinin yabancı olduğu bir yargılama sürecidir.

¹⁷ Yarg.22.HD. 26.9.2016, 27462-21049.

¹⁸ Yarg.9.HD. 17.9.2014, 22689/26888. Yine aynı daireye göre, tahkime gidilebilecek uyuşmazlıklar, maddi hukuk kuralları ve hâkimin takdir yetkisine göre belirlenmiş olan ‘tarafların arzularına tabi olan’ uyuşmazlıklardır. Başka bir ifadeyle, söz konusu uyuşmazlıklar, tarafların, konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerinin bulunduğu uyuşmazlıklardır. (Yarg.9. HD. 16.9.2014, 22461/26777).

3) Taraflar arasındaki tahkim sözleşmesi ya da şartı, işçinin iradesi dışında kendisine yabancı bir yargılama sürecine zorlanması anlamına gelir.

4) Anayasa Mahkemesinin, *‘Toplu İş Sözleşmesinde hüküm varsa tahkime gidilebilmesini mümkün gören İş Kanunu hükmünü iptal etmesi, (TİS’de işçinin iradesinin olmaması sebebiyle) işçinin iradesine üstünlük tanınmasından kaynaklanmaktadır.*

5) Tahkim şartını içeren sözleşme, bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanması halinde ahlaka aykırı sayılır, bu halde geçersiz olur.

Kanımızca, Yargıtay’ın iş uyuşmazlıklarında tahkime ilişkin eskiye dayanan mesafeli yaklaşımına dayanak olan bu gerekçeler, günümüz çalışma yaşamı ve ülke gerçekleri dikkate alınarak soğukkanlılıkla yeniden gözden geçirilmelidir.

Ülkemizin çalışma ilişkilerinin ulaştığı seviye, artan nüfus, ekonomik büyüme sonucu değişen istihdam politikaları, dijital devrim sayesinde bilgiye kolay ulaşabilme imkanları, sermaye ve iş gücünün globalleşmesi, konjonktürü tümüyle değiştirmiştir. Tahkim konusunda geçmişte duyulan kaygıların ekseriyetinin, günümüz toplumunda hiçbir anlamı kalmamıştır. Tahkimin İş Kanunu’nda dahi düzenlenmiş olması, geline noktanın açık tezahürüdür.

Aynı anlayışı 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda da görebilmek mümkündür (m.52). Yasaya göre taraflar, anlaşarak toplu hak veya çıkar uyuşmazlıklarının her safhasında özel hakeme başvurabilir. Toplu iş sözleşmesine, taraflardan birinin başvurması üzerine özel hakeme gidileceğine dair hükümler konulabilir. Toplu iş sözleşmesinde aksine hüküm yoksa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun özel hakeme ilişkin hükümleri uygulanır. Toplu hak uyuşmazlıklarında özel hakem kararları genel hükümlere tabidir. Toplu çıkar uyuşmazlıklarında taraflar özel hakeme başvurma hususunda yazılı olarak anlaşma yaparlarsa, bundan sonra arabuluculuk, grev ve lokavt, kanuni hakemlik hükümleri uygulanmaz. Toplu çıkar uyuşmazlıklarında özel hakem kararları toplu iş sözleşmesi hükmündedir.

Gerek bireysel gerek toplu iş mevzuatımızdaki her iki düzenleme de, tahkimin yasa koyucu tarafından da göz ardı edilemeyecek bir seçenek olduğunu göstermektedir. Nitekim uygulamada, bu seçeneklerin kullanıldığı

ve uyuşmazlığın tahkim süreci sonunda hakem kararıyla çözümlendiği bireysel ve toplu iş uyuşmazlıklar bulunmaktadır.

Uygulamadaki başarılı örneklerle yüksek mahkemenin geçmişten gelen bu sınırlandırıcı yorumu, sadece işçilik alacaklarında tahkimin önünü kapatmakla kalmamakta, hem İş Kanunu'nun iş güvencesi için hem de Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun toplu iş sözleşmesi için getirdiği tahkim seçeneğini işlevsiz kılmaktadır. O sebeple iş uyuşmazlıklarında tahkime yönelik bakışın gözden geçirilmesi gerekmektedir. Buna fırsat yaratabilmek için Yargıtay'ın tahkime yönelik kaygılarına temel olan yukarıdaki gerekçelerini irdelemenin yararlı olacağı kanısındayız;

1) “İşe iade davalarının özel hakeme götürülmesinin ancak iş sözleşmesinin feshinden sonra yapılacak anlaşma ile mümkün olabilmesi, taraflar arasındaki ilişkinin ve metodolojinin gereğidir” gerekçesi:

4857 sayılı İş Kanunu'nda yer verilen tahkim düzenlemesinde, Yargıtay kararlarında yer verilen bu gerekçeyi haklı kılacak sınırlandırıcı bir içerik yoktur. Dahası böyle sınırlandırıcı bir yorum için sebep de yoktur. Zira tahkim HMK'da düzenlenmiştir ve iş uyuşmazlıkları da tahkim uygulaması dışında tutulmamıştır. O sebeple, İK.20'de yer verilen tahkim seçeneği iş güvencesi ile sınırlı görülemez. Çünkü buradaki düzenleme iş güvencesi sisteminin bir parçasıdır ve ILO'nun 158 sayılı sözleşmesinin iç hukuka aktarılmasından ibarettir. Zira anılan sözleşme, işten çıkarılan işçilerin işe iadesi için izlenecek yargısal süreci de düzenlemiştir. Sözleşmenin “Son Vermeye İlişkin İtiraz Usulü” başlıklı 8.maddesine göre; hizmet ilişkisine haksız olarak son verildiği kanısında olan bir işçinin mahkeme, iş mahkemesi, hakemlik kurulu veya hakem gibi tarafsız bir merci nezdinde itirazda bulunma hakkı vardır...”¹⁹.

Dolayısıyla iş güvencesi bir bütün halinde İş Kanunu'na alınmıştır. Tahkim hükmü de bu yapının bir unsurudur. 158 sayılı sözleşmenin, işe iadelerde tahkimi önerirken, diğer işçilik alacaklarında bunu uygun görmediğini iddia edebilmek mümkün olmasa gerekir.

Kaldı ki 158 sayılı sözleşmenin uluslararası bir metin olduğu ve tüm dünyaya hitap ettiği düşünüldüğünde, tahkim düzenlemesi olmayan ülkelere

¹⁹ Division C. Procedure of Appeal Against Termination (*Article 8*):1. A worker who considers that his employment has been unjustifiably terminated shall be entitled to appeal against that termination to an impartial body, such as a court, labour tribunal, arbitration committee or arbitrator.

yönelik olarak bu seçeneği dile getirmiş olması da son derece anlamlı görülmelidir. ILO, iş güvencesi gibi işçiyi koruma temelini en üst noktaya taşıdığı bir yapıda bile tahkimden kaygı duymamıştır. Bu koşullar altında anılan düzenlemeyi Türkiye açısından sadece iş güvencesi uyuşmazlıkları ile sınırlı görmek doğru olmaz. Zira İş Kanunun iş güvencesi dışında kalan kısmı HMK'nın tahkim esaslarına tabidir ve o kısımda da işçilik alacakları tahkim uygulaması kapsamı içindedir.

HMK'daki düzenlemelerden hareket edildiğinde, iş ilişkilerinde tahkim seçeneğinin hem taraflar arasındaki ilişkinin hem de metodolojinin gereği olarak görüldüğünü söyleyebiliriz. Tahkim seçeneğini yasaya ekleyen iradenin, bunun hayata geçmesini beklemesi de tabiidir. O sebeple tahkimin ancak iş sözleşmesinin feshinden sonra yapılacak anlaşma ile mümkün olabileceğini ileri sürmek, tahkim seçeneğini kullanılmaz hale getirecektir. Yasa koyucu abesle iştigal etmeyeceği için, böyle sınırlandırıcı bir yorumun yasanın amacıyla bağdaştırılabilmesi mümkün olmaz. Zira bir işçinin, iş sözleşmesinin feshinden sonra tahkim anlaşması yapmasını beklemek, hayatın olağan akışına aykırıdır. Yasanın tahkim seçeneğini hayata geçirme iradesi ancak tahkim anlaşmasının fesihten önce yapılması ile mümkün olabilir. Bu noktada yargı makamlarının kaygılarını gidermek için kullanılması gereken enstrüman, yasanın iradesini yok saymak ya da bu iradenin hayata geçişini engellemek değil, söz konusu seçeneğin kötüye kullanılması ile mücadele etmektir. Bunun için iş ilişkilerine uygun önlemler geliştirilebilir. Kurumsal yapılar içinde, özgün iş tahkim kuralları tesis edilebilir.

2) “*Tahkim, işçinin yabancı olduğu bir yargılama sürecidir*” gerekçesi:

Yargıtay'ın iş uyuşmazlıklarındaki tahkime direnç gösterme gerekçelerinden diğeri, tahkimi işçilere yabancı bir yöntem olarak görmesidir. Gerçekten de iş uyuşmazlıklarının tahkimle çözümü, ülkemizde bilinen bir seçenek olamamıştır. Ancak bunun sebepleri iyi irdelenmelidir.

Bu sebeplerden ilki, yıllar önce oluşturulan yargısal görüş ve bu yönde verilen kararlardır. Yukarıda da yer verdiğimiz 1960'lardaki kararlar, işçilerin tahkimden zarar görebilecekleri kaygısına dayandırılmıştır. Bu yaklaşımın tahkime başvuruyu engellemesi, konunun yargı önüne taşınma sıklığını düşürdüğünden, yargısal düzlemde yeni koşullarla tekrar ele alınmasına engel olmuştur. Diğer deyişle yüksek yargının, konuya ilişkin görüşünü güncelleyecek bir ortam oluşmamıştır. O sebeple 1960'lı yıllardaki kaygılar, bugüne kadar değişmeden gelmiştir.

Oysa aradan geçen 60 yıl, çok şeyi değiştirmiştir. Eskiden yüksek yargıyı endişelendiren hususların çoğu, ya tümüyle ya da büyük ölçüde ortadan kalkmıştır. İşverenin işe girişte ekonomik üstünlüğünü kullanması, işçinin bilinçsiz olması, iradesinin serbest olmaması gibi gerekçeler, eskiye oranla azalmıştır. Bu endişelerin varlığını sürdürdüğü işçi gurupları olduğu gibi bu tür sorunları yaşamayan işçiler de bulunmaktadır. Artık önerilen ücreti beğenmeyen, bu ücreti almaktansa boşta kalıp iş aramayı sürdürmeyi tercih edebilen, teklif edilen işi kendine uygun görmeyen, çalışma koşullarını işverene kabul ettirebilen, işverenin istihdam etmek için ikna etmeye çalıştığı, kariyerli, vasıflı işçiler de vardır. Üstelik bu sayı artmaktadır.

Dolayısıyla, bir gurup işçi için varlığını belli düzeyde koruyan ve birçoğu ülkenin geçici ekonomik sorunlarından kaynaklanan sorunları, tüm işçilerin ortak sorunuymuş gibi gösteren genellemelerle, yasal bir müesseseyi yok saymak doğru olamaz. 60'lı yıllardan beri ileri sürülen gerekçelerin çoğu, tahkime müracaatı engelleyecek gerekçeler olmaktan çıkmıştır. Kaldı ki tahkim, devlet yargısının endişelendiği ve korumaya çalıştığı noktaları görmezden gelecek bir yöntem de değildir. Zira tahkim de bir yargılamadır ve hakem de tıpkı yargıç gibi, Türk iş mevzuatını uygulamak ve iş hukukunun işçiyi koruyucu temel esaslarına uygun davranmak zorundadır.

İş uyuşmazlıklarında tahkime müracaatı engelleyen bir diğer neden de, yüksek mahkemenin yıllardır sürdürdüğü bu olumsuz yaklaşımın, bilimsel gelişim üzerinde yarattığı menfi etkidir. Yargısal kararların iş hukuku öğretisi üzerindeki motive edici etkisi, tahkim alanında yaşanmamıştır. İş hukuku öğretisinde tahkim neredeyse hiç incelenmemiştir. Konunun hayata geçişine hukuki hiç bir engel olmadığı halde, Yargıtay'ın söz konusu yaklaşımı, öğretinin tahkimin hayata geçişini kolaylaştırıcı öneriler geliştirmesine dahi engel olmuştur. Konu adeta yok sayılmıştır. Ancak günümüzde, iş yargısının iş yükünün artmaya devam etmesi ve çare olarak getirilen arabuluculuk kurumunun sağlıklı işlememesi, hukuk sistemimizdeki son seçenek olan tahkimin hatırlatılmasına neden olmuştur.

Dolayısıyla tahkim, Yargıtay'ın görüşünün aksine, işçinin yabancı olduğu bir yargılama süreci olarak görülmemelidir. Tahkim toplu iş hukukunda yıllardır uygulanmaktadır. Düzgün yapılandırıldığında ve sağlıklı işletildiğinde, bireysel iş uyuşmazlıklarında da kullanılması mümkün olan ciddi bir uyuşmazlık çözüm seçeneğidir. Çok sınırlı da olsa, bu güne kadar gerek toplu gerek bireysel iş sözleşmelerinde hayata geçirilen örnekleri de bunu göstermektedir.

3) “*Taraflar arasındaki tahkim sözleşmesi ya da şartı, işçinin iradesi dışında kendisine yabancı bir yargılama sürecine zorlanması anlamına gelir.*” gerekçesi:

Yüksek mahkeme, tahkim sözleşmesinin ya da tahkim şartının, işçiye zorlama yoluyla kabul ettirileceği endişesi taşımaktadır. Bu endişe, saygı duyulacak bir bakış açısının ürünüdür. Fakat bu anlayış, çağdaş iş ilişkileri için sistemi tümüyle işlevsiz kılmak için değil, bu sistemi sağlıklı yapılandıracak ve işletecek etken bir unsur olarak görülmelidir.

Her şeyden önce tahkimin işçi aleyhine uygulanacak bir yargısal seçenek olduğu önyargısı terk edilmelidir. Hiç şüphesiz ki, her hukuki yapıda olduğu gibi tahkim uygulamalarında da kötüye kullanımlar olabilir. Ancak bu yapının kötüye kullanılabilecek olma kaygısı, tahkim seçeneğini sağlıklı kullanılabilecek olanları da bu haktan mahrum eden bir yorumu haklılaştırmaz. Salt bir takım kötüye kullanım ihtimalleri, tahkimin yok sayılmasına neden olamaz. Bu sorunlarla mücadele, tahkim tümüyle yok sayarak değil, kötüye kullanılmasını engelleyecek tedbirleri alarak olur.

Kaldı iş hukuku, hakkın kötüye kullanılmasına yabancı bir alan değildir. Aksine bu sorunlarla sık sık karşılaşan, bununla mücadele edebilen, buna ilişkin yeni çözümler üreten bir disiplindir. Nitekim arabuluculuk alanında bunun başarılı örnekleri bulunmakta, yargı kararlarıyla bu kötüye kullanımlarla mücadele edilmektedir. İş hukuku öğretisi de bu mücadeleye destek vermektedir. Mücadele etmek yerine, “iş hukukunda arabuluculuk olmaz” denilmemektedir. Bu tecrübenin tahkimde de kullanılabileceği açıktır. Kurumsal tahkim bunu için son derece önemli bir araçtır. Arabuluculukta karşılaşılacak, hatta tahkimde de karşılaşılması olası kötüye kullanım örneklerinin yaratacağı bilinçlenme ve bunun sebep olacağı kurumsal hafıza, buradan çıkarılacak derslerle birlikte, sistemin sağlıklı ilerlemesini sağlayacak adımların atılmasını kolaylaştıracaktır.

4) “*Anayasa Mahkemesinin, Toplu İş Sözleşmesinde hüküm varsa tahkime gidilebilmesini mümkün gören İş Kanunu hükmünü iptal etmesi, (TİS’de işçinin iradesinin olmaması sebebiyle) işçinin iradesine üstünlük tanınmasından kaynaklanmaktadır.*” gerekçesi:

Yüksek mahkemenin bireysel iş ilişkilerinde tahkimi uygun görmeyen anlayışına dayanak olarak gördüğü bu gerekçe, tahkimi engelleyen değil tam aksine onu destekleyen bir anlayışa temel olacak niteliktedir.

Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin, iş güvencesindeki tahkim seçeneğinin toplu iş sözleşmesiyle getirilebilmesini anayasaya aykırı bulan yaklaşımı son derece isabetlidir. Zira toplu görüşmelerde ve toplu iş sözleşmesinin imzalanmasında işçiyi temsil yetkisi sendikanın elindedir. O sebeple işçinin bireysel olarak sahip olduğu devlet yargısına gitme hakkının, sendika kararıyla ve TİS marifetiyle ortadan kaldırılması kabul edilemez. Dolayısıyla 4857'nin yasalaştığı dönemden beri dile getirildiği üzere, düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu ağıktı ve iptal edilmesi de isabetli olmuştur²⁰.

Bununla birlikte söz konusu iptal kararı, başvuracağı yargı yolu tercihinde işçinin bireysel iradesinin varlığını hatırlatması ve buna üstünlük tanınması açısından da son derece önemlidir. Zira Anayasa Mahkemesi, İş Kanunun 20.maddesindeki, *“Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyumsuzluk aynı sürede özel hakeme götürülür”* hükmünün sadece, *“Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa”* kısmını iptal etmiştir. Düzenlemenin kalan kısmını yani, *“taraflar anlaşılırsa uyumsuzluk aynı sürede özel hakeme götürülür”* hükmü Anayasaya aykırı görülmemiştir. Yürürlükte kalan bu kısım ise, işçinin kendi iradesiyle, işverenle anlaşarak tahkim yolunu tercih edebileceğini açıkça düzenlemektedir.

5) “Tahkim şartını içeren sözleşme, bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanması halinde ahlaka aykırı sayılır, bu halde geçersiz olur.” gerekçesi:

19. yüzyıldan beri, iş ilişkisinin taraflarından birinin ekonomik ve sosyal üstünlüğünü, diğeri üzerinde kullanmasını ahlaka aykırı bulan yaklaşımın geçen zaman içinde kendini güncelleyememesi, 21. yüzyılda uygulama alanını oldukça genişleyen çağdaş çalışma ilişkilerinin ihtiyaçlarını giderecek çözüm yöntemlerine engel oluşturmaya başlamıştır.

Günümüz çalışma ilişkilerinde, işverenin ekonomik üstünlüğünü hisseden işçiler olduğu gibi bunu hissetmeyen, pazarlık gücü olan, hatta çalışma koşullarını işverene kabul ettirebilen işçiler de bulunmaktadır. Kalifiye personel ihtiyacı, ara kadro çalışan eksikliği, eskisine oranla işverenlerin tercih gücünü sınırlandırmaya başlamıştır. Hatta, ihtiyaç duyulan bu yetkin personel, ekonomik üstünlüğü olduğu kabul edilen işverenin teklif ettiği ücreti yeterli görmeyerek çalışmamayı, kendi ekonomik menfaatlerine daha uygun görebilmektedir. Özellikle büyük şehirlerin yaşam maliyeti bunda

²⁰ Anayasa Mahkemesi 19.10.2005, 2003-66/2005-72.

etkili olmaktadır. Bu guruba dahil çoğu kişi, sadece yol ve yemek masraflarını göz önünde tutarak dahi, düşük ücretli in house işlere yönelmeyerek, freelance çalışmayı tercih edebilmektedir. Düşük ücretli iş pozisyonlarıyla karşılaşan bir beyaz yakalı, bu işlerde çalışmak yerine, sahip olduğu ekonomik tahammül gücüyle orantılı olarak daha iyi bir pozisyona kadar işsiz kalmayı seçebilmektedir.

İşsizlik üzerine yapılan bir araştırma günümüzde, bireylerin çeşitli nedenlerle kendilerine sunulan işleri, *iradi olarak reddetme* eğilimlerinin arttığını göstermektedir. Gençlerde masa başı işlerde çalışma isteğinin daha fazla olduğu, beden gücü ağırlıklı işlerde çalışılmak istenmediği, bu sebeple özellikle sanayisi gelişmiş illerde işgücü piyasasının ihtiyacı olan *ara eleman* ihtiyacında sıkıntı yaşandığı belirtilmektedir. Bunun yanı sıra işsizlerin vasıflarını aşan oranda ücret beklentisi içerisinde olmaları da iş beğenmeme nedenleri arasında gösterilmektedir. 2017 yılında yapılan bir araştırma, işverenlerin yüzde 24'ünün, işsiz bireylerin talep ettikleri ücretlerin yüksekliği sebebiyle ihtiyaç duyulan personeli temin etmekte zorlandıklarını göstermiştir. Diğer bir deyişle iş arayanların talep ettiği ücret, her 4 işverenden 1'ine yüksek gelmektedir. Ayrıca yine işverenlerin yaklaşık dörtte biri, iş arayanların, kendilerine sunulan çalışma ortam ve koşullarını beğenmediklerini beyan etmiştir. Bireylerin yetiştirilme tarzları ve henüz işgücü piyasasında bulunmamış olmaları nedeniyle çalışma ortam ve koşullarını beğenmedikleri, o sebeple kendilerine sunulan işleri reddettikleri belirtilmektedir. Bir diğer iş beğenmeme nedeni olarak ise, işyerinde vardiyalı çalışma yapılması gösterilmiştir ve bu çalışma türünün, özellikle kadın iş arayanların istihdamını olumsuz etkilediği görülmüştür. Ayrıca son yıllarda yükseköğretim mezunu işsizlerin iş garantisi ve daha iyi çalışma ortam ve koşulu olması düşüncesiyle kamuda çalışmayı hedef aldığı, özel sektörde çalışmak istemediği görülmüştür. Hatta bunun, bireylerin karşılarına çıkan özel sektör işlerde detaylara takılıp, daha titiz davranmalarına neden olduğu tespit edilmiştir²¹. Hiç şüphesiz anılan tespitlerde, ülkenin ekonomik koşullarının, aile içi ekonomik dayanışmanın, sahip olunan ya da yaratılan küçük bireysel birikimlerin sunduğu konforun da etkisi olduğu söylenebilir. Dolayısıyla sebep ne olursa olsun, içinde bulunduğumuz koşullar altında, açık işler dahi iradi olarak reddedilebilmektedir.

²¹ AKKAYA, Tuba: Türkiye'de İşsizlik Olgusu Bağlamında İş Beğenmeme Nedenleri İstanbul İli Örneği, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü, Ankara 2017, s.61-64. Ayrıca bkz. Türkiye İş Kurumu, 2023 Yılı Birinci Çeyrek Açık İş İstatistikleri Araştırması Sonuçları, s.2-13.

Günümüz iş piyasasında tüm işverenlerin ekonomik üstünlüğünden söz edebilmek de mümkün değildir. Kurduğu işte, personel maliyetinden tasarruf etmek için kendi de çalışan işveren hiç de az değildir. İşçi ücretlerinde kesinti yapmadan ayakta kalamayan, asgari ücret yükümlülüğünü dahi yerine getiremeyen, hatta yaptığı asgari ücret ödemesinin bir kısmını işçiden geri alan, bu koşulları sağlayamadığında rekabet gücünü kaybedip işyerini kapatmak zorunda kalan işletmelerle karşılaşmaktadır. Buna bir de aynı kaygılarla kayıt dışı iş gören işletmeler eklendiğinde, “*işverenlerin ekonomik üstünlüğü*” kavramının tüm iş piyasasına ve her düzeyde etki ettiğini düşünmek güçleşmektedir.

Diğer yandan, yüksek mahkemenin tahkim seçeneğine karşı işçiyi korumaya yönelik olarak kullandığı ve “*bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanması*” gerekçesi, günümüz koşullarında çok farklı bir sonucun önünü açmaktadır. Yargıtay’ın görüşünden hareket edildiğinde, “*bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanamadığı*” iş ilişkilerinde, tahkimin mümkün olduğu sonucunu çıkarabilmek mümkün görünmektedir. Dolayısıyla, beyaz ya da altın yakalı, kariyerli ve iş piyasasında farklı istihdam seçeneklerine sahip bir işçinin, uyuşmazlıklarını tahkim ile çözme yönündeki iradesini, “*bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanması*” gerekçesi ile görmezden gelebilmek mümkün değildir.

Bu aşamada bir noktaya dikkat çekmekte yarar görüyoruz. Tahkim seçeneğini, bütün işçilerin tercih edeceği, küçük ve orta ölçekli tüm işletmelerin başvuracağı bir yargısal tercih olarak görmek gerçekçi değildir. En azından başlangıç aşamasında, iş uyuşmazlıklarında önce arabuluculuk, sonrasında tahkim (medarb) yargısal tercihinin, daha kurumsal yapılarda hayata geçmesini beklemek ve bunu öngörmek daha rasyonel görünmektedir. Aksi halde, arabuluculuktaki gibi önü alınamayan bir genişlemeye yol açılabilir ki bu durum, yüksek mahkemenin tahkime ilişkin olarak geçmişten gelen kaygılarını günümüze taşır. Bu da, yargının iş yükünü hafifletmek ve adalete hızla ulaşmak için ülkemizin elinde kalan önemli bir seçenek durumundaki tahkim yapısının sağlıklı gelişimini öteleyebilir.

D. İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA KAMU DÜZENİ SORUNU

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, hakem kararlarına karşı sadece iptal davası açılabilmesine imkân vermiştir. İptal sebeplerini de saymıştır (HMK. 439). Sayılan iptal sebeplerinden biri, iş uyuşmazlıklarında tahkime yaklaşım konusunda ileri sürülen görüşlerde, sıkça dile getirilen kamu düzenidir. Buna

göre hakem kararına karşı, karar *kamu düzenine aykırı ise*, tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde iptal davası açılabilir. (HMK. 439/g).

Kamu düzeni kavramı, farklı hukuk dallarında kullanılan bir yapı olması sebebiyle, ortak unsurları çok da belirgin değildir. Hemen her hukuk dalı, kendi anlayışı içinde bir kamu düzeni ilkesi geliştirmiş ve uygulamıştır. Bu durum zaman içinde o dalın kendi ekosistemi içinde kabullenilen bir içeriğe kavuşmuş ve kavram bu şekilde varlığını sürdürmüştür. Bireylerin de bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğini bildiği kabul edilmiştir.

Kamu düzeni kavramının içeriğindeki bu belirsizlik, hukuk sistemleri için her dönem önemli bir potansiyel sorun olmuştur. Zira kamu düzeni, emredicilik gücü demektir. Bu güç, ikili ilişkilere vücut veren taraf iradelerine müdahale edebilmekte, ilişkinin sonuçlarını değiştirebilmektedir. Dolayısıyla içeriğindeki belirsizliğin ortadan kaldırılması, hukuki öngörülebilirlik için yaşamsaldır. Nitekim hemen her ülkede yargı makamları, içeriğin tespiti aşamasında devreye girerek, kamu düzeninin sınırlarını belirlemeye çalışmıştır. Bunun yargı makamına, sadece yasa koyucuya ait emredici norm koyma yetkisine benzer bir kudret kazandırdığı görülmektedir.

Ancak yargı makamının kullandığı bu kudretin, yasama organından farklı olduğu kabul edilmektedir. Buna göre nisbi emredici kurallar dışında kalan yargının yarattığı sosyal kamu düzeni, bünyesinde önemli bir güçlük barındırmaktadır. Bu kamu düzeni anlayışında sözleşme taraflarından biri lehine tarafların sözleşme serbestisine müdahale edilmektedir. Oysa yasama organının koyduğu nisbi emredici kuralların önemli bir bölümünün gerisinde, yasama organının takip ettiği ekonomik ve sosyal politikalar belirli ölçüde rol oynar. Fransız hukukunda klasik kamu düzeni açısından yargıcın yarattığı kamu düzeninin varlığı kabul edilse de, sosyal kamu düzeninin de içinde bulunduğu ekonomik kamu düzeni açısından bakıldığında, kamu düzeni yasa koyucunun yarattığı bir kavram olarak görülüp, ilke olarak yargının yarattığı kamu düzeni bulunmamaktadır. Fransız iş hukukunda *yargıç tarafından yaratılan kamu düzenine tüm tutarlılığını yitirdiği eleştirileri yöneltilmektedir*. İşçi lehine yaratılan tek taraflı bir emredici alan, yargıcın karar verdiği normatif yapının gereklerinden bağımsız, tamamen kendi ekonomik ve sosyal görüşlerinden hareketle oluşturduğu değil, kanunun emredici ve yedek hukuk kurallarının bütününden hareketle oluşturulan bir kamu düzeni olmalıdır. Yargıcın sosyal kamu düzeni gerekçesiyle hukuki

ilişkiye müdahalesi, kendi iradesini sözleşme taraflarının iradesi yerine ikamesi sonucu yaratmamalıdır²².

Yüksek yargının ülkemizde, kamu düzenini korumaya yönelik bu (sınırlandırıcı) çabasının, erken dönemlerde olumlu etki gösterdiğini, hukuki ilişkileri tanzim edici bir işlev gördüğünü söyleyebiliriz. Ancak kamu düzeninin sınırlarına ilişkin olarak geliştirilen söz konusu yargısal yaklaşımın güncellenememesi, yeni sorunlara neden olmaktadır. Zira yüksek yargının, bazı hukuki esasları topluma yerleştirme gücü olsa da, esasen bireysel uyuşmazlıkları çözmekle yetinmek durumunda kalması, toplumda zamanla ortaya çıkan geniş ölçekli ihtiyaçları karşılayabilmesine engel olmaktadır. Geçmişte verilen kararlar, verildikleri dönemin kamu düzeni anlayışını yansıtsa da, kazai istikrar kaygısıyla, gelişen toplum ihtiyaçlarının kararlarda yeniden ele alınamaması, kamu düzeninin zamanla değişen içeriğinin yargı kararlarına yansımaları geciktirmektedir.

Her ne kadar ahlaka aykırılık gibi sosyal tepkinin daha belirgin olduğu durumlarda, kamu düzeni ihlalinin tespiti daha kolay olsa da, bunu genellemek mümkün değildir. Zira daha önce kamu düzeni engeline takılan bazı hukuki işlemler, yaşanan toplumsal gelişmelerle bu düzeyde bir korumaya ihtiyaç duymayabilir. Bu gibi hallerde, kamu düzeni ihlali iddiasının özenle gözden geçirilmesi gerekir. Zira kamu düzeninin çok da belirgin olmayan içeriği, zaman içinde yaşanan gelişmelere adapte olamadığında, kendisinden beklenen koruma işlevini aşarak, güncel ihtiyaçların karşılanmasını engelleyici bir yapıya dönüşebilir. Kanımızca bunda, kamu düzeninin somut belirgin unsurlara sahip olmamasının önemli etkisi bulunmaktadır. O sebeple, kamu düzeninin içeriğine ve sınırlarına, uygulanacağı *dönemin rengiyle boyanmış bir gözlükle* bakılmalıdır. Gelişen toplumsal ihtiyaçlar ancak bu şekilde karşılanabilir

Kamu düzeni kavramı uzun yıllardan beri hemen her hukuk alanında bazı ortak söylemlerle hayata geçirilmiştir. Kavramın içeriği, başta da dile getirdiğimiz gibi “kamu düzeninin” hukuki işlemleri iptal kabiliyeti sebebiyle daha ziyade yargı kararlarından öğrenilmiştir. Ancak kamu düzeni ihlali iddiasıyla yargıya taşınan olaylara ilişkin kararların *çoğunda*, kavramın içeriğinin açıklanmadığı, sadece bir iptal gerekçesi olarak dile getirilmekle

²² YENİSEY, Kübra Doğan: *İş Hukukunun Emredici Yapısı*, İstanbul 2014, s.191-192.

yetinildiği görülmektedir. Buna karşın nadir de olsa, kavramın içeriğini belirlediği kararlara da rastlanmaktadır²³.

Söz konusu yaklaşımın sergilendiği kararlardan birinde uluslararası tahkim heyetinin kararının tenfizi istenmiştir. *Yerel mahkeme*, tarafların sözleşmenin içeriğini ve cezai şartın miktarını belirlemede ilke olarak serbest olduklarını, ancak bu serbestliğin mutlak olmayıp, kanunun bu özgürlüğe sınırlama getirdiğini, somut olayda belirlenen cezai şartın garantör sıfatıyla yer alan davahıların durumu dikkate alındığında ekonomik özgürlüğünü yok edecek ya da ağır şekilde kısıtlayacak, ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek miktarda olduğunu ve cezai şartın batıl sayılması gerektiğini, bu açıdan kamu düzenini ilgilendirdiğini belirterek, davanın reddine karar vermiştir. Konuyu inceleyen özel daire, bozma kararında özetle şu tespit ve değerlendirmelere yer vermiştir;

“...yerel mahkemenin kararına dayanak yaptığı *kamu düzeni kavramının* açıklanıp tartışılması gerekmektedir. Toplumun çıkarlarını koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuk düzeninin bütünü kamu düzeni olarak ifade edilebilir. Kamu düzeni, bilimsel içtihatlarla genel olarak ‘Bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurallar bütünüdür.’ şeklinde tanımlanmaktadır²⁴. Kamu düzeninden; korunma ve uygulamasında, toplumun büyük yararı bulunduğu kabul edilen özel hukuk kuralları anlaşılmak gerekir²⁵. Kamu düzeni, kamu menfaati düşüncesi ile konulmuş özel hukuk düzenidir. Aynı zamanda sözleşme serbestisinin sınırını tayin ederken, bu kavrama başvurulabilir²⁶. Kamu düzeninin yazılı metinler ve mahkeme içtihatları gibi başlıca iki kaynağı olmakla beraber, Schwarz’ın da belirttiği üzere ‘*Kamu düzeni, takdiri bir kavramdır. Bunu kesin olarak sınırlamaya olanak yoktur*’²⁷. Gerçekten de

²³ Nitekim öğretilde kamu düzeninin, BK.27 ışığında ele alındığında, yargıç tarafından yaratılan emredici bir alanı ifade ettiği ileri sürülmüştür. Anılan görüşe göre bu emredicilik, geleneksel olarak özgürlüklerin sınırı olarak karşımıza çıkan, açık bir yasal düzenleme bulunmayan hallerde de yargıca sözleşmeyi denetleme yetkisi veren bir düzen anlayışıdır, YENİSEY, s.193.

²⁴ TANRIVER, Süha: *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü*, Ankara 1988.

²⁵ von TUHR, Andreas: *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım*, Çev. Cevat Edege, Ankara, 1983, s. 258.

²⁶ BECKER, H.: *Borçlar Kanunu*, Çev. Bülent Olcay, Ankara 1967, s. 97.

²⁷ SCHWARZ, Andreas B: *Borçlar Hukuku Dersleri*, Çev. Bülent Davran, İstanbul 1948, s.343.

nl Fransız Hukukçusu Niyabet`in de açıkladığı gibi kamu düzeni kavramı ifade edilebilmekten çok, duyulabilen, sezinlenebilen ŗeylerdir.

İsviçre Federal Mahkemesi kamu düzeni kavramını; *‘Bir kuralın kamu düzenine ilişkin sayılması için bu kurala aykırılığın, ülkenin hukuk düzeninin temel ilkelerinden birisiyle atışması, ya da ülkenin genel hukuk duygusunu ağıır ŗekilde zedelemesi zorunludur*²⁸, ŗeklinde ifade etmiştir. Kamu düzeni kavramı yargısal içtihatlarla da konu olmuş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi... kararında²⁹ kamu düzeni deyiminin; toplumun huzur ve sknunun sağlanması, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her ŗeyi ifade ettiği, bir başka deyişle toplumun her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun... kararında³⁰ *‘bir kuralın kamu düzeni ile ilgisinin ülkenin sosyal, ekonomik, ekinsel (kültürel) ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmesi gerektiği; sözü edilen gerçeklerin, kuralın vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ortaya koyması durumunda kuralın kamu düzeni ile ilgisinin mevcut olduğu’* ifade edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun (bir başka)... kararında ise³¹ *‘kamu düzeni kavramı, benzer yönler olmakla beraber her ülkenin, o ülkenin kendisine özgü tarihsel, sosyal, ekonomik ve diğer koşulların oluşturduğu özel bir anlam taşır’* hükmüne yer verilmiştir.

Kamu düzeni, öğretide kamu yararı düşüncesi ile konulmuş özel hukuk düzeni olarak kabul edilmektedir. Kamu düzeni, toplum içinde yaşayan fertlerin kamu yararına olarak uymak zorunda oldukları kuralların bütün olup, bu kuralların borç ilişkisi bakımından özelliği, kişisel iradeleri sınırlandırmış bulunmasında gzlmektedir³². Bir başka deyişle; genellikle devletin yararına konulmuş bulunmaları nedeniyle bu kurallar tarafların iradelerine karşı korunmaktadır.

Yukarıdaki görüşler birleştirilip incelendiğinde şu sonuca varılabilir: Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi

²⁸ KANETİ, Selim: *İsviçre Federal Mahkemesi`nin Borçlar Hukuku Kararları*, Ankara 1968, s. 22.

²⁹ Anayasa Mahkemesi, 28.1.1964, 63/128-64/8.

³⁰ Yarg.HGK. 12.12.1990, 1990/3-527, 1990/627.

³¹ Yarg.HGK. 28.11.1973, 609/959.

³² ESENER, Turhan: *Borçlar Hukuku*, 1, Ankara 1969, s.203.

kabul edilmelidir. Bilimsel içtihatlarda kamu düzeninin zamana ve mekâna göre değişiklik gösterdiği kabul edilmekte devletlerin vazgeçemeyeceği temel ilkelerde kamu düzenine ilişkin olarak değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır. Özel hukukta kamu nitelikli kurallar genellikle aile, miras ve eşya hukukunda yer almakta ayrıca, Gümrük Kanunları, Vergiye İlişkin Mevzuat, Nesebe İlişkin Mevzuat vb. Türk Hukuku açısından kamu düzeninden sayıldığından devletin müdahalesine açık olarak değerlendirilmektedir.

Tüm bu açıklamaları Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 10.02.2012 tarih ve 2010/1 Esas, 2012/1 Karar sayılı ilâmı ile birlikte değerlendirmek doğru olacaktır. Sözü edilen ilâmda belirtildiği üzere; yabancı mahkeme ya da hakem kararının tenfizine karar verilirken yabancı kararın Türkiye'de icra edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceğinin araştırılması gerekir. Hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukuki sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmemesi gerekecektir. Esasa uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı olması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas; yabancı ilâmın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı olmasından çok, Türk Hukuku'nun temel değerlerine, Türk genel ahlâk ve adap anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlâk ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır. Yerel mahkeme kararına dayanak yapılan cezai şartın fahiş olmasının mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddesindeki sınırlamalar dahilinde butlan ile batıl olduğunun kabulü ve bu durumun kamu düzeninden sayılması bu açıklamalar doğrultusunda mümkün değildir. Somut olaya gelince; tenfizi talep edilen hakem kararında hüküm altına alınan miktar, tarafların sulh sözleşmesinde kararlaştırdıkları miktar olup, tenfizi istenen hükümde az yukarıda belirtilen ilkeler ışığında değerlendirme yapıldığında cezai şartın fahiş olarak kararlaştırılmış olmasının kabulü halinde dahi, kamu düzenine aykırılık söz konusu olmadığından tenfiz talebinin kabulü gerekirken reddi doğru olmamış, hükmün bu nedenlerle bozulması gerekmiştir...”

Kararda atıf yapılan 2012 tarihli içtihadı birleştirme kurulu kararında yer verilen değerlendirmeler ise özetle şunlardır³³; “Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tesbiti zor bir her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. Bilimsel açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen ‘toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü’ olarak tanım yapılabilir... Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir...”

Yukarıda yer verilen her iki kararda da yer alan iki temel noktaya dikkat çekmekte yarar görüyoruz. Her şeyden önce *kamu düzeni, takdiri bir kavramdır ve kesin olarak sınırlanması mümkün değildir. Bir kuralın kamu düzenine ilişkin sayılması için bu kurala aykırılığın, ülkenin hukuk düzeninin temel ilkelerinden birisiyle çatışması, ya da ülkenin genel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemesi zorunludur.*

Dikkat çekilmesi gereken ikinci nokta ise, kamu düzeninin zamana ve mekâna göre değişiklik gösterdiğinin kabul edilmesidir. Yani kamu düzeni yaşayan bir organizma gibi zamanla değişim gösterebilir. Dolayısıyla daha önce kamu düzenine aykırı görülmeyen bir davranış, zaman içinde toplumsal ihtiyaçlarla bu kapsamda görülebilir. Aynı şekilde başlangıçta kamu düzenine aykırı olan bir işlem, zaman içinde toplumda yaşanan ekonomik ve sosyolojik gelişmelerle kamu düzenine aykırı görülmeyebilir.

İş uyumsuzluklarında tahkim uygulamasının mümkün olup olmadığı sorununun çözümünde, yukarıda yer verilen yaklaşımdan ayrılmak için hiçbir

³³ Yarg.İBK, 10.2.2012, 2010/1, 2012/1.

neden yoktur. Konu aynı ilkelerle değerlendirilmelidir. O sebeple, yüksek mahkemenin iş uyuşmazlıklarında tahkimi kamu düzenine aykırı bulan görüşünü günümüzde isabetli bulabilmek mümkün görünmemektedir.

Yüksek mahkemenin konuya ilişkin kararlarında yer verdiği ifadeler özetle şunlardır; “İşçi sendikasının işverenle yaptığı toplu iş sözleşmesindeki (tahkim şartının) sendika ile işverenin karşılıklı hak ve borçları sebebiyle kendilerini ilgilendireceği, sendika üyesi olan işçinin, sözleşmede tarafların yükümlülüklerini düzenleyen hükümlere göre çalışma karşılığı olan hak ve alacaklardan yararlanacağı, sözleşmedeki tahkim şartının işçiyi bağlamayacağı, bunun da işçi haklarında gözetilen kamu düzeni düşüncesinden ileri geldiği, toplu sözleşmedeki özel hakeme başvurma hükmünün teşmil edilmeyeceği kuralının da bu yönü doğruladığı sonucuna varılmıştır...”³⁴. Bir başka kararda, iş uyuşmazlıklarının iş mahkemelerinden ayrı bir mercide çözülmesi işçi ve işverenin arzularına tâbi olmayan hallerden olduğu, iş hukukunun niteliği ve İş Mahkemeleri Kanunu hükümlerinin kamu düzenine ilişkin olduğu gerekçesiyle bireysel iş uyuşmazlıklarında tahkim anlaşmasının yapılamayacağı sonucuna varmıştır³⁵.

Gerçekten de 1960’lardan beri yüksek mahkemenin iş uyuşmazlıklarında tahkimi kamu düzenine aykırı bulan uygulamasını, bugün de sürdürmesi, yukarıda yer verdiğimiz kamu düzeni anlayışına uygun düşmemektedir. Bu süreçte yasa koyucunun dahi bakışını değiştirerek iş uyuşmazlıklarında tahkime izin veren yasal düzenlemeler getirmiş olduğu düşünüldüğünde, yüksek mahkemenin aynı kamu düzeni anlayışını muhafaza edebilmesi mümkün değildir. Aksinin kabulü, aradan geçen 60 yılda, ülkemizdeki işçi-işveren ilişkilerinde, ekonomik ve toplumsal yapıda hiçbir değişimin olmadığını kabul etmek anlamına gelir. Oysa aradan geçen sürede çok önemli gelişmeler yaşanmıştır. Dahası iş yaşamındaki bu gelişme ivmesi her geçen yıl daha da artmıştır. Sadece tahkim ile ilgili olarak dahi çok radikal hukuki gelişmeler yaşanmıştır. 60’lı yıllarda kamu düzenine aykırı görülen iş uyuşmazlıklarında tahkim seçeneğinin, 2003 yılında İş Kanunu’nda açıkça düzenlenmiş olması bunun en net örneğidir. Bu bile ekonomik ve toplumsal yaşamda yaşanan gelişimin açık göstergesidir.

Ayrıca, işçi-işveren ilişkilerini, tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri bir alan olarak görebilme imkânı da ortadan kesin olarak kalkmıştır. İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilen dava şartı arabuluculuk

³⁴ Yarg.HGK.10.11.1965, 1964/9-634,1965/405.

³⁵ Yarg.9.HD, 14.9.1964, 1964/4983, 1964/5429.

yoluyla taraflara, kişisel hakları üzerinde tasarruf imkânı sunulmuş, aralarında yapacakları anlaşmaya ilam niteliğinde belge gücü verilmiştir.

Bunlar göz ardı edilebilecek gelişmeler değildir. Nitekim söz konusu düzenlemeler, kamu düzeni anlayışının hâkim olduğu yüksek mahkeme üzerinde de etkili olmuştur. Yüksek mahkeme artık iş uyuşmazlıklarında başvuru tahkimi red edememektedir. Fakat hala, geçmişten gelen kaygılarla, onu etkisiz kılacak yorumlar yapmakta ve hayata geçişini güçleştirmektedir. Yargıtay’a göre iş uyuşmazlıklarındaki tahkim sadece iş güvencesine yöneliktir, tahkim anlaşması fesihten sonra yapılırsa geçerli görülebilir ve tahkim anlaşması, iş mahkemesinin yetki ve görevini ortadan kaldırmamaktadır. Yüksek mahkemeye göre³⁶; “... Dairemizde, İş Mahkemelerinin yetkisini düzenleyen hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu, işe iade davaları dışında, tahkim sözleşmelerinin geçerli olmadığı, işe iade davalarında da 4857 sayılı yasanın 20. maddesinin birinci fıkrası gereğince tahkim sözleşmesinin yapılmasının ihtiyari olduğu, tarafların anlaşması halinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenebileceği, tahkim sözleşmesi ile İş Mahkemelerinin yetki ve görevinin kaldırılamayacağı yerleşik uygulamadır. İş sözleşmesinin düzenlenmesinde; işçi işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf ve işin ifası sırasında da işverene hukuken bağımlıdır. İş sözleşmesinin kuruluşunda bizzat sözleşme içeriğinde tahkim şartı öngörülmesi halinde işçi, işverene bağımlı durumda olduğundan tahkim şartının işçiyi bağladığından bahsedilemez. Ancak fesihten sonra taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklarda tahkim şartını öngören sözleşme düzenlenmesi halinde tahkim şartı geçerli olacaktır ...”

Oysa tahkim seçeneğine iş güvencesi kısmında yer verilmesi, uygulamayı bu konuya hasretmeye yönelik değil, konunun mehazi olarak görülebilecek ILO’nun 158 sayılı sözleşmesinde tahkime yer verilmesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca, iş güvencesindeki tahkim seçeneğine İş Kanununda yer verilmiş olması, diğer iş uyuşmazlıklarında tahkimin mümkün olmayacağını değil, onların genel hüküm durumundaki HMK’nın tahkim rejimine tabi olduklarını gösterir. HMK’daki tahkim sınırlandırmaları ise iş uyuşmazlıklarına uygulanabilecek nitelikte değildir. Diğer deyişle bu hükümler, başta da dile getirdiğimiz üzere iş uyuşmazlıklarında tahkime engel değildir.

³⁶ Yarg.9.HD, 2.10.2017, 2016/21367, 2017/14609.

SONUÇ

Yargıtay'ın tahkimi ancak fesih sonrasında mümkün gören yaklaşımının yasal dayanağı görünmemektedir. Dahası bu yorum, yasa koyucunun iş uyuşmazlıklarında tahkimi hayata geçirmeye yönelik iradesini işlevsiz kılacak niteliktedir. Zira iş uyuşmazlıklarında fesih sonrasında tarafların bir araya gelerek tahkim anlaşması yapmaları, hayatın olağan akışına aykırıdır.

Dile getirdiğimiz bu gerekçelerle, arka planındaki kaygılarını anlamakla birlikte, yüksek mahkemenin yukarıdaki güncel görüşünü ve yaptığı hukuki değerlendirmeyi isabetli görmüyoruz. Kanımızca muhtemel kaygıları gidermenin yolu, yasal bir yapıyı yok saymak ya da işlevsiz kılmak değil, bu kaygıları giderecek önlemleri yapılandırmaktır. O sebeple yukarıda yer vermeye çalıştığımız gerekçeler yanında, burada dile getirmeye çalıştığımız yaklaşım doğrultusunda, iş uyuşmazlıklarında tahkimin kamu düzenine aykırılık oluşturmadığını, mahkemelere alternatif olarak HMK'da düzenlenen tahkim seçeneğinin taraflarca tercih edilmesi halinde, İş Mahkemelerinin görevinin ortadan kalkacağı kanısındayız.

KAYNAKÇA

- AKIN, Levent: “*Dava Şartı Arabuluculuk Sistemine İlişkin Güncel Değerlendirme ve Öneriler*”, Çimento İşveren Dergisi, 2019, C. 33, S. 5 (Eylül), s. 8-15.
- AKIN, Levent: “*İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk*”, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2018, C. 32, S. 1 (Ocak), s. 8-13.
- AKIN, Levent: “*6325 Sayılı Yasa Bağlamında Arabuluculuk, İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Arabuluculuk*”, İNTES, Ankara 2017, s. 20-26.
- AKKAYA, Tuba: Türkiye’de İşsizlik Olgusu Bağlamında İş Beğenmeme Nedenleri İstanbul İli Örneği, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü, Ankara 2017.
- BECKER H.: Borçlar Kanunu, Çev. Bülent Olcay, Ankara, 1967.
- CENTNER, Daniel / FORD, Megan: A Brief Primer on the History of Arbitration, s.2 <https://www.americanbar.org/content/dam/aba-cms-dotorg/products/inv/book/399836364/chap1-5190560.pdf>,
- ESENER, Turhan: Borçlar Hukuku, 1, Ankara 1969.
- GÖKMEN, Emrah: “*Tahkim Müessesesinin Roma, İslâm ve Günümüz Türk Hukuklarındaki Görünümü*”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, C. 8, S. 1, s.291-330.
- KANETİ, Selim: İsviçre Federal Mahkemesi’nin Borçlar Hukuku Kararları, Ankara 1968.
- ÇENBERCİ, Mustafa: İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969.
- SCHWARZ, Andreas, B.: Borçlar Hukuku Dersleri, Çev. Bülent Davran, İstanbul 1948.
- TANRIVER, Süha: Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü, Ankara 1988.
- von TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Çev. Cevat Edege, Ankara 1983.
- YENİSEY, Kübra Doğan: İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014.
- YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2021, 4.Cilt.
- Adalet Bakanlığı Adalet İstatistikleri 2021, Ankara 2022.
- Adalet Bakanlığı Adalet İstatistikleri 2023, Ankara 2024.

ANDREAS BERTALAN SCHWARZ`s CONTRIBUTIONS TO THE LAW SCHOOL OF ANKARA UNIVERSITY

*Andreas Bertalan Schwarz`ın Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine
Katkıları*

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL*
Arş. Gör. Ahmet ARSLAN**

ABSTRACT

Although Andreas Bertalan Schwarz formally only held an appointment at the Faculty of Law of Istanbul University between 1934 and 1953, he nevertheless made both direct and indirect contributions to the Faculty of Law of Ankara University in various respects during this period. The lectures he delivered in Ankara – most of them accessible to the public – and their translation into Turkish and subsequent publication constitute the most significant of these direct contributions. At the same time, as evidenced by the archives in Zurich, Freiburg, and Istanbul, together with several Swiss visiting professors he made use of his personal connections in Switzerland to procure a considerable number of commentaries and monographs for the Faculty of Law of Ankara University. These constitute his indirect contributions to civil law. A similar situation took place in the field of Roman law. Owed once again to his personal connections, the internationally renowned Romanist Paul Koschaker was able to teach at the Faculty of Law of Ankara University for approximately two years, to write a textbook, and to train Kudret Ayiter as his assistant – developments that laid the foundation for the tradition of the chair of Roman law at the Faculty of Law of Ankara University.

Keywords: Andreas Bertalan Schwarz, Law School of Ankara University, civil law, roman law, reception.

“Makale hakem incelemesinden geçmiştir.”

Makale Geliş Tarihi: 19.11.2025

Makale Kabul Tarihi: 27.11.2025

* TED University Civil Law at the Department of Business Administration, E-mail: sebnem.akipekocal@tedu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4216-405X.

** M.A., LL.M. (Göttingen), Research Assistant at the Georg-August-University, Faculty of Law, ahmet.arslan@jura.uni-goettingen.de, ORCID: 0000-0003-3695-1572.

ÖZ

Andreas Bertalan Schwarz, 1934–1953 yılları arasında sadece İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde resmen görev yapmış olmasına rağmen, bu süre boyunca Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne de çeşitli açılardan doğrudan ve dolaylı katkılar sunmuştur. Schwarz'ın Ankara'da verdiği – çoğu kamuya açık – dersler ve bunların Türkçeye çevrilip yayımlanması bu doğrudan katkıların en önemlisidir. Öte yandan Zürih, Freiburg ve İstanbul üniversitelerindeki arşivlerinin de gösterdiği üzere İsviçre'deki kişisel bağlantılarını kullanarak bilhassa medeni hukuk alanı için Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine birçok şerh, kitap ve birkaç İsviçreli misafir öğretim üyesi kazandırmıştır. Bunlar onun medeni hukuk alanına dolaylı katkılarıdır. Roma hukuku açısından da durum benzerdir. Yine onun kişisel bağlantıları sayesinde, dünyaca ünlü Romanist Paul Koschaker'in Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yaklaşık iki yıl ders vermesi, ders kitabı yazması ve Kudret Ayiter'i asistanı olarak yetiştirmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde bugüne kadar devam eden Roma hukuku kürsüsü geleneğinin temellerini atmıştır. Schwarz'ın Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine bu katkıları büyük ölçüde dolaylı nitelikte olsa da – bunlar daha sonra gelen yeni nesil hukukçular için öncü rolü oynadığından – adeta bir kelebek etkisi yaratmıştır. Schwarz'ın Ankara'ya katkılarının ortak paydası, Batı Avrupa hukukunun resepsiyonunun Türkiye'nin tamamında yerleşmesini sağlama amacıdır. Nitekim bu amaç, Atatürk Türkiye'sinin onu İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne davet etmesinin de temel gerekçesidir.

Anahtar Kelimeler: *Andreas Bertalan Schwarz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, medeni hukuk, roma hukuku, resepsiyon.*

INTRODUCTION

“[Andreas Bertalan Schwarz] has enhanced the reputation and dignity of his new homeland, [Türkiye].”¹ Schwarz was one of five lawyers who fled the Nazi regime in Germany and accepted a call to Türkiye in 1933. After being dismissed and losing his chair in Freiburg due to the so-called “Law for the Restoration of the Professional Civil Service” in 1933, he worked as a German-Hungarian-Jewish exile lawyer at the University of Istanbul – his “new home” – until 1953². The Republic of Türkiye entrusted Schwarz with the task of establishing Western European legal culture, particularly Swiss civil law.³

As the foregoing lines by the German Romanist Franz Wieacker indicate, it is acknowledged that Schwarz contributed to the establishment of the successful reception⁴ of the Swiss Civil Code in Türkiye; however, precisely what he exactly did and how he did it has not yet been fully researched.

¹ WIEACKER, Franz: “*In memoriam Andreas Bertalan SCHWARZ*” Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung), 1954/84, p. 595.

² WIEACKER, p. 603; Schwarz's mother was from Germany, his father from Hungary (SUNGURBEY, İsmet: *Medenî Hukuk Sorunları*, vol. 1 (Issues of Civil Law), İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1884; Hukuk Fakültesi Yayınları No. 419. İstanbul, 1973, p. 435); the other exile jurists in Türkiye were the following: Ernst Eduard Hirsch, Richard Honig, Karl Strupp and Oskar Weigert (see ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin: “*Cumhuriyet Dönemi Hukuksal Dönüşüm Sürecine Katkıda Bulunan Yabancı Akademisyenler*” (Foreign academics who contributed to the process of legal transformation in the Republic), in: *Adalet Dergisi*, Aufl 62–63, 2019, 490, 491).

³ WIEACKER, p. 602, 603.

⁴ It is well known that, for reasons of modernization, Türkiye abolished Ottoman Islamic law beginning from 1926 and adopted Western European law in its entirety, the most important laws of which were the Swiss Civil Code and the Swiss Code of Obligations; for its success see: OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU, Cihan: “*İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Resepsiyonuna Uzanan Sürece İlişkin Genel Bir Değerlendirme*” (A General Assessment of the Process Leading to the Republic of Türkiye Adopting the Civil Code), in Fethi GEDİKLİ (ed.), *I. Türk Hukuk Tarihi Bildirileri*, İstanbul, 2012, p 54; AKİPEK ÖCAL, Şebnem, and ARSLAN, Ahmet: “*Overcoming the Non-Acceptance of Civil Marriages in Türkiye: The Biggest Problem of the Legal Reception of the Swiss Civil Code*”, *European Review of Private Law* 32, no. 5, 2024, p. 908; SCHWARZ, Andreas Bertalan: *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung* (The Swiss Civil Code in the Development of Foreign Law). Zurich, 1950, III, p. 49 (Rechtsentwicklung).

Moreover, although Schwarz never officially held a position⁵ at Ankara University's Faculty of Law⁶, he maintained a close connection with it.

Written on the occasion of the centenary of Ankara Law— founded by Mustafa Kemal Atatürk, the principal architect of the Republic of Türkiye and of the Turkish legal revolution, in his capacity as “Sanction of the Republic”— this article aims to demonstrate Schwarz's ties with Ankara and his contribution to the Ankara Law School especially based on archival materials relating to Schwarz at the Universities of Zurich, Freiburg, and Istanbul.

To this end, the article first analyzes Schwarz's contributions to Turkish civil law with specific reference to Ankara University's Faculty of Law (II.A), under three subheadings: “His Lectures” (II.A.1), “Guest Professors from Switzerland” (II.A.2), and “Books and Commentaries on Swiss Law” (II.A.3). Before the conclusion, the article then turns to the recruitment of the renowned Romanist Paul Koschaker to Ankara University's Faculty of Law (II.B.1) and to his student Kudret Ayiter (II.B.2).

I. SCHWARZ'S CONTRIBUTIONS TO CIVIL LAW AT THE ANKARA LAW SCHOOL

A. His Lectures

Since Schwarz did not officially work at the Ankara Law School, he only conducted the regular undergraduate and doctoral education courses exclusively at the Faculty of Law of Istanbul University.⁷ Schwarz's correspondence with Tuğrul Ansay, one of the professors of the Ankara Law School, indicate that Schwarz frequently attended the Law School in Ankara and – sometimes together with Swiss colleagues familiar to him – gave lectures and performed administrative duties.

His lecture on the “Transfer of Risk in Purchase Law” at the Ankara Law School in 1948 – which was also published in the Ankara Law School's

⁵ Among the exiled jurists, only Hirsch officially worked at the Ankara Law School, holding a position for 10 years.

⁶ With the establishment of Ankara University in 1946, the law school was affiliated with this university, and its name became “Ankara University Faculty of Law”.

⁷ For the importance of his lectures at the Law Faculty of Istanbul University See: AKPINAR, Turgut: “50 Yıl Önceki Hocalarımız- Bertalan Schwarz”, in: İsmet Sungurbey, Medeni Hukuk Temel Sorunları, Adalet Yayınevi, Ankara 2003, p. 442.

Journal⁸ – exemplifies Schwarz's specific engagement. However, the courses that Schwarz gave in Ankara are not limited to this. Like many other exile jurists, Schwarz attended many conferences of the Turkish Law Institution (Society for the Dissemination of Legal Knowledge/"Türk Hukuk Kurumu" or "Hukuk İlmini Yayma Cemiyeti"⁹) in Ankara.¹⁰

The aim of this institution was, in line with the fundamental aim of the Republic of Türkiye, which had been established as a new secular state governed by the rule of law, to convey the new legal system to the great majority of the population.¹¹ One of the means serving this aim were public lectures and courses open to the public.¹² The Societies public lectures allowed interested people to familiarize themselves with the new law.¹³ Hence, they were of great value in order to make the broader public familiar with the new system.

Consistent with the purpose for which he was brought to Türkiye, Schwarz carried out substantial academic work within the framework of this institution. In its 1937 report, the Institution for the Dissemination of Legal Science likewise cites Schwarz among the people who have served the institution and society—individuals to whom the Institution attributed importance and who it believed should be recorded in history.¹⁴

⁸ SCHWARZ, Andreas Bertalan: "*Satış Aktinde Hasarın İntikali (Transfer of Risk in the Contract of Sale)*" Translated by Kudret AYİTER. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Ankara University Faculty of Law Review) 4, no. 1 (May 1947), p. 1.

⁹ The Turkish Law Institution (Türk Hukuk Kurumu) was founded on April 9, 1934, under the name "Jurists' Association" (Hukukçular Cemiyeti). This name was changed to "Institution for the Dissemination of Legal Science" (Hukuk İlmini Yayma Kurumu) on November 23, 1935, and finally to "Turkish Law Institution" (Türk Hukuk Kurumu) on April 5, 1941. (official website of the Turkish Law Institution – accessed on: 14.11.2025; WEB: <https://turkhukukkurumu.org.tr/tarihce/>).

¹⁰ Memorandum dated September 16, 1936, issued by the Dean of the Faculty of Law at Istanbul University to the Istanbul Provincial Accounting Office (Personnel file of Schwarz, Andreas Bertalan in the Archives of Law Faculty of Istanbul University, p. 339).

¹¹ ÇOBAN, İbrahim: "*Türk Hukuk Kurumu'nun Kuruluşu ve İlk Yıllardaki Faaliyetleri*", I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri (ed. Fethi Gedikli), On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, p. 560.

¹² ÇOBAN, p. 564.

¹³ ÇOBAN, p. 559-587.

¹⁴ ÇOBAN, p. 564.

The lectures that Schwarz delivered in Ankara for the aforementioned institution, which were published as scientific articles mostly in the journal of Ministry of Justice “Adliye Ceridesi/Adalet Dergisi”¹⁵, are as follows¹⁶:

1. Schwarz, Andreas Bertalan. “*Yabancı bir Hukukun Alınması ve Benimsenmesi (The Adoption and Assimilation of a Foreign Law)*.” İstanbul Üniversitesi Açılış Dersleri (Opening Lectures of Istanbul University), İstanbul, 1935; also in Siyasal Bilgiler (Political Sciences) and Adliye Ceridesi (Journal of the Ministry of Justice), no. 56, Ankara, 1935, pp. 4–14, trans. Mustafa Emin.

2. Schwarz, Andreas Bertalan. “*Kanun ve İçtihat, Hukuki Hayatta İçtihatların Rolü (Law and Precedent: The Role of Judicial Decisions in Legal Life)*.” Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi, no. 13 (Institution for the Dissemination of Legal Science, Lecture Series No. 13), Ankara, 1936, trans. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu.

3. Schwarz, Andreas Bertalan. “*İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuku (English Law and Continental Law)*.” Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi, no. 22 (Institution for the Dissemination of Legal Science, Lecture Series No. 22), Ankara, 1937; also in Adliye Ceridesi (Journal of the Ministry of Justice), trans. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu.

4. Schwarz, Andreas Bertalan. “*Mukayeseli Hukuk Zaviyesinden İngiliz Borçlar Hukukunun Ana Hatları (Main Lines of English Law of Obligations from a Comparative Law Perspective)*.” Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi, no. 64 (Institution for the Dissemination of Legal Science, Lecture Series No. 64), Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası (New Prison Press), 1941, trans. Halil Arslanlı.

5. Schwarz, Andreas Bertalan. “*Harbin Hususi Akitler Üzerindeki Tesiri (The Effect of War on Private Contracts)*.” Türk Hukuk Kurumu Konferanslar Serisi, no. 80 (Turkish Law Institute, Conference Series No. 80); also in Adalet Dergisi (Journal of Justice) 1944/2: 186–202, trans. Hikmet Belbez.

6. Schwarz, Andreas Bertalan. “*Bugünkü Hususî Hukuk Kamunlaştırmalarında İsviçre Medenî Kanununun Tesiri (The Influence of the*

¹⁵ The title of the journal was changed to *Adliye Ceridesi* in 1930 (from issue 85 onwards), to *Adliye Dergisi* in 1944, and to *Adalet Dergisi* in 1946 (YAVUZ, Hulusi: “*Ceride-i Adliyye*”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ceride-i-adliyye> (14.11.2025)).

¹⁶ Document regarding the publications of Ord. Prof. Andreas B. Schwarz in Türkiye (Personnel file of Schwarz, p. 3 and 9).

Swiss Civil Code in Contemporary Private Law Codifications). "Türk Hukuk Kurumu Konferanslar Serisi, no. 91 (Turkish Law Institute, Conference Series No. 91); also in *Adalet Dergisi* (Journal of Justice) 1948/8: 963–981, trans. Kudret Ayiter.

7. Schwarz, Andreas Bertalan. "*Medeni Hukukta Yeni Temayüller (New Trends in Civil Law)*." Ankara Türk Hukuk Kurumu'nda verilmiş olan konferans (lecture delivered at the Turkish Law Institute in Ankara), trans. Hikmet Belbez.¹⁷

The subjects of these lectures demonstrate that they are generally oriented towards explaining the general principles and the system of the Swiss Civil Code - a continental European law that is new and foreign to Türkiye. It is not coincidental that Schwarz focusses on such general topics rather than detailed and complicated dogmatic problems in these public lectures. The aim of reaching a broader public was crucial.

Illustrating his administrative involvement: in early 1949 he was named to the commission responsible for drafting the doctoral regulations in cooperation with Ankara University's Faculty of Law.¹⁸ Further, in 1950 Schwarz made two trips to Ankara to participate in the lecturer-examination commission comprising professors from Ankara and Istanbul.¹⁹ Lastly, Schwarz engaged in the Turkish Law Dictionary published by the Turkish Law Institute in Ankara in the summer of 1942; Schwarz wrote the Latin and English version with approximately 4,000 Turkish legal terms.²⁰

B. Guest Professors from Switzerland

From his arrival in Türkiye until his death, Schwarz used his contacts to bring numerous foreign professors to the University of Istanbul, in particular the Swiss jurists named in his correspondence—Prof. Dr. Hans Fritzsche, Prof. Dr. Fritz Fleiner, and Prof. Dr. August Egger—as well as the Austrian

¹⁷ In the report of the professors' council preserved in the archives of the Faculty of Law of Istanbul University, a note was recorded indicating that it was still in press (Personnel file of Schwarz, p. 9).

¹⁸ Correspondence from the Dean of the Faculty of Law, Istanbul University, to Prof. Andreas B. Schwarz, dated 5 January 1949 (Personnel file of Schwarz, p. 169).

¹⁹ SCHWARZ, Archive of Zurich – 20.11.1950.

²⁰ HIRSCH, Ernst Eduard. *Anılarım (My Memoirs)* (orig. *Aus des Kaisers Zeiten durch die Weimarer Republik in das Land Atatürks. Eine unzeitgemäße Autobiographie*). Translated by Fatma SUPHİ. 13th ed., 2017, p. 352.

Paul Koschaker. Albeit infrequently, Schwarz also used these connections for the Faculty of Law of Ankara University.

In 1936, the well-known administrative jurist Fleiner spent two weeks in Türkiye and was with Schwarz throughout.²¹ On Mai 11, 1936, he held a public lecture at the University of Ankara on new state theories in Western Europe, “political foundations of modern administrative law and the development of public law since the World War.”²² Fleiner’s lectures were translated to Turkish and published as an article.²³ Because of his engagement Fleiner was made an honorary member of the Turkish Law Institution.²⁴

Similarly, the Zurich civil law professor August Egger, who is frequently mentioned in Schwarz’s letters, visited Türkiye on multiple occasions at Schwarz’s invitation.²⁵ During this visit, Egger held one lecture in the Turkish Law Institution one lecture in Istanbul and, on October 23, 1947, in Ankara on “İçtimai – Medeni Hukuk, yahut Bugünkü Medeni Hukukta Cemiyet ve Fert (Social–Civil Law, or Society and the Individual in Contemporary Civil Law).”²⁶ This lecture of Egger was published in the institution’s journal in 1938²⁷, and Egger was also made an honorary member of the institution.²⁸

C. Books and Commentaries on Swiss Law

During his travels to European countries for vacation and for symposia he attended, Schwarz also visited the libraries there. Moreover, particularly

²¹ SCHWARZ, Archive of Zurich - 20.05.1936.

²² FLEINER, Fritz. Akademische Gedächtnisfeier (Academic Memorial Ceremony), Montag, den 24. Januar 1938, in der Aula der Universität Zürich. Zu dankbarem Gedächtnis herausgegeben von der Universität Zürich, Zurich, 1938, p. 9 (Gedächtnisfeier).

²³ FLEINER, Fritz. “*Muasıı İdare Hukukunun Siyasi Temelleri (The Political Foundations of Modern Administrative Law)*.” Translated by Bülend DAVRAN. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası / Journal of the Faculty of Law of Istanbul University 5, 2011, p. 156–163 (muasıı).

²⁴ FLEINER, Gedächtnisfeier, p. 9; ÇOBAN, p. 561, fn. 6; p. 564.

²⁵ SCHWARZ, Archive of Zurich - 09.1937 (?); SCHWARZ, Rechtsentwicklung, p. III.

²⁶ SCHWARZ, Archive of Zurich - 18.02.1942; ÇOBAN, p. 561, fn. 6; p. 565.

²⁷ EGGER, August: Sosyal Medenî Hukuk veya Bugünkü Medenî Hukukta Cemiyet ve Fert (Social Civil Law; or, Society and the Individual in Contemporary Civil Law), Translated by: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu. Ankara: Hukuk İlmini Yayma Kurumu Yayınları, 1938.

²⁸ ÇOBAN, p. 561, fn. 6; p. 565.

through his close friend Fritzsche, he ordered books for Türkiye.²⁹ Although the great majority of these acquisitions are destined for the Faculty of Law of Istanbul University the books that Schwarz, both personally and through his network, brought to Ankara—indirectly or directly—are of a non-negligible scale. Letters from Ansay to Schwarz indicate that he gifted Ansay books, such as a German dictionary.³⁰

Schwarz maintained his academic, friendly and tourist relations with Switzerland, especially through Fritzsche until his death.³¹ Numerous books by the professors mentioned in the letters with Fritzsche were translated into Turkish.³² One of these jurists was Prof. Dr. Egger, with whom Schwarz was also in constant correspondence.³³ Five of Egger's books on personal and family law were translated, among others, by the Ministry of Justice.³⁴

²⁹ To name just a few examples: He received, for example, the *Schweizerische Juristenzeitung* from Fritzsche and the separate edition of *Seplierdi* and the "Neue Theorie" by Keller (SCHWARZ, Archive of Zurich - 21.01.1937). In another letter, Fritzsche mentions the sending of the "Schurter-Fritzsche Bände II 1,2" and the books by Prof. Dr. Fritz Fleiner (letter from Fritzsche to Schwarz - 28.02.1938; Letter from Fritzsche to Schwarz (SCHWARZ, Archive of Zurich) - 29.09.1937). In his letter, Fritzsche mentions the publication of Ernst Gagliardi's „Geschichte der Schweiz: von den Anfängen bis auf die Gegenwart, 2 Bände. Zurich, Rascher & C° 1920“ (Letter from Fritzsche to Schwarz (SCHWARZ, Archive of Zurich) - 27.08.1937). In a letter, Schwarz asked Fritzsche for Oftinger's book "Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis". (SCHWARZ, Archive of Zurich - 21.01.1937); in 1950 he also asked Kisch for a work by Roscoe Pound (POUND, Roscoe. *The Formative Era of American Law* (Boston 1938) (KISCH, Guido. "Erinnerung an Bertalan SCHWARZ: Ein Briefwechsel 1938–1953 (*Remembrance of Bertalan Schwarz: A Correspondence, 1938–1953*). In *Recht im Dienste der Menschenwürde. Festschrift für Herbert KRAUS*, Würzburg: Holzner, 1964, p. 178).

³⁰ Letter from Ansay to Schwarz (Archive of Zurich) – 04.12.1936; Schwarz, Personal file of Schwarz at the Law School of Istanbul University, p. 285.

³¹ SCHWARZ, Archive of Zurich - 25.09.1949.

³² An example poses Karl Oftinger. On Schwarz's initiative, Prof. Karl Oftinger's article "*clausula rebus sic standibus*" in the *Schweizerische Juristenzeitung* was translated into Turkish (SCHWARZ, Archive of Zurich - 13.02.1946): OFTINGER, Karl; "*Cari Akitlerin Temellerinde Buhran İcabı Tahavvül*", çev. DAVRAN, B., İHFM, C. VIII, P. 3-4, 1942 (cari).

³³ Letter from Fritzsche to Schwarz (SCHWARZ, Archive of Zurich) - 29.09.1937; SCHWARZ, Archive of Zurich - 20.11.1950.

³⁴ Finally, Prof. Kemal Dayınlarlı also translated Oftinger's book "Bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Obligationenrechts" (OFTINGER, Karl, and Raymond JEANPETRE. *Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme*

August Egger's Zurich commentaries translated into Turkish in Ankara are as follows:

- August Egger, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi Art. 1-51, Giriş ve Kişinin hukuku (Swiss Civil Code Commentary Art. 1–51, Introduction and Law of Persons – translated by Volf Çernis), C.1 Ankara 1947;
- August Egger, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi Art. 52-89, Giriş ve Kişinin hukuku (Swiss Civil Code Commentary Art. 52-89, Introduction and Law of Persons – translated by Volf Çernis), C.1 Ankara 1947;
- August Egger, Aile hukuku - Art. 241-345 (Family Law — Art. 241–345 translated by Tahir Çağa), Ankara, 1949;
- August Egger, Vesayet - Art. 346 - 381 (Guardianship — Art. 346–381 translated by Volf Çernis), C. 1 Ankara, 1952;
- August Egger, Vesayet - Art. 382-438 (Guardianship — Art. 382–438 translated by Volf Çernis), C. 1 Ankara, 1965.

II. SCHWARZ'S CONTRIBUTIONS TO ROMAN LAW AT THE ANKARA LAW SCHOOL

A. Paul Koschaker at the Ankara University's Faculty of Law

One of Schwarz's most significant contributions to the law school of Ankara was probably his idea to invite Prof. Dr. Paul Koschaker as a visiting professor to Ankara.³⁵

Schwarz and Koschaker maintained a close relationship. Koschaker lived in Schwarz's house in Bebek when he came to Istanbul before going to

İçtihatları (Federal Supreme Court Jurisprudence on the General Part of the Code of Obligations). Translated by Kemal DAYINLARLI. 2nd ed. Ankara, 1990).

³⁵ SCHWARZ, Archive of Zurich – 01.09.1948; HIRSCH, Ernst Eduard: Anılarım (My Memoirs) (orig. Aus des Kaisers Zeiten durch die Weimarer Republik in das Land Atatürks. Eine unzeitgemäße Autobiographie). Translated by Fatma SUPHI. 13th ed., 2017, p. 333; AYITER, Kudret. “Paul Koschaker und der Unterricht des römischen Rechts an der Universität Ankara”, 1970, in: Etudes offertes à Jean Macqueron, p. 32, 34; Tommaso Beggio: Paul Koschaker (1879-1951), Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition, Heidelberg 2018, 166; HAMZA, Gábor: “András Bertalan SCHWARZ (1886–1953)” Journal on European History of Law 3, no. 1 (2012), p. 60; SUNGURBEY, p. 440.

Ankara.³⁶ Schwarz observed³⁷ that their years together in Leipzig had strengthened the relationship to Koschaker, who expressed great satisfaction with his one year and eleven months of work in Ankara.³⁸ Between March 1948 and August 1950³⁹, he was a professor at the Law School of Ankara University.⁴⁰ Schwarz represented the Law Faculty of Istanbul University at various events, e.g. at the celebration of Koschaker's 70th birthday.⁴¹

During this period, Koschaker taught Roman law at the Ankara Law School in accordance with the “method of updating” [Aktualisierung des römischen Rechts] he himself had developed.⁴² Nor did he stop there: he additionally wrote, in German and intended exclusively for Turkish students⁴³, a textbook with the same method that still counts among the fundamental works used in the teaching of Roman law in Türkiye—not only in Ankara but in many law faculties in Türkiye.⁴⁴ The significance of this textbook in the context of Roman law lies in the fact that it served to introduce students and jurists in the Republic of Türkiye, who were receiving Western European law “in toto”⁴⁵ for the first time since the Ottoman Empire, to the

³⁶ SCHWARZ, Archive of Zurich – 01.09.1948.

³⁷ SCHWARZ, Archive of Zurich – 01.09.1948.

³⁸ KISCH, p. 177.

³⁹ Due to delays in the passport formalities, he in fact only took up his duties as of September (or October) 1948 and, because of a heart condition, was in fact able to work only until June 1950 (ŞENOCAK, Kemal: “*Hukuk Fakültesi’ne Alman Bilim İnsanlarının Katkıları: Prof. Dr. Paul Koschaker (Contributions of German Scholars to the Faculty of Law: Prof. Dr. Paul Koschaker).*” In İkinci Vatan ve Ankara Üniversitesi (1933–1970) (Second Homeland and Ankara University, 1933–1970), edited by Kasım KARAKÜTÜK, 199–206. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2016, p. 201); AYİTER, p. 33.

⁴⁰ SCHWARZ, Archive of Zurich – 01.09.1948; ÇELEBİCAN, Özcan: “*Prof. Dr. Kudret AYİTER’in Ardından (In Memory of Prof. Dr. Kudret AYİTER).*” In Prof. Dr. Kudret AYİTER Armağanı (Festschrift for Prof. Dr. Kudret AYİTER). Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 1987, p. 2.

⁴¹ Correspondence of the Dean of the Faculty of Law, Istanbul University dated 12 April 1949 (Personnel file of Schwarz, p. 142).

⁴² ÇELEBİCAN, p. 2; AYİTER, p. 35.

⁴³ KOSCHAKER, Paul: *Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları* (Fundamentals of Roman Private Law as an Introduction to Modern Private Law), Ankara 1950, Translated by Kudret AYİTER (Roma).

⁴⁴ ÇELEBİCAN, p. 2, 24.

⁴⁵ ARSLAN, Ahmet: “*Ernst Eduard Hirschs und Eugen Ehrlichs Konzepte des ‘lebenden Rechts’ im Lichte der Rezeption westeuropäischen Rechts in der Türkei (Ernst Eduard*

applicable Western European private law.⁴⁶ When one bears in mind that, from that point onwards, the Roman law lecture remained a compulsory subject over two semesters for a very long period at the Law School in Ankara, the significance of this becomes all the more apparent.⁴⁷

In addition, Koschaker wrote two articles in Ankara on the following subjects:

1. Koschaker, Paul: *Mukayeseli Hukuk Tarihi* (Comparative Legal History), Ankara University Faculty of Law Review 1954, XL, 1–2, pp. 581–589;
2. Koschaker, Paul: *Eski Hukuklarda Evlenme ve Satış* (Marriage and Sale in Ancient Laws), *Adalet* 1950, No. 10, pp. 1352–1376.

All works mentioned above were translated into Turkish by the renowned Romanist Kudret Ayiter who had served as his assistant at the Ankara Law School.⁴⁸ In this way, Koschaker made a major contribution to ensuring that the chair of Roman law became, and has remained up to the present day, a traditional chair of the Law School at Ankara University.⁴⁹

B. Kudret Ayiter

In the field of Roman law at Ankara University's Faculty of Law, the second key figure in consolidating this tradition was Prof. Dr. Kudret Ayiter. Ayiter represented both the direct and the indirect contribution from Schwarz in Ankara —yet in each case highly significant. His direct contribution is evident from the fact that Ayiter completed his doctorate in civil law at the

Hirsch's and Eugen Ehrlich's Concepts of 'Living Law' in Light of the Reception of Western European Law in Türkiye). "Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 45 (2023), p. 234; for details see: ATAMER, Yeşim Müride: "Rezeption und Weiterentwicklung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches in der Türkei (Reception and Further Development of the Swiss Civil Code in Türkiye)." *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 72/2008, p. 725; AKİPEK/ARSLAN, p. 923.

⁴⁶ ÇELEBİCAN, p. 24; ZIEGLER, Karl-Heinz: "Kudret Ayiter (1919–1986)" *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, vol. 104, no. 1, 1987, p. 902. <https://doi.org/10.7767/zrgra.1987.104.1.901>; AYİTER, p. 33-35.

⁴⁷ AYİTER, p. 35.

⁴⁸ ÇELEBİCAN, p. 2.

⁴⁹ Ayiter himself confirms this: KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret: *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Ankara 1977, s. VII; AYİTER, ü. 38, 39; also, SENOCAK, p. 205.

Istanbul University Faculty of Law in 1943 under Schwarz's supervision.⁵⁰ His indirect contribution derives from him having served for roughly two years as Koschaker's assistant which laid the basis of which Ayiter went on to exert a profound influence on Turkish law.⁵¹

These major contributions went far beyond his translations of Koschaker's textbook, two of his articles, and two of Schwarz's lectures⁵² into Turkish. In addition, he served as a professor at the Ankara Law School from 1956 to 1982⁵³ during which time he taught Roman law for many years, consistently applying Koschaker's Romanist method of updating.⁵⁴ In this period, he published works in several languages, in both Türkiye and Europe, on civil law and Roman law.⁵⁵ Moreover, he was among the founders of the Law School in Izmir in 1978 and Dokuz Eylül University in 1982.⁵⁶ In sum, through these diverse activities, Ayiter helped to disseminate the Turkish legal revolution initiated by Atatürk throughout the country.⁵⁷

⁵⁰ ÇELEBİCAN, p. 5; ZIEGLER, p. 901; AYİTER, Kudret: Medeni Hukukta Tasarruf muameleleri (dispositive Transactions in Civil Law), Ankara 1953, Siyasal Bilger Fakültesi Yayını, No: 28-10.

⁵¹ Also see SENOCAK, p. 205; HAMZA, p. 60.

⁵² ÇELEBİCAN, p. 18; as stated above, these lectures are as follows: SCHWARZ, hasar, 1; This conference was delivered on 15 May 1948, on behalf of the Turkish Law Institute, in the conference hall of the Faculty of Language, History and Geography at Ankara University. It was translated into Turkish by Kudret Ayiter, then an assistant at the Ankara Faculty of Law; SCHWARZ, Andreas Bertalan "The Influence of the Swiss Civil Code in Contemporary Private Law Codifications" (Bugünkü hususî hukuk kanunlaştırmalarında İsviçre Medenî Kanununun tesiri). Adalet Dergisi 1948, p. 963 ff. Translated by Kudret Ayiter (Report by A.B. Schwarz to the Dean's Office of the Istanbul University Faculty of Law, dated 1 February 1951, regarding his scholarly activities over the preceding four years (Personnel file of Schwarz p. 85) and Report by the Faculty Council of Professors, dated 12 April 1950, submitted to the Dean's Office of the Istanbul University Faculty of Law, concerning the extension of Schwarz's contract (Personnel file of Schwarz p. 151).

⁵³ ÇELEBİCAN, p. 5, 6.

⁵⁴ ÇELEBİCAN, p. 2.

⁵⁵ ZIEGLER, p. 902. <https://doi.org/10.7767/zrgra.1987.104.1.901>; for the list of his academic works see: ÇELEBİCAN, p. 7-18.

⁵⁶ ÇELEBİCAN, p. 6.

⁵⁷ ZIEGLER, p. 901.

CONCLUSION

The aim article was to demonstrate the specific relationship between Schwarz and Ankara Law School – especially on the basis of the archives of Andreas Bertalan at Zurich, Freiburg and Istanbul Universities. Although A. B. Schwarz did not officially work at Ankara Law School, he made substantial contributions in various respects to the first law faculty of the Republic. Schwarz made these contributions at Ankara Law School through his courses at the Turkish Law Institute in Ankara, through professors and the books he enabled Ankara to acquire by using his network in Switzerland, and bringing the world-famous Romanist Paul Koschaker to Ankara Law School by leveraging a personal friendship.

Although Schwarz’s direct contributions were made primarily to the Istanbul Faculty of Law, his largely indirect influence on Ankara produced something akin to a “butterfly effect” for Turkish law. Thanks to him, predominantly Swiss scholars and books came to the Ankara Law School and provided a lasting intellectual foundation for subsequent generations of academics and students. In the field of Roman law, Koschaker’s arrival in Türkiye—made possible by Schwarz—laid the groundwork for Roman law in Turkish legal scholarship in line with a modern method of doctrinal renewal. These foundations were subsequently further developed by Ayiter who had personally served as Koschaker’s assistant as well as by later generations.

In view of the severe disruption of interuniversity exchanges of books and scholars during the Second World War, Schwarz’s mobilization of his personal networks in 1934–1953—particularly to facilitate the transfer of books and academic personnel from Switzerland—gained particular significance for the new law of the young Republic of Türkiye. Thus, these various dimensions ultimately served a common purpose: the establishment of Western European legal thought also in Ankara with particular emphasis on the Swiss Civil Code as the most important code of the Turkish legal reception.

BIBLIOGRAPHY

Archival Sources

Archive at the University of Freiburg (Germany) about Schwarz, Andreas Bertalan.

Archive at the University of Zurich (Switzerland) about Schwarz, Andreas Bertalan.

Personnel file of Schwarz, Andreas Bertalan in the Archives of Law Faculty of Istanbul University.

Primary Sources and Secondary Literature

AKIPEK ÖCAL, Şebnem, and ARSLAN, Ahmet: “*Overcoming the Non-Acceptance of Civil Marriages in Türkiye: The Biggest Problem of the Legal Reception of the Swiss Civil Code.*” *European Review of Private Law* 32, no. 5 (2024): 897–924.

AKPINAR, Turgut: “*50 Yıl Önceki Hocalarımız- Bertalan Schwarz*”, in: İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Temel Sorunları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2003.

ARSLAN, Ahmet: “*Ernst Eduard Hirschs und Eugen Ehrlichs Konzepte des ‘lebenden Rechts’ im Lichte der Rezeption westeuropäischen Rechts in der Türkei (Ernst Eduard Hirsch’s and Eugen Ehrlich’s Concepts of ‘Living Law’ in Light of the Reception of Western European Law in Türkiye).*” *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 45 (2023). p. 234-258.

ATAMER, Yeşim Müride: “*Rezeption und Weiterentwicklung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches in der Türkei (Reception and Further Development of the Swiss Civil Code in Türkiye).*” *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 72 (2008), p. 723-754.

AYİTER, Kudret: “*Paul Koschaker und der Unterricht des römischen Rechts an der Universität Ankara*”. (1970): in: *Etudes offertes à Jean Macqueron*, P. 31-41.

BEGGIO, Tommaso: *Paul KOSCHAKER (1879–1951): Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition*. Heidelberg, 2018.

ÇELEBİCAN, Özcan: “*Prof. Dr. Kudret AYİTER’in Ardından (In Memory of Prof. Dr. Kudret AYİTER).*” In Prof. Dr. Kudret AYİTER Armağanı (Festschrift for Prof. Dr. Kudret AYİTER). *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3 (1987), p. 1-32.

ÇOBAN, İbrahim: “*Türk Hukuk Kurumu’nun Kuruluşu ve İlk Yıllardaki Faaliyetleri (The Establishment of the Turkish Law Institution and Its Activities in the Early Years).*” In I. *Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri (Proceedings of the First Congress on Turkish Legal History)*, edited by Fethi GEDİKLİ, 559–587. Istanbul, 2012.

EGGER, August: “*Modern Medenî Hukuktaki İstihaleler (Transformations in Modern Civil Law).*” Translated by Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası / Journal of the Faculty of Law of Istanbul University* 4(13) (1938): 1–37. (İstihaleler)

EGGER, August: “*Sosyal Medenî Hukuk veya Bugünkü Medenî Hukukta Cemiyet ve Fert (Social Civil Law; or, Society and the Individual in Contemporary Civil Law)*”. Translated by Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası / Journal of the Faculty of Law of Istanbul University* 4(13) (1938): 38-57. (Sosyal Medeni Hukuk)

FLEINER, Fritz: “*Muasir İdare Hukukunun Siyasi Temelleri (The Political Foundations of Modern Administrative Law).*” Translated by Bülend DAVRAN. *İstanbul Üniversitesi*

- Hukuk Fakültesi Mecmuası / Journal of the Faculty of Law of Istanbul University 5 (2011): 156–163. (muasir idare)
- FLEINER, Fritz: Akademische Gedächtnisfeier (Academic Memorial Ceremony), Montag, den 24. Januar 1938, in der Aula der Universität Zürich. Zu dankbarem Gedächtnis herausgegeben von der Universität Zürich. Zurich, 1938. (Gedächtnisfeier)
- HAMZA, Gábor: “*András Bertalan SCHWARZ (1886–1953)*.” Journal on European History of Law 3, no. 1 (2012), p. 58-61.
- HIRSCH, Ernst Eduard: Anılarım (My Memoirs) (orig. Aus des Kaisers Zeiten durch die Weimarer Republik in das Land Atatürks. Eine unzeitgemäße Autobiographie). Translated by Fatma SUPHİ. 13th ed., 2017.
- KISCH, Guido: “*Erinnerung an Bertalan SCHWARZ: Ein Briefwechsel 1938–1953 (Remembrance of Bertalan Schwarz: A Correspondence, 1938–1953)*.” In Recht im Dienste der Menschenwürde. Festschrift für Herbert KRAUS (Law in the Service of Human Dignity: Festschrift for Herbert Kraus). Würzburg: Holzner, 1964, p. 167-189.
- KOSCHAKER, Paul: Eski Hukuklarda Evlenme ve Satış (Heirat und Kauf in alten Rechten), Adalet Dergisi 1950 Sa. 10, p. 1352-1376. Translated by Kudret AYİTER. (Evlenme ve Satış)
- KOSCHAKER, Paul: Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları (Fundamentals of Roman Private Law as an Introduction to Modern Private Law), Ankara 1950. (396 s.) Translated by Kudret AYİTER. (Roma)
- KOSCHAKER, Paul: “*Mukayeseli Hukuk Tarihi (Vergleichende Rechtsgeschichte)*”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 1954, XL, Sa. 1-2, p. 581- 589. Translated by Kudret AYİTER. (Mukayeseli)
- KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977.
- OFTINGER, Karl, and JEANPETRE Raymond: Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları (Federal Supreme Court Jurisprudence on the General Part of the Code of Obligations). Translated by Kemal DAYINLARLI. 2nd ed. Ankara, 1990. (federal)
- OFTINGER, Karl: “*Cari Akitlerin Temellerinde Buhran İcabı Tahavvül*”, çev. DAVRAN, B., İHFM, C. VIII, P. 3-4, 1942. (cari)
- OSMANAGAĞLU KARAHASANOĞLU, Cihan: “*İsviçre Medeni Kanunu’nun Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Resepsiyonuna Uzanan Sürece İlişkin Genel Bir Değerlendirme*” (A General Assessment of the Process Leading to the Republic of Türkiye Adopting the Civil Code), in Fethi GEDİKLİ (ed.), I. Türk Hukuk Tarihi Bildirileri (Istanbul: 2012), p. 45-54.
- SCHÖNENBERGER, Marie-Bernadette: “*FRITZSCHE, Hans*”. Historisches Lexikon der Schweiz (Historical Dictionary of Switzerland), version of 19 July 2005. Translated from French. Online: <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/015810/2005-07-19/> (accessed 11 November 2025).
- SCHWARZ, Andreas Bertalan: “*Bugünkü Hususî Hukuk Kanunlaştırmalarında İsviçre Medenî Kanununun Tesiri (The Influence of the Swiss Civil Code in Contemporary Private Law Codifications)*.” Adalet Dergisi (1948): 963-981. Translated by Kudret AYİTER. (tesir)

- SCHWARZ, Andreas Bertalan: "*Harbin Hususi Akitler Üzerindeki Tesiri (The Effect of War on Private Contracts)*." *Adalet Dergisi* 1944/2: 186–202. Translated by Hikmet BELBEZ. (Harb)
- SCHWARZ, Andreas Bertalan: "*İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuku (English Law and Continental Law)*." *Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi* (Institution for the Dissemination of Legal Science, Lecture Series), no. 22 (Ankara, 1937); also *Adliye Ceridesi*. Translated by Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU, p. 903-922. (Kita Avrupası)
- SCHWARZ, Andreas Bertalan: "*Mukayeseli Hukuk Zaviyesinden İngiliz Borçlar Hukukunun Ana Hatları (Main Lines of English Law of Obligations from a Comparative Law Perspective)*." *Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi*, no. 64 (Ankara, 1941). Translated by Halil ARSLANLI, p. 50-64. (İngiliz)
- SCHWARZ, Andreas Bertalan: "*Satış Aktinde Hasarın İntikali (1) (Transfer of Risk in the Contract of Sale [1])*." Translated by Kudret AYİTER. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Ankara University Faculty of Law Review) 4, no. 1 (May 1947): 1, p. 159-167. (Hasar)
- SCHWARZ, Andreas Bertalan: "*Yabancı Bir Hukukun Alınması ve Benimsenmesi (The Adoption and Assimilation of a Foreign Law)*." *İstanbul Üniversitesi Açılış Dersleri* (Opening Lectures of Istanbul University), İstanbul, 1935; also *Siyasal Bilgiler; Adliye Ceridesi*, no. 56 (Ankara, 1935), p. 4–14. Translated by Mustafa EMİN. (Yabancı)
- SCHWARZ, Andreas Bertalan: *Aile Hukuku (Family Law)*. Translated by Bülend DAVRAN. 1st ed., 1942; 2nd ed., 1946. (Aile)
- SCHWARZ, Andreas Bertalan: *Borçlar Hukuku Dersleri (Lectures on the Law of Obligations)*. Translated by Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU. 1st ed., 1935; 2nd ed., 1942. (Borçlar)
- SCHWARZ, Andreas Bertalan: *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung (The Swiss Civil Code in the Development of Foreign Law)*. Zurich, 1950, III. (Rechtsentwicklung)
- SCHWARZ, Andreas Bertalan: *Kanun ve İçtihat, Hukuki Hayatta Mahkeme İçtihatlarının Rolü (Law and Precedent: The Role of Judicial Decisions in Legal Life)*. Translated by Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU. Ankara: *Hukuk İlmini Yayma Kurumu, Konferanslar Serisi* 13 (Institution for the Dissemination of Legal Science, Lecture Series No. 13), 1936, p. 1730-1745. (Kanun ve İçtihat)
- SCHWARZ, Andreas Bertalan: *Medeni Hukuka Giriş (Introduction to Civil Law)*. Translated by Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU. 1st ed., 1935; 2nd ed., 1942; 3rd ed., 1950. (Medeni Hukuk)
- ŞENOCAK, Kemal: "*Hukuk Fakültesi'ne Alman Bilim İnsanlarının Katkıları: Prof. Dr. Paul KOSCHAKER (Contributions of German Scholars to the Faculty of Law: Prof. Dr. Paul Koschaker)*." In *İkinci Vatan ve Ankara Üniversitesi (1933–1970) (Second Homeland and Ankara University, 1933–1970)*, edited by Kasım KARAKÜTÜK, 199–206. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2016, p. 159-208.
- SUNGURBEY, İsmet: *Medenî Hukuk Sorunları*, vol. 1 (Issues of Civil Law, Vol. 1). İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1884; *Hukuk Fakültesi Yayınları* No. 419. İstanbul, 1973.
- ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin: "*Cumhuriyet Dönemi Hukuksal Dönüşüm Sürecine Katkıda Bulunan Yabancı Akademisyenler (Foreign academics who contributed to the process of legal transformation in the Republic)*", in: *Adalet Dergisi*, Aufl 62–63, 2019, p. 481-505.

WIEACKER, Franz: “*In memoriam Andreas Bertalan SCHWARZ (In Memoriam Andreas Bertalan Schwarz).*” Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung), Band 71, Heft 1, 1954), p. 591-606.

YAVUZ, Hulusi: “*Ceride-i Adliyye*”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ceride-i-adliyye> (14.11.2025).

ZIEGLER, Karl-Heinz: “*Kudret AYİTER (1919—1986)*” Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung, vol. 104, no. 1, 1987, pp. 901-903. <https://doi.org/10.7767/zrgra.1987.104.1.901>

TÜRKİYE’DE BİREYSEL BAŞVURU VE GELECEĞİ

The Individual Application and its Future in Türkiye

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN*

ÖZ

Bu makale Türkiye’de bireysel başvuru mekanizmasının dünü ve bugününden hareketle geleceği üzerine bir değerlendirme yapmayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda yazı anayasa yargısının gerekliliğine ve bireysel başvuru yolunun benimsenmesinin nedenlerine kısaca değinen giriş kısmı dışında üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, uygulamaya geçtiği 23 Eylül 2012 tarihinden bu yana bireysel başvuru mekanizmasının Anayasa Mahkemesinde paradigma değişimi ve hukukun anayasallaşması şeklinde tecelli eden dönüştürücü etkisi ele alınmaktadır. İkinci bölümde bireysel başvurunun uygulamasında karşılaşılan başlıca sorunlar ve bunların kaynakları tartışılmaktadır. Bu kapsamda öne çıkan iş yüküne ve ihlal kararlarının etkili icrasına ilişkin sorunların bireysel başvurunun etkili bir hak arama yolu olarak geleceğini etkileyecek nitelikte olduğuna vurgu yapılmaktadır. Üçüncü bölümde ise Türkiye için önemli bir kazanım olan bireysel başvurunun geleceğine dair değerlendirmelere ve önerilere yer verilmektedir. Bireysel başvuruda yaşanan sorunların, bu kurumun gerekliliği noktasında bir görüş birliğinin sağlanması şartıyla, bazı yasal değişikliklerin yanında paydaşlar arasında yapıcı diyalog ve iş birliğinin kuvvetlendirilmesi sonucu aşılabileceği savunulmaktadır. Makale bireysel başvuruda ihlal kararlarının etkili icrasının hukuk devletinin bekası bakımından hayati derecede önemli olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa mahkemesi, bireysel başvuru, yüksek yargı, kararların icrası.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: zuhtuarslan@ankara.edu.tr, ORCID: 0009-0008-2729-245X.

ABSTRACT

This article aims to evaluate the future of the individual application mechanism in Türkiye by examining its past and present. To this end, the article consists of three main sections, excluding the introductory section which briefly touches upon the necessity of constitutional justice and the reasons for adopting the individual application system. The first section examines the transformative effect of the individual application mechanism on the legal paradigm of the Constitutional Court and on the constitutionalisation of the legal system since its entry into force on 23 September 2012. The second section discusses the main problems encountered in the implementation of individual applications and the sources of these problems. In this context the issues of caseload and the non-execution of violation judgments are identified as the main obstacles to the future sustainability of the individual application mechanism. The third section provides assessments regarding the future of the individual application mechanism, which constitutes a significant achievement for Türkiye. It is argued that the challenges faced in individual applications can be overcome by revising the relevant legal framework and by strengthening constructive dialogue and cooperation among stakeholders, provided that a consensus is reached on the necessity of this institution. The article concludes that the effective implementation of violation judgments is crucial for the future of a state based on the rule of law.

Keywords: *Constitutional court, individual application, high judiciary, execution of judgments.*

GİRİŞ: NEDEN BİREYSEL BAŞVURU?

Anayasacılık ve anayasa yargısı fikrinin, gücün “yozlaştırıcı” doğasına ilişkin kabule dayandığı bilinmektedir. Lord Acton’un meşhur “*Güç yozlaştırır, mutlak güç ise mutlaka yozlaştırır*”¹ sözü anayasacılığın da çıkış noktası olmuştur. Bu yozlaştırıcı etkinin güce sahip olanların ahlaki faziletleriyle de doğrudan ilgisi bulunmamaktadır. *Herodot Tarihi*’nde sınırsız gücün “*en iyi insanı bile*” yoldan çıkarma potansiyeline sahip olduğu yazılıdır.²

İnsanlar melek değildir. James Madison’un veciz ifadesiyle “*Şayet insanları melekler yönetseydi, yönetim üzerinde ne harici ne de dahili bir denetime gerek duyulurdu.*”³ İnsanlar melekler tarafından yönetilmediği için yöneticileri etkili şekilde kontrol edecek araçlara ve kurumlara ihtiyaç duyulmaktadır. Anayasa mahkemeleri tarihsel olarak bu ihtiyaca cevap vermek için ortaya çıkan kurumlardan birini teşkil etmektedir. Günümüz dünyasında kanunların ve yürütmenin ihdas ettiği bazı normların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli olan anayasa mahkemeleri, anayasal demokrasilerin adeta olmazsa olmaz kurumlarından biri haline gelmiştir.

Diğer yandan birçok anayasa mahkemesine norm denetimi yanında anayasal hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini düşünen kişilerin bireysel şikayetlerini karara bağlama yetkisi de verilmiştir. Almanya’da “*anayasa şikayeti*” (*Verfassungsbeschwerde*), İspanya’da “*amparo*” olarak bilinen, anayasa mahkemelerine kişisel başvuru kurumu Türkiye’de “*bireysel başvuru*” adı altında hukuk sistemine dahil edilmiştir. 2010 yılında Anayasa’nın 148. maddesine eklenen bir fıkra ile “*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*” hale gelmiştir.

Anayasa değişikliğinin gerekçelerine ve yasama belgelerine bakıldığında bireysel başvurunun biri pratik/pragmatik diğeri ilkesel olmak üzere iki nedenle ihdas edildiği görülmektedir. Anayasa koyucu, bu nedenleri

¹ Lord Acton, *Acton-Creighton Correspondence*, Letter I, 5 April 1887, s. 9, https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2254/Acton_PowerCorrupts1524_EBk_v6.0.pdf, erişim: 13.12.2025.

² Herodotus, *The History of Herodotus*, Trans. G.C. Macaulay, (Lector House, 2019), Vol. 1, Book III, § 80.

³ Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, No. 51, (New York: Mentor Books, 1961), s. 322.

açıklamadan önce, “*kamu gücü tarafından, temel hak ve özgürlükleri ihlâl edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu*” olan bireysel başvuru ya da anayasa şikayetinin “*pek çok uygar ülkede anayasa yargısının ayrılmaz bir parçası*” olarak kabul edildiğini belirtmiştir.⁴

Türkiye’de bireysel başvurunun kabul edilmesinin pratik nedeni, madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “[B]ireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlâllerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir.”⁵ Anayasa Komisyonundaki görüşmelerde de bireysel başvurunun toplumsal bir talep olduğu, işlevinin “*AİHM’ye başvuru sayısını azaltmak, sorunu milli hukuk içinde çözmek*” olduğu vurgulanmıştır.⁶

Bireysel başvurunun kabul edilmesinin daha önemli olan ilkesel nedeni ise ülkenin temel hak ve özgürlükleri koruma standardını yükseltmektir. Madde gerekçesine göre “*Türkiye’de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır.*”⁷ Anayasa koyucu, bireysel başvuruyla birlikte “*Anayasa Mahkemesine, özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonu[nun] da yüklenmekte*”⁸ olduğunu ifade etmiştir.

Belirtmek gerekir ki AİHM önünde başvuru ve ihlâl sayılarının azaltılması ve ülkede temel hakları koruma standardının yükseltilmesi belli bir süre sonra ortadan kalkacak ihtiyaçlar değildir. Başka bir ifadeyle bireysel başvuru bu hedefleri gerçekleştirmeye yönelik geçici bir vasıta olarak görülmemelidir. Temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasına hizmet eden bir kurum olarak bireysel başvuru sürekli bir ihtiyaçtır. Bu sebeple bireysel başvuru dün olduğu gibi bugün de yarın da gereklidir.

⁴ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Haz. Y.E. Yılmazoğlu ve İ.E. Perdecioğlu, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018), s. 921.

⁵ *Ibid.*, s. 922.

⁶ *Ibid.*, s. 923.

⁷ *Ibid.*, s. 922.

⁸ *Ibid.*, s. 922.

I. BİREYSEL BAŞVURUNUN DÖNÜŞTÜRÜCÜ ETKİSİ

Bireysel başvuru Türkiye’de gerçekleştirilen en büyük hukuk reformlarından biridir. Nitekim bu mekanizma kısa sayılabilecek bir süre içinde anayasa yargısında ve genel olarak da hukuk sisteminde çok büyük dönüşümlere yol açmıştır. Bu bağlamda bireysel başvuru bir yandan anayasa yargısında paradigma dönüşümünü, diğer yandan da hukuk ve yargı sisteminin anayasallaşmasını beraberinde getirmiştir.

Gerçekten de bireysel başvurunun uygulamaya geçmesiyle birlikte Anayasa Mahkemesi, kuruluşundan beri özellikle siyasi hak ve özgürlüklere ilişkin meselelerde benimsediği “*ideoloji eksenli*” paradigmayı terk etmiş, yerine “*hak eksenli*” bir paradigmayı ikame etmiştir.⁹ Bilindiği üzere “*hak*” kelimesinin, tıpkı İngilizce “*right*” kelimesi gibi, birbiriyle bağlantılı iki anlamı vardır. “*Hak*” hem “*adalet*”, “*hakkaniyet*” hem de bir şeye “*sahip olma*” anlamlarında kullanılmaktadır. Bu sebeple “*hak eksenli*” paradigma, kelimenin her iki anlamıyla, hakkı tespit ve teslim etmeyi, daha açık ifadeyle, anayasal adaleti tesis etmek suretiyle bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasını esas alan bir yaklaşımı ifade etmektedir.¹⁰

Bu paradigma aynı zamanda maddi bir yorum ilkesi olarak işlev görmektedir. Anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasının kural sınırlandırılmasının ise istisna olduğu kabulünden hareketle, “*hak eksenli*” yaklaşım anayasal hükümlerin özgürlükler lehine yorumlanmasını gerektirmektedir. Nitekim AYM, bireysel başvuru uygulamaya geçtikten sonra verdiği birçok kararda temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal hükümlerin kendilerinden beklenen işlevi yerine getirmesi için “*özgürlükler lehine*” ve “*hak eksenli*” yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre hak eksenli

⁹ Elbette AYM’nin kuruluşundan bireysel başvurunun kabul edildiği tarihe kadar hak eksenli yaklaşımla verdiği çok sayıda kararı vardır. Ancak bu yaklaşımın istikrarlı bir yargı politikasına dönüşmesi ve bir paradigma değişimi şeklinde gerçekleşmesi bireysel başvuruyla başlamıştır. Ayrıca bireysel başvurudan önce AYM, devleti ve devletin ideolojik unsurlarını temel hak ve özgürlükler karşısında daha fazla koruyan, laiklik ve bölünmez bütünlük gibi ilkeleri son derece katı yorumlayarak bunları -kendi tabiriyle- hak ve özgürlüklere “*kıydırmayan*” bir yaklaşım benimsemiştir.

¹⁰ “Hak eksenli” paradigmanın tanımı ve mahkeme kararlarına yansımaları için bkz. Zühtü Arslan, “Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court”, *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, 11/1 (2002): 9-25.

yaklaşım anayasal hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların ve istisnaların “*dar ve özgürlük lehine*” yorumlanmasını gerektirir.¹¹

Bu yaklaşımla AYM, bireysel başvurunun başlangıcından itibaren farklı siyasi görüşlere sahip çok sayıda milletvekilinin, siyasetçinin, yayın kuruluşunun, gazetecinin veya yazarın hak ihlali iddialarını incelemiş, bunların önemli bir kısmında ihlal kararları vermiştir.¹² Bu kararların yanında, bireysel başvurunun anayasa yargısındaki paradigma dönüştürücü etkisini en bariz şekilde “*başörtüsü*” ve “*soyadı*” meselelerine dair başvurularda görmek mümkündür.

Bununla birlikte “*ideoloji eksenli*” yaklaşımın değişmeye başladığı ilk karar, ortaokul ve liselerde “*Kur’an-ı Kerim*” ve “*Hz. Peygamberimizin Hayatı*” derslerinin seçmeli olarak okutulmasını öngören kanun hükmünün anayasaya aykırılığının tartışıldığı norm denetiminde verilmiştir. AYM bu kararda laiklik ilkesini “*hak eksenli*” bir yaklaşımla yeniden yorumlamış, temel hak ve özgürlüklerin kullanım alanını daraltan eski katı ve pozitivist yaklaşımını terk ederek daha özgürlükçü ve çoğulcu bir laiklik anlayışını benimsemiştir.¹³

Hak eksenli yaklaşımla yorumlanan laiklik ilkesi, bireysel başvuru yoluyla somut uyumsuzlıklara da uygulanmıştır. AYM’nin “*ideoloji eksenli*” yaklaşımının en belirgin örneğini üniversitelerde başörtüsü serbestisini laiklik ilkesine aykırı bulduğu kararları teşkil etmektedir. AYM benimsediği katı ve

¹¹ Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK], B. No: 2018/30030, 17/9/2020, § 91; Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021, § 50; Ali Kuş [GK], B. No: 2017/27822, 10/2/2022, § 50; Şerafettin Can Atalay (2) [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023, § 92.

¹² Örnek kabilinden bkz. Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272, 4/12/2013; Mehmet Haberal, B. No: 2012/849, 4/12/2013; Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014; Ayhan Bilgen [GK], B. No: 2017/5974, 21/12/2017; Eren Erdem, B. No: 2019/9120, 9/6/2020; Mustafa Hidayet Vahapoğlu, B. No: 2019/19608, 22/2/2022; Aykut Erdoğdu, B. No: 2019/14067, 20/6/2023; Emin Aydın [GK], B. No: 2013/2602, 23/1/2014; Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015; Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015; Hakan Yiğit, B. No: 2015/3378, 5/7/2017; Özgen Acar ve diğerleri, B. No: 2015/15241, 31/10/2018; Ali İhsan Karahasanoğlu, B. No: 2017/21000, 20/11/2019; Uğurlu Gazetecilik Basın Yayın Matbaacılık Reklamcılık Ltd. Şti. (3), B. No: 2016/5653, 9/1/2020; Hacı Yakışıklı ve diğerleri, B. No: 2019/13768, 26/5/2021; Hüseyin Kocabıyık, B. No: 2020/15593, 22/11/2022; Özgür Boğatekin [GK], B. No: 2020/23730, 14/6/2023; Artı Media Gmbh [GK], B. No: 2019/40078, 14/9/2023.

¹³ AYM, E. 2012/65, K.2012/128, 20/9/2012. AYM’nin laiklik ilkesine yönelik yaklaşımını “anayasal kimlik” bağlamında inceleyen bir çalışma için bkz. Zühtü Arslan, “Yüzüncü Yılında Cumhuriyet’in Anayasal Kimliği ve Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 40, Sayı: 2, (2023): 1–23, s. 17-19.

militan laiklik anlayışıyla 1989 yılından itibaren istikrarlı bir şekilde fiilî “başörtüsü yasağını” kaldırmaya yönelik yasal ve anayasal değişiklikleri laiklik ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir.¹⁴ Dahası anayasa değişikliğini iptal ettikten sonra, bu değişikliği iktidar partisinin laiklik aleyhine fiillerin odağı haline gelmesinin nedenleri arasında kabul etmiştir.¹⁵

AYM başörtüsü serbestisinin laiklikle bağdaşmadığı yönündeki görüşünü, 2012 yılında benimsediği yeni laiklik anlayışı ışığında değiştirmiştir. Bu kapsamda başörtüsü kullandığı için duruşma salonundan çıkarılan avukatın, üniversiteden atılan öğrencinin ve işine son verilen devlet memurunun başvurularında, başörtüsünü yasaklayan bir kanuni düzenleme bulunmadığı, ayrıca bu yasağın gerekçesi olarak gösterilen mahkeme kararlarının da “kanunilik şartı”nı sağlamadığı ve başörtüsünden dolayı devlet memurluğundan çıkarma şeklindeki müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı belirtilerek ihlal sonucuna ulaşılmıştır.¹⁶

Bunun yanında özgürlükçü ve çoğulcu laiklik anlayışıyla azınlık cemaatlerinin dini liderlerinin seçimine müdahale edilmesi de din ve vicdan özgürlüğüne aykırı bulunmuştur.¹⁷ Benzer şekilde AYM zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin müfredatını değerlendirmek suretiyle, kızının bu dersi almasını istemeyen başvuru için uygun alternatifler sunulmaması nedeniyle başvuruçunun ebeveynlerin eğitim ve öğretimde dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁸

Bireysel başvurunun dönüştürücü etkisi, kadınların evlendikten sonra soyadlarını tek başına kullanmalarını engelleyen yasal hükme ilişkin değerlendirmeler bakımından da geçerlidir. AYM, bireysel başvurudan önce, evlilik sonrasında kadının önceki soyadını tek başına kullanmasını yasaklayan Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesinin Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir.¹⁹ Ancak bireysel başvuruyla birlikte AYM bu yaklaşımını

¹⁴ AYM, E. 1989/1, K.1989/12, 7/3/1989; AYM, E. 2008/16, K. 2008/116, 5/6/2008.

¹⁵ AYM, E. 2008/1, (Siyasi Parti Kapatma) K. 2008/2, 30/7/2008. AYM’nin bu kararlarının eleştirel bir değerlendirmesi için bkz. Zühtü Arslan, “Başörtüsü, AK Parti ve Laiklik: Anayasa Mahkemesinden İki Karar Bir Gerekçe”, *SETA Analiz*, Sayı 2 (Ocak 2009): 1-25.

¹⁶ *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 91-99; *Sara Akgül* [GK], B. No. 2015/269, 22/11/2018, § 113-114; *B.S.*, B. No: 2015/8491, 18/7/2018, § 104.

¹⁷ *Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan* [GK], B. No: 2014/17354, 22/05/2019.

¹⁸ *Hüseyin El ve Nazlı Şirin El* [GK], B. No: 2014/15345, 7/4/2022.

¹⁹ AYM, E. 2009/85, K. 2011/49, 10/3/2011.

gözden geçirmek durumunda kalmış, birçok başvuruda başvurucuların taleplerinin Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca konuya ilişkin AİHM kararları dikkate alınmadan reddedilmesinin “kanunilik” şartına aykırı olduğuna karar vermiştir.²⁰

Bireysel başvurudaki ihlal kararlarına rağmen yasama organı Medeni Kanun'un ihlale neden olan hükmünü yürürlükten kaldırmamıştır. Nihayet bir itiraz başvurusu üzerine AYM bu kuralı bireysel başvuruda verdiği kararlara da atıf yapmak suretiyle iptal etmiştir.²¹

Diğer taraftan bireysel başvuru -anayasa yargısındaki paradigmatic dönüşümün yanında- hukukun anayasallaşmasını da beraberinde getirmiştir. Anayasa Mahkemesi hukukun hemen her alanında ortaya çıkan uyuşmazlıklar üzerinden yapılan bireysel başvurularda temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa hükümlerini yorumlamış ve uygulamıştır. AYM'nin bireysel başvuruda oluşturduğu bu içtihat hukuku özel hukukun teknik alanlarında bile karar verilirken dikkate alınmaya başlamıştır. Böylece aslında Anayasa'nın 138. maddesinde yer alan “*Hakimler, ... Anayasaya, ...uygun olarak... hüküm verirler*” hükmü bireysel başvuruyla birlikte ete kemiğe bürünmüştür.²² Anayasallaşma süreci temel hak ve özgürlükleri koruyan anayasa hükümlerini yorumlama ve somut olaylara uygulama kaygısını anayasa yargısının sınırları dışına taşımıştır. Bu da beraberinde anayasal hak ve özgürlüklerin yargısal yolla korunmasına hatırı sayılır bir katkı yapmıştır.

Diğer yandan anayasallaşma AYM ile diğer mahkemeler arasında anayasal hükümleri yorumlamada farklılıklara hatta bazı durumlarda gerilimlere yol açmıştır. Bu durum kaçınılmazdır, zira bireysel başvuru ya da anayasa şikayeti anayasa mahkemelerine, idari işlemler ve yasama tasarrufları yanında, nihai yargısal kararları da anayasal hakları ihlal edip etmedikleri bakımından denetleme yetkisi vermiştir.²³

Sonuç olarak bireysel başvuru Türkiye’de hem anayasa yargısını hem de genel olarak yargıyı derinden etkilemiştir. Böylece yaşama hakkından

²⁰ Bkz. *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013; *Gülsim Genç*, B. No: 2013/4439, 06/3/2014; *Neşe Aslanbay Akbıyık*, B. No: 2014/5836, 16/4/2015.

²¹ AYM, E.2022/155, K.2023/38, 22/02/2023.

²² Bu konuda bkz. Abdullah Çelik, “Hukukun Anayasallaşması ve Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 40, Sayı: 1, (2023): 307-320.

²³ Bkz. Lech Garlicki, “Constitutional Courts versus Supreme Courts”, *I•CON*, Vol. 5/1 (2007): 44–68, s. 46; Rainer Grote, “Constitutional Courts and Supreme Courts: A Difficult Relationship”, *Anja Schoeller-Schletter (Ed.), Constitutional Review in the Middle East and North Africa*, (Nomos, 2021): 77-92, içinde s. 80.

örgütlenme özgürlüğüne, kişi özgürlüğünden ifade özgürlüğüne, adil yargılanma hakkından mülkiyet hakkına kadar bireysel başvuru kapsamında yer alan anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik ilkeler ve standartlar belirlenmiştir.

II. BİREYSEL BAŞVURUDA GÜNCEL SORUNLAR

Bireysel başvurunun uygulanması sürecinde başlangıçtan itibaren çok ciddi sorunların ortaya çıktığı bilinmektedir. Bunların bir kısmı yapısal nitelik arz etmektedir. Dolayısıyla çözümü de kurumlar arasında müşterek bir bilincin, iradenin ve iş birliğinin ortaya çıkmasına bağlıdır. Birbiriyle bağlantılı ve yapısal nitelikte olan iki temel meseleden biri ağır iş yükü, diğeri de kararların etkili icrasıdır.

A. İş Yükü Meselesi

Bireysel başvurunun başladığı andan itibaren temel endişelerden biri iş yükü olmuştur. Bununla birlikte ilk yıllarda korkulan olmamış, başvuru sayısı yönetilebilir bir düzeyde gerçekleşmiştir. 23 Eylül 2012 tarihinde başlayan bireysel başvuruda 2012 yılının üç ay bir haftalık döneminde toplam 1342, takip eden 2013 yılında da 9897 başvuru yapılmıştır. Sonraki iki yılda (2014 ve 2015) başvuru sayısı ikiye katlanmış, istikrarlı bir şekilde yıllık 20 bin civarında başvuru gerçekleşmiştir. 15 Temmuz darbe girişiminin yaşandığı 2016 yılından itibaren ise kitlesel başvuruların etkisiyle başvuru sayısı hızla artmıştır. 2016 yılında 80 bini aşan bireysel başvuru sayısı takip eden dört yılda yıllık ortalama 40 bin bandına oturmuştur. 2021 yılında 66 bine yükselen bireysel başvuru sayısı 2022 ve 2023 yıllarında yıllık 110 bin sınırına dayanmıştır. Makul sürede yargılanma hakkına ilişkin şikayetler için bir idari yol oluşturulmasının da etkisiyle bireysel başvuru sayısı 2024 yılında biraz düşüş göstererek 70 bin, 2025 yılında da 64 bin civarına kadar gerilemiştir.²⁴

31 Aralık 2025 tarihi itibarıyla AYM’ye toplam 714.774 başvuru yapılmış, bunun 623.088’i sonuçlandırılmıştır. Başvuruları karşılama oranı yaklaşık yüzde 87,2 olarak gerçekleşmiştir. Aynı tarih itibarıyla 91.686 başvuru derdest görünmektedir.

Bireysel başvurunun kabul edildiği ülkelerdeki başvuru istatistiklerine bakıldığında, Türkiye’deki sayının ne kadar yüksek olduğu daha iyi

²⁴ AYM’nin bireysel başvuru istatistikleri için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/istatistikler/bireysel-basvuru-istatistikleri/1/>, erişim: 27.02.2026.

anlaşılmaktadır. İspanya’da 2024 yılı sonu itibariyle derdest *amparo* sayısının 3439, Almanya’da ise derdest anayasa şikayetinin tahmini 5000 civarında olduğu görülmektedir.²⁵ Dahası önünde 47 ülkeden başvuru olan AIHM’de derdest başvuru sayısı bile 30 Kasım 2025 itibariyle 58.800 kadardır.²⁶

İhlal istatistikleri bakımından da benzer bir durum söz konusudur. 31 Aralık 2025 tarihi itibariyle AYM, bireysel başvuruda makul sürede yargılanma hakkı ihlalleri dahil toplam 82.753 ihlal kararı vermiştir. Bu sayı toplam başvuruların yaklaşık yüzde 13,3’üne tekabül etmektedir. Makul süre ihlalleri çıkarıldığında ihlal sayısının 26.310, oranının da yüzde 4,6 olduğu anlaşılmaktadır. İspanya ve Almanya’da bireysel başvuru sonucu verilen ihlal kararlarının oranının yüzde 1-2 civarında olduğu bilinmektedir.

AYM baştan itibaren bireysel başvuruda iş yüküyle başa çıkabilmek için birtakım tedbirleri hayata geçirmiştir. Etkili bir filtraj sisteminin kurulması, raportörlerin uzmanlıklarına göre hak gruplarına ayrılmaları, liste usulü kabul edilemezlik (LUK) yönteminin benimsenmesi, sistemik ve yapısal nedenlerle ortaya çıkan ihlallerin “*pilot karar*” usulüyle karara bağlanması, uzun yargılama şikayetlerinin doğrudan bireysel başvuru konusu olmaması için alınan kararlar ve nihayet ihlal kararlarının objektif etkisinin uygulamaya geçirilmesi için yapılan çalışmalar, bir bütün olarak artan başvuru sayısını kontrol etme ve etkili bir şekilde yönetme amacıyla alınan tedbirler olarak ortaya çıkmıştır.

Bu tedbirlere ve yoğun çalışmalara rağmen özellikle objektif etkinin hayata geçirilmesi ve ihlal kararlarının etkili icrası konularında önemli sorunlar yaşanmaya devam etmektedir.

B. İhlal Kararlarının Etkili İcrası Meselesi

Bireysel başvuru uygulamasında bazı etkili icra sorunlarının yaşandığı da bilinmektedir. Kamuoyuna yansıyan örneklerden ilki başvuru Şahin Alpay ve Mehmet Hasan Altan’la ilgili ihlal kararlarının uygulanmamasıdır.²⁷

²⁵ Bkz. Tribunal Constitucional, *Memoria 2024*. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/InformacionRelevante/Memoria%202024.pdf>, erişim: 8.12.2025; German Federal Constitutional Court, *2024 Annual Report*. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Jahresbericht/jahresbericht_2024.pdf, erişim: 8.12.2025.

²⁶ Bkz. <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/stats-pending-month-2025-bil>, erişim: 21.12.2025.

²⁷ Şahin Alpay [GK], B. No: 2016/16092, 11/1/2018; Mehmet Hasan Altan (2) [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018.

AYM kararların uygulanmaması nedeniyle yapılan başvurularda da ikinci, hatta üçüncü kez ihlal bulmuştur.²⁸ Dahası AİHM de bu başvuruçularla ilgili ihlal kararı vermiş ve bu kararlarda derece mahkemelerinin “*bireysel başvurulara ilişkin olarak nihai ve bağlayıcı kararlar verme yetkileriyle donatılmış bir anayasa mahkemesinin yetkilerini sorgulaması[nın], hukuk devleti ve hukuki güvenlik temel ilkelerine aykırı*” olduğunu belirlemiştir.²⁹

Sonraki iki karar milletvekili seçilen başvuruçularla ilgilidir. Bunlardan ilkinde başvuru (Kadri Enis Berberoğlu) hakkında verilen ihlal kararının derece mahkemesi tarafından uygulanmaması üzerine AYM, ikinci bir ihlal kararı vermek durumunda kalmıştır.³⁰

Üçüncü olarak, kamuoyunda “Gezi Parkı Davası” diye bilinen davada mahkûm olan ve milletvekili seçilen başvuru (Can Atalay) hakkında verilen ihlale ve ihlalin sonuçlarının giderilmesine dair AYM kararı, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi ve Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından uygulanmamıştır. Öncekilerden farklı olarak AYM’nin ikinci ihlal kararına da uyulmamıştır.³¹

Dördüncü ve son olarak, Gezi Parkı olaylarıyla ilgili davada hapis cezasına çarptırılan bir başvuru (Tayfun Kahraman) hakkında verilen ihlal ve yeniden yargılama kararı da derece mahkemesi tarafından uygulanmamıştır.³² Basına yansıyan haberlerden başvuruçunun AYM kararının uygulanmaması üzerine yaptığı ikinci başvurusunun derdest olduğu anlaşılmaktadır.

AYM’nin ihlal kararına uyulmamasına dair bu vakalar arasında üzerinde durulmayı en çok hak edeni kuşkusuz Can Atalay başvurularıdır. İki nedenle. Birincisi, diğerlerinden farklı olarak, bu başvurularda ihlal kararlarını uygulamayan, ilk derece mahkemesinin yanında temyiz mercii olan Yargıtayın ilgili dairesi olmuştur. İkincisi, yine diğerlerinden farklı olarak, bu başvurularda ikinci kez verilen ihlal kararına karşın ihlal ve sonuçları giderilmemiştir.

²⁸ Bkz. Şahin Alpay (2) [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018; Mehmet Hasan Altan (3), B. No: 2018/2620, 9/1/2020; Şahin Alpay (3), B. No: 2018/10327, 3/12/2020.

²⁹ Şahin Alpay/Türkiye, B. No: 16538/17, 20/3/2018, § 118; Mehmet Hasan Altan/Türkiye, B. No: 13237/17, 20 Mart 2018, § 139.

³⁰ Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021.

³¹ Şerafettin Can Atalay (2) [GK]; Şerafettin Can Atalay (3) [GK], B. No: 2023/99744, 21/12/2023.

³² Tayfun Kahraman [GK], B. No: 2023/98215, 31/7/2025.

1. Kanun Yolu Şikayeti ve AYM-Yüksek Yargı İlişkisi

İhlal kararlarına uymama yönündeki tüm bu kararların ortak gerekçesi, AYM'nin bireysel başvuruda kendisine verilen yetki sınırını aşmak suretiyle, “*kanun yolu*” ve “*yerindelik*” incelemesi yaptığı argümanıdır. Bu nedenle öncelikle söz konusu gerekçe üzerinde kısaca durmak ve AYM'nin “*kanun yolu*” meselesine yaklaşımını incelemek yararlı olacaktır.

Belirtmek gerekir ki bireysel başvurunun kabul edildiği hemen her yerde anayasa mahkemeleri ile yüksek mahkemeler arasındaki gerilime yol açan temel konu “*temyiz incelemesi*” meselesi olmuştur. Bireysel başvurunun *ikincilliği* ilkesi gereğince hak ihlali iddialarını inceleme, varsa ihlali tespit ederek sonuçlarını giderme görevi derece mahkemelerine ve temyiz mercilerine aittir. Anayasa mahkemeleri, bir temyiz ya da dördüncü derece yargılaması yapmadıklarını, sadece süreç içinde bireysel başvuruya konu bir hak veya özgürlüğün ihlal edilip edilmediğinin tespitiyle sınırlı bir inceleme gerçekleştirdiklerini her fırsatta açıklamışlardır.³³ Buna rağmen örneğin Alman Federal Anayasa Mahkemesi yargılamalardaki olay ve olguların tespitine bile müdahale ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.³⁴

Türkiye’de de bireysel başvurunun gündeme gelmesiyle birlikte Yargıtay ve Danıştayın bu kuruma açık şekilde karşı çıktıkları bilinmektedir. Bu mahkemeler, bireysel başvurunun yüksek mahkemeler arasındaki eşitliği bozacağı ve temyizden geçerek kesinleşmiş kararların AYM tarafından denetlenmesi sonucunu doğuracağı endişesini dile getirmişlerdir. Örneğin Danıştayın 136. kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen törende yapılan konuşmada (2004), bireysel başvurunun “*yargı ayrılığını zedeleyici, kesinleşen yargı kararlarını bertaraf edici, Anayasa Mahkemesini diğer yüksek mahkemelerin üstünde bir konuma getirici nitelik taşıması nedeniyle kabul edilebilir görülme[diği]*” belirtilmiştir.³⁵ Benzer şekilde 2005 yılında Yargıtayda yapılan adli yıl açılış konuşmasında da bireysel başvuruya karşı

³³ Almanya örneği için bkz. Ece Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998), s. 22-25.

³⁴ Grote, “Constitutional Courts and Supreme Courts: A Difficult Relationship”, s. 85.

³⁵ *Danıştay’ın Kuruluşunun 136. Yıldönümü Açış Konuşması*, 10 Mayıs 2004, s. 15. <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/upload/2022-10-24-05-22-4592441.pdf>, erişim: 20.12.2025.

çıkışın nedenleri ayrıntılı bir şekilde açıklanmış ve “*bireysel başvuru istemi[nin] kabul edilebilir nitelikte*” olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.³⁶

Anayasa koyucu yüksek yargının kaygısını gidermek için Anayasa’nın bireysel başvuruyu düzenleyen 148. maddesine “*Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.*” cümlesini eklemiştir. Gerekçede bu düzenlemenin amacının “*yüksek yargı organları ile Anayasa Mahkemesi arasındaki olası görev uyuşmazlıklarının ortaya çıkmasının önlenmesi*” olduğu belirtilmiştir.³⁷ Bu eklemeye rağmen bireysel başvurunun uygulamasında birtakım sorunlar çıkabileceğini anayasa koyucu da öngörmüştür. Anayasa Komisyonundaki görüşmelerde bireysel başvuru-nun “*Anayasa Mahkemesi ile diğer yüksek mahkemeler arasında var olan tartışmayı derinleştirme ihtimali*”nin bulunduğu, ancak bunun “[z]amanla gelişecek, doğal mecrasına girecek” gerekli bir kurum olduğu ifade edilmiştir.³⁸

AYM ise baştan itibaren “*kanun yolu*” şikayetlerinin bireysel başvurunun kapsamı dışında kaldığını belirtmiştir. Derece mahkemeleri önünde dava konusu edilen maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, kanunların ve diğer hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile davada ulaşılan sonucun adil olup olmamasına ilişkin değerlendirmelerin kural olarak “*kanun yolunda gözetilmesi gereken*” hususlar olduğu, bu nedenle de bireysel başvurunun kapsamı dışında kaldığı ifade edilmiştir.³⁹ Buna göre bireysel başvuruda AYM’nin görevi derece mahkemelerinin yaptıkları hukuki hataları tespit etmek ve düzeltmek değil, bu mahkemelerin yorum ve değerlendirmelerinin bireysel başvuruya konu anayasal hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini incelemekten ibarettir.⁴⁰

Diğer yandan “*bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden, bariz takdir hatası veya açık bir keyfîlik içeren tespit ve sonuçlar*” bireysel başvuru kapsamında incelenmektedir.⁴¹ AYM delillerin değerlendirilmesine ve davayla ilgili olup olmadığına ilişkin hususların kural

³⁶ Bkz. *Adli Yıl Açılış Konuşması (2005-2006)*, s. 20-26. <https://www.yargitay.gov.tr/documents/acilisKonusma/2005-2006.pdf>, erişim: 18.12.2025.

³⁷ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekeçli)*, s. 922.

³⁸ *Ibid.*, s. 923.

³⁹ *Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26; *Rustem Esen* [GK], B. No: 2019/3189, 17/1/2023, § 28.

⁴⁰ *Mustafa Bülent Erten*, B. No: 2012/649, 16/4/2013, § 26; *Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 49; *Erol Kızılırmak ve Zeynep Kızılırmak* [GK], B. No: 2016/10183, 11/7/2019, § 48.

⁴¹ *Rustem Esen* [GK], § 28.

olarak yargılamayı yapan mahkemelere ait olduğunu belirtmekte, ancak bu noktadaki değerlendirmelerin yargılamayı bir bütün olarak adil olmaktan çıkarması durumunda hak ihlali tespiti yapmaktadır. Örneğin, kamuoyunda “*Balyoz Davası*” olarak bilinen yargılamada “*suçun sübutu bakımından objektif olarak esaslı olduğu*” yargılamayı yapan mahkemece de kabul edildiği halde, dönemin Genelkurmay Başkanı ile Kara Kuvvetleri Komutanının tanık olarak dinlenmeleri talebinin reddedilmesi “*yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte*” görülmüştür.⁴²

AYM *kanun yolu* ve *yerindelik* ile ilgili anayasal ve yasal hükümlerin Anayasa’nın 148. maddesinde düzenlenen bireysel başvuruları karara bağlama yetki ve göreviyle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁴³ AYM’ye göre, “*Anayasa ve Kanun’da bireysel başvuruda inceleme yasağı getirilen alanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Anayasa’da öngörülen güvencelerle ilgili olduğu düşünülemez. Bu alan, bireysel başvuru kapsamı dışındaki hukuka aykırılık iddialarına ilişkindir.*”⁴⁴ Bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin anayasal güvencelere etkisini nihai ve kesin olarak değerlendirme yetkisi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Bu nedenle, bireysel başvuruda AYM tarafından yapılan “*temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin herhangi bir inceleme ‘kanun yolunda gözetilmesi gereken hususun incelenmesi’ veya ‘yerindelik denetimi’ olarak nitelendirilemez.*”⁴⁵ Bunun aksinin kabulü, AYM’nin bireysel başvurudaki görev ve yetkisini işlevsiz kılarak anayasa koyucunun amacına aykırı şekilde bireysel başvurunun etkili bir hak arama yolu olmasını imkansız hale getirecektir.⁴⁶

AYM “*kanun yolu*” veya “*dördüncü derece yargılama*” şikayeti konusunda AİHM’in ve bireysel başvuruyu uygulayan diğer anayasa mahkemelerinin içtihatlarıyla da paralellik arz eden bir yaklaşım benimsemiştir.⁴⁷ Bu yaklaşım bireysel başvurunun etkili bir hak arama yolu

⁴² Sencer Başat ve diğerleri [GK], § 89-90.

⁴³ Şahin Alpay (2) [GK], § 51-52.

⁴⁴ Şahin Alpay (2) [GK], § 53.

⁴⁵ Şahin Alpay (2) [GK], § 53.

⁴⁶ Şahin Alpay (2) [GK], § 54.

⁴⁷ AİHM, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Türk AYM’nin konuya yaklaşımını oldukça kapsamlı bir şekilde inceleyen bir çalışma için bkz. Hasan Tahsin Gökcan, “Bireysel Başvuruda İkincilik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, *TBB Dergisi*, Sayı: 135, (Mart-Nisan 2018): 9-76.

olarak ihdas edilmesi amacıyla da uyumludur. Zira bu *optimal* yaklaşım, bir yandan derece mahkemeleri önündeki yargılamalarda olay ve olguların tespitine, delillerin değerlendirilmesine, yargılamanın sonuç olarak adil olup olmadığına kural olarak müdahale edilmediği için bireysel başvurunun bir temyiz incelemesi olmadığını, diğer yandan da hukuk kurallarını anayasal hak ve özgürlükleri ihlal edecek şekilde keyfî yorumlayan ve bir bütün olarak yargılamayı adil olmaktan çıkaran değerlendirmelerin “*kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar*” kapsamında kabul edilemeyeceğini göstermektedir.

Buna karşın uygulamada “*kanun yolu*” şikayeti kavramının rastgele kullanıldığı, neredeyse yargı kararlarından kaynaklanan her türlü ihlal kararının bu kavram kullanılarak eleştirildiği görülebilmektedir. Bunlardan birine biraz daha yakından bakalım.

Başvurucu Gezi Parkı olayları kapsamında açılan davada İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesince 18 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiş ve hükümle birlikte tutuklanmıştır. Temyiz aşamasında milletvekili seçilen başvuru, yasama dokunulmazlığına sahip olduğunu belirterek durma kararı verilmesini ve tahliye edilmesini talep etmiştir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi (Daire) bu talebi 13/7/2023 tarihinde reddetmiş, başvuru AYM’ye bireysel başvuru yaptıktan kısa bir süre sonra da mahkûmiyet hükmünü onamıştır.⁴⁸

Bu başvurudaki temel hukuki mesele, yasama dokunulmazlığının düzenleyen Anayasa’nın 83. maddesinde atfı yapılan ve dokunulmazlığın istisnalarından biri olarak gösterilen “*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*” ibaresinin kanunilik şartını sağlayıp sağlamadığıdır. Dolayısıyla, somut başvurunun sonucunu belirleyecek olan mesele *anayasanın yorumlanmasıyla* ilgilidir. AYM, başvuru mahkûm edildiği yargılamada olay ve olguların tavsifi, delillerin değerlendirilmesi, ceza hükümlerinin uygulanması ve sonuçta verilen hapis cezasının orantılı olup olmadığı gibi konularda herhangi bir değerlendirme yapmamıştır. Dahası, başvurucuya uygulanan ceza hükmünün Anayasa’nın 14. maddesi kapsamında olup olmadığı da değerlendirilmemiştir.⁴⁹

⁴⁸ Şerafettin Can Atalay (2) [GK], § 6-12.

⁴⁹ Bu konuda bkz. Adem Sözüer, “Yasama Dokunulmazlığının İstisnasını Oluşturan Suçların Belirlenmesi Bağlamında Anayasa Mahkemesince Verilen İhlal Kararlarının Yerine Getirilmemesi Sorunu”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 11/2 (2023): 275–303, s. 297-298.

Esasen bu başvurudan yaklaşık iki buçuk yıl önce yasama dokunulmazlığının istisnasına ilişkin anayasal mesele bir başka milletvekilinin başvurusunda karara bağlanmış, ihlalin ve sonuçlarının giderilmesi için gerekli görülen yeniden yargılamada infazın durdurulması, başvurucunun tahliye edilmesi, hükümlü statüsünün sona erdirilmesi ve yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁵⁰ Bunun yanında AYM kararın *bir örneğinin bilgi için yasama organına gönderilmesini* gerekli görmüştür.⁵¹

Can Atalay başvurusunda da “*anayasa yargısına hâkim olması gereken hak eksenli yaklaşım*”ın milletvekili dokunulmazlığına ilişkin anayasal hükümlerin yorumlanması bakımından da geçerli olması gerektiği, zira bu hükümlerin “*ancak demokrasinin korunması bağlamında ve hak eksenli yorumlandıkları takdirde*” kendilerinden beklenen işlevi yerine getirebilecekleri hatırlatılmıştır.⁵² AYM bu yaklaşımla “*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*”a ilişkin olarak daha önce ortaya koyduğu anayasal ve yasal belirsizliğe bir kez daha dikkat çekmiş, Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen kanunilik şartının biri şekli diğeri maddi iki boyutunun bulunduğunu belirtmiş, dokunulmazlık kapsamında olmayan suçları ve sürece ilişkin güvenceleri içeren bir kanuni düzenlemenin bulunmaması nedeniyle kanunilik şartının sağlanmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁵³

AYM, Anayasa’nın 14. maddesindeki durumların yargı kararıyla belirlenebileceği, dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin bu yolla sınırlandırabileceği yönündeki argümanı da tekrar ele almış, 14. maddenin üçüncü fıkrasında bu maddedeki durumların müeyyidesinin kanunla düzenleneceğinin belirtildiğine dikkat çekmiştir. Dahası 14. maddenin dokunulmazlığın istisnasını oluşturacak suçları belirlemek için çok da elverişli olmadığı, zira maddeyle engellenmek istenen fiillerin “*suç teşkil eden fiillerle sınırlı olmadığı*”, dolayısıyla “*Anayasanın 14 üncü maddesindeki*

⁵⁰ Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], § 195.

⁵¹ Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], § 201. AYM bu kararında “*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*” kapsamına giren suçları belirleyen ve bu konudaki usul ve esasları içeren “*bir yasal sistemin kurulması konusunda takdir yetkisi*”nin yasama organına ait olduğunu, ancak bu yönde bir kanuni düzenleme yapılmaması durumunda da -Anayasa’nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen dokunulmazlıkların Meclis tarafından kaldırılması usulünün tüm suçlar yönünden geçerli olması nedeniyle- “*anayasal bir boşluk*” ortaya çıkmayacağını belirtmiştir. Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], § 199-200

⁵² Şerafettin Can Atalay (2) [GK], § 67, 92; Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], § 66, 133.

⁵³ Şerafettin Can Atalay (2) [GK], § 72.

durumlar” ibaresine yönelik belirliliğin ve öngörülebilirliğin yargı kararlarıyla sağlanmasının mümkün görünmediği vurgulanmıştır.⁵⁴

Sonuç olarak, başvurunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki şikayetin ise incelenmesine gerek olmadığına karar verilmiştir.⁵⁵ Daha önce olduğu gibi, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararın bir örneği ilk derece mahkemesine gönderilmiştir.⁵⁶

Yeniden yargılama işlemlerini başlatarak başvuru hakkındaki hükmün infazının durdurulması, başvurunun tahliyesinin sağlanması, hükümlü statüsünün sona erdirilmesi ve yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi işlemlerini yapması için kararın bir örneği kendisine gönderilen İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, ihlal kararının milletvekili seçilen başvurunun durma talebini reddeden Yargıtay 3. Ceza Dairesi ile ilgili olduğu gerekçesiyle dosyayı anılan Daireye göndermiştir.

Bu süreçte mütalaasını sunan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, *“Anayasanın 14. maddesinde madde kapsamına giren suçların tahdidi olarak sayılmaması[nın], kanun koyucunun bilinçli tercihi”* olduğunu belirtmiştir. Başsavcılığın mütalaasına göre başvurunun *“mahkumiyetine konu suç ve eylemleri Devlet güvenliğine karşı işlenen suçlardandır ve madde kapsamına girmeyeceğini düşünmek mümkün değildir.”*⁵⁷

Yargıtay 3. Ceza Dairesi de (a) başvuru hakkında *“Anayasa Mahkemesi’nin anılan kararına UYULMAMASINA”*, (b) *“milletvekilliğinin düşürülmesine yönelik işlemlere başlanması için kararın bir örneğinin TBMM Başkanlığı’na GÖNDERİLMESİNE”* ve (c) *“Anayasa hükümlerini ihlal eden ve kendisine verilen yetki sınırlarını yasal olmayacak şekilde aşarak hak ihlalinin kabulü yönünde oy kullanan ilgili Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında gereğinin takdir ve ifası için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na suç duyurusunda BULUNULMASINA”* 08.11.2023 tarihinde oybirliğiyle karar vermiştir.⁵⁸

⁵⁴ Şerafettin Can Atalay (2) [GK], § 41; Ömer Faruk Gergerlioğlu, § 95.

⁵⁵ Şerafettin Can Atalay (2) [GK], § 93, 108, 109.

⁵⁶ Şerafettin Can Atalay (2) [GK], § 117.

⁵⁷ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2023/12611, D. İş Karar No: 2023/..., 8/11/2023, s. 5.

⁵⁸ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, s. 22-23.

Daire kararında, AYM bir yandan kanunları iptal etmek suretiyle “*yasama organının alanına müdahale ettiği*”, diğer yandan da “*tali nitelikte*”ki görevi olduğu ifade edilen bireysel başvuru yoluyla yüksek mahkemeler üzerinde “*vesayet makamı*” gibi davrandığı için eleştirilmektedir.⁵⁹ Esasen “*yasama organının alanına müdahale*”, AYM’nin -Dairenin ifadesiyle- “*asli*” görevidir.⁶⁰ Anayasa mahkemeleri yasamanın çıkardığı kanunları iptal edebildikleri, bu anlamda neyin kanun olamayacağına karar verebildikleri için “*negatif kanun koyucu*” olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca bu mahkemeler, görevleri gereğince, sadece yasama organının alanına müdahale etmekle kalmazlar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri gibi yürütmenin ihdas ettiği bazı normları iptal ettiklerinde de yürütme organının alanına müdahale ederler. Yasama ve yürütme ihdas edilen normların anayasaya aykırı olup olmadıklarının incelenmesinden ibaret olan bu “*müdahale*” anayasa yargısının kaçınılmaz bir sonucudur.

AYM’nin “*süper temyiz mercii*” olarak yüksek mahkemeler üzerinde “*vesayet makamı*” gibi davranmakta olduğu eleştirisi ise temyizden geçerek kesinleşmiş mahkeme kararlarının da anayasal hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediği bakımından incelenmesini gerektiren bireysel başvurunun doğasından kaynaklanan bir meseleye işaret etmektedir. Her şeyden evvel belirtmek gerekir ki anayasa mahkemelerine yönelik “*kanun yolu*” ya da “*yerindelik*” incelemesi yaptığı yönündeki eleştiriler ihlal kararlarına “*uymama*”nın haklı gerekçesi olamaz.⁶¹ Bir karara katılmamak hatta yanlış bulmak farklı, ona uymamak farklıdır. Birincisi ikincisini gerektirmez. Nitekim Daire kararında isabetle belirtildiği gibi, daha önce AYM’nin verdiği ve kamuoyunda eleştirilen bir ihlal kararı üzerine ilgili mahkeme “*ihlal kararının gereğini yerine getirse de bu kararında, Anayasa Mahkemesi*

⁵⁹ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, s. 22.

⁶⁰ Daire kararında yapılan bu “*asli/tali*” görev ayrımının dayanağı anlaşılammaktadır. Zira Anayasa’da veya kanunlarda AYM’nin görevleriyle ilgili olarak bu şekilde bir tasnif bulunmamaktadır. AYM’nin bütün görevleri aslidir. Burada kastedilen bireysel başvurunun sonradan AYM’ye verilen bir görev olduğu ise bu durumda belki “*eski*” ve “*yeni*” görevlerden bahsedilebilir. Bunun da bir anlamda önem kriterini esas alan “*asli/tali*” ayrımından farklı olduğu açıktır.

⁶¹ Bkz. Sözüer, “Yasama Dokunulmazlığının İstisnasını Oluşturan Suçların Belirlenmesi...”, s. 300: “Yürütme, yasama ve yargısal yetki sahiplerinin Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizm veya yerindelik denetimi yaptığına ya da kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yaptığına yönelik düşünce ve eleştirileri olabilir. Ancak bunlar hiçbir biçimde Anayasa Mahkemesinin kararlarının uygulanmasını engelleme girişimlerine haklılık kazandırmamaktadır.”

*kararlarının bağlayıcı olduğunu belirtmek suretiyle mezkur kararı hukuken desteklemediği halde, sanıkların tahliyesine karar vermiştir”.*⁶²

Bireysel başvuruyu benimseyen diğer ülkelerin uygulamalarında olduğu gibi ülkemizde de Dairenin “*süper temyiz merci*” eleştirisini temellendirmeye hizmet edecek mahiyette AYM kararları olabilir. Gerçekten de istisnai olarak bazı başvurularda AYM’nin derece mahkemelerinin takdir yetkilerine müdahale ettiği, adeta “*temyiz incelemesi*” yaptığı ileri sürülebilir. Dahası genellikle oyçokluğuyla verilen bu kararlara karşı yazılan muhalefet şerhlerinde de AYM’nin “*kanun yolu*” incelemesi yaptığı belirtilmek suretiyle çoğunluk görüşü eleştirilmektedir. Ancak bu tür kararlar AYM’nin yüksek mahkemeler üzerinde “*vesayet makamı*” olduğu eleştirisini haklılaştıracak sayıda ve mahiyette değildir. Daha önemlisi Dairenin “*uymama*” kararında söz konusu kararlardan değil, “*kanun yolu*” şikayetiyle ilgisi olmayan tutukluluğun hukukiliğine ve ifade özgürlüğüne ilişkin kararlardan örnekler verilmektedir.

Bu bağlamda “*uymama*” kararına konu olan *Can Atalay* başvurusunda da, yukarıda belirtildiği üzere, uyuşmazlığın kendisi anayasal hükümlerin yorumlanmasına ilişkindir. AYM, anayasal bir mesele olan yasama dokunulmazlığı konusunda derece mahkemelerinin ilgili anayasa hükümlerini yorumlaması ve uygulaması sonucu verdikleri kararın anayasayla uyumlu olup olmadığını, dolayısıyla bir ihlale yol açıp açmadığını değerlendirmiştir. Norm denetiminde ve bireysel başvuruda AYM’den beklenen, önündeki kuralı veya kararı inceleyerek bunların anayasal hükümlerle bağdaşıp bağdaşmadığını, bir anayasal hak veya özgürlüğü ihlal edip etmediğini denetlemektir. Anayasa’nın verdiği bu denetim yetkisi AYM’yi diğer mahkemeler üzerinde bir “*vesayet makamı*” haline getirmez.

Öte yandan ihlal kararına uyulmaması üzerine yapılan ikinci başvuru da AYM’nin ilk kez karşılaştığı bir hukuki durum ortaya çıkarmış değildir. Bu başvuruda da daha önceki kararlara atıfla ihlal kararlarının yerine getirilmemesi durumunda başvurucunun anayasal haklarının ihlal edileceğine bir kez daha dikkat çekilmiştir. Bununla birlikte, öncekilerden farklı olarak, bu kez bireysel başvuru hakkının da ihlal edildiğine karar verilmiştir. AYM, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasının kural olarak ihlalden önceki duruma dönülmesiyle mümkün olduğunu, bunun ve diğer giderimlerin sağlanması zorunluluğunun da “*doğrudan Anayasa’nın 148. maddesinde*

⁶² Yargıtay 3. Ceza Dairesi, s. 10.

*düzenlenen bireysel başvuru hakkının bir gereği” olarak ortaya çıktığını belirtmiştir.*⁶³

Buradan hareketle, ihlal kararının gereklerini yerine getirme konusunda mahkemelerin yükümlülüğünün “*Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarının uygunluğunu veya yerindeliliğini sorgulamak değil ihlalin sonuçlarını gidermek üzere ilgili usul hukukunun imkân ve gereklilikleri çerçevesinde yargısal işlemlere başlamak*” olduğu ifade edilmiştir.⁶⁴ Başvuruya konu kararlarda bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, Anayasa’da yer alan “*bireysel başvuru hakkına ilişkin tüm güvenceleri anlamsız ve işlevsiz hâle getirmiştir*”.⁶⁵

Kararlarının bağlayıcılığı konusunda da AYM, önceki başvurulara atıfla, Anayasa’nın 153. maddesi hükmünün temel hak ve özgürlüklere yönelik “*ek güvence*”⁶⁶ teşkil ettiğini ve somut olayda giderimin sağlanmayarak ihlal kararının uygulanmamasının bu açık anayasa hükmüne aykırı olduğunu belirtmiştir.⁶⁷ AYM, ihlal kararlarının uygulanmamasının başta hukukun üstünlüğü ilkesi olmak üzere anayasal düzenin üzerine bina edildiği temel anayasal ilkeleri ve kuralları zedelediğini, Anayasa’nın 153. maddesine rağmen bu kararların uygulanmamasına dair kararların “*anayasal meşruiyetine gölge düşürdüğü*”nü, daha önemlisi anayasal düzenin temeli olan “*Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü*” ilkesini işlevsiz hale getirdiğini bir kez daha vurgulamıştır.⁶⁸

Bu kararın belki de en dikkat çekici yönlerinden biri, Yargıtayın ihlal kararına “*uyulmaması*” kararının “*ayrıkısı*” olduğuna, bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığına dair yüksek yargının “*müstakar kararları*” gözetildiğinde “*Türk hukukunda bu konuda bir uygulama sorununun da bulunmadığı*”na dair tespitlerdir.⁶⁹ AYM bu noktada yüksek mahkeme

⁶³ Şerafettin Can Atalay (3) [GK], § 44.

⁶⁴ Şerafettin Can Atalay (3) [GK], § 46, 66; Kadri Enis Berberoğlu (3), § 98; Wikimedia Foundation Inc. ve diğerleri [GK], B. No: 2017/22355, 26/12/2019, § 102; Mehmet Doğan [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, § 58, 59; Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019, § 57.

⁶⁵ Şerafettin Can Atalay (3) [GK], § 71.

⁶⁶ Şerafettin Can Atalay (3) [GK], § 49; Kadri Enis Berberoğlu (2), § 68, 69; Kadri Enis Berberoğlu (3), § 79, 80; Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri, B. No: 2016/54096, 30/6/2021, §§ 71, 72.

⁶⁷ Şerafettin Can Atalay (3) [GK], § 49.

⁶⁸ Şerafettin Can Atalay (3) [GK], § 59-62.

⁶⁹ Şerafettin Can Atalay (3) [GK], § 64-65.

kararlarına, özellikle de Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ve Yargıtay 3. Ceza Dairesinin başvuruya konu anayasal meseleyle ilgili olarak bireysel başvuruda verilen kararların bağlayıcı olduğuna dair kararlarına atıf yapmıştır.⁷⁰

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26/10/2022 tarihli kararında, dokunulmazlığın istisnasını teşkil eden “*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*” ibaresine ilişkin AYM içtihadını dikkate alarak, yargılama devam ederken milletvekili seçilen bir sanığın talepte bulunmasına karşın dokunulmazlığı ile ilgili herhangi bir değerlendirme yapılmadan yargılamaya devam edilemeyeceğini belirtmiş ve aksi yöndeki mahkeme kararını bozmuştur. Ceza Genel Kurulu, bu davada 2015 yılında verdiği karara atıfla, AYM’nin bireysel başvuru kararlarının -diğer kararları gibi- yasama, yürütme ve yargı organlarını bağladığını, emsal niteliğindeki bu kararlar karşısında mevcut içtihatların gözden geçirilmesi gerektiğini, zira “*Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve içtihadı anlamda yol gösterici niteliği[nin] tartışmasız*” olduğunu belirtmiştir.⁷¹

Yargıtay 3. Ceza Dairesi de somut başvurulara konu ilk karardan kısa bir süre önce verdiği kararda AYM’nin bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığını vurgulamıştır. Daire, bu kararda öncelikle AİHM’in Anayasa’nın 153. maddesinin altıncı fıkrası kapsamında bireysel başvuru kararlarına uyma konusunun “*sorgulanmaması gerektiği ve bu mahkemenin [AYM’nin] ihlâl kararlarının etkin bir şekilde uygulanmasından şüphe duyulmasına yer olmadığı kanaatine varmış*” olduğunu hatırlatmıştır. “*Aslolanın haksız-ölçüsüz bir müdahaleye maruz bırakılan temel hakkın bir an önce teslimi olduğu*” tespitinden hareketle Daire, şu sonuca ulaşmıştır: “*Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ‘Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar’ ibaresinin kapsamının, Anayasa Mahkemesinin Daireyi de bağlayan kararları doğrultusunda yorumlanması ve belirlenmesi gerekmektedir*”.⁷²

Belirtmek gerekir ki yasama dokunulmazlığını düzenleyen anayasal hükümlere ilişkin olarak AYM ile Yargıtay arasındaki yorum farkı ilk kez Anayasa’nın 14. maddesinin yorumu konusunda ortaya çıkmış değildir. Daha önce de genel dokunulmazlık hükmüne belli dosyalar bakımından “*Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz*” şeklinde istisna getiren Anayasa’nın geçici 20. maddesinin

⁷⁰ Şerafettin Can Atalay (3) [GK], § 64-67, 24-28.

⁷¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2020/16-462, K. 2022/671, 26/10/2022.

⁷² Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2023/3102, K. 2023/966, 4/4/2023.

milletvekillerinin yeniden seçilmeleri durumunda da geçerli olup olmadığı hususunda görüş ayrılığı yaşanmıştır. AYM, yeniden seçilen milletvekilinin dokunulmazlığının geçici 20. madde kapsamında sınırlandırıldığı şeklindeki bir yorum ve uygulama nedeniyle başvurunun seçme ve seçilme hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷³ Uyuşmazlığa neden olan anayasal hükmü Yargıtayın ilgili dairesinden farklı şekilde yorumlayan AYM, “*Anayasa’nın geçici 20. maddesi ile getirilen istisna hükmünün yeniden milletvekili seçilen başvuru hakkında uygulanması mümkün değildir*” sonucuna ulaşmıştır.⁷⁴

Bu karardan sonra Yargıtay 3. Ceza Dairesi, geçici 20. madde kapsamında kalmadığı için dokunulmazlığının devam ettiği gerekçesiyle sanık hakkında durma kararı verilen bir davada kanun yararına bozma talebini incelemiş ve AYM’nin söz konusu kararına atıf yapmak suretiyle bu talebi reddetmiştir. Daire kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir: “*Anayasanın geçici 20. maddesinin, Anayasa Mahkemesinin Daireyi de bağlayan kararı doğrultusunda yorumlanması ve anlaşılması gerektiğinden; Anayasanın geçici 20. maddesi ile getirilen istisna hükmünün, yeniden milletvekili seçilen sanık hakkında uygulanması mümkün değildir.*”⁷⁵

Esasen gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun gerekse Yargıtay 3. Ceza Dairesinin bu kararlarda benimsedikleri yaklaşım ve ulaştıkları sonuç *anayasanın üstünlüğü* ilkesinin bir gereğidir. Gerçekten de hiçbir anayasal düzenleme olmasa bile tek başına anayasanın üstünlüğü ilkesi, yüksek yargının atıf yapılan kararlarında ulaşılan sonuçların dışında bir sonuca ulaşmayı mümkün kılmamaktadır.

Dahası Yargıtayın bu kararlarında bireysel başvuruda verilen ihlal kararlarının objektif etkisinin kabul edildiği görülmektedir. Objektif etki bireysel başvuru kararlarında anayasal hak veya özgürlüklerin kapsamına ve sınırlarına ilişkin yapılan tespit ve değerlendirmelerin “*benzer durumda olanlar yönünden*” de sonuç doğurmasını gerektirmektedir.⁷⁶ Bu bağlamda derece mahkemelerinin ve Yargıtayın dokunulmazlığın istisnaları konusunda AYM’nin yorum ve değerlendirmelerini benzer durumda olanlara uygulamaları, özelde objektif etkinin yaygınlaşması genelde de bireysel

⁷³ Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK], § 94, 126.

⁷⁴ Kadri Enis Berberoğlu (2) [GK], § 93.

⁷⁵ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2021/7929, K.2021/9940, 4/11/2021.

⁷⁶ İbrahim Er ve diğerleri [GK], B. No: 2019/33281, 26/1/2023, § 52; K.V. [GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016, § 53.

başvurunun etkili bir hak arama yolu olarak devam etmesi bakımından son derece önemli katkılardır.

Bununla birlikte AYM’nin ikinci ihlal kararından sonra da önceki ihlal kararı sonucunda yaşananlar tekrarlanmıştır. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinin dosyayı bir kez daha kendisine gönderdiği Yargıtay 3. Ceza Dairesi, AYM’nin ihlal kararlarına “*UYULMASINA YER OLMADIĞINA*” ve “*kararın bir örneğinin gereğinin takdir ve ifası için TBMM Başkanlığı’na tekrar GÖNDERİLMESİNE*” oybirliğiyle karar vermiştir.⁷⁷

Yargıtay 3. Ceza Dairesinin ikinci “*uymama*” kararındaki bir husus bireysel başvurunun geleceği bakımından oldukça önemlidir. Daireye göre “*Yargıtay, Anayasa Mahkemesi gibi yüksek mahkeme konumunda bulunduğu ve Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay arasında astlık üstlük ilişkisi mevcut olmadığından, önüne gelen ihlal kararının hukuki değerden yoksun olup olmadığı ve Anayasa Mahkemesi’nin yasal yetkilerini aşacak şekilde karar verip vermediği hususlarını denetleyerek, Anayasa’nın 153. Maddesi kapsamında uygulanması gereken bir karar olup olmadığına karar verebilir.*”⁷⁸

Evvela diğer yüksek mahkeme kararları dikkate alındığında bir “*istisna*” teşkil eden bu görüşün herhangi bir anayasal ve yasal dayanağı yoktur, bir hukuk devletinde olamaz da. İkincisi Yargıtayın AYM gibi bir yüksek mahkeme olması ona veya diğer yüksek mahkemelere Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarını anayasaya uygunluk bakımından denetleme yetkisi vermez. Nitekim AYM kararlarında vurgulandığı üzere “*Anayasa’nın 153. maddesinin son fıkrasında Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma ve bu kararları değiştirmeksizin yerine getirme hususunda yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarına herhangi bir takdir yetkisi tanınmamış veya bu konuda bir istisnaya yer verilmemiştir.*”⁷⁹

Kaldı ki böyle bir yetki verilecekse bunun yüksek mahkemelerle sınırlandırılmasının da bir mantığı yoktur. Bu görüş kabul edildiği takdirde tüm yargısal mercilerin hatta idari mercilerin ihlal kararlarını AYM’nin yasal yetkilerini aşarak verdiği bir karar olup olmadığı yönünden denetleme

⁷⁷ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2023/12611, D. İş Karar No: 2024/1, 03/1/2024, s. 36-37.

⁷⁸ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2024/1, s. 15. Daire, kararın ilerleyen kısmında da “*bir yüksek mahkeme olarak Yargıtay[in], Anayasa Mahkemesi’nin anılan ihlal kararının hukuki değerden yoksun olup olmadığı yönünden değerlendirme yapma konusunda da yetkili ve görevli*” olduğunu belirtmiştir (s. 32).

⁷⁹ Bkz. Kadri Enis Berberoğlu (3), § 102; Şerafettin Can Atalay (3) [GK], § 56.

yetkisine sahip olması gerekir. Aksi takdirde diğer mahkemeler ve idari makamlar yüksek mahkemelerin sahip olduğu “*önüne gelen ihlal kararının hukuki değerden yoksun olup olmadığı*”nı değerlendirme hakkından mahrum kalacaktır. Böyle bir yola girildiğinde bu yolun bizi götüreceği yerin kaos ve kargaşa olduğu açıktır.

Üçüncüsü AYM’nin ihlal kararlarının Anayasa’nın 153. maddesi kapsamında uygulanması gereken bir karar olup olmadığı yönünden denetlenmesi yetkisinin bu kararları uygulaması gereken mercilere verilmesi düşünülemez. Bu yaklaşım Yargıtay dahil tüm anayasal kurumların kararlarının sorgulanması sonucunu doğurur. Aynı bakış açısıyla Anayasa’nın 138. maddesinin son fıkrasında yer alan “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*” şeklindeki hüküm de işlevsiz kılınabilecektir. Sözgelimi mahkeme kararlarını uygulamak zorunda olan anayasal organlar ile idare, mahkemelerin yasal yetkisini aşıp aşmadığını denetlemek suretiyle kararın 138. madde kapsamında uygulanması gereken bir karar olup olmadığını değerlendirme yoluna gidebilirler. Bunu kamu gücü kullanan organları yetkilendiren anayasal hükümlerin bağlayıcılığını kapsayacak şekilde genişletmek mümkündür. Böyle bir durumda bağlayıcılığın tamamen işlevsiz hale geleceği ve sonuçta ortada bir hukuk düzeninin kalmayacağı her türlü izahtan varestedir.

Son olarak Yargıtay 3. Ceza Dairesinin anılan görüşü bireysel başvuru yolunun etkili bir hak arama yolu olduğu yönündeki yerleşik kabulün de sorgulanması sonucunu doğurabilir. Nitekim Yargıtayın yukarıda aktardığımız kararlarında da dikkat çekildiği üzere AİHM, Türkiye’de bireysel başvurunun etkili mekanizma olduğunu, dolayısıyla tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu teşkil ettiğini kabul ederken, AYM’nin “*ihlâl kararlarının etkin bir şekilde uygulanmasından şüphe duyulmasına yer olmadığı kanaatine*” dayanmıştır.⁸⁰

2. Kanundan Kaynaklanan İhlal ve AYM-Yasama İlişkisi

İhlal kararlarının etkili icrası konusunda bireysel başvuruyu ihdas eden anayasa ve yasa koyucuya da önemli görevler düşmektedir. Bu nedenle,

⁸⁰ Mehmet Hasan Altan/Türkiye, § 132. Aynı yönde bkz. Koçintar/Türkiye (k.k.), B. No: 77429/12, 01/07/2014, § 43; Hasan Uzun/Türkiye (k.k.), B. No: 10755/13, 30 Nisan 2013, § 66.

AYM’nin ihlal kararları karşısında parlamentonun tutumuna da kısaca değinmekte fayda vardır. Burada sorulması gereken soru şudur: “*Yasama organı hak ihlalinin kanundan veya bir kanunun bulunmamasından kaynaklandığı durumlarda harekete geçip gerekli düzenlemeleri ne derece yapmaktadır?*”

Bu soruyu cevaplamaya yasama dokunulmazlığına dair bireysel başvuru kararlarında verilen ihlal kararlarından sonra Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) nasıl bir yol izlediğine bakarak başlanabilir. Böylece yakın zamandan geriye doğru giderek parlamentonun bireysel başvuru kapsamındaki tavrını görme imkânı olabilir.

2021 yılında verilen *Ömer Faruk Gergerlioğlu* kararında, Anayasa’nın 83. maddesinde düzenlenen yasama dokunulmazlığına istisna teşkil eden “*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*” ibaresinin kanunilik şartını sağlamadığı, istisna kapsamında olan suçlar ile bunların soruşturulması ve kovuşturulmasında geçerli olacak usul ve esas güvencelerini belirleme yetkisinin parlamentoya ait olduğu belirtilmiş ve “*bu konudaki anayasal ve yasal belirsizliği ortaya koyması nedeniyle kararın bir örneğinin bilgi için yasama organına gönderilmesi*”ne karar verilmiştir.⁸¹ Aynı şekilde 2023 yılının sonunda karara bağlanan *Can Atalay (3)* başvurusunda ihlal kararının bir örneği “*bilgi için ve ilgileri nedeniyle*” TBMM’ye gönderilmiştir.⁸²

Yasama organının bu ihlalleri önleyecek tedbirler almak yerine AYM kararlarının uygulanmaması yönündeki yargısal tavırları desteklemek anlamına gelebilecek bir tutum içine girdiği görülmektedir. Nitekim başvuruçunun milletvekilliğinin düşürülmesine dair işleme karşı yapılan başvurularla ilgili AYM’nin verdiği kararlarda bu süreçte yaşanan anayasaya aykırılıklar ve bu konuda yasama organının yükümlülüğü ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Bu kararlarda öncelikle bir kuralın ya da işlemin AYM tarafından incelenebilmesi için söz konusu kural ya da işlemin “*denetlenebilir*” olması gerektiği, bu anlamda Anayasa’nın 84. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “*bir milletvekilliğinin düşmesi işleminin varlığından söz edilebilmesi için kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararının bulunması[nın] zorunlu*” olduğu

⁸¹ *Ömer Faruk Gergerlioğlu* [GK], § 201.

⁸² *Şerafettin Can Atalay (3)* [GK], § 78. İhlalin bir kanundan değil kanunun bulunmamasından kaynaklanması nedeniyle yasama organına çağrı yapılan nispeten yakın tarihli bir karar için bkz. *Caner Şafak* [GK], B. No: 2024/41763, 8/7/2025, § 79-80.

belirtilmiştir.⁸³ AYM bu hususu değerlendirirken başvuruyla ilgili daha önce verdiği hak ihlali kararlarına ve bunların sonuçlarına dikkat çekmiştir.⁸⁴

Diğer yandan AYM sadece mahkemelerin değil “*ihlal sonucunun oluşmasına yol açan veya ihlalin giderilmesi sürecinde etkin konumda bulunan diğer kamu otoriteleri[nin] de ihlal kararının gereğini yerine getirmek, ihlali gidermek ve ihlalin sürmesini önlemekle yükümlü*” olduklarını, bu kapsamda ihlal kararının yasama organını da bağladığını ve onu “*ihlalin giderim sürecinin bir parçası*” haline getirdiğini belirtmiştir.⁸⁵ AYM’ye göre yargı mercilerinin ihlal kararını uygulamamış olmaları, bu anayasal gereklilik ve gerçekliği değiştirmemektedir. Dolayısıyla bu gerçeklik karşısında “*kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararının varlığını sürdürdüğünün kabulü mümkün değildir*”.⁸⁶

Bu açıklamaların ardından yasama organında başvurunun milletvekilliğinin düşmesine yönelik tesis edilen işlemin *de facto* bir durum oluşturduğu ve *hukuken* var olmayan işlem ile ilgili herhangi bir talebin incelenmesinin mümkün olmadığı belirtilerek iptal talepleri hakkında “*karar verilmesine yer olmadığına*” hükmedilmiştir.⁸⁷

Tüm bu kararlara rağmen gelineen noktada yasama dokunulmazlığının istisnaları konusunda tespit edilen yasal belirsizlik ortadan kaldırılmış, bundan sonra da yaşanabilecek yeni hak ihlallerinin engellenmesi için gerekli yasal tedbirler alınmamıştır. Dokunulmazlık meselesinden farklı olarak ihlalin mevcut bir kanundan kaynaklandığı, dolayısıyla giderimin ihlale yol açan kanun hükmünün kaldırılmasını yahut değiştirilmesini gerektirdiği durumlarda da gerekli adımların tam olarak atıldığı söylenemez.

Bireysel başvuruda 2019 yılından itibaren kanundan kaynaklanan ihlallerde ihlale neden olan kanunun kaldırılması veya değiştirilmesi için,

⁸³ AYM, E. 2024/45, K. 2024/61, 22/02/2024, § 7, 8; AYM, E. 2024/43, K. 2024/65, 22/2/2024, § 7, 8.

⁸⁴ AYM, E. 2024/45, K. 2024/61, 22/02/2024, § 22; AYM, E. 2024/43, K. 2024/65, 22/2/2024, § 22.

⁸⁵ AYM, E. 2024/45, K. 2024/61, 22/02/2024, § 22, 23; AYM, E. 2024/43, K. 2024/65, 22/2/2024, § 22, 23.

⁸⁶ AYM, E. 2024/45, K. 2024/61, 22/02/2024, § 24; AYM, E. 2024/43, K. 2024/65, 22/2/2024, § 24.

⁸⁷ AYM, E. 2024/45, K. 2024/61, 22/02/2024, § 26, 31, 32; AYM, E. 2024/43, K. 2024/65, 22/2/2024, § 26, 31-32.

yaygın ifadesiyle, “*TBMM’ye çağrı*”da bulunmaktadır.⁸⁸ Bu kararlardan ilki *Y.T.* başvurusunda pilot karar usulüyle verilmiştir. Bu başvuruda başvuruçunun dava sürecinde sınır dışı edilme riskini ortadan kaldıran yasal bir güvenceye sahip olmaması nedeniyle Anayasa’nın 17. maddesiyle bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine, ihlalin kanundan kaynaklandığına ve bu nedenle -diğer giderimler yanında- yapısal sorunun çözümü için *keyfiyetin yasama organına bildirilmesine* karar verilmiştir.⁸⁹

TBMM bu çağrıya olumlu cevap vermiş, 06.12.2019 tarihli ve 7196 sayılı Kanun’la gerekli değişikliği yapmak suretiyle istisnasız tüm yabancılar için yargılama sürecinde sınır dışı edilmeme güvencesini sağlamıştır. Yasama organının özellikle yeni ihlalleri önlemeye yönelik bu tavrı kanundan kaynaklanan ihlallerin giderimi bakımından iyimser bir beklenti oluşturmuştur. Ne var ki bir süre sonra bu iyimserlik yerini karamsarlığa bırakmış, TBMM birkaç istisna dışında ihlalin kaynağı olarak tespit edilen yasal hükümleri kaldırma/değiştirme yoluna gitmemiştir.⁹⁰

AYM, *Hulusi Yılmaz* kararından itibaren kanundan kaynaklanan ihlal kararlarında da yeniden yargılama yapılmasına karar vermeye başlamıştır. Bu kararlarda yeniden yargılama yapacak mahkemenin önünde iki seçenek olduğu belirtilmiştir. Bunlardan birincisi Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince temel haklara ilişkin uluslararası andlaşma hükümlerinin

⁸⁸ Kanundan kaynaklanan ihlal kararlarının örnekleri için bkz. *Y.T.* [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019; *Süleyman Başmeydan* [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019; *Sabri Uhrağ* [GK], B. No: 2017/34596, 29/12/2020; *Bedrettin Morina* [GK], B. No: 2017/40089, 5/3/2020; *Süleyman Kurtel* [GK], B. No: 2016/1808, 22/1/2021; *Hamit Yakut* [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021; *Malaklar İnşaat Taahhüt Gıda Maden Sanayi ve Ticaret A.Ş. (2)*, B. No: 2018/3296, 30/6/2021; *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021; *Atilla Yazar ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022; *Nevriye Kuruç* [GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022.

⁸⁹ *Y.T.* [GK], § 62, 76.

⁹⁰ AYM Üyesi Yusuf Şevki Hakyemez, yakın tarihli bir karşıoy yazısında 31.07.2025 tarihine kadar AYM’nin 25 ihlal kararında yasama organına çağrıda bulunduğu, ancak bunların sadece dördünde ihlale neden olan kanun hükümlerinde değişiklik yapıldığına dikkat çekmiştir. Bkz. *İsmail Yiğit* [GK], B. No: 2021/57086, 31/7/2025. “Karşıoy Gerekçesi”, § 39. Esasen parlamentonun bu yaklaşımının norm denetimiyle uyumlu olduğu, AYM’nin iptalin yürürlüğü için süre verdiği kararlar sonucunda da yasama organının verilen süre içinde genellikle yeni düzenlemeler yapma eğiliminde olmadığı bilinmektedir. Bu konuda bkz. Ömer Anayurt, “İptal Kararlarının Yürürlüğünün Ertelenmesi Amaca Uygun İşlemekte Midir?”, E. Yıldırım, Y.Ş. Hakyemez, M. Şen ve Ö. Gedik (Ed.), *Prof. Dr. Zühtü Arslan’a Armağan*, Cilt II, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2024): 1113-1142, s. 1137-1139.

esas alınması, ikincisi de Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca ihlale neden olan kanun hükmünün somut norm denetimi yoluyla AYM'nin önüne taşınmasıdır. AYM'ye göre ikincisi “*başvuruya konu olayın koşulları dikkate alındığında daha doğru bir yol olarak ortaya çıkmaktadır.*”⁹¹ Nitekim yargı organlarına çağrılardan sonra yapılan itiraz başvuruları sonucunda daha önce ihlale neden olduğu tespit edilen yasal hükümler iptal edilmiştir.⁹²

III. BİREYSEL BAŞVURUNUN GELECEĞİ

Bireysel başvurunun etkili bir hak arama yolu olarak geleceğe aktarılmasının birbiriyle bağlantılı üç şartın gerçekleşmesine bağlı olduğu söylenebilir. Birincisi bu kurumun *gerekliliği* konusunda bir toplumsal ve siyasal mutabakat bulunmalıdır. Siyasal ve yargısal kurumların zaman zaman bireysel başvurunun etkili bir hak arama yolu olarak devam etmesini olumsuz yönde etkileyen bir tutum içine girdikleri bilinmektedir. Ancak bu durum söz konusu kurumların bireysel başvurunun gerekli olmadığını düşündükleri anlamına gelmeyebilir. Bilakis bireysel başvurunun yargı alanında yapılan en önemli reformlardan biri olduğuna ve AİHM tarafından ülke aleyhine verilen ihlal kararlarının daha da azaltılacağına dair kamuoyuna yapılan resmî açıklamalardan bireysel başvuru kurumunun devamına dair bir siyasi iradenin mevcut olduğu anlaşılmaktadır.⁹³ Kaldı ki toplumun bir kazanım olarak gördüğü ve halk oylaması sonucu kabul ettiği bireysel başvuru hakkından kolay vazgeçmek istemeyeceği de tahmin edilebilir.

Bireysel başvurunun geleceği bakımından elzem olan ikinci şart, bu kurumla ilgili gerekli anayasal ve yasal değişikliklerin yapılması ve kurumlararası diyalogun geliştirilmesidir. Bu noktada ilk olarak bireysel başvuruda baştan itibaren önemli bir sorun teşkil eden iş yükünün hafifletilmesine yönelik bazı yasal değişikliklerin yapılması düşünülebilir. İş yükü sorununun orta ve uzun vadede çözülmesi elbette ihlal kaynaklarının kurutulmasına bağlıdır. Bilhassa ihlal kararlarının objektif etkisinin idari

⁹¹ Hulusi Yılmaz [GK], B. No: 2017/17428, 1/12/2022, § 66-67. Aynı yönde bkz. Mohammad Atamleh [GK], B. No: 2020/9691, 29/2/2024, § 65.

⁹² Örneğin bkz. AYM, E. 2023/117, K. 2023/121, 13/7/2023; E. 2023/132, K. 2023/183, 26/10/2023; E. 2024/169, K.2025/72, 6/3/2025; E. 2023/168, K. 2025/132. 17/6/2025.

⁹³ Bu konuda Cumhurbaşkanı'nın kısa bir süre önce yaptığı şu açıklama önemlidir: “*İhlal kararlarına ilişkin oranlarda da yüzde 1,09 ile konsey üyeleri ülkelerde ortalama ihlal oranından daha düşük bir seviyededeyiz, inşallah bunu daha da aşağıya çekeceğiz*”, <https://www.tccb.gov.tr/konusmalar/353/163501/kabine-toplantisi-nin-ardindan-yaptiklari-konusma>, erişim: 18.12.2025.

makamlar ve yargı organları tarafından kabul edilmesi aynı mahiyetteki şikayetlerin bireysel başvuruya konu olmasını büyük ölçüde önleyecektir.

Bununla birlikte İspanya Anayasa Mahkemesi Kanunu’nda 2007 yılında yapılan değişikliğe benzer şekilde AYM’nin anayasal öneme sahip olmayan veya sahip olduğu gösterilemeyen başvurulara bakmamasını sağlayacak bir yasal değişiklik yapılabilir.⁹⁴ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un mevcut halinde “*anayasal önem ve kişisel zarar*” şartlarının birlikte gerçekleşmesi öngörülmüştür (m. 48/2). Bu da anayasal önemi olmayan birçok başvurunun diğer şarttan dolayı kabul edilemez olarak ilan edilmesini engellemektedir.

Daha önemlisi ihlalin giderimi konusunda da anayasal/yasal değişikliklere ihtiyaç bulunmaktadır. Bu konuda karşılaştırmalı hukukta benimsenen standartlardan, bilhassa da bireysel başvuruyu daha uzun süredir uygulayan Almanya ve İspanya tecrübesinden yararlanılabilir. Bu iki ülkede anayasa mahkemelerinin bireysel başvuruda ihlalin kaynağını doğrudan ortadan kaldırma yetkisini haiz oldukları görülmektedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu’na göre bir yargı kararına karşı yapılan anayasa şikayeti haklı bulunduğu Mahkeme, bu kararı “*bozar*” veya yeniden yargılama yapılması için ilgili mahkemesine gönderir (m. 95/2). Şayet ihlal yargı kararından değil de kanundan kaynaklanmışsa ya da kanuna karşı yapılan anayasa şikayeti haklı bulunmuşsa Anayasa Mahkemesi bu kanunu iptal eder (m. 95/3). İspanya Anayasa Mahkemesi Kanunu uyarınca da ihlale neden olan “*karar, işlem veya tasarrufun hükümsüz*” olduğuna karar verilebilmektedir (m. 55/1/a). İhlalin kanundan kaynaklanması durumunda ise somut norm denetimi yolu işletilmek suretiyle anayasal hak veya özgürlüğü ihlal eden kanun hükmü iptal edilebilmektedir (m. 55/2).

Esasen giderime dair bu düzenlemeler bireysel başvurunun ve bu yolla yapılan anayasallık denetiminin dayandığı mantığı yansıtmaktadır. Buna göre anayasal bir hakkı veya özgürlüğü ihlal ettiğine, dolayısıyla anayasaya aykırı olduğuna karar verilmiş olan bir kararın veya kuralın hukuk aleminden kaldırılması gerekir. Bu durum anayasanın üstünlüğü ilkesinin zorunlu sonucudur. Söz konusu aykırılığın giderilmesi, ilkesel olarak başka bir

⁹⁴ İspanya’da 2007 yılında yapılan değişiklikle getirilen “*özel anayasal önem*” kriteri ve İspanya Anayasa Mahkemesi tarafından uygulanması konusunda bkz. Zelal Pelin Doğan, “İspanya Anayasa Mahkemesine Amparo Başvurusunda Özel Anayasal Önem Kriteri”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 39, Sayı: 1 (2022): 93–146.

kuruma özellikle de anayasaya aykırı kararı veren veya kuralı ihdas eden organa bırakılmamalıdır.

Nitekim Türkiye’de de hükümetin teklif ettiği ve 6216 sayılı Kanun olarak yasalaşan tasarının ilk halinde giderim konusunun Almanya ve İspanya uygulamasına benzer şekilde düzenlendiğini, ancak yasama sürecinde bunların tasarıdan çıkarıldığını veya değiştirildiğini hatırlamak gerekir.⁹⁵ Bireysel başvurunun iyi uygulama örneklerinden hareketle önerilen ve bu kurumun kendisinden beklendiği gibi etkili bir hak arama yolu olması için gerekli görülen düzenlemelerin yasama sürecinde tasarıdan çıkarılması isabetli olmamıştır.

Bununla birlikte TBMM’de kurulan “*Millî Dayanışma, Kardeşlik ve Demokrasi Komisyonu*” tarafından hazırlanan 18 Şubat 2026 tarihli rapor, bireysel başvurunun geleceğini de ilgilendiren değerlendirmeler içermektedir. Bu kapsamda rapor, öncelikle Anayasa’ya göre AYM kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını bağladığı hususunda herhangi bir tereddüt bulunmadığını, “*Türkiye Cumhuriyeti’nin hukuk devleti olma niteliğini perçinleme hususunda AİHM ve AYM kararlarına eksiksiz uyulmasının*” önemli olduğunu belirtmektedir.⁹⁶ Raporda, bu mahkemelerin kararlarına “eksiksiz” uyulmasını sağlamaya yönelik olarak iki temel öneri bulunmaktadır. Birincisi “*eksiksiz uyumu temin edecek mevcut mekanizmalar güçlendirilmeli; ayrıca etkili yeni mekanizmalar oluşturulmalıdır*”. İkincisi “*uyumun sağlanması çerçevesinde, idarenin işlemlerinden ve yargının işleyişinden kaynaklanan engellerin kaldırılması önerilmektedir*.”⁹⁷

Öte yandan bireysel başvurunun geleceğine yönelik atılacak adımlar kapsamında, diğer ülkelerde olduğu gibi, AYM ile diğer kurumlar arasında baştan itibaren var olan diyalogun daha da geliştirilmesi gerektiği izahtan varestedir. AYM’nin bireysel başvuruya ilişkin kamuoyuna da yansıyan etkinliklerinden, bu kurumun etkili bir şekilde uygulanmasının önemli ölçüde

⁹⁵ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993), *TBMM* (Sıra Sayısı: 696), Dönem: 23 Yasama Yılı: 5, s. 20. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c097/tbmm23097080ss0696.pdf>, erişim: 27.12.2025; *TBMM Tutanak Dergisi*, Dönem: 23, Cilt: 97, Yasama Yılı: 5, Birleşim: 82, Oturum: 5, 24.03.2011, s. 535. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c097/tbmm23097082.pdf>, erişim: 28.12.2025.

⁹⁶ *TBMM Millî Dayanışma, Kardeşlik ve Demokrasi Komisyonu Raporu*, 18.02.2026, s. 42. https://www.tbmm.gov.tr/Files/Komisyonlar/MilliDayanismaKardeslikDemokrasiKomisyonu/Komisyon_Raporu.pdf, erişim: 21.02.2026.

⁹⁷ *Ibid.*, s. 42.

diğer yüksek yargı kurumlarıyla diyaloga ve tecrübe paylaşımına bağlı olduğunu düşündüğü anlaşılmaktadır. Bu kapsamda yargı mensuplarının katılımıyla bireysel başvuru kararlarının değerlendirildiği bölgesel toplantılarda, yüksek yargının temsilcilerinin sunumlarında ihlal kararlarının sadece başvurucuyu ilgilendiren subjektif etkisinin değil, bunun ötesinde objektif etkisinin de tanınması gerektiğini yargı kararlarından örneklerle anlattıkları bilinmektedir.

Bu toplantıların devamı niteliğinde olan 20 Ekim 2025 tarihinde Diyarbakır’da gerçekleştirilen bölge toplantısında yapılan konuşmalar başında geniş yankı bulmuştur. Toplantının açılışında yaptığı konuşmada Yargıtay Birinci Başkanı, *“Anayasa Mahkememiz bir ihlal kararı verdiği zaman tüm kurumların, tüm yargı organlarının, hepimizin buna uyması ve gereğini yerine getirmesi gerekir.”*⁹⁸ Aslında bir anayasal hükmün ifadesi, bu anlamda malumun ilamı şeklindeki bu ifadeler bile kamuoyunda oldukça olumlu karşılanmıştır.

Bireysel başvurunun bekası için gerekli üçüncü şart ise kültürelidir. Bu bağlamda adalet, hürriyet, güçler ayrılığı, anayasaya saygı, hukukun ve anayasanın üstünlüğü gibi temel ilke ve değerleri içeren bir anayasal kültürün yerleşmesi ve gelişmesi gerekmektedir. Selçuklu’dan bugüne idarî ve yüz elli yıllık anayasacılık tecrübemizin bireysel başvurunun geleceği için gerekli anayasal kültürün inşası ve idamesi bakımından oldukça zengin bir malzeme içerdiği bilinmektedir.

Belirtmek gerekir ki kavramlar ve kurumlar zaman ve mekan içinde farklı biçimler kazanır. Kamu gücünden kaynaklanan temel hak ihlallerinin giderilmesi için yetkililere sözlü veya yazılı olarak *“şikâyet”*lerin iletilmesi, hemen her toplumda görülebilen oldukça eski bir uygulamadır. Bu bağlamda bizdeki bireysel başvuru kurumunun köklerini de Selçuklu ve Osmanlı’da uygulanan bireysel *“arz-ı hal”*lerde somutlaşan şikâyet hakkında bulmak mümkündür. Eski Türk ve İslam devletlerinde geniş bir uygulama alanı bulan ve siyasetnamelere de konu olan *“mezâlim”* (şikâyet) dinleme, zamanla kurumsallaşmış ve zulme uğradığını ileri sürenlerin şikâyetlerinden kaynaklanan davaları gören *“Divân-ı Mezâlim”* gibi kurumlar tarafından yerine getirilen bir görev haline gelmiştir.

⁹⁸ Bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/adli-ve-idari-yargida-bireysel-basvuru-ihlal-kararlari-ve-ihlalin-sonuclarinin-ortadan-kaldirilmesi-konulu-bolge-toplantisi-diyarbakir-da-duzenlendi/>, erişim: 19.12.2025.

Bu kurumlar işlevsel oldukları dönemlerde hakların korunması bakımından önemli bir rol oynamıştır. Devvânî'ye göre “*mazlumlardan korunması ve zalimlerin zulmünü def etmek*” maksadıyla kurulmuş olan *Divân-ı Mezâlim* olmasaydı, “*Müslümanların pek çok hakları zayı olur*”du.⁹⁹ Esasen dini ne olursa olsun herkes mezalim mahkemelerine başvuruda bulunma hakkına sahip olduğundan, Müslüman olmayan azınlıklar da (*zimmîler*) bu mahkemeler önünde dava açmış ve gasp edilen haklarını almışlardır.¹⁰⁰

Aynı şekilde Osmanlı idaresinde önemli bir yeri olan “*Divân-ı Hümayûn'un ilk ve asli vazifesi*” halkın şikayetlerini dinlemektir.¹⁰¹ Kararları “*Osmanlı hukuk sistemi gereğince kanun sayılmış*” olan Divân -diğer görevleri yanında- bireysel şikayetleri de karara bağlayan bir yüksek mahkeme konumundaydı.¹⁰² Bu şikayetler üzerine divânlar tarafından verilen kararlarla çok sayıda mağduriyet giderilmiştir.

Diğer yandan bu topraklarda anayasa ve anayasal devlet fikrinin tohumlarını atanlardan biri olan Namık Kemal, daha ortada bir anayasa yokken, insanların hak ve hürriyetlerinin yönetenlerin bir lütfu değil, “*adl-i ilahî*” gibi ezeli olduğunu, fertlerinin kişisel ve siyasal haklara sahip olmadığı bir milletin hür olamayacağını ifade etmişti.¹⁰³ Namık Kemal'in izinden giden ve Türkiye’de siyasal ve anayasal kültürün şekillenmesinde önemli bir rol oynayan Ziya Gökalp ise henüz Cumhuriyet ilan edilmeden yazdığı bir makalede “*Türk demokrasisinin bütün mefkûrelerine tecelligâh*” olan Kanun-ı Esasî'nin (anayasa) mukaddes olduğunu, bu nedenle “*en büyük hürmet ve*

⁹⁹ Celâleddin Devvânî, *İslam Tarihinde Yüksek Yargı ve Denetim Kurumu: Divân-ı Mezâlim*, Çev. H. Habib, İstanbul: Marmara Üniversitesi İFAV Yayınları, 2022), s. 47, 71.

¹⁰⁰ Vecdî Akyüz, *İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim: Divân-ı Mezâlim*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi İFAV Yayınları, 1995), s. 156-157.

¹⁰¹ Halil İncalcık, “Adaletnameler”, *Belgeler*, Cilt II, 2. Baskı, Sayı 3-4 (1965), (Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1993): 49-142, s. 50.

¹⁰² Yusuf Halaçoğlu, *XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilâtı ve Sosyal Yapı*, 8. Baskı, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2021), s. 11: “*Osmanlı divânı, bugünkü anlamda Bakanlar Kurulu, Danıştay, Yargıtay, Anayasa Mahkemesi gibi devlet kurumlarının görevlerini yerine getiren önemli bir meclisti.*” Ayrıca bkz. Ahmet Mumcu, *Divân-ı Hümayun*, 5. Baskı, (Ankara: Phoenix Yayınları, 2020), s. 54, 68.

¹⁰³ Namık Kemal, “Al-hakku ya'lû ve-lâ yu'lâ aleyh”, *Hürriyet*, Sayı. 1, 29 Haziran 1868. *Sîrgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi*, 1. Cilt (1868-1869), Haz. A. E. Topal, (İstanbul: Vakıfbank Kültür Yayınları, 2018), s. 4.

itaat”in anayasaya gösterilmesi gerektiğini söylemişti.¹⁰⁴ Gökalp, bu hürmetin kanunların anayasaya uygun olmasıyla tezahür edeceğini, bu sebeple de anayasallık denetimiyle görevli bir “*Yüce Mahkeme*”nin kurulması gerektiğini savunmuştu.¹⁰⁵

Tevarüs ettiğimiz bu zengin tarihsel ve kültürel miras üzerine insanımızın anayasal hak ve özgürlüklerini koruyacak etkili bir bireysel başvuru mekanizması inşa etmek ve bunu gelecek nesillere aktarmak gerek yasama, yürütme ve yargı organlarının gerekse bu toplumun her ferdinin önemli bir vazifesidir.

SONUÇ YERİNE: SOKRATES’İN VASİYETİ

Bireysel başvurunun nispeten kısa sayılabilecek uygulaması, bu kurumun anayasa koyucunun amacına uygun olarak temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasına ve AYM’nin özgürlükçü bir yaklaşım benimsemesine hizmet ettiğini göstermektedir. Üstelik bireysel başvuru kurumu olağanüstü hadiselerin yaşandığı dönemlerden ve bunların beraberinde getirdiği zorlu sınamalardan geçerek uygulanmıştır.

Türk hukuk tarihinin en büyük kazanımlarından biri olan bireysel başvuru mekanizmasını etkili bir hak arama yolu olarak geleceğe taşımak için gerekli yasal değişikliklerin yapılması ve paydaşlar arasında yapıcı bir diyalogun geliştirilmesi kaçınılmaz hale gelmiştir. Bu noktada genel olarak mahkeme kararlarının, özellikle de bireysel başvuruda verilen ihlal kararlarının etkili icrasının hukuk devletinin bekası bakımından hayati önemi haiz olduğu belirtilmelidir.

Esasen bundan yaklaşık 2500 yıl önce Sokrates’in son sözleri bu hakikati tüm çıplaklığıyla ortaya koymuştur. Sokrates, baldıran zehiri içerek öldürülmesinden bir gün önce öğrencilerinden birisi (Kriton) tarafından ziyaret edilir. Kriton, onu hapishaneden kaçırarak ölümden kurtarabileceklerini söylediğinde, Sokrates, böyle bir durumda Yasalar ve Devletin “*dile gelip*” soracakları muhtemel sorulara ne cevap vereceklerini tartışmaya açar. Bu sorulardan biri mahkeme kararlarının uygulanmamasının devletin bekası üzerindeki etkisine yöneliktir. Kaçmaları durumunda içinde yaşadıkları

¹⁰⁴ Ziya Gökalp, “Yüce Mahkeme”, *Küçük Mecmua*, Sayı 27, 18 Kanun-ı Evvel 1338 (1922), Ziya Gökalp, *Küçük Mecmua*, Cilt III, Çeviriyazı: Ş. Filiz, (Antalya: Yeniden Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Yayınları, 2010), s. 81-82.

¹⁰⁵ *Ibid.*, s. 82.

devletin hukuk düzeni adına kendilerine şu sorunun sorulabileceğini söyler: “Hangi devlet ayakta kalabilir, orada yargı kararlarının hiçbir gücü kalmaz ve kişiler onları ayaklar altına alabilirse?”¹⁰⁶

Sokrates, yargı kararlarının uygulanmasını gerektiren yasayı savunanlara karşı verilecek “haklı” cevaplarının olup olmadığını da sorgular. “Biz buna karşılık, “Devlet bize haksızlık yaptı; davamızda yanlış karar verdi,” yanıtını mı veririz?” diye öğrencisine sorar. Sokrates’in haksız yere ölüme mahkûm edildiğini düşünen Kriton “Kuşkusuz böyle demeliyiz” diye cevap verir. Sokrates bu kez devletle yaptığı anlaşmayı ve ahde vefa ilkesini hatırlatır. “Peki, ya Yasalar şöyle deseydi bize: “Biz seninle böyle mi sözleştik Sokrates? Sen, Devlet’in aldığı kararlara uymayacak mıydın?”¹⁰⁷ Biçare ve mahzun öğrencisinin tereddütlerinin giderilmediğini düşünen Sokrates devam eder. Bu kez, “yurdun anadan, babadan ve bütün atalardan daha değerli, daha saygıdeğer, daha kutsal olduğunu”, insanların bir yurtta yaşamayı kabul etmekle onun kanunlarına uymayı taahhüt ettiklerini, bu nedenle sözlerinde durarak yurdun kanunlarına itaat etmelerinin ve mahkeme kararlarına uymalarının bir yurttaşlık görevi olduğunu uzun uzun anlatır.¹⁰⁸

Moral açıdan ölümcül ikna darbesini ise en sona saklamıştır. Henüz gün doğmadan ziyaretine gelen, yaşamını, öğrencilerini ve çocuklarını düşünerek zindandan kaçması gerektiğine kendisini ikna etmeye çalışan Kriton’a -aksini söylediği Yasalar’ın ağızından- son bir vasiyette bulunur: “Ne çocuklarını, ne yaşamını, ne de başka bir şeyi adaletin üstüne koyma ki, Hades’e [öbür dünyaya] indiğinde bunları söyleyip oranın yargıçıları önünde kendini savunabilesin.”¹⁰⁹

Sokrates, sonuçta “yasalara bağlı kalarak ölmeyi, yasaları çiğneyerek yaşamaya tercih etti”.¹¹⁰ Geride kalanlara da en değerli miras olarak “erdemli bir hayat”ın sırlarını bıraktı.

¹⁰⁶ Platon, *Kriton ya da Görev Üstüne*, Çev. S. Rifat, 5. Basım, (İstanbul: Can Yayınları, 2021), Bölüm XI, s. 32.

¹⁰⁷ *Ibid.*, Bölüm XI ve XII, s. 32, 33.

¹⁰⁸ *Ibid.*, Bölüm XII, XII, s. 34-36.

¹⁰⁹ *Ibid.*, Bölüm XVI, s. 38.

¹¹⁰ Ksenophon, *Sokrates’ten Anılar*, 2. Basım, Çev. C. Şentuna, (Ankara: Doğu Batı Yayınları, 2022), s. 132.

KAYNAKÇA

- AKYÜZ, Vecdi, *İslam Hukukunda Yüksek Yargı ve Denetim: Divan-ı Mezalim*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi İFAV Yayınları, 1995).
- ANAYURT, Ömer, “İptal Kararlarının Yürürlüğünün Ertelenmesi Amaca Uygun İşlemekte Midir?”, E. Yıldırım, Y.Ş. Hakyemez, M. Şen ve Ö. Gedik (Ed.), *Prof. Dr. Zühtü Arslan’a Armağan*, Cilt II, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2024): 1113-1142.
- ARSLAN, Zühtü, “Başörtüsü, AK Parti ve Laiklik: Anayasa Mahkemesinden İki Karar Bir Gerekçe”, *SETA Analiz*, Sayı 2 (Ocak 2009): 1-25.
- ARSLAN, Zühtü, “Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court”, *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, 11/1 (2002): 9-25.
- ARSLAN, Zühtü, “Yüzüncü Yılında Cumhuriyet’in Anayasal Kimliği ve Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 40, Sayı: 2, (2023): 1–23.
- ÇELİK, Abdullah, “Hukukun Anayasallaşması ve Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 40, Sayı: 1, (2023): 307-320.
- DEVVÂNÎ, Celâleddin, *İslam Tarihinde Yüksek Yargı ve Denetim Kurumu: Dîvânı-ı Mezâlim*, Çev. H. Habib, (İstanbul: Marmara Üniversitesi İFAV Yayınları, 2022).
- DOĞAN, Zelal Pelin, “İspanya Anayasa Mahkemesine Amparo Başvurusunda Özel Anayasal Önem Kriteri”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 39, Sayı: 1 (2022): 93–146.
- GARLICKI, Lech, “Constitutional Courts versus Supreme Courts”, *I•CON*, Vol. 5/1 (2007): 44–68.
- GÖKALP, Ziya, “Yüce Mahkeme”, *Küçük Mecmua*, Sayı 27, 18 Kanun-ı Evvel 1338 (1922), *Küçük Mecmua*, Cilt III, Çeviriyazı: Ş. Filiz, (Antalya: Yeniden Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Yayınları, 2010): 81-82.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, “Bireysel Başvuruda İkincilik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, *TBB Dergisi*, Sayı: 135 (Mart-Nisan 2018): 9-76.
- GÖZTEPE, Ece, *Anayasa Şikayeti*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998).
- GROTE, Rainer, “Constitutional Courts and Supreme Courts: A Difficult Relationship”, *Anja Schoeller-Schletter (Ed.), Constitutional Review in the Middle East and North Africa*, (Nomos, 2021): 77-92.
- HALAÇOĞLU, Yusuf, *XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilâtı ve Sosyal Yapı*, 8. Baskı, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2021).
- HAMILTON, Alexander, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, No. 51, (New York: Mentor Books, 1961).
- HERODOTUS, *The History of Herodotus*, Trans. G.C. Macaulay, (Lector House, 2019).
- İNALCIK, Halil, “Adaletnameler”, *Belgeler*, Cit II, 2. Baskı, Sayı 3-4 (1965), (Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1993): 49-142.
- KEMAL, Namık, “Al-hakku ya’lû ve-lâ yu’lâ aleyh”, *Hürriyet*, Sayı. 1, 29 Haziran 1868. *Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal’in Hürriyet Gazetesi*, 1. Cilt (1868-1869), Haz. A. E. Topal, (İstanbul: Vakıfbank Kültür Yayınları, 2018): 4-6.
- KSENOPHON, *Sokrates’ten Anılar*, 2. Basım, Çev. C. Şentuna, (Ankara: Doğu Batı Yayınları, 2022).

- LORD ACTON, “Acton-Creighton Correspondence”, *Letter I*, 5 April 1887. https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2254/Acton_PowerCorrupts1524_EBk_v6.0.pdf, erişim: 13.12.2025.
- MUMCU, Ahmet, *Divan-ı Hümayun*, 5. Baskı, (Ankara: Phoenix Yayınları, 2020).
- PLATON, *Kriton ya da Görev Üstüne*, Çev. S. Rifat, 5. Basım, (İstanbul: Can Yayınları, 2021).
- SÖZÜER, Adem, “Yasama Dokunulmazlığının İstisnasını Oluşturan Suçların Belirlenmesi Bağlamında Anayasa Mahkemesince Verilen İhlal Kararlarının Yerine Getirilmemesi Sorunu”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 11/2 (2023): 275–303.
- TBMM Millî Dayanışma, Kardeşlik ve Demokrasi Komisyonu Raporu, 18.02.2026. https://www.tbmm.gov.tr/Files/Komisyonlar/MilliDayanismaKardeslikDemokrasiKomisyonu/Komisyon_Raporu.pdf, erişim: 21.02.2026.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Haz. Y.E. Yılmazoğlu ve İ.E. Perdecioğlu, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018).

KONAKLAYANIN EŞYASINA GELEN ZARARIN İSPATI SORUNU

Problem of Proving Accommodating's Property Damage

Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS*

ÖZ

Saklama sözleşmelerinin alt türü olan konaklama sözleşmelerinde, konaklayanın eşyasının zarar görmesi (yok olması, zarara uğraması veya çalınması)¹ hâlinde bu yerleri işletenlerin sorumluluğu vardır. Otel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi yerleri gibi yerleri işletenler, konaklayanların beraberlerindeki eşyaya gelen zarar nedeniyle sorumludurlar (TBK² m. 576 ilâ 578).

Konaklayanların, zarar gördüğünü iddia ettikleri eşyanın, başlangıçta varlığının daha sonra da yok olduğunun, zarara uğradığının ya da çalındığının ispatı uygulamada son derece güçtür. Bunların, uğradıkları bu zararın ispatı noktasında sağlanacak kolaylıklar, bu sorumluluğun kadük hâle gelmesini engelleyecektir.

Anahtar Kelimeler: Konaklama sözleşmesi, konaklama yeri işleten, konaklayan, eşyaya gelen zarar, zararın ispatı.

ABSTRACT

Sub-type of storage contracts that accommodation contract, accommodation operators' responsible from accommodating's property damage (such as extinction, damage or pilferage). Operators of hotel, motel, guesthouse, holiday village are liable for damage to property which belonging accommodating (TBK m. 576 – 578).

In practice proving is very difficult that, the property which claim to have been damage, preamble present and later extinction, damage or pilferage. In order of this responsibility not to be rendered ineffective, some easy of proof must be provided.

Keywords: Accommodation contract, accommodation operator, accommodating, damage to property, proof of damage.

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, E-Posta: oguz.aydos@hbu.edu.tr, ORCID: 0009-0007-0534-7037.

¹ Kanunda “eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınması” ifadeleri kullanılmakla birlikte çalışmada bundan sonra “eşyaya gelen zarar” ifadesi kullanılacaktır.

² RG, 04.02.2011, S. 27836.

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Kültür ve Turizm Bakanlığının³ verilerine göre 14.596 adet belgeli tesiste Eylül 2025'te toplam 32.754.196, Ekim 2025'te ise toplam 29.559.013 geceleme şeklinde konaklama gerçekleşmiştir⁴. Bu istatistikler de göstermektedir ki konaklama sözleşmesi çok yaygın kullanımı olan hukukî işlemlerdendir. Üstelik aydan aya farklılık gösterse de bu sözleşmelerin kullanımı giderek artmaktadır.

Bu çalışmada terminoloji sorunu kısaca değerlendirildikten sonra konaklama yeri işletenlerin sorumluluğu ve bu sorumluluğun doğumu için ispat meselesi hakkında açıklamalar yapılmıştır.

I. KONAKLAMA KAVRAMI

A. Genel Olarak

İnceleme konumuz, Türk Borçlar Kanununun⁵ (TBK) “*Saklama Sözleşmeleri*” başlıklı 14. bölümünün “*Konaklama Yeri İşletenlerin Sorumluluğu*” alt başlığında düzenlenen konaklama sözleşmelerinden doğan sorumlulukta ispat meselesini kapsamaktadır (TBK m. 576 ilâ 578). Eş söyleyişle garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenler çalışma konumuz dışındadır.

B. Terminoloji

Kanun Koyucu, sözleşmenin adını net olarak ifade etmediği için⁶ otelcilik sözleşmesi⁷, otel konaklama hizmeti satış sözleşmesi⁸, konaklama hizmet sözleşmesi⁹ hizmet sözleşmesi¹⁰ gibi isimler kullanılmıştır. Konaklama yerinin sadece otel olmaması nedeniyle otelcilik sözleşmesi

³ Bundan sonra “*Bakanlık*” olarak anılacaktır.

⁴ “*Bakanlık Belgeli Tesis Konaklama İstatistikleri, 2025 Ekim*”, <https://yigm.ktb.gov.tr/TR-201121/bakanlik-belgeli-tesis-konaklama-istatistikleri.html>, erişim: 30.11.2025.

⁵ RG, 04.02.2011, S. 27836.

⁶ Bu sözleşmenin isimsiz sözleşme olması ve bu konudaki değerlendirmeler için bkz. SEÇER, Tuğçem: *Konaklama Sözleşmesi*, Ankara 2022, s. 55 vd.

⁷ GÖKPINAR, Ali: *Otelcilik Sözleşmesi*, Ankara 2022, s. 8 vd.

⁸ Örnek için bkz. “*Otel Konaklama Hizmeti Satışı Sözleşmesi*”, <https://guesthousebywest.com/otel-konaklama-hizmeti-satis-sozlesmesi/>, erişim: 30.11.2025.

⁹ Örnek için bkz. “*Konaklama Hizmet Sözleşmesi*”, <https://baiahotels.com/MesFiles/files/Konaklama%20Hizmet%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi.PDF>, erişim: 30.11.2025.

¹⁰ Örnek için bkz. “*Hizmet Sözleşmesi*” https://ramadaplazamardin.com/sozlesme/hizmet_sozlesme.html, erişim: 30.11.2025.

ifadesinin isabetli olmadığı kanaatindeyim. Şöyle ki otel (TTNİY¹¹ m. 19), motel (TTNİY m. 23), tatil köyü (TTNİY m. 20), termal otel (TTNİY m. 27), pansiyon (TTNİY m. 24), kamping (TTNİY m. 36/I), müstakil apart otel (TTNİY m. 25), özel tesis (TTNİY m. 22), pansiyon (basit belgeli), butik otel (TTNİY m. 21), B tipi tatil sitesi, Kamping (basit belgeli), otel (basit belgeli), motel (basit belgeli), apart otel (basit belgeli) vb. çok sayıda bu hizmeti veren tesis bulunmaktadır¹². Bakanlık, bunları konaklama tesisleri olarak adlandırmaktadır. Bu nedenle biz de çalışmamızda bundan sonra sadece “*tesis*”, bu tesisleri işletenler için de sadece “*işleten*” ifadelerini kullanacağız.

Bakanlık, tesislerdeki işlemleri “*tesise geliş*” ve “*geceleme*” olarak ikiye ayırmaktadır. Zira tesise sadece gece kalmak için değil, plajından ve termal imkânlarından istifade etmek için de gelinmesi mümkündür. Bu bağlamda, her bir sözleşmenin ayrı ayrı değerlendirilip isimli veya isimsiz bir sözleşme olarak vasıflandırılması isabetlidir. Daha açık anlatımla, tesisin sadece bir olanağından istifade etme ile tesiste bir gün geçirme hâllerinde kişilerin ödedikleri ücret karşılığı elde ettikleri menfaatler aynı olamaz¹³.

Konaklamak “*Yolculuk sırasında bir yerde durup geçici bir süre yaşamak; inmek, kalmak*”, geceleme “*geceyi bir yerde geçirmek*”, müşteri “*hizmet, mal vb. alan ve karşılığında ücret ödeyen kimse*” şeklinde ifade edilmiştir¹⁴. Çalışmamızda inceleyeceğimiz ispat sorunu, tesis ile konaklayan arasındaki her türlü sözleşme dikkate alınarak değerlendirilmiştir. Bu çerçevede, Kanun’da kullanılan “*konaklayan*” kavramının “*müşteri*” şeklinde değiştirilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyim. Ancak bu çalışmada kavram karmaşasına sebebiyet vermemek ve Kanun Koyucunun iradesine saygı gereği “*konaklayan*” ifadesi tercih edilecektir.

¹¹ Turizm Tesislerinin Niteliklerine İlişkin Yönetmelik (TTNİY) için bkz. RG, 01.06.2019, S. 30791.

¹² “*Bakanlık Belgeli Tesis İstatistikleri*”, <https://yigm.ktb.gov.tr/TR-201131/tesis-istatistikleri.html>, erişim: 30.11.2025.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZÇELİK, Ş. Barış: “*Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konaklama Yeri İşletenin Konaklayanın Eşyasının Yok Olması, Zarar Görmesi Veya Çalınmasından Sorumluluğu*”, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2013, s. 2287.

¹⁴ TDK Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim: 30.11.2025.

II. KONAKLAMA YERİ İŞLETENLERİN SORUMLULUĞU

A. Türü

Kanun koyucu, işletenlerin konaklayanların beraberindeki eşyaya gelen zarar nedeniyle sorumlu olacağını hükme bağlamıştır (TBK m. 576/I). Gerek sorumluluktan kurtulmanın (TBK m. 576/I), gerek sorumluluğun kapsamının (TBK m. 576/II) düzenlendiği hükümlerde işletenlerin kusura dayanmayan sorumluluğu açıkça görülmektedir. Şöyle ki talep edilen tazminatın miktarına göre kusurlu veya kusursuz sorumluluk gündeme gelmektedir. Belli bir meblağın altındaki zararlarda işleten, kusursuz sorumludur¹⁵.

İşletenlerin kusursuz sorumluluğunun temeli Roma hukukunda, hancıların güvenilir kişiler olmadıkları anlayışıdır¹⁶. Bizim tarihimizde böyle bir algı olmadığı gibi günümüzde de bu mülahazanın kabulü hiç şüphe yok ki mümkün değildir. İşletenlere yönelik böyle genel bir algı isabetli olmamakla birlikte; konaklama yerlerinde, konaklayanların sık sık değişmesi, odaya temizlik veya ürün bırakmak amacıyla çalışanların girebilmesi, yönetimde tüm odaların kilidini açan anahtarların mevcut olması, otelin içindeki tüm ortak alanların kamera ile izlenebilmesi ve benzeri hususlar, işletenlerin kusursuz sorumluluğunun temel nedenleridir. Buradaki kusursuz sorumluluğun dayanağının¹⁷, ağırlaştırılmış özen sorumluluğu¹⁸ olduğu kanaatindeyiz. Zira konaklayanlar, hem mal hem de şahıs varlıklarını işletenlere tam anlamıyla emanet etmektedirler.

B. Sorumluluktan Kurtulma

İşletenlerin bu sorumluluktan kurtulmak için müterafik kusurun ya da konaklayanın yanındaki kişinin/kişilerin kusurunun, mücbir sebep veya eşyanın niteliğinin bu zarara sebebiyet verdiğini ispatlaması gerekir (TBK m. 576/I). Daha açık anlatımla burada illiyet bağının olmadığı ortaya konulmalıdır. Bu durum da göstermektedir ki, burada kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir kusursuz sorumluluk hâli öngörülmüştür.

¹⁵ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 07.07.2010, 2010/6674 E., 2010/8602 K.: <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim: 30.11.2025.

¹⁶ TANDOĞAN, Halûk: “*Otelcilerin Mes’uliyeti*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1953, C. 12, S. 3-4, s. 201.

¹⁷ Bu konuda ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TİFTİK, Mustafa: Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2007, 169 vd.

¹⁸ Bu sorumluluk türü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞOĞLU, Başak: “*Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 6, S. 2, s. 40 vd.

Günlük konaklama ücretinin üç katına kadar olan zarar için kusursuz sorumluluk söz konusudur; dolayısıyla konaklayan, zararının daha fazla olduğu iddiasında ise işletenlerin veya ifa yardımcılarının kusurunu ispatlamak zorundadır (TBK m. 576/II). Örneğin, günlük konaklama ücreti 5.000,00 TL olan bir tesiste eşyası 15.000,00 TL zarara uğrayan kişi tazminat talebinde işletenin kusurunu ispatlamak zorunda değildir. Buna karşılık 15.001,00 TL ve üstünde zarara uğradığını iddia eden kişi ise işletenin kusurunu ispatlamadıkça zararını tazmin edemez. Bu noktada şu hususun altının önemle çizilmesi gerekir, konaklama ücretinin üç katına kadar sorumluluğun belirlenmesinde, konaklayanın tesiste bir gün veya daha uzun süre kalması arasında herhangi bir fark yoktur. Alman hukukunda işletenlerin kusursuz sorumluluğu, 600 Avro ile 3.500 Avro arasında olmak kaydıyla günlük konaklama bedelinin yüz katına kadar sınırlandırılmıştır. Para ve değerli eşya için üst limit 3.500 Avro değil 800 Avro olarak belirlenmiştir (BGB §. 702/I). İngiliz hukukunda ise kusursuz sorumluluk 100 Sterlinle sınırlandırılmıştır (*Hotel Proprietors Act 1956 Section 2*).

Zararını öğrenir öğrenmez durumu işletene bildirmeyen konaklayan, talep hakkını kaybeder (TBK m. 578/I).

İşleten ile konaklayan arasındaki konaklama vb. adlarla imzalanan sözleşmelerde yer alan “Eşyanızın uğradığı zarar nedeniyle sorumluluğumuz bulunmamaktadır” gibi kayıtlar genel işlem koşulu niteliği taşıdıkları için yazılmamış sayılır (TBK m. 21/I)¹⁹. Ayrıca Kanun Koyucu ilgili bölümde de işletenin böyle bir sorumluluk üstlenmediğini ilân etmesinin sorumluluğu ortadan kaldırmayacağını açıkça hükme bağlamıştır (TBK m. 578/II)²⁰.

III. KONAKLAYANIN ZARARINI İSPATI

A. Genel Olarak

Herkes, iddiasını ispatla yükümlüdür (TMK²¹ m. 6). Bu çerçevede konaklayanın, eşyasına gelen zararı ispat etmesi gerekir.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZÇELİK, s. 2299.

²⁰ Aynı doğrultuda bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 15.07.2005, 2005/5257 E., 2005/12386 K.: ÖZÇELİK, s. 2295.

²¹ Türk Medeni Kanunu (TMK) için bkz. RG, 8/12/2001, S. 24607.

B. Konaklayanın İspat Külfeti

Konaklayan, zarar gören eşya ile birlikte tesise geldiğini ve söz konusu eşyaya zarar geldiğini ispat külfeti altındadır. İspat edilmesi gereken bu hususlar uygulamada son derece güçtür. Ayrıca, konaklayanın eşyaya zarar gelmemesi için gerekli tedbirleri almaması da mahkemeler tarafından kusurlu eylem olarak vasıflandırılmaktadır.

Yargıya intikal eden bir olayda, ailesi ile birlikte bir otele yerleşen davacı, odadaki kasanın bozuk olduğunu zannederek değerli eşyasını çekmeceye bırakmıştır. Konaklayanın dördüncü gününde yüzüğünün olmadığını fark eden davacı, cüzdan, para gibi diğer kıymetli eşyasının mevcudiyeti nedeniyle yüzüğün oda içinde kaybolmuş olma ihtimalini güçlü bulmuş ve herhangi bir girişimde bulunmamıştır. Hâl böyle olmakla birlikte ilk dört gün odayı temizleyen görevlinin daha sonra görünmemesi nedeniyle, durumdan şüphelenen davacı, otelden ayrılırken etraflıca bir arama yapmasına rağmen yüzüğünü bulamamıştır. Otelden ilişkisini keserken durumu otel yetkililerine bildiren davacı, hem şifahen hem de kısa bir süre sonra çekmiş olduğu ihtarnamede, odayı gören kamera kayıtlarının muhafaza edilmesini, odanın temizliğinden sorumlu personelin kimliğinin tespit edilerek, neden ve nasıl ayrıldığına Mahkemeye bildirilmesini talep etmiştir. Mahkeme, odadaki kasanın kullanılamaması üzerine durumdan otelin haberdar edilmediği, kıymetli eşyanın güven altına alınmadığı, kolluk güçlerine haber verilmediği gerekçeleriyle davacının ihmale dayalı kusuru olduğu sonucuna varmış ve davayı reddetmiştir. “*Hiç kimse kendi kusurundan menfaat temin edemez*” ilkesi gereği, davacının bu durumda herhangi bir talepte bulunmasının mümkün olmadığı yönünde içtihat tesis eden Mahkemenin bu kararının²² isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Şöyle ki, otellerin odalarında bulunan kasalar genellikle doğrudan çalışır. Eş söyleyişle, bu kasaların kullanılması için otele herhangi bir ücret ödenmez. Dolayısıyla, davacının odada bulunan kasanın ayıplı olduğunu düşünmesi hayatın olağan akışına aykırı değildir. Kolluk güçlerine haber verilmemiş olmasının davacıya kusur olarak izafe edilmesi de uygun bir gerekçe değildir. Zira sonuçta burada davacı hüsnüzanını korumuş, yere düşmüş veya diğer eşyanın arasına karışmış olabileceği düşüncesi ile çok sayıda yabancı turistin olduğu otele kolluk güçlerinin girmesini ve bu şekilde otelin itibarına halel gelmesini doğru bulmamıştır. Kıymetli eşyanın güven altına alınmadığı gerekçesine de katılmıyorus. Sözgelimi, kaybolan eşya yüzük değil de cismanî

²² Ankara 1. Tüketici Mahkemesi, 20.01.2017, 2015/617 E., 2017/40 K. (Yayımlanmamış Karar).

varlığı büyük olan bir eşya olsa idi, bu eşyanın kasaya konulması mümkün olmayacaktır. O hâlde konaklayan, beraberinde getirdiği tüm eşyayı otel yetkililerine teslim edip, ihtiyaç oldukça oradan mı almalıdır sorusu haklı olarak sorulacaktır. Kaldı ki, çalındığı iddia edilen yüzüğünü davacının, gün içerisinde birkaç kez teslim edip geri alması ve dahi otelde kalan tüm konaklayanların da yüzük, saat, kolye vb. eşyasını bu şekilde sürekli olarak teslim edip almaları makul değildir. Yukarıda alıntılanan kararın en dikkat çekici noktalarından birisi de davacının ısrarlı söylemlerine rağmen kamera kayıtlarını vermeyen, oda temizliğinden sorumlu personelin kimliğini bildirmeyen otele Mahkemenin hiçbir kusur izafe etmemesi olmuştur. Oysa Yüksek Mahkeme benzer bir hadisede özetle “...*hırsızlık olayına rağmen zabıta araştırması yapılmadan oda temizletilmek suretiyle delillerin kararmasına yol açıldığından davalının ağır kusurlu olduğunun kabulü gerekir...*” şeklinde içtihat tesis etmiştir²³.

Yüzüğün kaybolduğunu fark eden davacının bu durumu otel yönetimine bildirmesi gerektiği hâlde bunu yapmaması da Mahkeme tarafından davacının kusuru olarak kabul edilmiştir. Mahkemenin bu tespitinde konaklayana, zararını öğrenir öğrenmez işletene bildirme külfeti (TBK m. 578/I) etkili olmuştur. Hâl böyle olmakla birlikte, diğer kıymetli eşyasının (para, cüzdan vb.) durduğunu, bundan ötürü de yüzüğün çalınmış olma olasılığını düşünmediğini açıkça beyan eden davacının zararını öğrenmesi otelden çıkış anıdır ve bu durum da somut olayda otel yönetimine hemen bildirilmiştir.

Eşyasını muhafaza etme hususunda konaklayanın tedbirli davranması, özen göstermesi gerektiği tartışmasızdır. Ancak bu noktada “*hırsızın hiç mi kusuru yok?*” sorusu akla gelmektedir. Nitekim Mahkemenin bu değerlendirmesi doğrultusunda, evimizin kapısını açık unuttuğumuz için eşyamızın çalınması durumunda, hırsızın haksız fiilinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Zira hiç kimse kendi kusurundan menfaat temin edemez.

Yüksek Mahkeme, konuya ilişkin bir kararında özetle “...*davalı hırsızlığın oluşumunu önlemek için gerekli tedbirleri aldığını, kendisine isnadî kabil bir kusur bulunmadığını ispat edemediğine ve kusurlu olduğuna göre, eşya kendisine teslim edilmemiş olsa dahi “ki davaya konu eşya ve para miktar ve değer itibarıyla normalde bir insanın yanında taşınması gereken miktarda olup, kasaya teslimi gerekecek kadar değerli olmadığından, davacının otel yönetimine teslimle sorumlu tutulması hayatın olağan akışına*

²³ Yargıtay, 3. Hukuk Dairesi, 28.04.2011, 2011/7299 E., 2011/7412 K.: <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim: 30.11.2025.

aykırıdır.” Davalı davacının oluşan zararının tamamından sorumludur...” ifadelerini kullanmıştır²⁴.

Zararın ispatı neredeyse imkânsızdır. Şöyle ki, konaklayan zarara uğradığını iddia ettiği eşyasının beraberinde olduğunu hangi delille ispat edecektir? Tesisin girişinde çantasını açıp, beraberindeki tüm eşyayı kayıt altına mı alacaktır? Diyelim ki, konaklayan beraberindeki tüm eşyayı kayıt altına aldırdı, bu eşyadan birinin veya birkaçının zarara uğradığını nasıl ispat edecektir? Daha açık anlatımla, yok olduğunu iddia ettiği eşyayı bir gün önce kendisi tesisin dışına çıkarmış ve başka bir yere götürmüş olamaz mı? Tesiste bulunan odaların içinden görüntü alan kamera koyulması Kişisel Verilerin Korunması Kanununun²⁵ ihlâli niteliğini haiz olduğu için yukarıda ifade ettiğimiz soruların/sorunların tam anlamıyla çözümü ne yazık ki çok zordur. Nitekim ilk derece mahkemeleri de genellikle, eşyasını muhafaza konusunda yeterli tedbiri almayan konaklayanı haksız görerek talepleri reddetme yönünde içtihatlar tesis etmektedir. Bu tür içtihatlar hakkında bozma kararı veren Yüksek Mahkeme ise özetle “...davacının konakladığı otelde özellikle gerek otel odası ve gerekse kasa yönünden gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığı hususlarında konusunda uzman veya uzmanlardan oluşacak yeni bir bilirkişiden rapor alınarak, sonucuna göre tazminat iddiası yönünden değerlendirme yapılması gerekirken...”²⁶ gerekçesine dayanmaktadır. Yüksek Mahkemece verilen bozma kararları konusunda yapılacak yargılamada, otel odasının güvenli olduğu, hem odada hem de otelin yönetim katında çalışan vaziyette bir kasa bulunduğu bilirkişi raporları ile tespit edildiğinde söz konusu davalar muhtemelen gene reddedilecektir.

Hayatın olağan akışı ve yaşam tecrübeleri doğrultusunda, konaklayanın eşyasına gelen zarar açısından TMK m. 6 hükmünü ters çevirecek kanunî ve/veya fiilî bir karine mevcut değildir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında, konaklayanın zararını ispat etmesi ve bu çerçevede tazminat hakkı kazanması çok güçtür. Hülasa TBK m. 576 ilâ 578 hükümleri uygulama olanağı bulunmayan düzenlemeler olacaktır. Bu konuda önerimiz, somut olayın koşullarına göre bir karine oluşturularak ispat yükünün ters çevrilmesidir. Konuyu bir örnek üzerinden açıklayacak olursak; konaklama süresi olan dört gün boyunca odasına hiçbir şekilde girilmemesini girişte yetkililere bildiren

²⁴ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 28.04.2011, 2011/7299 E., 2011/7412 K.: <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim: 30.11.2025.

²⁵ RG, 07.04.2016, S. 29677.

²⁶ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 16.10.2017, 2015/20110 E., 2017/9558 K.: <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim: 30.11.2025.

konaklayan, eşyasının zarara uğradığını iddia ettiğinde mahkemece tesisten kamera kayıtları istenecektir. Kamera kayıtlarının verilmemesi/verilememesi veya söz konusu kayıtlara göre odaya tesis yetkilisi veya yetkili olmayan bir kişinin giriş yaptığı tespit edilmiş ise konaklayanın beyanına itibar edilmesi hakkaniyete uygun olacaktır. Kamera kayıtlarının incelenmesinde odaya hiç kimsenin girmediği belirlenirse karine uygulanmayacaktır. Daha açık anlatımla, geçmişte herhangi bir adlî sicil kaydı bulunmayan ve benzer bir taleple tazminat almamış olan bir konaklayanın, odasına girilmemesi talebi ihlâl edilmiş ise, günlük konaklama ücretinin üç katına kadar sözüne itibar edilmesi yönünde bir uygulamanın gelişmesinin isabetli olacağı kanaatindeyim. Böylelikle, dürüst bir ömür sürmüş kişinin, bunun mükâfatı olarak, beyanına itibar edilmesi ispat yükünü ters çeviren bir görünüş ispatı olacaktır (*Anscheinsbeweis*). Kötüye kullanımın da sıkı denetimle önüne geçilmesi mümkündür. Şöyle ki mahkeme, davacı konaklayanın geçmişte bu yönde bir talepte bulunup tazminat hakkı kazandığı veya adlî sicil kaydının bulunduğu konusunda UYAP üzerinden kolaylıkla böyle bir sorgulama yapabilir ve talebi reddedebilir.

SONUÇ

Mevzuatta yapılacak değişiklik ile “konaklayan” yerine “müşteri” ifadesinin kullanılması daha uygundur.

Mevcut hâliyle uygulama kabiliyeti pek mümkün olmayan düzenlemeye bir adi karinenin eklenmesi yerindedir. Şöyle ki, geçmişte herhangi bir sabıkası bulunmayan, benzer bir taleple tazminat almamış olan ve konaklama süresince odasına girilmemesi talebi ihlâl edilen konaklayanın, günlük konaklama ücretinin üç katına kadarki tutarlar için eşyanın uğradığı zararlar açısından sözüne itibar edilmesi somut olay adaletine olacaktır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

BAŞOĞLU, Başak: “Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 6, S. 2, s. 29-56.

GÖKPINAR, Ali: Otelcilik Sözleşmesi, Ankara 2022.

ÖZÇELİK, Ş. Barış: “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konaklama Yeri İşletenin Konaklayanın Eşyasının Yok Olması, Zarar Görmesi veya Çalınmasından Sorumluluğu”, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2013, s. 2283-2303.

SEÇER, Tuğçem: Konaklama Sözleşmesi, Ankara 2022.

TANDOĞAN, Halûk: “Otelcilerin Mes’uliyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1953, C. 12, S. 3-4, s. 201-239.

TİFTİK, Mustafa: Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2007.

Kararlar

Yargıtay, 3. Hukuk Dairesi, 28.04.2011, 2011/7299 E., 2011/7412 K.: <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim: 30.11.2025.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 15.07.2005, 2005/5257 E., 2005/12386 K.: ÖZÇELİK, s. 2295.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 16.10.2017, 2015/20110 E., 2017/9558 K.: <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim: 30.11.2025.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 07.07.2010, 2010/6674 E., 2010/8602 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim: 30.11.2025.

Ankara 1. Tüketici Mahkemesi, 20.01.2017, 2015/617 E., 2017/40 K. (Yayımlanmamış Karar).

İnternet Kaynakları

“Bakanlık Belgeli Tesis Konaklama İstatistikleri, 2025 Ekim”, <https://yigm.ktb.gov.tr/TR-201121/bakanlik-belgeli-tesis-konaklama-istatistikleri.html>, erişim: 30.11.2025.

“Konaklama Hizmet Sözleşmesi”, <https://baiahotels.com/MesFiles/files/Konaklama%20Hizmet%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesi.PDF>, erişim: 30.11.2025.

“Hizmet Sözleşmesi” https://ramadaplazamardin.com/sozlesme/hizmet_sozlesme.html, erişim: 30.11.2025.

“Bakanlık Belgeli Tesis İstatistikleri”, <https://yigm.ktb.gov.tr/TR-201131/tesis-istatistikleri.html>, erişim: 30.11.2025.

TDK Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, erişim: 30.11.2025.

YENİ İSTİHDAM MODELLERİ

New Employment Types

Prof. Dr. Gaye BAYCIK*

ÖZ

Dünyada ve ülkemizde dijitalleşme, teknolojik gelişim, ekonomik değişimler, Covid-19 salgınının yarattığı ekonomik daralma, işsizlik, sosyal mesafe ve izolasyon tedbirleri, otomasyon, robotlarla çalışma, yapay zeka, işverenlerin teknolojik gelişme ve ekonomik konjonktürde teknolojiyle istihdam değişimi tercihlerinin istihdamda yarattığı olumsuz etkiler yeni çalışma modellerini fiilen yaratmış ve bu fiili durumun yasal zemine oturtularak işçilerin korunması sağlanırken, işverenlerin de ekonomik menfaatleri dengelenmiş, bu şekilde ekonomik olanla sosyal olan arasında denge korunurken, işçilerin korunması ilkesinden vazgeçilmemiştir. Bu amaçla yeni istihdam modellerinin tanınması, yasal düzeyde düzenlenmesi ve bu şekilde çerçevesinin çizilmesi öncelikle işçilerin korunmasına hizmet etmektedir. Aksi halde var olan, ancak yasalarla düzenlenmeyen alanlarda işverenlerin elindeki istihdam gücünü işçilerin tüm hak ve menfaatlerini ihlal ederek kullanabileceği ortamda işçi haklarının korunmasından söz edilmesi mümkün olmayacaktır.

Bu amaçla çalışmamızda, yeni istihdam modelleri ve Türk mevzuatında nasıl düzenlenmesi gerektiği konusunda belli başlı konulara değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yeni istihdam, kupon esaslı çalışma, platform çalışma, uzaktan çalışma, sıfır saat sözleşmeleri.

ABSTRACT

Digitalization, technological development, economic changes, the economic contraction caused by the Covid-19 pandemic, unemployment, social distancing and isolation measures, automation, working with robots, artificial intelligence, and employers' preferences regarding changes in employment through technology in line with technological developments and the economic climate—both globally and in our country—have de facto created new working models. By placing this de facto situation on a legal basis, the protection of workers has been ensured while employers'

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: gbaycık@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1098-6948.

economic interests have also been balanced. In this way, the balance between the economic and the social has been maintained without abandoning the principle of protecting workers. For this purpose, recognizing new employment models, regulating them at the legal level, and defining their framework primarily serve the protection of workers. Otherwise, in areas that exist but are not regulated by law, it would not be possible to speak of the protection of workers' rights in an environment where employers could use their employment power in a manner that violates all the rights and interests of workers.

Accordingly, this study will address the main issues concerning new employment models and how they should be regulated under Turkish legislation.

Keywords: *New employment, platform work, tele-work, zero-hour contracts, on-demand employment, if&when contracts.*

GİRİŞ

Dünyada ortaya çıkan yeni istihdam modellerinin ülkemizde de yavaş yavaş istihdam piyasasında ortaya çıkması ve hayatımızın içine girmesiyle yeni istihdam modellerinde çalışanların insan onuruna yaraşır şekilde çalışmalarının sağlanması amacıyla mevzuatımızda düzenlemeler yapılması gerektiği açıktır. Aksi halde yeni istihdam modellerindeki çalışma ilişkilerinde asgari koruma normlarının bulunmaması, çalışanların bireysel iş hukuku, toplu iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukundaki haklarını olumsuz etkileyecek, hatta bu hakların tamamen ihlal edilmesine neden olacaktır. Bu nedenle dünyadaki istihdam piyasasındaki ve uluslararası ilke ve normlardaki gelişmeleri dikkate alarak, ülkemizde de istihdam piyasasında yer edinmeye başlamış veya kısa gelecekte karşımıza çıkması muhtemel olan yeni istihdam türlerinde mevzuatımızda nasıl düzenlemeler yapılması gerektiğine ilişkin işbu çalışmamız hazırlanmıştır.

I. YENİ İSTİHDAM MODELLERİ

Dünyada son yıllarda hızla gelişen ve değişen teknolojinin istihdama etkisiyle ortaya çıkan yeni istihdam modellerini, uzaktan çalışma (tele çalışma/evden çalışma/ev eksenli çalışma/hibrit-dönüşümlü çalışma), kısmi süreli çalışma, marjinal kısmi süreli çalışma olarak nitelendirilen çağrı üzerine çalışma ile sıfır saat sözleşmeleri, iş paylaşımı veya ortaklaşa çalışma ya da rotasyonlu çalışmaya dayalı kısmi süreli iş sözleşmeleri, fatura veya kupon esaslı çalışma, serbest (freelance) çalışma, platform üzerinden çalışma olarak sınırlandırabiliriz. Ancak bugün karşımıza çıkan bu yeni çalışma modellerine on yıl dahi dolmadan çok daha yenilerinin ekleneceği de kanımızca hızla gelişen ve değişen ekonomik, teknolojik ve sosyal koşullarda beklenmesi gereken bir gerçektir.

Çalışmamızda, mevzuatımızda hakkında yeni düzenlemelerin olması nedeniyle uzaktan çalışma, çok tartışma konusu olan sıfır saat sözleşmeleri, ülkemizde de belki uygulanmasıyla istihdama ve kayıt dışılığın önlenmesine destek niteliği taşıyacak olan fatura/kupon esaslı çalışma ile uzun süredir öğretide tartışılan ve hakkında önemli eserler ve çalışmalar da yazılan platform tabanlı çalışmalar üzerinde durulacaktır. Ancak bu konular, sadece yeni istihdam modellerindeki yenilikler ve mevzuatımızda yapılması gereken değişiklikler bakımından ele alınacaktır.

II. UZAKTAN ÇALIŞMA

Uzaktan çalışma veya tele çalışma olarak adlandırılan, teknolojik imkanlarla işçinin işyeri dışından çalışması ve işverenle irtibatı teknolojik araçlarla sağlanması şeklindeki çalışma yöntemi dünyada ve ülkemizde özellikle Covid-19 salgınındaki tecrübeler ardından tercih edilir bir çalışma yöntemi olarak karşımıza çıkmıştır. Covid-19 salgınından önce uzaktan çalışmanın düşünülmediği alanlarda dahi uzaktan çalışmaya veya hibrit çalışmaya geçilmiş ve bu çalışma yöntemi süreklilik arz edecek şekilde tercih edilir hale gelmiştir. Nitekim Covid-19 salgınıyla uzaktan çalışmaya geçişin zorunluluk arz etmesi, 2021 tarihli Uzaktan Çalışma Yönetmeliği'nin de hızla hazırlanarak yürürlüğe girmesine neden olmuştur.

Uzaktan çalışmanın tercih edilirliliği, diğer ülkelerde de Covid-19'la birlikte artmıştır. Örneğin, Hollanda ve Finlandiya'da Covid-19 salgını öncesi uzaktan çalışma oranı %14 iken, salgından sonra bu oran %50-60'lara kadar çıkmıştır¹. Ülkemizde de bankacılık ve sigortacılık sektöründe birçok kuruluşun hibrit-dönüşümlü çalışmaya veya tam anlamıyla uzaktan çalışmaya büyük oranda geçiş yaptığı bilinmektedir².

Uzaktan çalışma genellikle, kadınlar, yaş almış kişiler, engelliler, gençler açısından da istihdamı artırıcı etki oluşturmakta, daha önceden istihdamda yer alamayan kişiler uzaktan çalışma modelleriyle istihdama katılabilmektedir. İstihdamı artırıcı etkisi yanında uzaktan çalışmanın esnek çalışma modeli olarak zaten çalışmakta olan nüfusu da rahatlattığı bilinmektedir. Zira bu çalışma şekli, trafik ve mesafe sorunları, zaman ve ekonomik tasarruf, kıyafet serbestliği, hobilere ve kişisel gelişime zaman ayırma, teknolojiyi daha kolay ve verimli kullanmayı öğrenme, hayatın her alanında zaman kazandırma, çalışma veriminde artış, iş stresinin azalması, yer ve zamanı seçme rahatlığı, mesleğe ve becerilere olumlu etkisi, farklı şehir ve ülkede iş imkânı, ev içi sorumluluklarla birlikte çalışmaya imkân sağlaması, daha küçük bir yere taşınmaya rağmen işe devam edebilme imkânı, gürültü ve ses ortamından uzaklaşma gibi işçilere getirdiği avantajlar yanında, işverenlere de maliyetleri azaltma, bürokratik işleri azaltma, verimliliği artırma ve zaman kazandırma bakımından ciddi avantajlar sağlamaktadır³.

Bununla birlikte bazı işçiler bakımından, hane halkının evde olması nedeniyle verimsiz çalışma, eskiye göre daha fazla düzenlenen toplantılar (denetim ve disiplin kaygısı), mesai saatlerinin uzaması, dinlenme sürelerine

¹ TİSK (2022), s. 13.

² TİSK (2022), s. 13-14.

³ TİSK (2022), s. 23 vd.

uyulmaması, iş ve özel hayat dengesi sorunu, yöneticilerin/üstlerin daha şüpheli olması, sosyal izolasyon ve psikolojik sorunlar, iletişim aksaklıkları, iş arkadaşlarıyla dayanışmanın azalması, fazladan stres ve iş yükü, çalışma koşulları yani çalışma ortamının uygunsuzluğu, bedensel ve ergonomik sorunlar, sürekli kamera ile takibin yarattığı baskı bakımından tercih edilmeyen bir çalışma yöntemi olarak da görülmektedir⁴. Dolayısıyla bu dezavantajları hisseden işçiler bakımından uzaktan çalışma modeli tercih edilmemekte ve bu işçiler işyerinde normal çalışmaya devam etmek istemektedir.

Uzaktan çalışmanın istihdamı artırıcı etkisinden yararlanmak, ancak bunun yanında işçilerin yukarıda belirtilen dezavantajlara karşı korunmasını da sağlamak amacıyla tabii ki mevzuatımızda bazı düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç vardır. Ne yazık ki uzaktan çalışmaya ilişkin İş Kanunu md. 14, TBK md.461-469 ve Uzaktan Çalışma Yönetmeliğimiz anılan dezavantajların önlenmesi ve işçilerin korunması bakımından halen yetersiz kalmaktadır.

Zira, 2002 tarihli Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Çerçeve Anlaşması, Ağustos 2022’de tamamen yürürlükten kalkan 91/533 Direktifi yerine hazırlanan 2019/1152 Avrupa Birliği’nde Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları Direktifi ve çok eski tarihli olmasına rağmen halen önem arz eden ve mevzuatımıza da yol gösterici 90/170 sayılı Görsel Gösterim Birimlerinin Kas İskelet Sistemine Olumsuz Etkileri Direktifi dikkate alındığında mevzuatımızda halen değişiklikler yapılması gerektiği görülmektedir.

İş Kanununun 14. maddesinde “*Uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir. Dördüncü fıkraya göre yapılacak iş sözleşmesinde; işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümler yer alır. Uzaktan çalışmada işçiler, esaslı neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin niteliğinden ötürü emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. İşveren, uzaktan çalışma ilişkisiyle iş verdiği çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda çalışanı bilgilendirmek, gerekli eğitimi vermek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini*

⁴ ILO (2019), s. 6 vd. ILO (2020a), s. 23; ILO (2020b), s. 23-24.

almakla yükümlüdür” düzenlemesine yer verilerek yetinilmiş, buna dair yönetmelik ise beş yıl sonra 2021 yılında çıkarılmıştır.

Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinin 14. maddesinde ise “(1) İş ilişkisi doğrudan uzaktan çalışma sözleşmesi ile kurulabilir veya hâlihazırda işyerinde çalışan işçinin iş sözleşmesi, işçinin ve işverenin anlaşması halinde, uzaktan çalışma sözleşmesine dönüştürülebilir.(2) İşçinin, uzaktan çalışma yapma talebi ile ilgili hususlar aşağıdadır: a) Talep yazılı olarak yapılır. b) Talep işyerinde belirlenen usul doğrultusunda işverence değerlendirilir. c) Talep değerlendirilirken, işin ve işçinin niteliği gereği uzaktan çalışmaya uygunluğu ile işverence belirlenecek diğer kriterler kullanılır.(3) Talebe ilişkin değerlendirme sonucunun otuz gün içinde işçiye talebin yapıldığı usulle bildirilmesi esastır.(4) Talebin kabul edilmesi halinde 5 inci maddede belirtilen hususlara uygun şekilde sözleşme yapılır.(5) Uzaktan çalışmaya geçen işçi, ikinci fıkrada belirtilen usulle tekrar işyerinde çalışma talebinde bulunabilir. İşveren, söz konusu talebi öncelikli olarak değerlendirir.(6) Uzaktan çalışmanın mevzuatta belirtilen zorlayıcı nedenlerle işyerinin tamamında veya bir bölümünde uygulanacak olması halinde uzaktan çalışmaya geçiş için işçinin talebi veya onayı aranmaz” hükmüne yer verilmiştir.

Yönetmeliğin bu hükmü, AB Çerçeve Anlaşmasının 3. maddesiyle kısmen uyumlu olup, işçinin uzaktan çalışmaya geçmesiyle yukarıda belirtilen dezavantajları yaşayıp yeniden işyerinde çalışmaya geçmesine ilişkin tek taraflı bir işyerine dönme hakkı işçiye tanınmamıştır. Zira anılan yönetmelik hükmünde “(5) Uzaktan çalışmaya geçen işçi, ikinci fıkrada belirtilen usulle tekrar işyerinde çalışma talebinde bulunabilir. İşveren, söz konusu talebi öncelikli olarak değerlendirir” düzenlemesine yer verilmektedir. Halbuki AB Çerçeve Anlaşmasına göre olması gereken, tele çalışmadan normal işyerinde çalışmaya geçişin (işin niteliği değilse) işçi veya işverenin tek taraflı talebiyle gerçekleşmesi ve bunun koşullarının mevzuatta belirlemesi, normal çalışmadan tele çalışmaya geçişin mücbir sebepler dışında her durumda işçinin ve işverenin anlaşmasıyla mümkün olmasının sağlanmasıdır. Bu itibarla, kanımızca, normal çalışmadan tele çalışmaya rızaen geçen işçilere en az 3 aylık bir deneme süresi öngörülmeli, bu sürenin sonunda yukarıda belirtilen dezavantajları kaldıramayan işçiye normal çalışmaya geçmesi için tek taraflı hak tanınmalı ve bunun kabulü işverenin onayına tabi kılınmamalıdır. Ancak tele çalışmaya geçiş mücbir sebeplerden kaynaklanıyorsa, geri dönme hakkı da mücbir sebep ortadan kalktıktan sonra tanınmalı, yine işin niteliği gereği tele çalışma zorunlu ise, bu halde işçinin

normal çalışmaya tek taraflı geçme hakkının varlığından da söz edilmemeli, bu yönde istisna da yasal düzenlememizde yer almalıdır⁵.

Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinin 9. maddesinde “*Uzaktan çalışmanın yapılacağı zaman aralığı ve süresi iş sözleşmesinde belirtilir. Mevzuatta öngörülen sınırlamalara bağlı kalmak koşuluyla taraflarca çalışma saatlerinde değişiklik yapılabilir. Fazla çalışma işverenin yazılı talebi üzerine, işçinin kabulü ile mevzuat hükümlerine uygun olarak yapılır*” hükmüne yer verilmiştir. Ancak bu hüküm de, uzaktan çalışma sırasında karşılaşılabilecek sorunları önlemeye veya çözmeye yönelik olmayıp yetersiz niteliktedir⁶.

Söyle ki, AB Çerçeve Anlaşmasına göre, uzaktan çalışma yaptıran işverenin çalışma saatleri ve süresini takip etmeye yönelik sistem kurmasının zorunlu hale getirilmesi, ancak bunun işçiye önceden bildirilmesi gerektiği ve amacıyla sınırlı; kişisel veriler ve özel hayata saygı hakkını ihlal etmemesi gerektiği düzenlenmiş; ayrıca işçinin her türlü delille fazla çalışmayı ispat edebileceği, ancak işverenin bunun aksini ancak takip sistemi ile ispat edebileceği düzenlenerek işverenlerin takip sistemi kurmaları bu şekilde de teşvik edilmelidir⁷.

Bu itibarla yönetmeliğimizde fazla çalışmanın işverenin yazılı talebiyle ve işçinin kabulüyle yapılacağına ilişkin düzenleme hem hayatın olağan akışına aykırı hem de işçilerin korunması bir yana, aksine işçinin fazla çalışma ücretlerini talep hakkını kısıtlayıcı niteliktedir. Gerçekten de, bu hüküm kaldırılmalı ve yerine, işverenlere çalışma süresi ve saatlerini takip sistemi kurma zorunluluğu getirilmeli, işçilerin her türlü delille fazla çalışmayı ispat edebilirken, işverenlerin uzaktan çalışmada fazla çalışma yapılmadığını ispat etmesinin tek delilinin takip sistemi kayıtları olduğu düzenlenmelidir. Bu kayıtların ise değiştirilebilir olmayan, zaman damgalı kayıtlar olması gerektiği de açıkça düzenlenmelidir ki, işverenler üzerinde değişiklik yapabildikleri, zaman damgası bulunmayan kayıtlarla fazla çalışma yapılmadığını ispat edemeyeceklerini bilmelidir⁸.

Bunun yanında takip sisteminin, önceden işçiye bilgisinin verilmesi gerektiği, evin tamamını izleme şeklinde olmaması ve bu sistemin özel hayata ve aile hayatına saygı, konut dokunulmazlığı ve kişisel verileri ihlal etmemesi gerektiği, bu sistemin, gereklilik, orantılılık ve elverişlilik ilkelerine uygun şekilde işçinin takibini yapmakla sınırlı olması gerektiği de yol gösterici de

⁵ BAYCIK/DOĞAN/DULAY YANGIN/YAY (2021), s. 1688 vd. Ayrıca bkz. ALP (2020), s. 107-109.

⁶ BAYCIK/DOĞAN/DULAY YANGIN/YAY (2021), s. 1694.

⁷ TOLU YILMAZ (2023), s. 435 vd.

⁸ İstanbul BAM 48.HD, 07.03.2024, E.2023/2197, K.2024/469 (yayınlanmamış karar).

olması açısından mevzuatımızda yer almalıdır⁹. Yönetmeliğimizde kişisel verilerin korunmasına ilişkin dahi düzenleme bulunmamaktadır. Halbuki uzaktan çalışmada işçinin özel yaşamı ile iş yaşamının iç içe geçmesiyle kişisel veri güvenliği çok daha önem arz etmektedir¹⁰.

Uzaktan çalışmada bir diğer önem arz eden husus, veri gizliliğidir. AB Çerçeve Anlaşmasının 5. maddesinde işverenin bilgi güvenliği için tüm önlemleri alması, bu önlemler hakkında işçilere bilgilendirme ve eğitim vermesi, şifre değişimi nasıl olacak, hangi web siteleri kısıtlı, nelere dikkat edilmeli ve bunun gibi kuralları net olarak oluşturması, kurallara aykırılık halinde işçilerin sorumluluklarının nasıl olacağı hakkında bilgilendirme yapması gerektiği düzenlenmiştir.

Uzaktan Çalışma Yönetmeliğimizin 11. maddesinde ise, sadece işletme verilerine ilişkin düzenleme yer almakta olup, bunun da yetersiz olduğu *“İşveren; uzaktan çalışanı, işyerine ve yaptığı işe dair verilerin korunması ve paylaşımına ilişkin işletme kuralları ve ilgili mevzuat hakkında bilgilendirir ve bu verilerin korunmasına yönelik gerekli tedbirleri alır. (2) İşveren, korunması gereken verinin tanım ve kapsamını sözleşmede belirler.(3) Verilerin korunması amacıyla işveren tarafından belirlenen işletme kurallarına uzaktan çalışanın uyması zorunludur”* yönündeki düzenlemeden görülmektedir.

Nitekim hükümde işverenin işçilere eğitim vermesi gerektiği dahi düzenlenmemiş olup, AB Çerçeve Anlaşması da dikkate alındığında veri güvenliği tam anlamıyla bu hükümde düzenlenmiş değildir. Zira, normal çalışmada işverenin menfaatine zarar verme ihtimali olan bilgiler gizli bilgi olarak kabul edilirken, uzaktan çalışmada artık işverene, işe ve işyerine ilişkin her bilgi gizli niteliktedir. Zira normal çalışmada işverenin çalışma ortamında koruması gerekmeyen bilgi, işçinin işyeri dışında çalışması halinde korunması gereken bilgi haline dönüşmektedir. Nitekim call center çalışanının işyerindeyken telefon konuşmalarını işyerindeki diğer çalışanların duymasını engellemek gibi bir yükümlülüğü yokken, işyeri dışında çalışan işçinin bu konuşmaları dahi hane halkı ve diğer kişilerden koruması, duyulmamasını sağlaması gerekmektedir. Bu veri güvenliğinin sağlanmasında ise öncelikli görev işverene düşmekte, işveren veri güvenliğini sağlayıcı tüm önlemleri almalı, işçilere bu konuda eğitim vermeli ve korunmayan bilgilerden işçilerin sorumluluğu konusunda da ayrıca bilgilendirme yapmalı ve veri güvenliğine

⁹ AYM, BB Esas No: 2019/37012, Karar tarihi: 29.09.2020. AYM, BB Esas No: 2019/37012, Karar tarihi: 23.11.2022. Bu konuda ayrıca bkz. Yargıtay 9. HD, 10.01.2019, E. 2018/10718, K. 2019/559.

¹⁰ BAYCIK/DOĞAN/DULAY YANGIN/YAY (2021), s. 1696.

ilişkin işçi yükümlülüklerini sözleşmede yazılı hale getirmelidir. Ancak bundan sonra işçinin veri güvenliğini ihlal etmesi durumunda sorumluluğu doğabilecektir. Bu itibarla, işverenin şifreli, online veya offline sistemler üzerinde çalışmayı sağlaması, şifre güvenliğini, anti virüs programlarını sağlaması, gerektiğinde belirli web sitesi yasakları yahut bilgisayar kısıtı getirmesi, internet ve sistem güvenliğini sağlaması ve bu konularda işçilere bilgilendirme yapıp eğitim vermesi gerektiği açıktır.

Ticari sır, müşteri bilgileri, üretim sırları gibi normal çalışmada da gizlilik arz eden ve yayılması halinde işverenin menfaatlerini zedeleyecek bilgilerin korunması ise ayrıca sağlanmalı, örneğin, işverenin bu tür belgelerin imha edileceği imha makinesini işçiye sağlaması veya tüm belgelerin işyerinde imzalı teslimini zorunlu tutması, fotokopi alınmasını yasaklaması ve aksine davranışlarda işçilerin maruz kalacağı yaptırımları da işçilere önceden bildirmesi gerektiği kanaatindeyiz. Mevzuatımızda bu konularda düzenleme bulunmadığından, bu eksikliklerin de mevzuatımızda giderilmesi gerektiği açıktır¹¹.

AB Çerçeve Anlaşmasının 4. maddesinde uzaktan çalışanlara da işyerinde çalışanlarla eşit hak ve koşullar sağlanması gerektiği, ancak uzaktan çalışmanın niteliğinden dolayı özel şartlar getirilebileceği düzenlenmiştir. Bu itibarla, uzaktan çalışmada iş sözleşmelerine özellikle teknoloji ve iletişim konularında işçilerin özel olarak eğitileceğine dair hükümler konabileceği, uzaktan çalışan işçinin internet, kira, elektrik, telefon gibi masrafları için ek ödeme yapılacağı, yemek parası verileceği ancak yol parası verilmeyeceği gibi, normal çalışanlardan farklı hükümlere yer verilmesinin eşitlik ilkesi ihlali olmadığı bilinmelidir¹².

Çerçeve Anlaşmanın 7. maddesinde, işveren tüm araç gereci sağlaması ve bunun iş sözleşmesinde açıkça yazması gerektiği, işçi kendi araç gerecini kullanmıyorsa, işverenin tüm kurulumdan da sorumlu olması, işverenin iş görme için gerekli tüm masrafları, bağlantı ücretleri de dahil karşılaması, işverenin teknik destek sağlaması, arızalanma halinde yedek araç gereç temin etmesi, işverenin tüm hasardan ve arızadan sorumlu olması; işçinin ise, tüm araç ve gereci özenli kullanması ve hukuka aykırı sitelere giriş yapmaması gerektiğinin düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Bu itibarla, uzaktan çalışmada masraflar asla işçi üzerinde bırakılamaz, aylık sabit ödeme olsa dahi, bunu aşan miktar işçiye ödenmelidir¹³. Araçlar

¹¹ BAYCIK/DOĞAN/DULAY YANGIN/YAY (2021), s. 1695-1697.

¹² BAYCIK/DOĞAN/DULAY YANGIN/YAY (2021), s. 1697-1698.

¹³ ILO (2020a), 15, 24.

işveren tarafından sağlanmalı, ancak işçi kendi araç gereçlerini kullanıyorsa buna işveren bir katkı ödemesi yapmalı ve bundan doğan masrafları (bakım arıza gibi) işveren karşılamalıdır. İnternet aboneliği, elektrik, kira gibi sadece işe özgülenmeyen giderler için ise, işverence ödeme yapılmalı, ancak bunu iş için kullanımına göre oranlamak kişisel veri ve özel hayat ihlali kabul edildiğinden, iş sözleşmesinde bu konuda anlaşma yapılması zorunluluğu getirilmeli ve buna asgari bir sınır konmalı, örneğin, işçinin aylık abonelik masraflarının 1/3'ünün altında olamaz, kira gelinde evin büyüklüğüne göre bir odanın ayrıldığı düşünülerek kiraya oranlama yapılması gerekliliği gibi nispi emredici kurallar getirilmelidir. Bunların yanında sözleşmenin devamında ortaya çıkan bir masraf için nasıl yol izleneceği de yine mevzuatta düzenlenmeli, iş sözleşmesinde belirtilenler dışındaki masraflar işin görülmesi için zorunlu ise işverence karşılanmalı, faydalı masraflar için işçinin önden onay alması gerektiği gibi düzenlemelere yer verilmelidir¹⁴.

Uzaktan çalışma en önem arz eden konu ise kanımızca iş sağlığı ve güvenliğidir. Bu hususta en dikkat çeken husus ise, uzaktan çalışmada işçinin hasta olsa dahi çalışmasının çok yaygın bir uygulama haline gelmesidir¹⁵. İşverenler de uzaktan veya dönüşümlü (hibrit) çalışan işçilerden hasta oldukları zamanda uzaktan çalışmalarını açıkça talep etmektedir. Ancak işverenin gözetme borcunun bir gereği olarak hasta olan işçinin çalıştırılmaması da bir İSG yükümlülüğüdür. AB Çerçeve Anlaşmasının 8. maddesinde, işverenin İSG'yi sağlamakla yükümlü olduğu, özellikle gözetim araçlarıyla ilgili bilgilendirme yapması ve İSG denetimlerini de yetkili olduğu önceden belirlenen kişilerce, TİS'te veya mevzuatta öngörülen ön izin, haber gibi süreçleri işleterek yapması gerektiği, hatta işçinin de devlet denetimini talep edebileceğine dair özel hükümler konması gerektiği ifade edilmektedir.

Nitekim uzaktan çalışmanın yaygınlaştığı Covid-19 salgını süresince ILO da uzaktan çalışmaya ve bu çalışma şeklinde İSG'nin sağlanmasına ilişkin önemli tespitlerde bulunmuştur. ILO, işçilere ergonomik çalışma ortamı ve ergonomik araçlar sağlaması, dinlenme sürelerinin önemine ilişkin bilgilendirme ve eğitim verilmesi, egzersiz ve beslenme alışkanlıklarına ilişkin videolar ve paylaşımlar yapılması, işçilere danışmanlık hizmeti yanında yardım hatlarına erişim imkanı verilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁶. Bunun gibi ILO, uzaktan çalışmada ve özellikle evden çalışmada konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği karşısında işverence alınabilecek İSG

¹⁴ BAYCIK/DOĞAN/DULAY YANGIN/YAY (2021), s. 1698 vd. TOLU YILMAZ, s. 444-449.

¹⁵ ILO (2020a), s. 23.

¹⁶ Eurofound (2017a), s. 34-35. ILO (2020b), s. 14.

önlemlerinin farklılaştığını, işyeri ortamındaki gibi sürekli şekilde fiili bir denetimin sağlanmasının mümkün olmadığını, bu nedenle risk değerlendirmesi, işçilerin bilgilendirilme ve eğitiminin çok daha önem arz ettiğini, eğitimde: uzun süre ekrana bakmanın kas iskelet ve göz problemlerine etkisi, bunlar için alınması gereken önlemler, psikososyal riskler, iş stresinin yönetimi, iş-yaşam dengesinin kurulması, fiziksel aktivitelerin ve doğru beslenmenin önemi gibi uzaktan çalışmanın dezavantajlarını kaldırıcı konulara yer verilmesi gerektiğini, işyeri hekimi vasıtasıyla e-nabız sistemindeki verilerin işlenmesi, yani saklanması ve takibinin de yapılması gerektiği, işverenlerin ayrıca önceden haber vermek kaydıyla çalışma ortamında yetkili olduğu bildirilen kişilerce İSG denetimlerinin de yapılabileceğini belirtmiştir¹⁷.

Bu içerikte bir düzenleme Uzaktan Çalışma Yönetmeliğimizde bulunmamakta olup, uzaktan çalışmanın kendine has özellikleri dikkate alınarak bu konuları düzenleyen hükme mevzuatımızda da yer verilmesi gerektiği açıktır. İş-yaşam dengesinin gözetilmesi, psikososyal risklere karşı önlemler alınması, dinlenme süreleri, çalışma saatlerinin özenle düzenlenmesi, ulaşılabilir olmama hakkının tanınmasının açıkça düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz¹⁸. Hatta bunlara aykırılık halinde ayrıca idari para cezalarının da öngörülebileceğini ifade etmek gerekir.

Yine bir İSG problemi¹⁹ olan sosyal izolasyon da AB Çerçeve Anlaşmasının 9/3. maddesinde düzenlenmiş olup, benzer hükme mevzuatımızda da yer verilmeli ve işverenin, işçilerin iş arkadaşlarıyla periyodik buluşmasını ve işyeri bilgilerine ulaşmasını sağlamakla yükümlü olduğu da ayrıca düzenlenmelidir.

Uzaktan çalışmada iş kazasının tespitine ilişkin de birkaç hususa yer vermek gerektiği açıktır. Zira günümüzde uzaktan çalışmada en çok tartışılan konu da iş kazasının tespitidir. İş sözleşmesinde işin yeri veya yerleri de belirli olacağından, işveren bu alanlarda İSG sağlamakla yükümlüdür. Çalışma yeri ve çalışma saatleri belirli ise, bu sürelerde gerçekleşen kazanın iş kazası olduğu yasal karineyle kabul edilmeli, kanımızca işle kaza arasında uygun illiyet bağı olmadığı işverence ispat edilmelidir. Kaza, bu süre ve yer dışında ise, uygun illiyet bağı işçi tarafından ispat edilmelidir. Ancak çalışma yeri ve süresi ile saatlerinin iş sözleşmesinde belirlenmemiş olmasının, işveren aleyhine sonuç doğuracağı düzenlenmeli ve uygun illiyet bağının varlığı yine

¹⁷ ILO (2020b), s. 14.

¹⁸ KÖKSAL/DULAY YANGIN (2020), 398 vd. AVOGARO (2017), s. 101.

¹⁹ ILO (2020b), s. 23. DULAY YANGIN (2016), s. 215. DULAY YANGIN (2018), s. 215. BAYCIK/DOĞAN/DULAY YANGIN/YAY (2021), s. 1710.

yasal karineyle kabul edilmeli, bu şekilde işverenlerin iş sözleşmelerinde çalışma saatleri, süreleri ve çalışma yerinin belirlemeleri sağlanmalıdır²⁰. 5510 sayılı Kanunun 13/a maddesindeki gibi bir düzenlemeye uzaktan çalışmalar için de yer verilmeli ve işin yapıldığı zaman aralığında veya işin yapılma yerinde gerçekleşen kazalar 5510 anlamında iş kazası kabul edilmelidir, işçi bu halde sosyal güvenlik yardımlarına hak kazanabilmelidir.

III. SIFIR SAAT SÖZLEŞMELERİ

Öğretide çokça eleştirilen ve iş sözleşmesi olmadığı savunulan sıfır saat sözleşmelerinde öncü ülkelerin İngiltere ve İrlanda olduğu bilinmektedir. Sıfır saat sözleşmelerinde işveren, iş vermekle yükümlü olmadığı gibi, işçi de işi reddetme hakkına sahiptir. İşverenin her zaman çağrıldıkları zaman hazır işçi grubu vardır. Bu şekilde işverenlerin işgücü masrafı azalır; işletme rizikosu da işçiye yüklenmiş olur. Bu sözleşmelerle iş gören kişilerin, ihbar-kıdem tazminatı, yıllık izin, bayram ve tatil günleri, fazla çalışma ücretleri gibi hakları bulunmamaktadır. Sıfır saat sözleşmeleriyle iş görenler, genellikle yirmi beş yaş altı kişiler, engelliler, göçmenler, az eğitilmiş kişiler, üniversite öğrencileri ve ne yazık ki günümüzde dahi halen kadınlardır. Sıfır saat sözleşmelerinde işverenin iş verme yükümlülüğü olmadığından, bu şekilde iş gören kişilerin geleceğe dair plan yapma imkanları ve öngörülebilir bir yaşamları bulunmamaktadır. Bu kişiler, bir daha işe çağrılmama korkusuyla her teklifi olumlu karşılamak zorunda kalmakta veya bu baskıyı sürekli hissetmekte ve gelecek kaygısıyla her teklifi kabul etmeye çalışmakta, ayrıca çalışma yaşamında da ayrımcılığa çok fazla maruz kalmaktadır. Bu nedenlerle, sıfır saat sözleşmelerinin “emek sömürüsü” ve “tek kullanımlık işgücü”ne sebebiyet verdiği, bu nedenle de eleştirildiği bilinen ve haklı bir gerçektir. Buna karşılık İngiltere ve İrlanda’da sıfır saat sözleşmelerinin istihdama olumlu katkı sağladığı ve işsizlerin en azından bir işinin olduğu dönemleri yaratması nedeniyle desteklenmesi gerektiği ifade edilmekte, hatta İngiltere’de “*insanın işi olmamasına nazaran bir işi olması iyidir*” yönündeki motto kullanılmaktadır²¹.

AB 2019/1152 sayılı Avrupa Birliğinde Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları Direktifi, çalışma hayatında uygulanan, dolayısıyla düzenlenmemesi halinde serbest piyasa ekonomisi içinde işçilerin haklarını yok edecek niteliğe sahip sıfır saat sözleşmelerini de bu nedenle kapsamına

²⁰ BAYCIK/DOĞAN/DULAY YANGIN/YAY (2021), s. 1715-1717.

²¹ ÖZTÜRK (2021), s. 269 vd.

almış ve üye devletlere sıfır saat sözleşmelerini kullanmaları halinde bazı asgari korumaları iş gören kişilere sağlamaları gerektiğini düzenlemiştir.

Direktife göre, sıfır saat sözleşmeleriyle iş gören kişilere yasalarla asgari korumalar getirilmeli, bu çalışma şekli sürekli çalışma şekline dönüşmemeli, iş gören kişiye mutlaka minimum çalışma süresi, dolayısıyla ücret garanti edilmeli, bu sözleşme türünün kötüye kullanımını engelleyecek tedbirleri devletler almalı, iş planının değişken olduğu hallerde garanti ücret sağlanmalı, iş planı değişken değilse, çalışma talep edilebilecek gün ve saatler iş gören kişiye önceden bildirilmeli, işçiye ne kadar süre önceden çağrı yapılması gerektiği konusunda da iş gören kişi önceden bilgilendirilmelidir. Bunların belirli olmadığı ilişkilerin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığından, iş gören kişinin de teklif edilen işi reddetme hakkının varlığı kabul edilmeli, ancak bu halde dahi iş gören kişi ileride iş teklifi almama riskiyle karşı karşıya kalıyorsa, işçinin işi reddetme hakkı olmadığı, dolayısıyla işverenle iş gören kişi arasında yine iş sözleşmesinin var olduğu, dolayısıyla iş gören kişiye belirli ücret veya tazminatın garanti edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Direktifin 10/3. maddesinde, işverene önceden belirlenen çalışmayı makul süreden sonra iptal etmesi halinde işçiye tazminat ödemesi gerektiği düzenlenmektedir. Öğretide, bunun tam ücret olmamakla birlikte genellikle ücretin 2/3'ü oranında olması gerektiği de kabul edilmektedir. Yine direktifin 11. maddesinde, her üye devletin ya asgari çalışma süresi belirlemesi ya da bunların süresini ve kullanımını sınırlaması gerektiği düzenlenmektedir. Bu nedenle, örneğin, sıfır saat sözleşmelerinin bir işveren tarafından ne kadar süreyle veya ayda yahut yılda kaç kez kullanılabileceği sınırlanmalıdır. Direktifin 12. maddesinde, iş görene, altı ay süreyle bu şekilde çalıştığı işverenden daha güvenilir ve öngörülebilir çalışma koşullarında çalışmayı talep etme hakkı tanınması gerektiği, işverenin de bu talebe bir ay içinde makul cevap vermesi gerektiğinin üye devletlerce asgari koruma olarak sağlanması gerektiği düzenlenmiştir. Aksi halde işverene idari para cezası uygulanması veya tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmesiyle de bu hükümlerin etkinliği artırılabilir.

İngiltere mahkemeleri, sıfır saat sözleşmesinin iş sözleşmesi niteliği taşıyıp taşımadığına karar verirken, yükümlülüklerin karşılıklılığı testini uygulamakta; iş görenin işi reddetme hakkı yoksa, yükümlülüklerin karşılıklı olduğu kabul edilerek iş sözleşmesinin var olduğu kabul edilmekte, bu halde işçinin işe çağrılmamasına belirli bir tazminat yaptırımı bağlanmaktadır. Nitekim, 1998 tarihli kararda, bankada ihtiyaç duyulduğunda çağrılan hemşire ile banka arasında iş sözleşmesi bulunmadığına karar verilmiş ve bunun gerekçesi olarak, taraflar arasında iş teklif etme ve işi kabul etme zorunluluğunun bulunmaması ve asgari çalışma süresi garantisi olmaması

gösterilmiştir. Ancak kararda ayrıca, kısa süreli de olsa tarafların karşılıklı yükümlülükleri doğarsa, bunun iş sözleşmesinin varlığının kabulü için yeterli olması gerektiği belirtilmiştir²².

İrlanda hukukunda ise, sıfır saat sözleşmeleri, iş görenin belirli bir hafta içinde kendisini erişilebilir kılma sözleşmesi olarak tanımlanmıştır. Buna göre, iş gören ya belirli saatler çalışmalı ya işverenin ihtiyacı ve talebi üzerine çalışmalı ya da hem belirli saatler hem de işverenin ihtiyacı ve talebine göre çalışmalıdır. Ancak her durumda iş görene asgari çalışma süresi tanınmalı ve bu süre kadar iş görene iş teklif edilmezse, bu süre karşılığındaki ücretin %25'i kadar tazminat ödenmelidir. Ancak sıfır saat sözleşmelerinin gündelik ve düzensiz işlerde kullanılması yasaklanmıştır. Bu itibarla, İrlanda hukukunda, İngiliz hukukundan farklı olarak, sıfır saat sözleşmeleri iş sözleşmesi olarak tanımlanmış, ancak bunun için tarafların karşılıklı yükümlülüklerinin bulunması gerektiği, yani işverenin işçiye karşı iş verme yükümlülüğünün olması gerektiği kabul edilmektedir.

İrlanda hukukunda *“if and when contract”* *“talebe ve ihtiyaca bağlı”* sözleşme, iş sözleşmesi değildir, zira iş teklifi ve kabul zorunluluğu yoktur. Ancak karma sözleşme *“hybrid if and when contract”* hem asgari çalışma süresini (sıfır saat sözleşmesini) hem de bunun üzerinde if and when sözleşmesini içerir. İşçi yeni öneriyi kabul etmek zorunda değildir, ancak önceden belirlenmiş olan çalışma sürelerinde çalışmayı kabul etmelidir. İş sözleşmesi kabul edilen hallerde çalışanlar, iş hukuku korumasından ve asgari tazminattan yararlandırılmakta, bu şekilde sıfır saat sözleşmelerinin çalışan haklarını olumsuz etkilemesinin önüne geçilmektedir²³.

İrlanda mahkemelerinde verilen 2014 tarihli kararda, 2012'den 2013'e kadar talebe ve ihtiyaca bağlı (if&when contract) sözleşmeyle çalıştırılan kişinin karşılıklı yükümlülükler doğurduğu, bu nedenle iş sözleşmesinin varlığının kabul edilmesi gerektiği, kişinin de işçi olarak iş hukuku korumasından ve asgari tazminattan yararlanması gerektiği hükme bağlanmıştır²⁴.

Buna karşılık, 2016 yılında verilen kararda, iş gören, şirketin kendisine, şirketin bir parçası olarak kalmasının menfaatime ve şirketin yararına olması durumunda bu alanda (çeviri) çalışması için öncelik verileceğine dair sözleşmeye hüküm konduğunu ifade ederek iş sözleşmesinin varlığını iddia

²² ÖZTÜRK (2021), s. 275 vd.

²³ ÖZTÜRK (2021), s. 285 vd.

²⁴ ÖZTÜRK (2021), s. 285 vd.

etmiş, ancak mahkeme, yükümlülüklerin karşılıklılığı olmadığından iş sözleşmesinin varlığından söz edilemeyeceğine karar vermiştir²⁵.

İrlanda hukukunda sadece acil işlerde veya kısa süreli devamsızlıklarda sıfır saat sözleşmelerine izin verilmekte, ancak gündelik işlerde bu sözleşme türünün uygulanması yasaklanmaktadır. İş sözleşmesi niteliği taşıyan sıfır saat sözleşmelerinde, işverenin işçiyi işe çağırmasına rağmen, onu çalıştırmazsa, 3 saatlik ücret tutarında tazminat ödemesi gerektiği düzenlenmiştir²⁶.

Türk hukukunda sıfır saat sözleşmeleri mevzuatımızda düzenlenmemiş olduğundan, İş Kanununun 14. maddesinde düzenlenen çağrı üzerine çalışma sözleşmelerinin sıfır saat sözleşmesinin mevcut olduğu çalışma ilişkilerinde de uygulama alanı bulup bulamayacağı değerlendirilmelidir. Zira var olması ve uygulamada karşımıza çıkması halinde, böyle iş sözleşmesi olamayacağı iddia edilerek iş görenin iş hukuku korumasından yararlanmasının önüne geçilmesi, var olan gerçekliği reddetmek ve ona hukuken çözüm bulmak yerine, görmezden gelerek bu şekilde çalışanları korumasız bırakmak anlamına gelecektir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, İş Kanununun 14. maddesi yedek hukuk kuralı olsa da, bu hükmün somut koruma amacı, haftalık çalışma süresinin sıfır saat olarak dahi belirlenebileceğini düzenlemek değildir. Bu nedenle kanımızca anılan hüküm, sıfır saat sözleşmelerine cevaz veren bir hüküm olarak değerlendirilemez. Bu itibarla, çağrı üzerine çalışma sözleşmesinde işçinin haftalık bir saat çalışacağının düzenlenmesi dahi mümkünken, sıfır saat düzenlenmesi mümkün olmayacaktır. Zira haftalık bir saat dahi kararlaştırılan sözleşmede işçinin haftalık bir saatlik ücreti garanti edilmekte ve bu belirli durum karşısında işçinin başkaca bu tür sözleşmeler yapabilmesine de olanak tanınmaktadır. Bu şekilde istihdama da katkıda bulunmaktadır.

Bununla birlikte, İrlanda hukukunda olduğu gibi, iş görenin, işverenin ihtiyacı ve talebine göre işe davet edildiği, iş görenin ise bunu kabul etme zorunluluğunun psikolojik dahi olmadığı hallerde iş sözleşmesinin varlığından söz edilmesi kanımızca mümkün değildir. Ancak iş görenin bir daha teklif gelmez korkusuyla iş görmeyi kabul etmek zorunda hissetmesi, bu ilişkiyi sıfır saat iş sözleşmesi haline dönüştürmeli ve belirli bir süre iş verilmeyen işçiye belirli bir tazminat ödenmesi mevzuatımızda düzenlenmelidir. Ayrıca bu tür sözleşmeleri, işyerinin sürekli faaliyetlerinde kullanması, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıftaki işlerde kullanması

²⁵ ÖZTÜRK (2021), s. 285 vd.

²⁶ ÖZTÜRK (2021), s. 285 vd.

yasaklanmalı, bir işverenin bu şekilde aylık veya yıllık kaç saatlik çalışma yaptırabileceğine de azami sınır getirilmeli ve bunların ihlali halinde işverene idari para cezası uygulanması öngörülmelidir ki, bu tür çalışma şekilleri kötüye kullanılamasın ve sınırlansın. Bu itibarla Türk hukukunda da sıfır saat iş sözleşmeleri düzenlenmeli ve yaptırımlarla sınırlandırılmalıdır ki, işsizliğin yüksek olduğu ülkemizde, aynı İngiltere’de olduğu gibi, işsiz olmaktansa bir işin olması iyidir mantığıyla işsizlerin haklarının kısıtlanması önlenmelidir.

IV. KUPON/FATURA ESASLI ÇALIŞMA

Kupon esaslı çalışmada işçi, bir saatlik çalışması karşılığında işverenden nakit ücret değil, ücret, yıllık izin ücreti kısmı, SGK primleri veya en azından İKMH primi kısmını içinde barındıran kupon alır. Bu kuponu, bankaya veya devlet tarafından yetkilendirilmiş ve denetlenmekte olan aracı kuruluşa götüren işçinin nakit ücreti kendisine ödenirken, kupon bedeli içinde yer alan SGK primleri SGK’ya, yıllık izin ücreti parçası da yine işçiye ödenir. Bu şekilde işçi, bir saatlik çalışması karşılığında kendisine verilmesi gereken tüm haklarını elde eder. Kupon esaslı çalışmanın kayıt dışılığı önleyici en etkili araçlardan biri olduğu kabul edilmektedir. Nitekim kupon esaslı çalışma, en çok kayıt dışılığın ve düzensizliğin yoğun olduğu tarım işleri ve ev hizmetlerinde (çocuk, yaşlı bakımı, basit bahçe işleri, çamaşır ve ütü, yemek, alışveriş, hayvan gezdirme, mevsimlik işler vs), kadınlar, eğitimsiz kişiler, gençler, öğrenciler, göçmenler, part-time çalışanlar, emekliler açısından kullanılmaktadır²⁷.

Kupon esaslı çalışmanın, sıfır saat sözleşmeleri gibi sürekli çalışma şekli haline dönüşmemesi gerektiği açıktır. Bu nedenle devletlerin önlem aldığı görülmektedir. Bu çalışma şeklinin yaygın olduğu Belçika’da işverenlerin bir yılda en fazla 500 kupon, yani 500 saatlik, dolayısıyla 66 günlük kupon satın alabileceği, ancak yalnız yaşayanlar, engelliler, yaşlılar, engelli aileleri için bu sınırın yılda en fazla 2000 kupon, yani 266 gün, dolayısıyla 9 ay olduğu düzenlenmektedir. Benzer şekilde Fransa’da da işverenlerin bir haftada en fazla 8 saat, bir yılda ise en fazla 1 aylık çalışma karşılığı kupon satın alabileceği düzenlenmiştir²⁸.

Ancak hemen belirtilmelidir ki, bu tür çalışmalara, aynı sıfır saat sözleşmelerinde olduğu gibi, az tehlikeli sınıftaki işlerde izin verilmeli ve bu

²⁷ DOĞAN (2021), s. 239 vd.

²⁸ DOĞAN (2021), s. 245 vd.

çalışma şeklinin sürekli çalışma modeli haline gelmesi kesinlikle önlenmelidir.

V. PLATFORM TABANLI ÇALIŞMA

Platform tabanlı çalışma birçok akademik çalışmaya konu olmuş ve nispeten hukuki çerçevesi çizilmiş bir çalışma şeklidir. Platform tabanlı çalışmada, platform, çalışan ve kullanıcının yer aldığı üçlü ilişki vardır. Platformun, aracı mı, yoksa hizmet mi sunduğu öncelikle tespit edilmelidir. Platformun aracı olduğu durumlarda, çalışan kişi, platform olmadan da bu işini yapabilir durumdadır; iş platform tarafından organize edilmez. Simsarlık, komisyonculuk, acente, vekalet sözleşmesi gibi sözleşmelerle aracılık faaliyeti yürütülür. Buna karşılık, hizmet sunan platformlar, kullanıcıların talep ettiği hizmeti organize eder. Bu nedenle platform ile çalışan arasında, hukuki bağımlılık da varsa, bunun iş sözleşmesi olduğu, bağımsızlık varsa, bunun vekalet veya istisna akdi olduğu kabul edilir²⁹.

Platform çalışmalarının bir kısmı, web tabanlı olur ve baştan sona internet üzerinden, çalışan sadece akıllı telefon, tablet veya bilgisayarla istediği yerden iş görür. Web tabanlı çalışmalarda, mikro iş (kitle-crowd work) platformlarında, insan zekasına ihtiyaç duyulan işler yapılır. İş sözleşmesine aracılık veya platform üzerinden çalışma söz konusu olur ve büyük iş, küçük parçalara ayrılır; çalışanlar sürekli aynı küçük işleri yapar; ücret düşüktür veya parça başınadır, işin nasıl görüleceği değil, sonuç önemlidir. Çalışanın işi reddetme hakkı vardır, ücretini alamama riskini de kendi üstlenir. Zira memnuniyet olmadığında ödeme de yapılmaz. Web tabanlı çalışmalardan olan makro iş platformlarında (freelance iş pazarları) ise, web sitesi oluşturma, reklam faaliyeti, animasyon hazırlama, logo çalışması gibi daha yüksek beceri ve uzmanlık isteyen işler, daha yüksek ücret karşılığında yapılır. Ancak bu tür çalışmada da rekabet, ücreti düşürür. Hatta bazen rekabet esaslı platform çalışmalarda, aynı büyük işi birçok kişi yapar, beğenilen işe ücret ödenir³⁰.

Konum temelli (GIG work) platform çalışmalarda ise, çalışanın konumu önemlidir. Zira çalışan ancak o konumda bulunduğu için o işi yapabilir. Bunlara örnek olarak, temizlik, tamirat, bahçe bakım, çocuk bakım, özel ders, psikolojik danışmanlık, teslimat, ulaşım hizmetleri gösterilebilir. Bu itibarla, armut, uber, getir gibi platformların konum tabanlı olduğu kabul edilir. Bu tür platform çalışmalarda platformun çalışan üzerindeki denetimi daha sıkıdır;

²⁹ TOLU YILMAZ (2023), s. 265 vd. BAYCIK/CİVAN/TOLU YILMAZ/BOSNA (2021), s. 718 vd.

³⁰ BAYCIK/CİVAN/TOLU YILMAZ/BOSNA (2021), s. 718 vd.

zira platformun prestiji önem taşımakta, bu nedenle platform kendi prestiji için çalışanların davranışlarını ve iş görme edimlerini sıkı şekilde takip ve kontrol etmektedir³¹.

Platform çalışmalarda en önemli tartışma, bu çalışmanın iş sözleşmesi niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Ancak bunun için genel geçer kural koymak kesinlikle mümkün olmayıp, teknolojinin ve dijitalleşmenin geldiği günümüz koşullarında birçok kriter kullanılarak her somut durumun özelliğine göre sonuca varılmalı ve hukuki nitelendirme bu şekilde yapılmalıdır. Platform çalışmaların iş sözleşmesine vücut veremeyeceği yönündeki görüşlerin temelinde, işçinin istediği zaman çevrim dışı olup işi reddetme hakkının bulunması, çalışma süresi ve saatlerini belirleme serbestisi ile araç gereçlerin çalışan tarafından temin edilmesi gerekçeleri yer almaktadır. Buna karşılık, platform çalışmaların iş sözleşmesine vücut verebileceğini kabul eden haklı görüşler ise, platformun hizmet sunduğu durumlarda, bu hizmeti örneğin, şoförün müşteriye şemsiye temin etmesine kadar en ince detayına kadar organize etmesini, çalışanın işi kabul ettikten sonra işle ilgili detaylı bilgiye sahip olmasını, yönetsel kararlara katılamamasını, ücretin platform tarafından belirlenmesini, kullanıcı geri bildirimleri ve algoritmik yönetim şekilleriyle iş organizasyonunun normal çalışmadan çok daha sıkı şekilde takip ve kontrol edilmesini gerekçe göstermektedir³².

ABD, İngiltere, Fransa, İspanya, Almanya, İsviçre gibi birçok ülkede ve AB Adalet Divanı'nda ekonomik gerçeklik testi, kontrol testi, entegrasyon testi, karşılıklı yükümlülük testi, ABC testi gibi testler kullanılmakta, ancak bu testlerin bazı somut olaylarda yetersiz kaldığı görülmekte, hatta mahkemenin gidişatına göre platform yöntem değiştirmekte ve bu şekilde iş sözleşmesinin varlığının kabul edilmesini önlemektedir³³.

Bu nedenle 01.12.2024 tarihinde yürürlüğe girecek olan AB Platform Çalışanları Direktifi üzerinde durmak kanımızca isabetli olacak ve buna uygun şekilde mevzuatımızda platform çalışmaların düzenlenmesi kanımızca doğru olacaktır. Zira günümüze kadar gelinen aşamada, iş mahkemelerince platform çalışmaları iş sözleşmesine dayalı kabul edilmemekte ve mahkemelerce görevsizlik kararları verilmekte, bu kararlar da istinafta kesinleşmektedir. Bu nedenle platform çalışanların ülkemiz mevzuatında korumaya alınması gerektiği ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde iş hukukunun korumasından yararlandırılmaları gerektiği açıktır.

³¹ BAYCIK/CİVAN/TOLU YILMAZ/BOSNA (2021), s. 718 vd.

³² TOLU YILMAZ (2023), s. 357 vd.

³³ TOLU YILMAZ (2023), s. 357 vd. DOĞAN (2020), s. 1130 vd.

AB Platform Çalışanları Direktifi uyarınca, devletler, çalışanların istihdam durumlarının doğru şekilde belirlenmesine yardımcı olmalı ve hak sahibi oldukları her türlü çalışma haklarından faydalanmalarına olanak sağlamalı, çalışanların haklarını güçlendirmek için, platform çalışanlarını, serbest meslek sahibi olarak değil, işçi olarak kabul ederek tatil, hastalık izni ve asgari ücret gibi avantajlar sunmayı amaçlamalı, platformların, aksini iddia etmeleri halinde, çalışanın işçi olmadıklarını kanıtlama yükümlülüğünü üstlendiği hukuk düzeni oluşturmalı, algoritmaların kullanımını düzenlemeli ve insan kaynakları yönetiminde daha fazla şeffaflık sağlanması, çalışma koşullarının iyileştirilmesi, insan kaynakları yönetiminde algoritmaların kullanımının daha şeffaf hale getirilmesi, otomatik sistemlerin nitelikli personel tarafından izlenmesi ve çalışanların otomatik kararlara itiraz etme hakkına sahip olması gibi hedefleri sağlamalı, işyerinde algoritmik yönetimin karar verme sürecinde yapay zekanın geri planda kalması, insanın ön plana çıkması amaçlanarak bu sayede platform işçileri, yapay zeka tarafından belirlenen istihdam haklarına karşı korunmuş olmalı, ayrıca sadece algoritmalar tarafından yönetilmeme hakkına da sahip olmaları sağlanmalıdır. Çalışanların, diğer hususların yanı sıra işe alımları, çalışma koşulları ve kazançları ile ilgili otomatik izleme ve karar verme sistemlerinin kullanımı hakkında gerektiği gibi bilgilendirilmeleri gerektiği, bu otomatik kararlar için, bu kararların açıklanması ve gözden geçirilmesi hakkı da dahil olmak üzere insan gözetimi ve değerlendirmesinin garanti edilmesi gerektiği, çalışanların belirli türdeki kişisel verilerinin (biyometrik veriler veya duygusal veya psikolojik durumları gibi) işlenmesi için otomatik izleme veya karar verme sistemlerinin kullanılmasına izin verilmemesi de Direktifte düzenlenmektedir.

Ülkemizde de platform çalışmalarının yasal zeminde düzenlenmesi, çalışanların haklarının belirlenmesi ve ülkemizde yaygın şekilde uygulanan bu yöntemin çalışanların haklarını ihlal etmesinin önüne geçilmesi gerektiği açıktır. Aksi halde bu şekilde çalışanların, statüleri ve hakları belirsiz olacak, bu çalışanlar açısından hukuk güvenliği olmayacaktır.

Kanımızca bu düzenleme yapılırken, AB Direktifindeki gibi hukuki bağımlılık kriterleri belirlenerek, bunlardan en az iki tanesinin bulunması halinde çalışanın işçi sayılacağı ve İş Kanunundaki belirli haklardan yararlanacağı düzenlenmelidir. Bu kriterler; ücreti belirleme veya üst sınır koyma, çalışanın iş görürken uyacağı bazı kuralları belirleme, işin sonucunun veya yürütümünün değerlendirilmesi sistemi kurma, çalışma süresinin belirlenmesine ölçütler getirme – takip sistemi ve belirli sayıda reddetmede iş vermeme, ücret skalasını düşürme, çalışanın girişim özgürlüğünü kısıtlayıcı ölçütler koyma, örneğin, çalışanın kendi müşteri portföyünü oluşturmasını veya üçüncü kişi için çalışmasını önleme-negatif teşvik ile buna yöneltme

şeklinde belirlenebilir. Görüldüğü üzere bazı kriterler sadece ekonomik bağımlılık yaratmakla birlikte, günümüzdeki yeni istihdam modellerinde ekonomik bağımlılık artık iş sözleşmesinin varlığı için kriter olmaya başlamıştır.

SONUÇ

Uzaktan çalışmanın hızla hayatımıza girdiği son yıllarda, bu konuda dahi oldukça fazla yeni düzenlemeye ihtiyacımız olduğu, uzaktan çalışmada esas önemli olan konuların halen mevzuatımızda düzenlenmediği gerçeği karşısında öncelikle bu alanda ILO'nun ve Avrupa Birliği'nin düzenlemeleri ve bunlardaki esas amaçlar dikkate alınarak önemli konulardaki yasal boşlukların giderilmesi gerektiği açıktır. Aksi halde halihazırdaki mevzuatımız, güncel ihtiyaçları ve çalışanı koruma gereklerini karşılamaktan oldukça uzak kalacaktır. Bunun aynı şekilde platform çalışmalarda da yapılması gerektiği, zira uzaktan çalışma yanında platform çalışmaların da yıllardır ülkemizde yoğun şekilde uygulanan yeni istihdam modelleri olduğu aşîkârdır. Bunların yanında, henüz ülkemizde uygulanmaya başlanmamış, ancak her an ülkemizde de hızlı şekilde istihdam piyasasına girme ihtimali olan sıfır saat sözleşmeleri ile kanımızca ülkemizde de uygulanmakla hem kayıt dışılığı azaltacak hem de istihdamı artıracak olan kupon esaslı çalışmalara ilişkin yeni düzenlemeler yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Sıfır saat sözleşmelerinin özellikle 2019/1152 sayılı Avrupa Birliğinde Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları Direktifi dikkate alınarak düzenlenmesi, bu alanın hukuk boşluğuna terk edilmesini ve çalışanın haklarının ihlal edilmesini ciddi şekilde önleyecektir. Kupon esaslı çalışmalar ise, kanımızca ülkemizde yasal düzenlemelerle uygulamaya geçirilmeli ve bu şekilde dezavantajlı grupların istihdama katılımı sağlanmalı, anılan kişilerin kayıt dışı çalıştırılması da önlenmelidir.

KAYNAKÇA

- ALP, M. (2020) “Corona Günlerinde Uzaktan (Evden) Çalışma, Telafi Çalışması ve Ücret İndirimi”, Pandemi Sürecinde İş Hukuku, editör: Gülsevil ALPAGUT, s. 103-129, İstanbul.
- AVOGARO, M. (2017) “*Right to Disconnect: French and Italian Proposals for A Global Issue*”, Revista Brasileira de Previdência, Conference of the Regulating for Decent Work Network, http://www.revistabrasileiradeprevidencia.org/wpcontent/uploads/2018/04/AVO_GARO_RIGHT_TO_DISCONNECT.pdf, erişim: 01.12.2025.
- BAYCIK, G./CİVAN, O. E./TOLU YILMAZ, H./BOSNA, B. (2021) “*Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021/1, s. 713-802.
- BAYCIK, G./DOĞAN, S./DULAY YANGIN, D./YAY, O. (2021) “*Covid 19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespit ve Öneriler*”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2021/3, s. 1683-1727.
- DOĞAN, S. (2020) “*Uber Platformu Çalışanlarının Hukuki Statülerine İlişkin Yaklaşımlar*”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C. 5, S. 1, s. 1123-1148.
- DOĞAN, S. (2021) “*Yeni Bir İstihdam Modeli Olarak Kupon Esaslı Çalışma, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri*”, Prof. Dr. Münir EKONOMİ 85. Doğum Günü Armağanı, İstanbul, s. 239-268.
- DULAY YANGIN, D. (2018) “*Bilgi ve İletişim Teknolojilerinde Yaşanan Gelişimin İş Hukuku Üzerindeki Etkileri: Tele Çalışmaya İlişkin Tespit ve Öneriler*”, editör: Tankut CENTEL, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, İstanbul, s. 221-260.
- DULAY, D. (2016) Türk İş Hukukunda Evde Çalışma, Ankara.
- Eurofound (2017a) “*Working Time Patterns for Sustainable Work, Luxembourg*”: Publications Office of the European Union, <https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/all/working-time-patterns-sustainable-work>, erişim: 01.12.2025.
- ILO (2020a) “*Teleworking during the COVID-19 Pandemic and beyond, A Practical Guide*”, Geneva: International Labour Office, https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@travail/documents/instructionalmaterial/wcms_751232.pdf, erişim: 01.12.2025.
- ILO (2020b) “*In the face of Pandemic: Ensuring Safety and Helathy at Work*”, Geneva: International Labour Office, https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/publication/wcms_742463.pdf, erişim: 01.12.2025.
- KÖKSAL, K./DULAY YANGIN, D. (2020) “*İş Hukuku ve Örgütsel Davranış Boyutuyla İş-Yaşam Dengesi*”, Örgütsel Davranış ve İş Hukukuna Yansımaları, editör: Sevinç KÖSE/Mustafa ALP, Ankara, s. 385-419.
- ÖZTÜRK, B. (2021) “*İş Hukukunda Sıfır Saat Sözleşmeleri (Karşılaştırmalı Bir İnceleme: İngiltere, İrlanda, Almanya ve Türkiye’de “Sıfır Saat Sözleşmeleri”)*”, Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri, Prof. Dr. Münir EKONOMİ 85. Doğum Günü Armağanı, İstanbul, 2021, s. 269-327.
- TİSK (2022) Yeni Nesil Çalışma Modelleri Raporu, Şubat 2022, <https://www.tisk.org.tr/dokuman/yeni-nesil-calisma-modelleri-raporu-.pdf>, erişim: 01.12.2025.
- TOLU YILMAZ, H. (2023) Dijital Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından), İstanbul.

NAMIK KEMAL VE HUKUK-I ÜMEM

Namık Kemal and Law of Nations

Prof. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU*

ÖZ

Türk modernleşmesi olarak bilinen reform hareketlerinin temel hedefi, Batılı devletlerle eşit olmaktır. Bu hedefin gerçekleşmesinin bir yönü, milletlerarası hukuk anlamında, hukuki eşitliğin sağlanmasıdır. Gerek kapitülasyonlar gerek Osmanlı Devleti'ne yönelik müdahaleler, Osmanlı Devleti ile Avrupa devletleri arasında hukuki eşitsizlik yaratmaktadır. Yeni Osmanlılar hareketinin başta gelen temsilcisi Namık Kemal, kapitülasyonların kaldırılması ve Batılı devletlerle eşitlik anlayışını ileri sürmüş olan önemli bir aydındır. Vatan ve hürriyet kavramlarıyla özdeşleşen Namık Kemal, görüşlerini hem siyasi yazılarında hem de edebi eserlerinde dile getirmiştir. Bu görüşlerinden etkilenen sonraki nesiller, büyük mücadeleler sonucu Batılı devletlerle tam eşitliği sağlayan Lozan Antlaşması'nı kazanmıştır. Böylece Namık Kemal, Lozan Antlaşması'nın üzerine oturduğu ilkelerin fikri hazırlayıcılarından birisi olarak temayüz eder. Bu çalışma, böylesine önemli etkileri olan Namık Kemal'in, sonucu Lozan Antlaşması gibi bir başarıya uzanan milletlerarası hukuk bağlamındaki görüşlerini, günümüz Türkçesiyle göstermeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Namık Kemal, Yeni Osmanlılar, Türk modernleşmesi, Osmanlı'nın milletlerarası hukuktaki yeri, kapitülasyonlar.

ABSTRACT

The main goal of the reform movements known as Turkish modernization is to be equal with the Western states. One aspect of achieving this goal is ensuring legal equality before international law. Both the capitulations and the interventions against the Ottoman Empire created legal inequality between the Ottoman Empire and the European states. Namık Kemal, the leading representative of the New Ottomans movement, was an important intellectual who put forward the abolition of

Makale Geliş Tarihi: 11.11.2025

Makale Kabul Tarihi: 08.12.2025

“Makale hakem incelemesinden geçmiştir.”

* Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: ugur.bayillioglu@bozok.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8601-7908.

capitulations and the concept of equality with Western states. Namık Kemal, who identified with the concepts of homeland and freedom, expressed his views both in his political writings and literary works. The next generations, influenced by these views, won the Treaty of Lausanne, which ensured full equality with the Western states, as a result of great struggles. Thus, Namık Kemal stands out as one of the intellectual preparers of the principles on which the Treaty of Lausanne is based. This study intends to show the views of Namık Kemal on international law which led to success of Treaty of Lausanne.

Keywords: *Namık Kemal, the New Ottomans, Turkish modernization, The Ottoman Empire's status in international law, capitulations.*

GİRİŞ

Bu çalışmada Yeni Osmanlıların başta gelen temsilcisi ve çok önemli bir Osmanlı aydını olan Namık Kemal'in milletlerarası hukuk¹ anlayışı odak alınmıştır. Namık Kemal, Türk modernleşmesinin en önemli figürlerinden birisidir. Dolayısıyla onun milletlerarası hukuk anlayışı ve yaklaşımı, bir bakıma milletlerarası hukukun Türk modernleşmesindeki yerini göstermek ve anlamak açısından yol gösterici olacaktır.

Kapitülasyonlara karşı çıkan ve Batılı devletlerle eşitliği entelektüel düzeyde savunan ilk oluşum Yeni Osmanlılardır. Namık Kemal ise bu hareketin başat teorisyenidir. Bu anlamda Namık Kemal'in, Yeni Osmanlıların "kişiliğini oluşturduğu" vurgusu önemlidir.² Böylece aslında bu hareket onun şahsında temsil edilmektedir. Şurası açıktır ki Türk modernleşmesi her şeyden önce Batılı devletlerle eşitlik sağlama amacını gütmektedir. Bunun bir yönü hukuki eşitlik olup, kapitülasyonlardan kurtulmuş şekilde Osmanlı Devleti'nin milletlerarası hukuktaki yerini almasını zorunlu kılar. İşte Namık Kemal ve arkadaşlarının düşünceleri de esas itibarıyla bu amaca matuftur. Altı özellikle çizilmelidir ki Namık Kemal'in bu görüşleri, kendisinden oldukça etkilenen bir başka Kemal'in (Mustafa Kemal'in) kişilik ve entelektüel dünyasının oluşumuna katkıda bulunmuştur. Gerçekten de bu düşüncelerle yoğrulan Mustafa Kemal, bu düşünceleri hayata geçirecek kudrete erişecektir. Şurası açıktır ki Namık Kemal'in görüşleri, kendisinden sonra gelen ve Batılı devletlerle tam eşitliği sağlayan Lozan Antlaşması'nı kazanan nesli etkilemiştir. Bu anlamda Namık Kemal, Lozan Antlaşması'nın fikri hazırlayıcılarından birisidir.

Yine çalışmada kullandığımız kaynaklardan da görüleceği üzere, Namık Kemal'in görüşlerini içeren yazılarının önemli bir kısmı, Latin harflerine aktarılmışsa da bunları sözlük vasıtasıyla bile okumak çok kolay değildir. Hal böyle olunca bu kadar önemli etkiler doğurmuş bir aydının, milletlerarası hukuk çerçevesinde ortaya koyduğu ve Lozan Antlaşması'na uzanan görüşlerini, günümüz Türkçesiyle göstermek, çalışmanın başta gelen amacını

¹ Namık Kemal'in yazılarında, bugün milletlerarası hukuk olarak kullanılan hukuk dalını ifade etmek için, hukuk-ı ümem veya hukuk-ı bey el-ümem terimlerini kullandığı görülmektedir. Biz de Kemal'in bu kullanımına sadık kalarak, görüşlerine atıf yaptığımız yerlerde, erken dönemde, Avrupa'da sürgündeyken kullanmayı tercih ettiği hukuk-ı ümem terimini kullanmayı uygun bulduk.

² KÜÇÜK, Yalçın: Aydın Üzerine Tezler 1830-1980, Birinci Kitap, Tekin Yayınevi, Ankara 1984, s. 487.

oluşturmaktadır. Bu çaba belki yeni nesillere bu büyük aydını tanıtmak açısından bir başlangıç sağlamak ile ödüllendirilebilir.

I. NAMIK KEMAL VE GENEL SİYASİ DURUŞU

Namik Kemal, Osmanlı ekonomisini uzun dönemde mahveden, 1838 Osmanlı-İngiliz Ticaret Antlaşması'yla başlayan ve dış borçlanmalarla devam eden bir zamanda yaşamıştır. Gerçekten de 1838 Antlaşması'nı takip eden ve yabancı devletlere bir takım ticari imtiyazlar tanıyan 1861-1862 Antlaşmalarının, kapitülasyonlara ilaveten Osmanlı'daki yabancı sömürsünü arttırdığı görülmektedir.³ Bu anlamda ilk kez Kemal'in, halkın ve ülkenin Batı sermayesine karşı korunmamasını eleştirdiği ve Osmanlı gümrüklerini İngiltere lehine kaldıran 1838 Antlaşması ve sonuçlarına muhalefet ettiği belirtilmektedir.⁴ Kemal ilaveten, 1861-1862 Antlaşmalarının sonuçlarını şöyle özetlemiştir: "... esnafımız ve tüccarlarımız uşaklığa ve kolculuğa düştü".⁵

Bu anlamda Namık Kemal ve Ziya Paşa'nın başını çektiği Yeni Osmanlı hareketinin, Tanzimatçıları, diğerleri yanında, "Batılı sömürü olayını anlamamak" ve "yüzeysel anlamda Batılı olmakla" eleştirdikleri belirtilmiştir.⁶ Onlara göre Tanzimatçıları, büyük Avrupa devletlerinin politikalarına karşı pasif bir tutum benimsemişlerdir. "Bunun üstesinden gelmek için Müslüman halkı bir direnç hareketine sokmak gerekir" ki bu, "çağdaş milliyetçiliğin bir davranış türüdür".⁷ Bu modernist tavır, aşağıda ayrıntısına girileceği gibi Namık Kemal'in, Batılı devletlerle eşitlikçi ilişkiler kurulması anlayışına tekabül eder. Bu anlayışın gereği olarak Kemal, Yeni Osmanlıların "liberal meşrutiyeti ve temsili demokrasiyi destekleyen" grubuna mensup olup, Tanzimatçıları bu yönden, Batı'nın hürriyetçi ve parlamenter ruhunu anlamamakla eleştirmektedir.⁸ Tanzimat'ın mahiyetinde mündemiç temel kusuru yansıtan söz konusu eksiklik, sadece aydın kesim ve

³ Sayı ve veriler için bkz: KARAL, Enver Ziya: Osmanlı Tarihi, VII. Cilt, Islahat Fermanı Devri, (1861-1876), Türk Tarih Kurumu Basımevi, B. 5, Ankara 1995, s. 260-262 (VII. Cilt).

⁴ BERKES, Niyazi: Türk Düşününde Batı Sorunu, Bilgi Yayınevi, Ankara 1975, s. 37 ve 207-208.

⁵ KARAL, VII. Cilt, s. 262.

⁶ MARDİN, Şerif: Türk Modernleşmesi, Makaleler 4, (editörler Mümtaz'er TÜRKÖNE-Tuncay ÖNDER), İletişim Yayınları, B. 20, İstanbul 2011, s. 13 (Türk Modernleşmesi).

⁷ Ibid, s. 88.

⁸ Ibid, s. 13 ve 58.

yönetici takımının değil, sıradan halk kitlelerinin yaklaşımının da bir neticesidir. Gerçekten de Tanzimat döneminin iki anayasal belgesi olan, Gülhane Hatt-ı Hümayunu ve Islahat Fermanı ile güdülen amaç, “tebaayı ırk ve din farkı gözetmeksizin kaynaştırmak ve imparatorluğun mukadderatı ile ilgili bir Osmanlı topluluğu yaratmaktı.”⁹ Bu anlamda Tanzimat, Avrupalılarla Osmanlı Devleti’nin eşitliğini sağlamak için Avrupa tipi bir hukuk devleti kurmak amacına matuf ise de uygulamasında Osmanlı halkı tarafından benimsenmemesi ve Avrupa devletlerinin müdahalelerini beraberinde getirmesi, bu amacı boşa çıkarmıştır.¹⁰

Kemal, Tanzimat’ın Batı taklitçiliğini eleştiren, ne tam Doğucu ne tam Batıcı, Osmanlı milliyetçisi ve İslam kültürünü Batılılardan aşağı değil, tam tersine üstün gören bir zattı.¹¹ Lakin bu noktada Kemal’in siyasi anlayışı ile ilgili şu husus vurgulanmalıdır ki kendisi siyasi açıdan İngiltere taraftarıdır. Kuntay’a göre; “Kemal’in Terakki ismindeki makalesi kadar İngiltere’ye hayranlık gösteren bir yazı Türkçede, o tarihe kadar, yoktur”.¹² Gerçekten de Kemal’in özellikle Londra’yı anlatan söz konusu makalesi, neredeyse dünya üzerinde insan eliyle yaratılmış bir cennet tasviridir.¹³ Şüphesiz Kemal’in İngiltere’ye fazlaca meyleden yaklaşımı, kültürel olmayıp, reel politik gerekçeleri yanında, dönemin Osmanlı devlet adamı ve aydınlarının tutumlarına da uygundur.¹⁴ Kemal’in İngiltere hayranlığını, bir modernleşme anlayışı içinde, öykünme ve örnek alma çabası olarak anlamak gerekir. Netice olarak modernleşme ve esas itibarıyla bu yolla Osmanlı’yı İngiltere ve diğer

⁹ KARAL, Enver Ziya: Osmanlı Tarihi, V. Cilt, Islahat Nizam-ı Cedid ve Tanzimat Devirleri, (1789–1856), Türk Tarih Kurumu Basımevi, B. 7, Ankara 1995, s. 251 (V. Cilt). Çeşitli yönleriyle Tanzimat ve Islahat fermanları hakkında geniş bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Ibid, s. 169–195, 248–252.

¹⁰ KARAL, VII. Cilt, s. 320–321 ve 330–331.

¹¹ BERKES, Niyazi: Türkiye’de Çağdaşlaşma, (yayına hazırlayan Ahmet Kuyaş), Yapı Kredi Yayınları, B. 5, İstanbul 2003, s. 287–300 ve 370–381 (Türkiye’de Çağdaşlaşma).

¹² KUNTAY, Mithat Cemal: Namık Kemal: Devrinin İnsanları ve Olayları Arasında, Cilt II Kısım 1, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2010, s. 757 (Cilt II Kısım 1). Kemal’in İngiltere’ye ilgi ve sevgisinin ifadeleri için bkz: Ibid, s. 758–774.

¹³ “Terakki”, İbret, No: 45, 3 Ramazan 1289, Namık Kemal, Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri, Bütün Makaleler 1, (hazırlayanlar Nergiz Yılmaz AYDOĞDU, İsmail KARA), Dergâh Yayınları, B. 2, İstanbul 2019, s. 212–220 (Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri).

¹⁴ Özellikle devlet adamları yönünden, İngiliz Sait Paşa, Rus (Moskof) Nedim Paşa (Nedimof) gibi uç örneklerin yanında, Mithat Paşa’nın Fransa, Büyük Reşit Paşa’nın İngiltere taraftarı olduğu vurgulanmalıdır. Yine aydın kesimin de genelde devlet adamlarının etrafında toplandığı gerçeği, bu sonucu kaçınılmaz kılmaktadır.

Avrupa devletleriyle hukuki ve siyasi anlamda eşit yapma amacının bir tezahürüdür.

Kemal aynı zamanda tarihimizin önemli edebiyatçıları arasında yer alır. Siyasi alandaki görüşlerini edebiyat vasıtasıyla da aktarmıştır. Bu anlamda kendisi, “vatan şairi” olarak ünlenmiştir. Şüphesiz bu lakap, “Vatan yahut Silistre” piyesinin yazarına pek uygundur. Üstelik Kuntay’a göre, hem aruz veznine hem de Osmanlıcaya “vatan” kelimesini, 1866 gibi bir tarihte şu beyitle sokan da Kemal’dir:

“İdrâk edene asl-ı beden hâk-i vatandır

Kim hâk-i vatan mâye-i eczâ-yı bedendir”.¹⁵

“Vatan, Namık Kemal için Osmanlı camiasıydı”.¹⁶ Bu camia, Osmanlıyı oluşturan tüm grupları içermekte olup, “her grubun ayrı bir devleti olamayacağına göre hepsinin Osmanlı Devleti’ne bağlanması fikrine dayanan Osmanlılık idealinin” ifadesiydi.¹⁷ İşte bu bağlılığı sağlamanın yolu olarak, “Batı uygarlığının felsefi temeli olan tabii haklar” doktrinini kullanmış, böylece devleti, meşveret ve meşruta yöntemi çerçevesinde halkın tabii haklarına dayandırmıştır.¹⁸ Bunun sonucu da tüm Osmanlı tebaasının sadakatini elde etmektir.

Şüphesiz Kemal ve temsilcisi olduğu Yeni Osmanlı hareketi, belirli bazı tutarsızlardan mustarıptı. Gerçekten de söz konusu hareket, her ne kadar belirli Batılı fikirleri esas almışsa da Tanzimat’ın sefaretlere dayanan pratiğine tepki olarak halka dayanmaya çalışmış, halkı da sınıfsal açıdan esnaf ve tüccar olarak görmüş ve onların desteğini almak amacıyla İslamcı söylemlere kapılmaktan kurtulamamıştır.¹⁹ İşte bu nedenle de Batı’nın sadece tekniğini almak olarak sonuç doğuran ve “uygarlığı alıp benliğini koruma hülyası, Kemal ile birlikte ilk formülasyonunu bulmuştur”.²⁰ Bu noktada Berkes’in

¹⁵ Kemal’in 3 Zilkade 1282 tarihli Tasviri Efkar’da yayımlanan “Yangın” makalesinden aktaran, KUNTAY, Mithat Cemal: Namık Kemal: Devrinin İnsanları ve Olayları Arasında, Cilt I, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2010, s. 55 (Cilt I).

¹⁶ MARDİN, Türk Modernleşmesi, s. 90.

¹⁷ Ibid, s. 94.

¹⁸ BERKES, Türkiye’de Çağdaşlaşma, s. 288–292.

¹⁹ KÜÇÜK, s. 500–647. Berkes’e göre; “Kemal’in şeriatçıymış gibi görünmesi, Avrupa’da yapılan tenkitlere karşı ... savunmacılık yapmasından, aşırı fikhçiliği da Tanzimat’ın tutarsız kanunlaştırma eylemlerine tepkisindendir.” BERKES, Türkiye’de Çağdaşlaşma, s. 306, 43 no’lu dipnot.

²⁰ KÜÇÜK, s. 647.

Kemal’e yönelik temel eleştirisi, Batı’nın gelişmişliğini, toplumsal gelişmelerde aramaması olarak ortaya çıkmıştır.²¹

Türk modernleşme süreci açısından meseleye bakılınca, Mustafa Kemal’in, adaşı Namık Kemal’in ileri bir adımı olduğu görülmektedir. Gerçekten de Mustafa Kemal, uygarlık değiştirilmesi gerektiğini ortaya koyan ve bunu hayata geçirendir. Bu yönü itibarıyla Mustafa Kemal, Türk modernleşmesinin ulaştığı zirve noktadır. Namık Kemal ise İslam uygarlığı içinde Batı’nın tekniğini almaya çalışandır. Lakin ikisinde de amaç, modernleşmenin bir sonucu olarak, fiili ve hukuki olarak Batılı devletlerle eşit olmaktır. Bu anlamda Namık Kemal, Türk modernleşmesinin öncülerindendir ve kendisinden sonrakiler için bir fikri basamak rolü oynamıştır. Gerçekten de Türk modernleşmesinin ulaştığı en üst noktayı temsil eden Mustafa Kemal’in, Namık Kemal’den oldukça etkilendiği açıktır. Bu etki, Türk modernleşmesinde önemli rolü bulunan vatan ve hürriyet kavramları açısından oldukça yoğundur.²² Nitekim Aydemir’e göre; Atatürk’e ve “onun kuşağının mücahitlerine vatan ve hürriyet aşkını aşılayan Namık Kemal’dir.”²³ Öyle ki İdadi’de kendisinin “Kemal” adını almasında da vatan şairi Namık Kemal’in etkisi olabileceği bir ihtimal olarak belirtilmiştir.²⁴

II. OSMANLI DEVLETİ VE MİLLETLERARASI HUKUK

Namık Kemal’in milletlerarası hukuk ile ilgili görüş ve düşünceleri, yaşadığı dönem ve öncesinin ürünüdür. Kemal’in dünyası, Osmanlı–Avrupa

²¹ BERKES, Türkiye’de Çağdaşlaşma, s. 287–300 ve 370–381.

²² Namık Kemal’in Mustafa Kemal üzerindeki etkisinin daha çok romantik düzeyde kaldığı, Ziya Gökalp’in etkisinin ise daha teorik ve fikri düzeyde olduğu belirtilmiştir. TURAN, Şerafettin: Atatürk’ün Düşünce Yapısını Etkileyen Olaylar, Düşünürler, Kitaplar, Türk Tarih Kurumu, Ankara 2024, s. 9 ve 21. Namık Kemal’in romantizmi bir vakıa olmakla beraber siyasi yazılarında belirli bir teorik dizayn bulunduğu da açıktır. Nitekim Turan’ın da gösterdiği gibi aşağıda atfı yaptığımız ve bakış açısını yansıtan makalelerin toplandığı eserlerin önemli bir kısmı, Mustafa Kemal tarafından öğrenciliğinden itibaren okunmuştur. Bkz: Ibid, s. 7–8. Böylece Namık Kemal’in Mustafa Kemal üzerindeki etkisinin salt romantizmle sınırlı olmadığı, teorik ve fikri düzeyi de içerdiği açıktır.

²³ AYDEMİR, Şevket Süreyya: Tek Adam: Mustafa Kemal, Cilt I, 1881–1919, Remzi Kitabevi, B. Otuz İki, İstanbul 2011, s. 67–69.

²⁴ MANGO, Andrew: Atatürk: Modern Türkiye’nin Kurucusu, (çeviren Füsün DORUKER), Remzi Kitabevi, B. 20, İstanbul 2022, s. 58. “Genç Mustafa’nın esinlenerek bu ismi kendine seçmiş olması da mantıklı bir olasılıktır. Henüz 13, 14 yaşlarındayken, birkaç yıl sonra kendi gençliğinin esin kaynağı haline gelecek olan şairin adını duymuş olması akla yatkındır. Ya da belki daha yaşlı biri ona bu ismi önermiş olabilir.” Ibid, s. 58.

ilişkilerinde ve bunun sonucu milletlerarası hukukun karşısında Osmanlı'nın durumunda önemli olay ve olguların yaşandığı bir döneme tekabül eder. Dolayısıyla Kemal'in milletlerarası hukuka ilişkin görüşlerini anlamak için öncelikle bu dönemlerin genel bir tasviri yapılmalıdır.

Osmanlı, Hristiyan bir devletle eşit olmadığı yönündeki İslami düşüncenin etkisiyle, diğer devletler ilişkilerinde yalnız kalma ve kendi kendine yeterli ilkesini kabul etmiştir. Gerçekten de bu anlayış, Hristiyan bir devletle eşit şartlar altında bir anlaşma yapılamayacağı şeklinde tezahür etmiştir. Osmanlı'nın en kuvvetli dönemi olan I. Süleyman döneminde bu bir sorun olmasa da sonradan zayıflayan devlet, bu nevi ilişkilere girişmek zorunda kalmıştır.²⁵ Nitekim III. Selim döneminde meseleye realist açıdan bakılarak, “devletlerarası münasebetlerde Osmanlı Devleti'nin kendi kendine yetemeyeceğinin” anlaşıldığı ve “İslami telakkilere uymamasına rağmen, Hristiyan devletleriyle karşılıklı esaslara dayanan anlaşmalar yapılmaya başlandığı” tespiti yapılmıştır.²⁶

Gerek yükselme devrinde gerek duraklama, gerileme ve dağılma devirlerinde, hukuki açıdan, Osmanlı ile Avrupa devletleri arasındaki temel ilişki biçimi, kapitülasyon ilişkisi olmuştur.²⁷ İlk başlarda, özellikle yükselme devrinde, Osmanlı için sorun teşkil etmeyen ve hatta tercihe şayan olan bu ilişki biçimi, Avrupa'da egemenlik anlayışının gelişimi ve değişimi ile Osmanlı açısından da bir yük ve engel teşkil etmeye başlamıştır. Avrupa'da cereyan eden güç mücadeleleri, egemenliğin monarkın şahsında bulunmadığı, bağımsızlık şeklinde devlet tüzel kişiliğinde aranması gerektiği yönünde bir kabule yol açmış ve Grotius'un hukukla sınırlı egemenlik anlayışını geliştirmesi, egemenlik anlayışındaki bu büyük gelişim ve dönüşüme katkı sunmuştur.²⁸ Bu anlayış, modern ulus devletleri doğurmuştur ve bu devletlerin

²⁵ KARAL, V. Cilt, s. 8–9.

²⁶ Ibid, s. 73.

²⁷ Cassese'ye göre tarihi süreçte Batılı güçler, devlet örgütlenmesine sahip, Osmanlı Devleti, Çin ve Japonya ile ilişkilerinde kapitülasyon sistemini; devlet örgütlenmesine sahip olmayan Asya ve Afrika halkları ile ilişkilerinde ise sömürge sistemini uygulamışlardır. Yazar, 17. ve 18. yüzyıllarda artık kurumsallaşan kapitülasyon rejiminin temel özelliklerini en iyi ortaya koyan antlaşmanın, Osmanlı ile Fransa arasında akdedilen 1740 tarihli antlaşma olduğunu belirtmiştir. CASSESE, Antonio: International Law, Oxford University Press, Second Edition, Oxford 2005, s. 26–27.

²⁸ GÖNLÜBOL, Mehmet: Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma: Milletlerarası Siyasi Teşekküllerin Tarihi Gelişimi ve Birleşmiş Milletler Teşkilatı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1964, s. 21.

en büyük özelliği, “iç münasebetlerinde olduğu gibi dış münasebetlerinde de egemenliklerine son derece bağlı olmalarıdır.”²⁹

1648 Westphalia Barışı, günümüz milletlerarası toplum modelinin doğumunda ve milletlerarası hukukun gelişiminde önemli bir dönüm noktası teşkil etmektedir. Westphalia Barışı, Cassese’ye göre, “... kendilerinden üstün hiçbir otorite tanımayan bağımsız devletler çoğunluğuna dayanan bir milletlerarası sistemin doğumunu kayıt altına almış” ve Westphalia Barışı’ndan sonra milletlerarası toplum artık kendinden üstün bir otorite tanımayan ve diğer devletleri de eşit sayan modern devlet esasında tanımlanmıştır.³⁰

Böylece Westphalia Barışı ile hukuki açıdan,

“... Devletlerin istiklâl ve eşitliği prensibi kabul olundu. Bunların karşılıklı hukuki münasebetlerinden doğan Devletler cemiyeti, herbirinin haklarına istinat ediyordu... Devletlerin her türlü hükûmet şekilleri kabul edilmişti; din ayrılıkları bunlar arasında dostane ve barışçı münasebetlerin kurulmasına engel teşkil etmiyordu”.³¹

Bu da Westphalia Barışı’nın milletlerarası toplumu laikleştirdiğini göstermektedir.³² Dolayısıyla Osmanlı Devleti de bu sistemin parçası olabilecektir. Zaten bu, modernleşme amaç ve hareketleri nedeniyle özellikle Tanzimat döneminden itibaren Osmanlı Devleti için bir zorunluluk olarak görülmüştür.³³ Lakin kapitülasyonlar, eşitsiz nitelikleri gereği taraflar arasında eşitliği bozduğu için büyük bir sorundur. Kapitülasyonların verilmesi, esas itibarıyla dini hukuktan kaynaklanan nedenlere bağlıdır.³⁴ Demek ki kapitülasyonların kaldırılması milletlerarası hukuktaki laikleşmenin

²⁹ MERAY, Seha L.: Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt, Ankara Üniversitesi Basımevi, B. 3, Ankara 1968, s. 21 (Devletler Hukukuna Giriş).

³⁰ CASSESE, s. 22–24.

³¹ CROZAT, Charles: Devletler Umumi Hukuku Cilt: 1 (Umumi Prensipler ve Tarihçe), (çeviren Edip ÇELİK), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950, s. 229.

³² MERAY, Devletler Hukukuna Giriş, s. 31.

³³ KARAL, V. Cilt, s. 243.

³⁴ BİLSEL, Cemil: Devletler Hukuku, Giriş, Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası, B. 2, İstanbul 1940, s. 126–127 (Devletler Hukuku); NUZZO, Luigi: “*Territory, Sovereignty, and the Construction of the Colonial Space*”, International Law and Empire: Historical Explorations, (editor Martti KOSKENNIEMI), Oxford University Press, Oxford 2017, s. 270. Kapitülasyonların verilme nedenleri için ayrıntılı bir değerlendirme için bkz: BİLSEL, Cemil: Lozan: İkinci Kitap, Ahmet İhsan Matbaası Ltd., İstanbul 1933, s. 29-30 ve 34-44 (Lozan, İkinci Kitap).

bir sonucu olarak Osmanlı Devleti'nin diğer Avrupa devletleriyle eşitliğinin bir gereğidir. Bu gereği sağlamak üzere, Osmanlı devlet adamlarının, Avrupa devletleri arasında geçerli olan devletler hukuku kurallarına yönelik başvuruları, ilk başlarda Avrupalılar tarafından dirençle karşılsa da Kırım Savaşı'ndan sonra siyasi amaçlarla da olsa Osmanlı Devleti söz konusu sistem içine alınmıştır.³⁵

Bu noktada gündeme, Osmanlı Devleti'nin milletlerarası hukuk karşısındaki yeri itibarıyla oldukça önemli kabul edilen, 30 Mart 1856 tarihli Paris Antlaşması³⁶ gelmektedir. Antlaşma'nın 7. maddesi ile Osmanlı Devleti'nin "Avrupa hukuku ammesi (Erim'in tercümesinde Avrupa hukuk-ı umumiyesi) ve cemiyeti menafiinden hissedar olmağa dâhil olduğu" ilan edilmiştir. Ayrıca, Avrupalı devletlerce toprak bütünlüğü ve egemenliğine saygı gösterileceği taahhüt edilmiş ve bu taahhüt müşterek garanti altına koyulmuştur.

Maddenin önemi, Osmanlı Devleti'nin, Avrupa kamu hukuku ve cemiyetinden faydalanma hakkına vurgu yapmasıdır. Her ne kadar 1856'dan önce de Osmanlı'nın Avrupa kamu hukukunun bir parçası olduğuna ilişkin veri ve görüşler mevcutsa da³⁷ bunun eşitlik esasında olmadığı açıktır. Yine eşitlik açısından önemli olarak 25 veya 28 Mart 1856 tarihli oturumda, Türk temsilci Sadrazam Ali Paşa'nın, kapitülasyonların kaldırılması yönündeki açıklama ve görüşleri olumlu karşılanmakla beraber, bir sonuç

³⁵ KARAL, V. Cilt, s. 243.

³⁶ Tam Türkçe metin için bkz: ERİM, Nihat: Devletlerarası Hukuku ve Siyasi Tarih Metinleri, Cilt: I, (Osmanlı İmparatorluğu Andlaşmaları), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1953, s. 341–353. Sadece ilgili maddeler için bkz: BİLSEL, Devletler Hukuku, s. 141-142.

³⁷ Bkz: WOOD, Hugh McKinnon: "The Treaty of Paris and Turkey's Status in International Law", The American Journal of International Law, Vol: 37, No: 2, 1943, s. 262–274; YURDUSEV A. Nuri-YURDUSEV Esin: "Osmanlı İmparatorluğunun Avrupa Devletler Sistemine Girişi ve 1856 Paris Konferansı", Çağdaş Türk Diplomasisi: 200 Yıllık Süreç, 15–17 Ekim 1997, Sempozyuma Sunulan Tebliğler, (yayına hazırlayan İsmail SOYSAL), Türk Tarih Kurumu Yayınevi, Ankara 1999, s. 137–147; PALABIYIK, Mustafa Serdar: "The Emergence of the Idea of 'International Law' in the Ottoman Empire before the Treaty of Paris (1856)", Middle Eastern Studies, Vol: 50, No: 2, 2014, s. 233–251. Türkgeldi'ye göre; bu ifade, "Türkiye'nin hukuk-i düvel kavâidine tabi' olacağı ma'nasını ifrâm ediyorsa bî-lüzümdür... İhtimal ki ba'zı kerre barbar bir hükûmet gibi muamele edilen Babîâlî hakkında bir ta'bir-i nazikane olmak üzere isti'mal edilmek istenmiştir". TÜRKGELDİ, Ali Fuat: Mesâil-i Mühimme-i Siyasiyye, I. Cilt, (yayına hazırlayan Bekir Sıtkı BAYKAL), Türk Tarih Kurumu Basımevi, B. 2, Ankara 1987, s. 143–144.

getirmemiştir.³⁸ Şu halde söz konusu Antlaşma'nın Osmanlı Devleti'ni Avrupa kamu hukukunun bir parçası saymasına rağmen, bir eşitlik getirdiğinden bahsedilemez. Nitekim doktrinde, kapitülasyon rejimi yanında Paris Antlaşması'ndan sonra Osmanlı Devleti'nin içişlerine Avrupa'nın artan müdahaleleri, antlaşmanın eşitlik getirmemesine gerekçe olarak verilmiştir.³⁹ Bu noktada Antlaşma'nın 9. maddesi gündeme gelmektedir. Anılan maddede Osmanlı'nın taraflara tebliği ettiği Islahat Fermanı ile üstlendiği taahhütlerin altı çizilmiş ve fakat bu tebliğin, Osmanlı Devleti'nin içişlerine müdahale yetkisi vermediği ayrıca ve açıkça vurgulanmıştır.

Lakin Antlaşma'nın uygulanmasında, 7. ve 9. maddeler arasında irtibat kurulduğu ve bu bağlamda, Osmanlı'nın Avrupa kamu hukukundan faydalanması ve toprak bütünlüğünün korunmasının, Tanzimat ve Islahat fermanlarında öngörülen ıslahatın yapılması şartına bağlandığı ifade edilmiştir.⁴⁰ Her ne kadar Antlaşma'nın 9. maddesinde aksi vurgulanmış olsa da 1856 sonrası müdahaleleri ile Avrupalı devletler, Avrupa kamu hukukundan faydalandırdıkları ve toprak bütünlüğünü garanti ettikleri Osmanlı Devleti'ne karşı, kendi değerlerini ifade eden hukukun gereklerini ifa etmemişlerdir. Gerçekten de Avrupalı güçler Osmanlı Devleti'nin Hristiyan tebaaya yönelik davranışlarını denetlemiş ve ihlal halinde müdahale etmekten geri durmamışlardır. Doktrinde böyle bir anlayış, eşitlik değil, aksine himaye veya siyasi açıdan düşük bir üyelik şeklinde yorumlara maruz kalmıştır.⁴¹ Nitekim Osmanlı'nın içişlerine müdahale yetkisi veren hükümler, 13 Temmuz 1878 tarihli Berlin Antlaşması'nın⁴² 23., 61. ve 62. maddelerinde de yer almaktadır.

Avrupa devletleriyle hukuki anlamda eşitlik Lozan Antlaşması ile elde edilmiştir. Bu anlamda Lozan Antlaşması'nın neticelerinden biri, "Türkiye'nin Devletler Hukuku bakımından gayri müsavilik durumundan

³⁸ BİLSEL, Devletler Hukuku, s. 143; CROZAT, s. 279. Vurgulanmalıdır ki Konferans'taki bu kabul, Babıali'nin yabancılar için tedbir almasına ve dâhili ıslahata bağlanmıştır. Bkz: TÜRKGELDİ, s. 115–116.

³⁹ PALABIYIK, s. 233–234.

⁴⁰ Bkz: BİLSEL, Devletler Hukuku, s. 144–146; TÜRKGELDİ, s. 145–147; KOSKENNIEMI, Martti: The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 272; NUZZO, s. 267–269.

⁴¹ KOSKENNIEMI, s. 134, (özellikle 160 no'lu dipnot); PALABIYIK, s. 233 ve eşlik eden dipnotlar.

⁴² Tam Türkçe metin için bkz: ERİM, s. 403–424. Sadece ilgili maddeler ve tespit için bkz: BİLSEL, Devletler Hukuku, s. 147–148.

kurtulmasıdır”.⁴³ Zira Lozan Barış Antlaşması’nın 28. maddesiyle kapitülasyonlar kaldırılmıştır ki Bilsel’e göre: “Bu ilganın neticesi, Türkiye için tam istiklaldir.”⁴⁴ Şu halde Türk modernleşmesinin temel amaçlarından biri olan Avrupa devletleriyle hukuki eşitlik, Lozan Antlaşması’nın ürünüdür. Böylece modern Türkiye, modern milletlerarası hukukun tüm gereklerini yerine getiren (ve getirebilecek kapasitede olan), diğer devletlerle hukuki anlamda eşit bir devlet olarak kabul edilmiştir.⁴⁵ Bu, tam da Kemal’in istediği, tasavvur ettiği ve hedeflediği sonuçtur. Demek ki Kemal’in amacı, Lozan Antlaşması ile gerçekleşmiştir. Kendisi bunu göremese de ruhunun bir parçası, Lozan Antlaşması’nın mahiyetinde mündemiçtir.

⁴³ CROZAT, s. 399.

⁴⁴ BİLSEL, Lozan, İkinci Kitap, s. 118–119. Yine Lozan Antlaşması kapsamında eşitliğin diğer göstergesi olarak, Barış Antlaşması ve ek belgelerde yer alan bazı düzenleme ve ifadeler yanında, savaş neticesi diğer mağlup devletlerle yapılan antlaşmaların dikte edilmesine karşılık, Lozan Antlaşması’nın müzakere edilmesi gösterilmiştir. Ibid, s.119 ve 572.

⁴⁵ Bu noktada bir hususun altını çizmek gerekir. Kapitülasyonlara rağmen Osmanlı Devleti egemen bir devlettir. Bu anlamda kapitülasyonlar Osmanlı Devleti’nin egemenliğini ortadan kaldırmamaktadır. Lakin bu egemenliği ciddi şekilde sınırlamaktadır. Dolayısıyla Osmanlı’nın diğer devletlerle eşitliğini önlemektedir. Bunun en önemli tezahürü, Osmanlı Devleti’nin yargı yetkisini, belirli istisnalar dışında Konsolosluk mahkemelerine devretmesidir ki bu çok açık bir egemenlik yetkisi devridir. Nitekim mütareke döneminde manda ve himaye karşıtı görüşleriyle tam bağımsızlık anlayışının en önemli temsilcilerinden birisi olan dönemin Hukuk Fakültesi reisi ve Devletler Umumi Hukuku müderrisi Ahmet Selahattin Bey, “yargı yetkisinin uygulanmasında birtakım kısıtlamalar kabul edilmiş olması bağımsızlıktan vazgeçme anlamını kapsamaz” tespitini yapmış ve Avrupa devletlerinin de kapitülasyonlara rağmen Osmanlı Devletini bağımsız saydıklarını vurgulamıştır. “Koruyuculuk ve Mandat Akımları”, Vakıf, 31 Mayıs 1335–1919, MERAY, Seha L.: Lozan’ın Bir Öncüsü, Prof. Ahmet Selâhattin Bey, 1878–1920, Türk Tarih Kurumu, B. 2, Ankara 2020, s. 8–9. (Lozan’ın Bir Öncüsü).

Ahmet Selahattin Bey’in manda ve himaye karşıtı görüşleriyle tam bağımsızlık anlayışını gösteren yazıları, taşıdığı vatanseverlik duygusu ve milletin çıkarlarını savunmak açısından Namık Kemal’i hatırlatmaktadır. Bu anlamda Ahmet Selahattin Bey’in de neslinin diğer üyeleri gibi Namık Kemal’den etkilendiği açıktır. Nitekim Ahmet Selahattin Bey’in tam bağımsızlıkçı anlayışı, tıpkı kendisi gibi Namık Kemal’den etkilenen Mustafa Kemal’in iltifatına mazhar olmasını sağlamıştır. Gerçekten de Heyet-i Temsiliye Başkanı Mustafa Kemal Paşa, Heyet-i Temsiliye adına çektiği 7 Ocak 1920 tarihli telgrafla, Ahmet Selahattin Bey’in son Osmanlı Meclisine İstanbul mebusu seçilmesinden duyulan memnuniyeti ve kutlamayı bildirmiştir. Bkz: İĞDEMİR, Uluğ: “Ahmet Selahattin Bey”, *Bellefen*, Cilt: XXXVIII, Sayı: 149, Ocak 1974’den aktaran, MERAY, Lozan’ın Bir Öncüsü, s. 100–101. Lakin vatanseverlik açısından Namık Kemal’in bir başka öğrencisi Ahmet Selahattin Bey, bu telgraftan hemen sonra 20 Ocak 1920 günü hayatını kaybetmiştir.

III. KEMAL, OSMANLI DEVLETİ VE HUKUK-İ ÜMEM

A. Kemal'e Göre Hukuk-ı Ümemin Mahiyeti ve Yeri

Kemal'e göre⁴⁶ hukuk-ı ümem, devletlerin ilişkilerini tayin eden kurallar olup, bu kurallar, bu hukukun fertlerinden her birinin ortak haysiyet ve menfaat gereklerini ifade eder.⁴⁷ Böylece Kemal, hukuk-ı ümemin eşitlik aradığı fikrini beyan etmiştir. Zira hukuk-ı ümemin fertleri olan devletler açısından ortak haysiyet ve menfaat, doğrudan eşitliğe vurgu yapar. İlaveten Kemal, hukuk-ı ümemin aslında, ferdin hukukunun bir parçası olduğunu belirtmiştir.⁴⁸ Kemal'i son tespiti iten neden, hukukun şubelere ayrılması meselesinde yapılan hukuk-ı şahsiye ile hukuku-ı umumiye ayrımıdır. Burada kanımızca söz konusu olan özel hukuk-kamu hukuku ayrımıdır. Dolayısıyla ya bizzat Kemal Fransızcadan çevirirken ya da makalenin Latin harflerine aktarılması esnasında meydana anlaşılabir bir karışıklık gelmiş olabilir. Kemal açık bir şekilde, hukukun fertler arası ilişkileri düzenlemesi nedeniyle hukuk-ı şahsiyeden ayrı ve hukuk-ı ümem, siyasi hukuk (anayasa hukuku) ve idare hukuku şubelerinden oluşan bir hukuku-ı umumiye olmayacağı anlayışını açıklamıştır.⁴⁹ Lakin burada Kemal'in yaptığı yorum, kanımızca, ferdin tabi olduğu tüm ilişkileri ferdin hukuku kapsamına alma yönündeki bir anlayışın ifadesidir. Bunun hukuk-ı ümeme yansıması ise yukarıda belirtildiği gibi hukuk-ı ümemin fertleri, yani süljeleri olan devletler arasındaki eşitliktir.

⁴⁶ Kemal'in görüşlerini aktardığımız gazetelerden biri, Hürriyet gazetesidir. Hürriyet makalelerinin imzasız olması nedeniyle bunların yazarlığı tartışılmıştır. Bkz: Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi, 1, (1868-1869), (yayına hazırlayan Alp Eren TOPAL, Vakıfbank Kültür Yayınları, B. 2, İstanbul 2020, s. 35-37. (Sürgünde Muhalefet 1). Bununla beraber, 6. sayısından itibaren (63. sayısına kadar) gazete, Kemal'in imzasıyla yayımlanmıştır. Ayrıca gazete, 1 ilâ 5. sayılarında Reşad'ın imzasını taşısa da ilk sayısı ve ilk başyazısından itibaren Kemal'in "çok şahsi üslûbiyle" çıkmıştır. KUNTAY, Cilt I, s. 382. Dolayısıyla Kemal'in editörlük dönemi içinde çıkan yazıların da, onun görüşlerini yansıttığı açıktır. Bu çerçevede, Kemal'in editörlük dönemi içinde çıkan yazılar için aksi mehz kaynakta Ziya veya Reşad tarafından yazıldığı belirtilmedikçe, bunların Kemal tarafından yazıldığı kabul edilmiştir. Kaldı ki yukarıda belirtildiği gibi Yeni Osmanlı hareketinin esas itibarıyla Kemal'in şahsında temsil edilmesi de bu açıdan bir sorun çıkarmamaktadır.

⁴⁷ "Hukuk-ı Umumiye", İbret, No: 18, 2 Rebiulevvel 1289, Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri, s. 123.

⁴⁸ Ibid, s. 123.

⁴⁹ Ibid, 123-124.

B. Paris Antlaşması ve Genel Olarak Eşitlik Meselesi

Kemal, Paris Antlaşması'nın 7. maddesi ile Osmanlı Devleti'nin tabi olduğu hukukun, “düvel-i muazzama tarafından fiilen dahi tasdik olduğunu” belirtmiştir.⁵⁰ Kemal, Osmanlı Devleti'nin tabi olduğu bu hukuka ilişkin olarak, bazı “siyaset kitaplarının hukuk-ı ümem fusûlundan” iktibaslar yapmıştır. Kemal'in ilk iktibas, devletler arası eşitliğe ilişkindir:

“Ümmetlerin müsâvât ve hürriyeti dahi hukuk-ı ümem kavâid-i tabiiyesindendir. Ümmetler birbiriyle müsâvî ve ondan başka müstakildirler. Müsâvattan murâd kuvvetli olanlarla harita-i alemde ikinci derecede bir mevki tutanlar beyninde asla fark vaz edilmeksizin her birinin hukuku diğerlerinininki derecesinde mer'î tutulmak demektir. İstiklalleri ise onu iktizâ eder ki hiçbir diğeri muzmahil edecek ve gerek mülkünden ve hatta bir eyaletinden mahrum edecek hiçbir harekette bulunmasın”.⁵¹

Kemal kaynak göstermese de bu iktibarla, modern devleti, milletlerarası toplumun Westphalia sonrası modern devlet esasında örgütlenmesini ve hatta bugünkü egemen eşitlik ilkesini tarif etmiştir.

Yine yabancı elçilerin yaptığı müdahaleleri ve bunlara kimi zaman ses çıkarılmamasını eleştiren Kemal, Paris Antlaşması'nın elçileri bu tip müdahalelerden men ettiğini, Osmanlı Devleti lehine bir hak ve eşitlik vesilesi olarak öne sürmüştür.⁵² Elçilik meselesiyle ilgili olarak Kemal, devletler arası eşitlik gereği, devletlerin birbirleri nezdindeki elçilerinin derece ve rütbelerinin de eşit olması gerektiğini vurgulamış ve Osmanlı'nın da bu uygulama içinde olduğunu belirtmiştir.⁵³

Kemal, vergi meselesi hakkında yazdığı bir makalede, yabancıların, tasarruf ve gelirlerine düşen vergiler açısından Osmanlı tebaasından farkları olmamasını, hukuk-ı ümeme ve diğer devletlerle yapılan antlaşmalara dayandırmıştır.⁵⁴ Böylece bir eşitlik vurgusu yapmıştır.

⁵⁰ Hürriyet, No: 27, 14 Ramazan 1285, Sürgünde Muhalefet 1, s. 345.

⁵¹ Ibid, s. 344.

⁵² Hürriyet, No: 16, 25 Cemaziyelahir 1285, Sürgünde Muhalefet 1, s. 205.

⁵³ Hürriyet, No: 51, 4 Rebiyülevvel 1286, Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi, 2, (1869-1870), (yayına hazırlayan Alp Eren TOPAL), Vakıfbank Kültür Yayınları, B. 2, İstanbul 2020, s. 24-25. (Sürgünde Muhalefet 2).

⁵⁴ “Acaba İstanbul'dan Niçin Vergi ve Asker Alınmaz?”, İbret, No: 60, 24 Ramazan 1289, Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri, s. 298.

Kemal, milletlerarası hukukun uygulanması ile ilgili olarak; “Vâkıa Avrupa’nın her tarafında hukuk-ı beyn’l-ümem hayli terakki etti. Fakat bu nimet yalnız o kıtaya münhasırdır. Asya’da, Afrika’da bulunanlar hâlâ insan addolunmuyor” tespitini yapmış ve Cezayir ve Hindistan’da yapılan kötü muamele ve işkencelerden örnekler vermiştir.⁵⁵ Böylece Kemal, hem Avrupa’nın, Avrupa dışındaki halklara bakış ve muamelelerine hem sömürgecilğe hem de Türklere karşı eşitsiz bakışlarına yönelik eleştiriler getirmiştir. Eşitsizlik eleştirisi ile eşitlik gereğini vurgulamıştır.

Eşitsizliğin bir diğer tezahür şekli de Kemal’e göre ünlü Şark meselesidir. Zira bu meselenin çıkma nedeni, esas itibariyle Hristiyanları korumak için Osmanlı Devleti’nin içişlerine yapılan Avrupa müdahaleleridir. Eğer taraflar arasında eşitlik sağlanabilseydi bu müdahaleler gerçekleşmezdi ki bu eşitliği sağlamanın yolu da Osmanlı’nın bazı hata ve eksikliklerini gidermekten geçer.⁵⁶ Hemen aşağıda Kemal’in bu yöndeki tespitleri yer alacaktır.

Kemal’e göre Paris Antlaşması (ve Islahat Fermanı) Hristiyanlara yönelik ıslahat ve himaye taleplerini ortadan kaldırmamıştır. Böylece Kırım Savaşı, Rusya’nın Hristiyanlara yönelik ıslahat ve himaye isteklerinden kaynaklı olduğu halde, Osmanlı’nın yıkılma ve İstanbul’un düşme ihtimalleri nedeniyle Batılı güçler Osmanlı tarafında yer almıştır.⁵⁷ Bu çerçevede Kemal, Paris Antlaşması’nın özellikle Rusya’ya karşı bir denge politikası aracı olduğu üzerinde ısrarla durmuştur; lakin siyasi konjonktürdeki değişimlerin, Antlaşmada öngörülen düzenlemeleri bertaraf etmeyeceği inancını da muhafaza etmiştir.⁵⁸

C. Girit Meselesinde Kemal’in Hukuk-ı Ümem Kitaplarına ve Emmerich de Vattel’e Müracaatı

Yukarıda da değinilen Hürriyet gazetesinin 27. nüshasında, Girit meselesi çerçevesinde milletlerarası hukuka yönelik çeşitli tespitler yer almaktadır. Bu tespitlerin bir kısmında Kemal, “siyaset kitaplarının hukuk-ı ümem fusûlundan” kaynak göstermeden iktibaslar yapmış, bir kısmında ise

⁵⁵ “Mukâbele”, İbret, No: 12, 23 Rebiulahir 1289, Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri, s. 89.

⁵⁶ Hürriyet, No: 62, 22 Cemaziyevvel 1286, Sürgünde Muhalefet 2, s. 159–162.

⁵⁷ Hürriyet, No: 56, 9 Rebiyülahir 1286, Sürgünde Muhalefet 2, s. 80–82.

⁵⁸ KUNTAY, Cilt I, s. 64–66 ve eşlik eden dipnotlarda zikredilen Tasviri Efkar nüshaları.

milletlerarası hukuk doktrinin önemli isimlerinden Emmerich de Vattel'in görüşlerine atıflar yapmıştır.⁵⁹

Kemal, “siyaset kitaplarının hukuk-ı ümem fusûlundan” kaynak göstermeden yaptığı iktibaslarda, savaş ilanı nedenlerine de değinmiştir. Bu çerçevede öncelikle bir devletin ülke bütünlüğü ve dokunulmazlığının önemini vurgulayan Kemal akabinde, savaş ilanı nedenleri olarak; bir devletin ülkesine ve bağımsızlığına yönelik eylemler ile tehlike veya zulüm altındaki bir millete yardımı ve bir millete bağlı fertlerin başka bir devlet tarafından zulme uğramasını göstermiştir.⁶⁰ Burada Kemal, Girit meselesi çerçevesinde Osmanlı Devleti için hukuka uygun bir savaş ilanı gerekçesi gösterme çabasıdır. Lakin atıf yaptığı kitapta aslında, Osmanlı'ya yönelik ve bazı müdahalelere gerekçe teşkil eden insani müdahaleyi de hukuka uygun savaş ilanı nedenleri arasına katmıştır.⁶¹

Kemal, bunlara ilaveten doğrudan Vattel'e atıf yaparak, Girit meselesiyle bağlantılı iki savaş ilanı nedeni daha derç etmiştir. Bunlardan ilki, Yunanlıların Türk sefaretî önünde gerçekleştirdikleri hakaret içeren eylemlerin karşılığıdır. Kemal, bu “... hakaretlerinden dolayı Yunan devleti iktizâ eden tarziyeyi vermez ise Devlet-i Aliyye ilan-ı harbe haklıdır” mütalaasında bulunmuş ve buna Vattel'i şahit tutmuştur.⁶² Kemal'in Vattel'e atıf yapmak suretiyle büyük yazarı bu defa “tüm fenn-i hukuk ulemasıyla” birlikte şahit tuttuğu bir diğer savaş nedeni, taraflar arasındaki antlaşmaların ihlali. Buna göre; “Vattel'in beyan ettiği ve bütün fenn-i hukuk ulemasının tasdik ettiği veçhile ‘ahdnamenin birkaç bendi ihlal olduğu gibi musâlaha bozulur’ ve zarar gören devletin telafi talebi reddedilirse, antlaşma sona erer ve bu devletin kuvvete başvurma hakkı doğar”.⁶³

⁵⁹ Meray'a göre Vattel, Kemal'in yaşadığı 19. yüzyılda büyük şöhret sahibidir. Muhtemelen Kemal'in atıf yaptığı eser; 1758 tarihli, orijinali Fransızca olan ve Meray'ın, “Devletler Hukuku, veya Milletlerin ve Hükümdarların Davranışına ve İşlerine Uygulanmış Tabii Hukuk Prensipleri” şeklinde Türkçeye çevirdiği çalışmadır. Bkz: MERAY, Devletler Hukukuna Giriş, s. 40.

⁶⁰ Hürriyet, No: 27, 14 Ramazan 1285, Sürgünde Muhalefet 1, s. 344–345.

⁶¹ İnsani müdahale kavramının tarihi gelişiminde Batılı güçler ile Osmanlı Devleti ilişkisi büyük önem arz eder. Konu hakkında bkz: BAYILLIOĞLU, Uğur: İnsani Müdahale Çıkamazından Çıkış Arayışı: Koruma Sorumluluğu Libya ve Suriye Örnek(sizlik)leriyle, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 24–25 ve eşlik eden dipnotlar.

⁶² Hürriyet, No: 27, 14 Ramazan 1285, Sürgünde Muhalefet 1, s. 346–347.

⁶³ Ibid, s. 347.

Kemal, bugünkü modern hukukta devletin sorumluluğu bahsinde incelenen bir mesele açısından da “hukuk-ı ümem kitaplarında” kaynak göstermeden iktibasta bulunmuştur. Gerçekten de Kemal, bir Yunan bakanın Girit’i isteme görüşünü beyan etmesini, Yunan Hükûmetinin halkın eğilimine karşı duramayacağını ileri sürerek zımnîen bu eylemleri desteklemesini (hatta üst tabakanın bunları tahrik etmesini) ve önlemek için tedbir almamasını, Girit’teki olaylar nedeniyle Yunan Hükûmetinin sorumluluğunu doğuran olgular olarak vermiştir.⁶⁴

D. Kapitülasyonlar Meselesi

Kemal, Avrupa devletlerine verilen kapitülasyonları, devletler arası mutata işlemler dışında olarak nitelemiştir.⁶⁵ Kemal her devletin dâhili ve harici egemenliğinin Avrupalılar tarafından genel kabule mazhar olmasına rağmen, kapitülasyonların uygulandığını ve Avrupa devletlerinin bu imtiyazların haksız yönlerini teslim ettikleri halde, memleketin hali nedeniyle bunların lüzumundan bahsettiklerini iddia etmiştir.⁶⁶ Gerçekten de yabancıların sahip oldukları imtiyazların devamı konusundaki bahanelerden biri, Osmanlı yargı sisteminin ve mahkemelerinin durumudur. Bu noktada Kemal, mahkeme teşkilatının ıslahı halinde, kapitülasyon antlaşmalarının devamı için bir bahane kalmayacağını vurgulamıştır.⁶⁷

Kemal, kapitülasyonların olumsuz yönlerine ilişkin olarak üzerinde durduğu bir örnek, adli kapitülasyonlar gereği, Osmanlı tebaası ile yabancılar arasındaki uyumsuzluklarda yabancı konsolosların yetkilerine ilişkindir. Kemal; konsolosların, Osmanlı tebaası kimselere, temsil ettikleri devletin pasaportunu vererek adalete engel olduklarını ve kapitülasyonları ne şekilde suiistimal ettiklerini belirtirken, edebi yanını da göstermiştir:

“Konsolos bey mahkemeyi beğenmez. Kanunu beğenmez. Yevm-i daveti beğenmez. Celb teşrifatını beğenmez. Şunu beğenmez, bunu beğenmez. Hâsılı tercümanını muhakemeye göndermez, bin belâ ile gönlü edilip de muhakemeye celbi kâbil olabildiği halde dahi muhakemenin suret-i cereyanına, kanunun tatbikine, mahkeme azasının bir tavrına, hükmün bir cihetine, ilamın bir kelimesine, münasebetli

⁶⁴ Ibid, s. 350.

⁶⁵ “Muahedât ve Hukuk”, İbret, No: 55, 17 Ramazan 1289, Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri, s. 267.

⁶⁶ Ibid, s. 269–270.

⁶⁷ Hürriyet, No: 60, 8 Cemaziyelevvel 1286, Sürgünde Muhalefet 2, s. 136–137.

münasebetsiz bir şeye itiraz eder. İcraata karşı durmağa başlar. Bu suretle ya iş bütün bütün çürür gider veyahut neden sonra hükmün icrasına imkan bulunabilir ise arada çekilen meşakkatler hükûmeti de müdde'îyi de canında bî-zar eder".⁶⁸

Pasaport dağıtımı konusunda Kemal'in verdiği bir örnek burada zikredilmelidir. Buna göre, Ege'de hiç Rum bulunmayan bir adaya gelen Yunan konsoloslu, bir gün içinde dört-beş bin kişiye pasaport dağıtmış, buna rağmen, Osmanlı Hükûmeti bu şahsı görevinden aldırıp vermemiş ve ancak verdiği pasaportları reddetmekle yetinmiştir.⁶⁹ Bu uygulama, gerçekten de bir devletin egemenliği ile bağdaşmayacak niteliktedir. Zira bir devletin kendi vatandaşına, bir başka devletin konsoloslu vatandaşlık vermekte ve böylece bu kişiyi ülke devletinin egemenlik yetkilerinin bir kısmından muaf hale getirmektedir. Aslında bu örnek, kapitülasyonların temel özelliklerinden biri olan, yabancı devletin egemenlik yetkilerinin ülke dışına uzanması ve ülke devletinin egemenlik yetkilerinin haleldar edilmesi⁷⁰ açısından tipik bir göstergedir. Böylece ortaya, Osmanlı Devleti aleyhine, devletler arasında ciddi bir eşitsizlik sonucu çıkmaktadır.

Bunun gibi durumları önlemek üzere Şura-yı Devlet tarafından hazırlanan bir nizamnamede, Osmanlı Hükûmetinden izin alınmak şartıyla yabancı devlet vatandaşlığına geçilebileceği, aksi halde yapılan işlemin geçersiz olduğu ve bu kişilerin Osmanlı vatandaşı sayılarak, Osmanlı hukukuna tabi olacakları kabul edilmiştir.⁷¹ Kemal ise bu noktada yaptığı ve aşağıda belirtilecek eleştirileri yanında, "mahkemelerden ecânibin müdahalesinin kalkması" ve "kimseye ecnebi olmakta bir faide kalmaması" gerektiğinin altını çizmiştir.⁷² Bu, Osmanlı'nın diğer devletlerle eşitlik anlayış ve arayışının ifadesi olarak, kapitülasyon sisteminin bam teline dokunan bir tespittir.

Kemal 1883'te, sürgünde Midilli mutasarrıfı sıfatıyla görevliken kabotaj meselesi nedeniyle de eşitlik duruşunu sergileyen önemli bir uygulama yapmıştır. Buna göre mutasarrıf Kemal, bir şirkete ait farklı devletlerin bayraklarını kullanan gemilere Midilli'ye giriş izni vermemiş ve Vilayetin çıkardığı Bahri Sefit adlı gazetesinde buna gerekçe olarak, muhtelif

⁶⁸ "Konsoloslar", İbret, No: 72, 15 Şevval 1289, Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri, s. 335.

⁶⁹ "Muahedât ve Hukuk", Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri, s. 268.

⁷⁰ CASSESE, s. 27.

⁷¹ Hürriyet, No: 39, 8 Zilhicce 1285, Sürgünde Muhalefet 1, s. 539-540.

⁷² Ibid, s. 540.

bayrak çeken söz konusu gemilerin kabotaj hakkına veya imtiyaza sahip olmadıklarını göstermiştir.⁷³ Kemal'in Osmanlı Devleti'nin eşitliğini ortaya koyan bu ruhu, 44 yıl sonra, 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe giren kısaca Kabotaj Kanunu'nun⁷⁴ 1/1. maddesine şu şekilde yansıyacaktır:

“Türkiye sahillerinin bir noktasından diğerine emtia ve yolcu olup nakletmek ve sahillerde limanlar dâhilinde veya beyinde cer ve kılavuzluk ve her hangi mahiyette olursa olsun bilcümle liman hidematını ifa etmek yalnız Türkiye sancağını hamil sefain ve merakibe münhasırdır”.

Tıpkı Lozan Antlaşması'nda olduğu gibi Kemal göremese de ruhunun bir parçası bu kanunda yaşamaktadır.

E. Eşitsizliğin Kaynağı ve Osmanlı Modernleşmesinin Hukuki Yönü

Yukarıda Kemal'in Şark meselesinin kaynağı olarak yabancı müdahaleleri gördüğünü ve bunun da eşitsizlik yarattığını belirttiği gösterilmişti. Kemal söz konusu müdahale ve yarattığı eşitsizlikleri, esas itibariyle Osmanlı iç dinamiklerine, yönetim eksiklik ve hatalarına bağlamış ve meşruti sistemi bir çözüm olarak ortaya koymuştur.⁷⁵ Kemal, Avrupa'dan döndükten sonra da bu ana fikir çerçevesinde, ıslahat ve meclisi umumiye ile kendine çeki düzen verip, kendini iyileştirmek ve böylece Avrupa müdahalelerini önlemek, müdahale olmadan Osmanlı Devleti'ni Avrupa devletleriyle eşit kılmak yönündeki fikirlerini müteaddit defalar açıklamıştır.⁷⁶

Bu çerçevede İngiltere Dışişleri Bakanı Lord Stanley'nin Osmanlı için asıl tehdidin içeriden geldiği, bir devletin içindeki karışıklık ve isyanlara karşı dış yardımın veya Avrupa garantilerinin işe yaramayacağı yolundaki tespitleri, Kemal'in yaklaşımıyla paralel şekilde, ıslahat ve modernleşme zorunluluğunun ifadesi olarak değerlendirilmiştir.⁷⁷ Yine Kemal, Lord

⁷³ KUNTAY, Mithat Cemal: Namık Kemal: Devrinin İnsanları ve Olayları Arasında, Cilt II Kısım 2, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2010, s. 389–390. (Cilt II Kısım 2).

⁷⁴ Metin için bkz: (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.815.pdf>, 4.11.2014).

⁷⁵ Hürriyet, No: 35, 10 Zilkade 1285, Sürgünde Muhalefet 1, s. 486–489.

⁷⁶ Bkz: Kemal'in Kasım 1876'da İttihat gazetesinde yazdığı meclisi umumi başlıklı dört adet makalesi. KUNTAY, Cilt II Kısım 2, s. 109–127. Aynı anlayış, 1877–78 Osmanlı–Rus Savaşı sonrasındaki yaklaşımında da görülmektedir. Bkz: Ibid, s. 567–570.

⁷⁷ Bkz: KUNTAY, Cilt II Kısım 1, s. 758–760. Hürriyet, No: 22, 7 Şaban 1285, Sürgünde Muhalefet 1, s. 283 ve Hürriyet, No: 23, 14 Şaban 1285, Sürgünde Muhalefet 1, s. 290–296.

Stanley'nin haklılığını teslim ettikten sonra, hukuk-ı ümemin eşitlik anlayışının gereği olarak, içişlerine müdahaleyi yasakladığının altını çizmeyi ihmal etmemiştir.⁷⁸

Kemal, Tanzimat Fermanı'nın en eleştirilmesi gereken noktasının Avrupa'nın garantisi altında bulunması olduğunu ileri sürmüş, lakin dâhilde bunu yapacak bir kuvvet bulunmadığını, bu bağlamda dâhildeki çöküşün, Osmanlıyı, Avrupa ile fiilen, siyaseten ve hukuken eşitsiz hale getirdiğini beyan etmiştir.⁷⁹ Bu; Kemal'in, eşitsizliğin kaynağını açıklayan ve hatayı, doğru bir şekilde dâhilde arayan temel görüşüdür. Dâhildeki hataları gidermenin yollarından biri, hukuk ve yargı sistemini iyileştirmek ve adaleti temindir.⁸⁰ Kemal'in "cihan-ı medeniyet içinde yaşamak vurgusu", tam bir eşitlik ve eşitlik için ıslahat vurgusudur. Kemal'e göre bu ıslahatın unsurlarından biri olan mahkemelerin ıslahı, yabancılar istediği için değil, Osmanlı halkı bunu hak ettiği içindir.⁸¹

Kemal, yukarıda değinildiği gibi Osmanlı vatandaşlarının yabancı devlet vatandaşlığına geçmesini önlemek için yapılan düzenlemeleri eleştirmiştir. Kemal'e göre bunu önlemenin yolu yasal düzenlemeler yapmak değil; düzgün mahkemeler ve kanunlar vasıtasıyla halka adalet götürmek ve böylece vatanını sevdirep, vatandaşlık değiştirme gereğini ortadan kaldırmaktır.⁸² Kemal, eleştirisine şöyle devam etmiştir:

"Hâsılı Avrupa'ya ve halka lakırdı söyleyecek yüz olmalı. Yoksa mahkemelerde bu karışıklık, kanunda bu teşviş, idarede bu zulüm, ecânibde bu imtiyazlar, hariciye nezaretinde bu zaaf mevcut iken sekiz on satır şey yazıp da adına kanun denilmiş, bunun rezaletten başka ne fâidesi olur?"⁸³

⁷⁸ Ibid, s. 293.

⁷⁹ "Tanzimat", İbret, No: 46, 4 Ramazan 1289, Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri, s. 221–224.

⁸⁰ Bkz: Hürriyet, No: 30, 5 Şevval 1285, Sürgünde Muhalefet 1, s. 392–405; Hürriyet, No: 52, 11 Rebiyülevvel 1286, Sürgünde Muhalefet 2, s. 26–30.

⁸¹ "Cevap (Ecnebi İmtiyazları ve Mahkemeler)", İbret, No: 71, 13 Şevval 1289, Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri, s. 332.

⁸² Hürriyet, No: 39, 8 Zilhicce 1285, Sürgünde Muhalefet 1, s. 540.

⁸³ Ibid, s. 540–541.

SONUÇ

Türk modernleşmesine büyük katkılar sunan Namık Kemal'in, bugünkü anlamda bir milliyetçi veya devrimci olmadığı açıktır. Lakin özellikle vatan ve hürriyet idealleri, meşveret fikri, anayasa temelli meşruti bir yönetim anlayışı ile döneminin ilerici aydınlarından birisidir. Kemal, ancak bu şekilde Batı ile boy ölçüşülebileceğine inanır. Hukuki açıdan temel diyalektiği, Batılı devletlerle eşitlik amacına yapılan vurgularda kendini gösterir. Bu vurgular esas itibariyle eşitlik ve egemenlik anlayışını ortaya koymaktadır. Böylece eşitlik olması gerekirken, milletlerarası hukukta istisna teşkil eden ve bu eşitliği bozan kapitülasyonların varlık ve uygulaması, Kemal'i en çok rahatsız eden konuların başında gelir.

Bu anlamda Türk modernleşmesi, Kemal'in fikir dünyasına paralel olarak, aslında milletlerarası hukukta gelişen ve değişen egemenlik anlayışına Osmanlı devletini ve sonradan Türkiye Cumhuriyeti'ni uydurabilmek yönündeki bir faaliyettir. Gerek Osmanlı döneminde gerek Cumhuriyet döneminde yapılan tüm reformlar bu amaca yöneliktir. Diğer tüm sonuçlar, bu genel amacın tezahürleridir. Osmanlı döneminde, Tanzimat ve Islahat Fermanları ve Kanun-ı Esasi gibi anayasacılık hareketleri ile mesele halledilmeye çalışılmıştır ki Kemal, Tanzimatçıları eleştirse de sıkı bir meşrutiyet taraftarı olarak temayüz etmiştir. Eğer Batılı devletlerle hukuki anlamda eşit olunmak isteniyorsa öncelikle yapılması gereken, egemenliğin harici boyutu açısından müdahale yasağını kabul ettirmektir. Bu da bazı mazeret ve gerekçelerin kaldırılmasını gerektirir. Bunun yolu da Batı'daki gibi egemenliğin dâhili boyutu çerçevesinde tebaaya eşit halklar vermek ve belirli anayasal garantiler sağlamaktan geçer. Müdahale yasağı yanında, egemenliğin harici boyutu açısından mutlaka kaldırılması gereken bir diğer müessese kapitülasyonlardır. Kapitülasyonlar devam ettiği sürece, Osmanlı'nın Batılı güçlerle eşitliğinden ve tam egemenliğinden bahsedilemeyeceği gibi reformlar yoluyla kendini düzeltmesi de söz konusu olamaz.

Namık Kemal ve Yeni Osmanlıları öne çıkaran bu görüşler, Osmanlı'nın çeşitli yönlerden özeleştirisi yapması gereğini de dikkat çekmektedir. Buna göre, Batılı güçlerle hukuki eşitliği bozan, başta kapitülasyonlar olmak üzere Osmanlı Devleti'nin egemenliğine getirilen sınırlamaların, devlete yapılan dış müdahalelerin, Osmanlı'nın yönetim hatalarıyla da bağı olduğu anlayışı temel hareket noktasıdır. Bu; kastı, hatayı ve kusuru sürekli dışarıda arayan, sürekli

dış etkenleri suçlayan dönemin Osmanlı siyaset anlayışına yönelik ciddi bir eleştiri olup, ünlü atasözündeki gibi çuvaldızı kendine batırmak gereğine vurgu yapmaktadır.

Vatan ve hürriyet fikirleri ile Batılı devletlerle eşitlik arayışı, siyasi ve edebi yazıları vasıtasıyla Mustafa Kemal ve neslini etkileyen Namık Kemal, Lozan Antlaşması ile elde edilen bugünün eşit egemenlik anlayışının altında yatan fikirlere öncülük etmiş, ilham vermiştir. Böylece, bu önemli Türk aydınının fikirlerinin, bugünün hukukçuları tarafından tanınması, mutlak bir gereklilik olarak belirlemektedir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- AYDEMİR, Şevket Süreyya: Tek Adam: Mustafa Kemal, Cilt I, 1881–1919, Remzi Kitabevi, B. Otuz İki, İstanbul 2011.
- BAYILLIOĞLU, Uğur: İnsani Müdahale Çıkamazından Çıkış Arayışı: Koruma Sorumluluğu Libya ve Suriye Örnek(sizlik)leriyle, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- BERKES, Niyazi: Türk Düşününde Batı Sorunu, Bilgi Yayınevi, Ankara 1975.
- BERKES, Niyazi: Türkiye’de Çağdaşlaşma, (yayına hazırlayan Ahmet Kuyaş), Yapı Kredi Yayınları, B. 5, İstanbul 2003. (Türkiye’de Çağdaşlaşma).
- BİLSEL, Cemil: Lozan: İkinci Kitap, Ahmet İhsan Matbaası Ltd., İstanbul 1933. (Lozan, İkinci Kitap).
- BİLSEL, Cemil: Devletler Hukuku, Giriş, Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası, B. 2, İstanbul 1940. (Devletler Hukuku).
- CASSESE, Antonio: International Law, Oxford University Press, Second Edition, Oxford, 2005.
- CROZAT, Charles: Devletler Umumi Hukuku Cilt: 1 (Umumi Prensipler ve Tarihçe), (çeviren Edip ÇELİK), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950.
- ERİM, Nihat: Devletlerarası Hukuku ve Siyasi Tarih Metinleri, Cilt: I, (Osmanlı İmparatorluğu Andlaşmaları), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1953.
- GÖNLÜBOL, Mehmet: Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma: Milletlerarası Siyasi Teşekküllerin Tarihi Gelişimi ve Birleşmiş Milletler Teşkilatı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1964.
- KARAL, Enver Ziya: Osmanlı Tarihi, V. Cilt, Islahat Nizam–ı Cedid ve Tanzimat Devirleri, (1789–1856), Türk Tarih Kurumu Basımevi, B. 7, Ankara 1995. (V. Cilt).
- KARAL, Enver Ziya: Osmanlı Tarihi, VII. Cilt, Islahat Fermanı Devri, (1861–1876), Türk Tarih Kurumu Basımevi, B. 5, Ankara 1995. (VII. Cilt).
- KOSKENNIEMI, Martti: The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- KUNTAY, Mithat Cemal: Namık Kemal: Devrinin İnsanları ve Olayları Arasında, Cilt I, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2010. (Cilt I).
- KUNTAY, Mithat Cemal: Namık Kemal: Devrinin İnsanları ve Olayları Arasında, Cilt II Kısım 1, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2010. (Cilt II Kısım 1).
- KUNTAY, Mithat Cemal: Namık Kemal: Devrinin İnsanları ve Olayları Arasında, Cilt II Kısım 2, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2010. (Cilt II Kısım 2).
- KÜÇÜK, Yalçın: Aydın Üzerine Tezler 1830–1980, Birinci Kitap, Tekin Yayınevi, Ankara 1984.
- MANGO, Andrew: Atatürk: Modern Türkiye’nin Kurucusu, (çeviren Füsün DORUKER), Remzi Kitabevi, B. 20, İstanbul 2022.
- MARDİN, Şerif: Türk Modernleşmesi, Makaleler 4, (editörler Mümtaz’er TÜRKÖNE–Tuncay ÖNDER), İletişim Yayınları, B. 20, İstanbul 2011, s. 13. (Türk Modernleşmesi).

- MERAY, Seha L.: Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt, Ankara Üniversitesi Basımevi, B. 3, Ankara 1968. (Devletler Hukukuna Giriş).
- MERAY, Seha L.: Lozan'ın Bir Öncüsü, Prof. Ahmet Selâhattin Bey, 1878–1920, Türk Tarih Kurumu, B. 2, Ankara 2020. (Lozan'ın Bir Öncüsü).
- NUZZO, Luigi: “*Territory, Sovereignty, and the Construction of the Colonial Space*”, International Law and Empire: Historical Explorations, (editor Martti KOSKENNIEMI), Oxford University Press, Oxford, 2017, 263–293.
- PALABIYIK, Mustafa Serdar: “*The Emergence of the Idea of 'International Law' in the Ottoman Empire before the Treaty of Paris (1856)*”, Middle Eastern Studies, Vol: 50, No: 2, 2014, s. 233–251.
- TURAN, Şerafettin: Atatürk'ün Düşünce Yapısını Etkileyen Olaylar, Düşünürler, Kitaplar, Türk Tarih Kurumu, Ankara 2024.
- TÜRKGELDİ, Ali Fuat: Mesâil-i Mühimme-i Siyasiyye, I. Cilt, (yayına hazırlayan Bekir Sıtkı BAYKAL), Türk Tarih Kurumu Basımevi, B. 2, Ankara 1987.
- WOOD, Hugh McKinnon: “*The Treaty of Paris and Turkey's Status in International Law*”, The American Journal of International Law, Vol: 37, No: 2, 1943, 262–274.
- YURDUSEV A. Nuri-YURDUSEV Esin: “*Osmanlı İmparatorluğunun Avrupa Devletler Sistemine Girişi ve 1856 Paris Konferansı*”, Çağdaş Türk Diplomasisi: 200 Yıllık Süreç, 15–17 Ekim 1997, Sempozyuma Sunulan Tebliğler, (yayına hazırlayan İsmail SOYSAL), Türk Tarih Kurumu Yayınevi, Ankara 1999, 137–147.

İbret Gazetesi Nüsha ve Makaleleri

- Namık Kemal, Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri, Bütün Makaleler 1, (hazırlayanlar Nergiz Yılmaz AYDOĞDU, İsmail KARA), Dergâh Yayınları, B. 2, İstanbul 2019. (Osmanlı Modernleşmesinin Meseleleri).

Hürriyet Gazetesi Nüsha ve Makaleleri

- Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi, 1, (1868–1869), (yayına hazırlayan Alp Eren TOPAL), Vakıfbank Kültür Yayınları, B. 2, İstanbul 2020. (Sürgünde Muhalefet 1).
- Sürgünde Muhalefet: Namık Kemal'in Hürriyet Gazetesi, 2, (1869–1870), (yayına hazırlayan Alp Eren TOPAL), Vakıfbank Kültür Yayınları, B. 2, İstanbul 2020. (Sürgünde Muhalefet 2).

İDARİ YÖNDEN KILAVUZLUK VE RÖMORKAJ HİZMETLERİ

Pilotage and Towage Services from Administrative Perspective

Prof. Dr. İsmail DEMİR*

ÖZ

Kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri, deniz emniyetinin vazgeçilmez unsurlarıdır. Hukuki mahiyetleri farklı olmakla birlikte aralarında yakın ve sıkı bağlantı vardır. Hizmetler, kamu yararına yönelik olmaları sebebiyle kamu hizmetidirler. Devlet, hizmetlerin yürütülmesinden sorumlu olmakla birlikte hizmetleri özel gerçek veya tüzel kişilere yaptırabilir. Ülkemizde kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleriyle özel kişilere yaptırılmaktadır.

Kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinin hukuki çerçevesi ile usul ve esasları, ilk defa 14.04.1341 tarihli ve 618 sayılı Limanlar Kanunu'nun Ek 1. maddesiyle düzenlenerek mevcut hukuk boşluğu doldurulmuştur. Çalışmamızda hizmetlerin yürütülmesinin usul ve esasları idare hukuku açısından incelenmiştir. İncelememizde Ek m. 1 hükümlerinin çerçevesi, sistematığı, ihtiyaç ve gelişmelere uygunluğu, Anayasa'ya uygunluk ve deniz emniyeti açısından yeterliliği meseleleri üzerinde durulmuştur.

Bölgesel hizmet sahalarında kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinin özel teşebbüslere gördürülmesi, özelleştirme mevzuatı çerçevesinde düzenlenmiştir. İlgili kamu kurumlarının mevzuattan kaynaklanan hakları saklı tutulmuştur. Her bir bölgesel hizmet sahasında alınacak kamu payları ayrı ayrı gösterilmiştir. Kamu payları, imtiyaz bedellerinin karşılığını oluşturmaktadır.

Yeni hükümler, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na uygun olduğu gibi zamanın koşullarını karşılamaktadır. Ancak, deniz ticaretinin özel nitelikleri sebebiyle kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinin özelleştirme mevzuatına göre değil, fakat kendine özgü şekilde düzenlemesi daha uygun olurdu. Diğer yandan, kamu payları yüksek belirlenmiştir. Kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinde rekabete izin verilip verilmeyeceği hususu ise belirgin değildir.

Anahtar Kelimeler: Kılavuzluk, römorkaj, kamu payları, deniz emniyeti.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Ana Bilim Dalı, E-posta: isomdemir@gmail.com, ORCID: 0000 0002 5065 8850.

ABSTRACT

Pilotage and towage services are indispensable elements of maritime safety. Although their legal natures differ, there is a strong and close connection between them. As these services serve the public, they are considered public services. The State is responsible for providing these services, but may delegate them to private individuals or legal entities. In our country, pilotage and towage services in some areas are provided by private individuals under public service concession contracts.

The legal framework, procedures, and principles of pilotage and towage services were first regulated by Article Additional 1 of the Ports Law No. 618 dated 14.04.1341, thereby filling the existing legal gap. Our study examines the procedures and principles for the provision of these services from an administrative law perspective. Our examination focuses on the framework, systematics, suitability to needs and developments, constitutionality, and adequacy in terms of maritime safety of the provisions of Article Additional 1.

Providing pilotage and towage services in regional service areas by private enterprises has been regulated under privatisation legislation. The rights of the relevant public institutions arising from the legislation have been reserved. The public shares to be taken in each regional service area have been shown separately. Public shares constitute the consideration for concession fees.

The new provisions are in line with the Constitution of the Republic of Türkiye and meet the requirements of the times. However, due to the specific nature of maritime trade, it would have been more appropriate to regulate pilotage and towage services specifically, rather than under privatisation legislation. On the other hand, public shares have been set at a high level. It is unclear whether competition will be permitted in pilotage and towage services.

Keywords: *Pilotage, towage, public shares, maritime safety.*

GİRİŞ

Kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri, deniz, boğaz ve seyir elverişli sularda gemilerin millî mevzuat ve milletlerarası kurallarla tesis edilmiş seyir kurallarına göre emniyetli şekilde seyretmelerinin sağlanarak can, mal ve çevrenin korunması, gemilerin limana giriş ve çıkışlarında veya rıhtım ve/veya iskelelere yanaşmalarında ve ayrılmasında, şamandıralara bağlanmalarında, demirlemelerinde, buraları terk etmelerinde veya herhangi bir nedenle yer değiştirmeleri sırasında verilen hizmetler olarak ifade edilmektedir. Bu hizmetler, deniz hukukunun klasik müesseseleri olarak önemini ve güncelliğini korumaktadır.

Kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri, deniz emniyetinin vazgeçilmez unsurlarıdır. Hukuki mahiyetleri farklı ise de aralarında yakın ve sıkı bir bağlantı vardır. Özellikle bir liman sahası içinde gemi ve deniz araçlarının emniyetle seyrüseferinde, liman ve iskelelere yanaşmaları veya buralardan ayrılmasında işin tabiatı gereği yoğunlukla ya birbirini takiben ya da aynı anda, fakat koordineli şekilde yürütülürler. Kılavuzlar, kılavuzluk faaliyeti sırasında römorkaj faaliyetlerinin yürütülmesinde görev alabilirler.

Kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri, kamu yararına yönelik olmaları sebebiyle kamu hizmeti niteliğindedir. Devlet, kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinin yürütülmesinden sorumludur. Hizmetler, Devlet tarafından özel gerçek veya tüzel kişilere de yaptırılabilir. Bu takdirde, yoğunlukla kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde yürütülür. Deniz emniyetinin sağlanmasındaki önemi dolayısıyla hizmetlerin belirli bir disiplin ve bütünlük içinde yürütülmesi, usul ve esasların temel çerçevesinin kanunla çizilmesi gerekir. Birçok devlette bu hizmetlere dair hukuki düzenlemelere rastlanmaktadır.

Kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinin geçmişi bir hayli gerilere gitmektedir. Tarihsel süreçte römorkaj hizmetlerine nazaran kılavuzluk hizmetlerinin daha gerilere gittiği görülmektedir. Seyri zor ve tehlikeli sularda seyreden gemi kaptanları, bu suları iyi bilen denizcilere her zaman ihtiyaç duymuşlardır. Bu ihtiyaç kılavuz kaptanlık mesleğini ortaya çıkarmıştır.

Gemi ve diğer deniz araçlarının deniz emniyeti kurallarına uygun şekilde sevk ve idare edilmeleri, sadece bu gemi ve araçlardaki insanların ve yüklerin korunması bakımından değil, aynı zamanda kıyıların korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi bakımından da büyük önemi haizdir. Kılavuzluk ve

römorkaj hizmetleri, deniz emniyetinin sağlanmasının en önemli araçları olarak ortaya çıkmışlardır¹.

Hizmet verdiği deniz alanlarını, kanal veya su yollarını iye bilen, bilgili ve tecrübeli bir kılavuz kaptanın yönlendirmesi, verdiği talimatlar veya sevk ve idaresiyle bir gemi veya deniz aracının emniyetli şekilde seyrüseferi sağlanır. Tehlikede bulunan bir gemi veya eşyaya römorkaj hizmeti vermek suretiyle faydalı bir kurtarma faaliyeti gerçekleştirilerek deniz emniyetinin sağlanmasına katkıda bulunulabilir. Tamiri zorunlu bir geminin emniyetle liman içindeki bir yerden bir başka yere veya bir başka limana çekilmesi, çok büyük tonajdaki gemi veya diğer deniz araçlarının liman veya iskelelere yanaşmaları ya da buralardan ayrılmaları, ancak emniyetli römorkaj hizmetiyle yerine getirilebilir. Bu hizmetlere kılavuz kaptan da iştirak edebilir. Özellikle uluslararası seyrüseferde kullanılan boğaz ve kanalların yanı sıra liman ve tehlikeli deniz alanlarının kıyı devletleri tarafından sürekli kontrol ve denetlenmesi, seyrüsefere yardımcı hizmetleri öne çıkarmaktadır.

Deniz ticaretinde bir geminin seferinin emniyetle ve gecikmeden tamamlanması, yaşamsal öneme sahiptir. Kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri, deniz trafiği ve deniz ulaşımının sürat ve emniyetle gerçekleştirilmesine, limanlarda beklemlerin azaltılarak maliyetlerin düşürülmesine, neticede deniz ticareti rekabet gücünün artırılmasına katkı sağlamaktadır. Keza, verilen kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri karşılığında alınan ücretler, ülke ekonomisi için önemli bir gelir kaynağı oluşturmaktadır.

Ülkemizde kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinin geçmişi XIX. yüzyılın başlarına kadar gitmektedir. O tarihten itibaren özellikle kılavuzluk hizmetlerinin yürütülmesi bizzat devlet tarafından üstlenilmiştir.

Türk hukukunda kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinin hukuki çerçevesi ile usul ve esasları, ilk defa müstakilen ve kapsamlı şekilde 14.04.1341 tarihli ve 618 sayılı Limanlar Kanunu'na (LK) 04.07.2024 tarihli ve 7519 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen Ek m. 1 hükümleriyle düzenlenmiştir. Böylece, kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri, güçlü bir hukuki alt yapıya kavuşturulmuş, bu alandaki hukuk boşluğu doldurulmuştur. Çalışmamızda söz konusu hizmetlerin yürütülmesinin usul ve esasları idare hukuku açısından incelenmiştir. İncelememizde Ek m. 1 hükümlerinin çerçevesi, düzenlemenin

¹ DEMİR, İsmail: “*Türk Hukukunda Kılavuzluk ve Römorkaj Hizmetleri*”, Deniz Hukuku Dergisi, Y. 11, S. 1-4, s. 345.

yeri ve sistematığı, ihtiyaç ve gelişmelere uygunluğu, Anayasa'ya uygunluk ve deniz emniyeti açısından yeterliliği meseleleri üzerinde durulmuştur.

LK Ek m. 1 hükümlerinin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek üzere Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'na (Bakanlık) 11.02.2025 tarihli Kılavuzluk ve Römorkörcülük Hizmetleri Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik) hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur. Yönetmelik, ayrıntılı ve kapsamlı hükümler içermektedir. Çalışmamızın amaç ve kapsamı dikkate alınarak Yönetmelik hükümleri inceleme konusu yapılmamıştır.

I. KILAVUZLUK

Kılavuzluk, gemi ve diğer deniz araçlarının limanlarda, boğazlar ve kanallar gibi dar sularda, seyrüsefer açısından tehlikeli yerlerde emniyetle ve hızlı şekilde seyretmelerini, yanaşma ve kalkmalarını sağlamak amacıyla gemi veya deniz aracına alınan ya da aynı amaçla dışarıda bulundurulmuş ve o bölgenin özelliklerine vakıf yerli ve tecrübeli bir rehber vasıtasıyla verilen hizmetlerdir. Kılavuz ise liman, haliç, boğaz ve kanal gibi bölgelerde veya başka tehlikeli sularda kaptana danışmanlık etmek veya gemiyi bizzat sevk ve idare etmek üzere gemiye alınan ve yerel suları bilen uzman denizci kaptandır².

Yerel mevzuat gereği gemiye alınması zorunlu olan kılavuza zorunlu kılavuz, kaptanın arzu ve ihtiyarına tabi olana da ihtiyari kılavuz denir. Kanun veya ilgili yönetmelikler gereği kılavuz alınması zorunlu olabilir. Kılavuz almanın zorunlu olduğu bölgelerde kaptana geminin yönetimini, sevk ve idaresini kılavuz kaptana bırakma yükümlülüğü de getirilmiş olabilir. Geminin sevk ve idaresinin tamamen kaptandan alınarak kılavuza geçtiği bu tür kılavuzluğa zorunlu sevk ve idare kılavuzluğu denilir. Panama Kanalı'nda ve Kiel Kanalı'nda bu tip kılavuzluk hizmetleri verilmektedir. Türkiye'de zorunlu sevk ve idare kılavuzluğu yoktur.

Kılavuz kaptanların gemideki varlığı, gemi kaptanının veya seyir vardiyasından sorumlu zabitin geminin emniyetle ilgili görev ve sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Kılavuzun yapmış olduğu görevin

² YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş B. 9, Ankara 2005, s. 679. Kılavuzluğun tarihi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KORALTÜRK, Murat: Türkiye'de Kaptanlığın Tarihi, İstanbul 2004; PARKS, Alex: The Law of Tug, Tow and Pilotage, ed. 2, Maryland 1982.

önemine binaen en azından devlet adına liman yetkililerine karşı sorumluluğu mevcuttur.

II. RÖMORKAJ

Römorkaj, bir gemi veya eşyanın sevkini hızlandırmak veya yolculuğunu çabuklaştırmak için bir başka geminin çalıştırılmasıdır³. Bir gemi, diğer gemi veya eşyayı çekmek için kuvvet tahsis etmekte, itici kuvvet römorkör tarafından tahsis edilmektedir. Römorkörler bazen kılavuzluk hizmeti verebilir. Şartları gerçekleştiğinde kurtarma faaliyetini de yürütebilirler.

Römorkör hukuki anlamda gemidir⁴. Limanlar Yönetmeliği'nin 13. maddesi⁵, hangi gemilerin limanlara yanaşırken ve ayrılırken römorkör hizmeti alacaklarını ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

Römorkaj faaliyeti sırasında meydana gelen olaylar nedeniyle üçüncü kişilere verilen zararlar bakımından sorumluluğun tayininde esas itibarıyla çeken ve çekilen gemi, tek bir gemi olarak dikkate alınmaz. Kusur, hangi geminin adamlarına aitse sorumluluk o geminin donatanına aittir.

III. KILAVUZLUK VE RÖMORKAJ HİZMETLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri, deniz emniyetinin, bir başka deyişle denizde seyir, can, mal ve çevre emniyetinin sağlanmasının en önemli araçlarından oldukları için kamu hizmeti niteliğindedir. Kamu hizmeti, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya onların gözetim ve denetimleri altında genel ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, kamu menfaatini sağlamak için icra edilen ve topluma sunulan devamlı ve muntazam faaliyetleri ifade etmektedir.

Bir kamu hizmeti doğrudan doğruya kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yürütme organınca kurulabilir. Kamu hizmetlerinin hangi

³ DAVISON, Richard / SNELSON, Anthony: The Law of Towage, London – Newyork – Hamburg – Hong Kong 1990, s. 1; ÇAKALIR, Yalçın: Römorkaj Sözleşmesi, Ankara, 1985, s. 35.

⁴ DEMİR, s. 355.

⁵ İlgili mevzuatın güncel hâline T.C. Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi'nden kolaylıkla ulaşılması mümkün olduğun Resmî Gazete bilgilerine yer verilmesine gerek görülmemiştir. Bkz. <<https://www.mevzuat.gov.tr>>.

usulle, nasıl gördürüleceği, gözetim, denetim ve kontrol yetkileri ile usulleri, kanunla düzenlenmesi gereken konulardır⁶.

Kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri, Devlet tarafından yürütülür. LK m. 1'e göre Hükümet, limanların idare, temizleme, derinleme, genişletme, taranma, şamandıraların konulması ve iyi hâlde tutulmasına ve bu hususlarla ilgili sair bütün liman işlerinin yapılmasına mecburdur. LK Ek m. 1'de Türkiye deniz yetki alanlarında, su yollarında ve iç sularda verilecek kılavuzluk ve römorkörcülük hizmetlerinin Bakanlık tarafından yürütüleceği belirtilmiştir.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (1 sayılı CK) Ulaştırma Bakanlığı Hizmet Birimi olarak Denizcilik Genel Müdürlüğü'nün görevlerinin sayıldığı 478. maddesinin 1/g bendinde aynen “Türkiye'nin deniz yetki alanlarında, su yollarında ve içsullarda faaliyet gösteren liman, iskele, dolfen, şamandıra ve benzeri kıyı yapılarına yanaşacak ve ayrılacak gemiler ile Türk Boğazlarını kullanacak gemilere verilecek kılavuzluk ve römorkörcülük hizmetlerine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu hizmetleri vermek veya verebilecekleri yetkilendirmek ve denetlemek” hükmüne yer verilmiştir. Belirtilen görevlerin muhatabı, Türkiye'nin denizcilik idaresi olarak Bakanlık'tır.

Kamusal nitelikli bir deniz emniyeti hizmeti olduğundan kılavuzluk ve römorkaj, mutlaka ve sürekli biçimde Devletin denetim ve gözetiminde yürütülmelidir. Hizmetler aynı zamanda tipik bir emniyet (kolluk) hizmetidir. Zira, kolluk faaliyetlerinin amacı, kamu düzeninin korunmasıdır⁷.

Devlet, kamu hizmetlerini doğrudan doğruya yerine getirebilir; ruhsat usulü gibi tek taraflı görevlendirme yoluyla yerine getirebilir veya sözleşme usulüyle yerine getirebilir. Sözleşmeyle görevlendirme yönteminde imtiyaz, iltizam, müşterek emanet ve vekâlet gibi işlemlerle kamu hizmetleri yerine getirilir. Devlet, imtiyaz usulünde özel kişilerle akdetmiş olduğu kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleriyle yakın denetim ve gözetimi altında özel girişimcilere kamu hizmetlerini gördürür.

Türkiye'de kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri, özel teşebbüslere kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleriyle gördürülmektedir⁸. Kamu hizmeti imtiyaz

⁶ DURAN, Lütfi: “Yap-İşlet-Devret” AÜSBF Dergisi, 1991, C. XLVI, S. 1-2, Prof. Dr. Muammer Aksoy'a Armağan, s. 151.

⁷ GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, B. 2, C. II, Bursa 2009, s. 472-473.

⁸ DEMİR, s. 359.

sözleşmeleri, idari sözleşmelerin tipik örneğini oluşturur. İdari sözleşmeler; kamu idareleri veya kamu kurum veya kuruluşlarının idare hukuku kurallarına dayanarak yaptıkları sözleşmelerdir. İdari sözleşmelerin kamu hizmetlerinin yürütülmesiyle ilgili olması ve İdare'ye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gerekir.

Kamu hizmeti imtiyazı, imtiyaz sözleşmeleriyle bir bedel karşılığında verilmektedir. İmtiyaz kavramı, kamu hizmetlerinin sermayesi, kârı ve zararı özel hukuk kişisine ait olmak üzere, idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesi anlamına gelir. İmtiyaz süresince hizmetten yararlananlardan alınacak bedel veya ücret, imtiyaz şartnamesinde gösterilen tarife üzerinden imtiyazcıya ödenir.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz veren kamu idaresi, imtiyazcı özel kişiye bazı avantajlar sağlamayı taahhüt etmektedir. İmtiyazcının yararlandığı avantajlardan en önemlisi tekel hakkıdır. Tekel hakkı, imtiyazcının üstlendiği mali riski azaltarak imtiyaz sözleşmelerinin amacına hizmet eder.

İdare, özel hukuku aşan yetkileri kapsamında denetim, yaptırım uygulama ve tek yanlı değişiklik yapma yetkilerine sahiptir. Denetim yetkisi, aynı zamanda bir yükümlülüktür; şartnamede gösterilmemiş olsa bile denetim yapılabilir. İdarenin yaptırım yetkisi ise para cezası verme, geçici el koyma ve sözleşmenin feshini kapsar. İdare, şartları varsa imtiyazcının teminatına el koyabilir, teminatı gelir kaydedebilir.

İdare, kamu yararı gerekli kılıyorsa imtiyazcının kusuru olması dahi imtiyaz sözleşmesini feshedebilir. Ancak, kusuru yoksa imtiyazcının zararlarının tazmini gerekir⁹.

Kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri, idari kolluk hizmeti niteliğinde olduğundan hizmetleri yerine getirecek kişi ve kuruluşların hizmetlerden faydalanan iskele, liman işletmeleri ve donatanlar ile bunların acentelerine karşı hukuki ve ticari açıdan bağımsız ve tarafsız olmaları gerekir. Bağımsızlık ve tarafsızlık, hizmetlerin mevzuatta gösterilen usul ve standartlara uygun şekilde yerine getirilmesini ifade eder.

Bakanlık, hizmetlerin yerine getirilmesinde yoğun bir ekonomik kolluk faaliyetini de icra etmektedir. LK m. 10/I, Bakanlığa deniz ulaşımının

⁹ GÖZLER, s. 441.

geliştirilmesi ve rekabet ortamının sağlanması amacıyla özel kanunlarda aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece liman, iskele ve kıyı yapılarında gemilere verilen hizmetlere ilişkin asgari ve azami ücretleri tespit ve uygulanmasını denetleme yetkisi vermektedir. Aynı maddenin II. fıkrasına göre Bakanlık, tüm deniz yetki alanları ve iç sularda geçerli olmak üzere kılavuzluk ve römorkörcülük ücretleri ile sair usul ve esasları ve muafiyetleri belirlemeye yetkili kılınmıştır¹⁰. Liman hizmet tarifelerine aykırı olarak bedel talep edilemez. Ayrıca, LK Ek m. 1’de gösterildiği şekilde kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinden her bir liman bölgesine göre kamu payın alınması (imtiyaz bedeli) da ekonomik kolluk faaliyetine işaret etmektedir.

IV. GENEL YETKİ

1 sayılı CK, kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerine ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisini Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Denizcilik Genel Müdürlüğü’ne vermekle birlikte, yakın zamana kadar belirtilen hizmetlerin yasal çerçevesini çizen bir kanun hükmü mevcut değildi. LK Ek m. 1, bu eksikliği doldurarak kılavuzluk ve römorkaj faaliyetlerini yürütme yetkisini Bakanlığa vermiş, söz konusu faaliyetlere dair temel ilkeleri düzenlemiştir.

Türkiye’nin deniz yetki alanlarında, su yollarında ve iç sularda verilecek kılavuzluk ve römorkörcülük hizmetleri, Bakanlık tarafından yürütülür. Bakanlık, bu hizmetleri gösterilen usul ve esaslar çerçevesinde gerçek veya tüzel kişilere yaptırma veya devretme yetkisine sahiptir (Ek m. 1/I). Türkiye’nin denizcilik otoritesi olarak yetkinin açık bir şekilde Bakanlığa verilmesi isabetlidir.

Kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerine ilişkin temel usul ve esasların LK’nda düzenlenmesi doğru bir tercihtir. Geçmişte “Türk Deniz Emniyeti Kanunu” veya “Türk Denizcilik Kanunu” gibi isimlerle bazı kanun tasarıları hazırlanmışsa da bunlar sonuçlandırılmamıştır. İdeal olan, bu tür bir kanunda konunun düzenlenmesi olmakla birlikte deniz emniyetinin sağlanması açısından en ilgili kanun olması dolayısıyla sistematik açıdan LK’nun tercihinden başka bir yol bulunamamıştır.

¹⁰ Bakanlık Makamı’nın 19.09.2024 tarihli ve 2187670 sayılı Oluru ile “Kılavuzluk ve Römorkörcülük İle Palamalar Hizmetlerinin Ücretleri Hakkında Yönerge”, 01.01.2025 tarihi itibarıyla yürürlüğe konulmuştur. Yönerge’nin dayanağı, LK m. 10 ile 1 sayılı CK m. 478 hükmüdür.

V. KAMU YARARI VE DENİZ EMNİYETİNE GÖNDERİM

Kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri, deniz ve iç sularda seyrüsefer emniyetini, bir başka deyişle deniz yetki alanlarında ve iç sularda can, mal ve çevre emniyetini sağlamaya yönelik kamu hizmetleridir. LK Ek m. 1/I, hizmetlerin görülmesine ilişkin ilkelere temas etmektedir. Buna göre hizmetlerin kamu yararı ve sorumluluğu önceliğiyle, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesi gözetilerek seyir emniyeti ile can, mal, deniz ve çevre emniyeti ve güvenliği odaklı olarak yürütülmesi gereklidir¹¹. Belirtilen ilkeler, sadece denizde emniyeti değil, fakat denizde güvenliğin (asayişin) sağlanması hususunu da içermektedir. Bağımsızlık ve tarafsızlıktan kastedilen, denetimsizlik değil, ancak hizmetlerin ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelerde gösterilen usullere ve standartlara uygun şekilde yerine getirilmesi, bu yapılırken hizmet verilen kişilere karşı tarafsız ve bağımsız olunmasıdır.

VI. DENETİM

Denetim, deniz emniyetinin sağlanmasında en önemli unsurların başında gelmektedir. Denizdeki tehlikelerin çeşitliliği ve fazlalığı, denetimin etkin ve kapsamlı yapılmasını gerektirir. Denizde gemiler, daima kapsamlı denetime tabi tutulur. Kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerini vermekte olan bütün kişi ve kurumlar, LK Ek m. 1 çerçevesinde hizmetlerin mevzuata uygunluğu ve sürekliliği hususunda Bakanlık tarafından denetlenir.

VII. HİZMET BÖLGELERİ

Kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinin verilmesinde hizmet bölgeleri esası benimsenmiştir. LK hükümleri belirli bir kapsamda mevcut uygulamayı sürdürme düşüncesiyle kaleme alınmıştır.

A. İstanbul ve Çanakkale Boğazları

İstanbul ve Çanakkale Boğazları'ndan geçiş esnasında verilecek kılavuzluk ve römorkörcülük hizmetleri, Bakanlığın belirlediği usul ve esaslar dâhilinde Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü tarafından yürütülür. Belirtilen

¹¹ EROL, Aykut: “Ülkemizde Kılavuzluk ve Römorkaj Hizmetleri”, Denizcilik Dergisi, Kasım-Aralık 2008, S. 10, s. 2.

yerlerde gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri yetkilendirilemez veya hizmet alımı yapılamaz.

Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü, Türk Boğazları Bölgesi ile Ana Statüsü'nde gösterilen deniz alanlarında kurtarma, kılavuzluk ve römorkaj faaliyetlerinin yürütülmesinde tekel hakkına sahiptir¹². Türk Boğazları Bölgesi'nde Montrö Boğazlar Sözleşmesi hükümlerinin Devlet tarafından titizlikle uygulanmasının önemi, Türk Boğazlarının yoğun deniz trafiğinin gerçekleştiği bir su yolu olması ve ilgili kurumların mevzuattan kaynaklanan haklarının korunması gereği gibi sebeplerle Türk Boğazları Bölgesi'nde kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'ne hasredilmiştir.

B. Kamu Kurum ve Kuruluşları Tarafından İşletilen Liman Tesisleri, Özelleştirilen Liman Tesisleri ile Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde İşletilen Liman Tesisleri

Kamu kurum ve kuruluşları tarafından işletilen liman tesisleri ile 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun (Özelleştirme Kanunu) kapsamında işletme hakkı devri/verilmesi yöntemiyle özelleştirilen liman tesisleri ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun (Yap İşlet Kanunu) kapsamında işletilen liman tesisleri, ilgili sözleşmelerinde bir hüküm bulunması şartıyla sadece bu tesislerle sınırlı olmak üzere kılavuzluk ve römorkörcülük hizmetleri verebilirler. Belirtilen liman tesisleri söz konusu hizmetleri, Yönetmelikle belirlenen gereklilikler ile hizmet standartlarını sağlamak ve ilgili diğer mevzuat hükümlerine uymak koşulu ile Bakanlıkça düzenlenen izin kapsamında yürütür.

C. Bölgesel Hizmet Sahaları veya Liman Tesisi Kümelenmesiyle İlgisi Olmayan Liman Tesisleri

Mevki ve mesafeler itibarıyla bölgesel hizmet sahaları veya herhangi bir liman tesisi kümelenmesi ile ilgisi ve irtibatı bulunmayan liman tesislerinin kılavuzluk ve römorkörcülük hizmetleri kazanılmış hak oluşturmayacak şekilde ilgili tesisler tarafından verilebilir. Yönetmelik m. 4/I/c'ye göre "bölgesel hizmet sahası"; sınırları ve hizmet koşulları İdare tarafından belirlenen kılavuzluk ve römorkörcülük hizmet alanını ifade etmektedir.

¹² <<https://www.kiyiemniyeti.gov.tr>> (e.t. 01.12.2025).

LK ve Yönetmelik'te liman tesisi kümelenmesi tanımlanmamıştır. Kastedilen, muhtemelen birden fazla liman tesisinin bir arada bulunduğu yerlerdir. Yönetmelik, sadece tekil liman tesisinin tanımlamaktadır. Yönetmelik m. 4/I/s'ye göre tekil liman tesisi; mevki ve mesafeler itibarıyla bölgesel hizmet sahaları veya herhangi bir liman tesisi kümelenmesiyle ilgisi ve irtibatı bulunmayan liman tesislerini ifade etmektedir.

Belirtilen liman tesisleri söz konusu hizmetleri, Yönetmelikle belirlenen gereklilikler ile hizmet standartlarını sağlamak ve ilgili diğer mevzuat hükümlerine uymak koşuluyla yürütürler. Bu tesislerin faaliyetlerini sürdürebilmeleri için Bakanlık'tan izin almaları gereklidir.

D. Bölgesel Hizmet Sahaları

Bölgesel hizmet sahaları, yukarıda belirtilen deniz alanları ve tesislerin dışındaki sahalardır. Yönetmelik m. 4/I/c çerçevesinde sınırları ve hizmet koşulları İdare tarafından belirlenen kılavuzluk ve römorkörcülük hizmet alanlarını ifade eder. Bölgesel hizmet sahalarında verilecek kılavuzluk ve römorkörcülük hizmetlerinin yürütülmesi özel bir usule bağlanmıştır.

Bölgesel hizmet sahalarında verilecek hizmetler, Bakanlık tarafından Özelleştirme Kanunu'nun 18. maddesinde gösterilen işletme hakkının verilmesi yöntemi kullanılarak gerçek veya tüzel kişilere ihale edilmek suretiyle devredilebilir, yürütülebilir. Ancak, hizmet süresi hiçbir zaman 20 yılı geçemez.

İhale, Bakanlık tarafından yapılır. Özelleştirme ihalesinde değer tespiti yapılmaz. İhale, Özelleştirme Kanunu m. 5'te belirtilen pazarlık usulü uygulanarak yapılır. Böylece işletme hakkı verilmesi sözleşmesi için geçerli olacak kılavuzluk ve römorkörcülük ile bunlarla bağlantılı palamar ve yer değiştirme gibi hizmetlerden elde edilen gelirlerden oluşan aylık gayrisafi hasılatтан verilecek pay oranının belirlenmesi mümkün olmaktadır.

Kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinin özel gerçek ve tüzel kişilere devredilmesi, özelleştirme kapsamında düzenlenmiş, ancak ihalede değer tespiti yapılması gereğinden sarfınazar edilmiştir. Oysa, Özelleştirme Kanunu m. 18 hükümleri çerçevesinde ihaleye esas olmak üzere değer tespiti yapılması zorunludur. Hizmetlerin özel gerçek ve tüzel kişilere devredilmesinin özelleştirme kapsamında değerlendirilmesi isabetli değildir.

Öncelikle, hizmetlerin özel kişilere gördürülmesinin özelleştirme sayılıp sayılmayacağı tartışmaya açık bir meseledir. Hizmetlerin özel kişilere gördürülmesi, Özelleştirme Kanunu'nun "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1.

maddesine uygun düşmemektedir. Kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri, sadece özel kişilere gördürülmekte, yoksa Bakanlığın mal ve hizmet üretim birimleri ve varlıkları devredilmemektedir. Hizmetlerin devri, bir kamu hizmeti ve imtiyazın devri şeklinde idare hukuku kuralları çerçevesinde yapılmaktadır. Hizmetlerin özel kişilere gördürülmesi usulünün Özelleştirme Kanunu çerçevesinde düzenlenmesi, muhtelif hukuki uyumsuzlıklara yol açabilir. Devir işleminin bir özelleştirme sayılıp sayılmayacağı hususu bir yana deniz ticaretinin kendine has özelliklerine nazaran uygulanacak hukuk ve görevli yargı yeri gibi konularda uyumsuzluklar ortaya çıkabilir. Hizmetlerin özel kişilere gördürülmesi usul ve esaslarının Özelleştirme Kanunu kapsamı dışında, müstakilen ve kendine özgü şekilde düzenlenmesi daha uygun olurdu.

Pazarlık usulü, kılavuzluk ve römorkörcülük hizmetleri için LK Ek m. 1/IV’de gösterilen ilgili bölgede uygulanan pay oranı üzerinden artırma yapılmak suretiyle gerçekleştirilir. Bu fıkra da her bir liman başkanlığı merkez idari sahasında hizmet veren kişilerin bu hizmetler ve bunlarla bağlantılı hizmetlerden elde ettiği aylık toplam gayrisafi hasılatın belirli bir oranda ödemekle yükümlü oldukları paylar gösterilmiştir. Paylar asgaridir; artırma bu pay oranları esas alınarak gerçekleştirilir.

Aliağa, Ambarlı, Ceyhan, Gemlik, İskenderun, Kocaeli ve Mersin Bölge Liman Başkanlıklarını kapsayan bölgesel hizmet sahalarında artırma yapmaya esas pay oranı kılavuzluk hizmetleri için %40 olarak belirlenmiştir. Bu bölgeler için asgari gayrisafi pay ise %30’dur. Römorkaj hizmetleri için artırmaya esas pay oranları, asgari oranlardır. Bu farklılığın sebebi, kılavuzluk hizmetlerinin römorkaja nazaran daha düşük maliyet gerektirmesi ve kâr beklentisinin yüksek olmasıdır.

Hizmetleri yürütmek için gerekli yeterliliği sağlayan bütün teklif sahiplerinin katılımıyla pazarlık görüşmesi yapılır. Mevcut bütün teklif sahiplerinin katılacağı açık artırma suretiyle ihale sonuçlandırılır.

İhale, Bakanlık bünyesinde, Bakan tarafından belirlenen ve beş kişiden oluşan ihale komisyonu tarafından gerçekleştirilir. İhale komisyonu, Özelleştirme Kanunu m. 18’de belirtilen usul ve esaslara göre çalışır; sekretaryasını Denizcilik Genel Müdürlüğü yürütür.

Ek m. 1, bu madde kapsamında yapılacak işletme hakkının verilmesinin bir imtiyaz sayılmayacağını belirtmektedir. Bu ifadeye rağmen, kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinin özel hukuk kişilerine devredilmesi, hukuki mahiyetiyle tamamen bir imtiyazdır; düzenlenen sözleşmeler de idari imtiyaz sözleşmeleridir.

İşletme hakkı devrinin imtiyaz sayılmamasının gerekçesi bilinmemektedir. Gerekçede de bu hususta herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Bir bölgesel hizmet sahasında kılavuzluk hizmetleri ve römorkörcülük hizmetleri aynı kişilere ihale edilmez. Denizcilikte kılavuzluk hizmetlerinde rekabete izin verilmez iken römorkörcülük hizmetlerinde rekabete izin verilmesi yönünde genel bir eğilim mevcuttur. Bu eğilime uygun olarak kılavuzluk hizmetleri ve römorkörcülük hizmetlerinin birbirinden ayrılması düşünülmüş, Türkiye’de uzun süre uygulanan Tek Bölge – Tek Teşkilat esasından vazgeçilmiştir. Ancak, metnin yazımından hizmetlerin birbirinden kesin olarak ayrılarak kılavuzlukta rekabetin mümkün olmadığı kanaatine varılması zor gözükmemektedir. Gerekçede de bu hususta bir açıklık yoktur. Kanaatimizce, hizmetlerin birçok durumda birlikte yürütülmesi, aralarındaki yakın bağlantı ve oluşan tecrübe ışığında deniz emniyetinin sağlanmasında herhangi bir olumsuzluk yaşanmadığı dikkate alındığında gelişen ve değişen şartlar çerçevesinde hizmetlerin ayrı ayrı veya birlikte bir veya birden fazla kişilere devrine imkân verilmesi, böylece uygulamalarda Bakanlığa esneklik sağlanması daha uygun bir tercih olabilirdi.

İşletme hakkının devrine ilişkin sözleşmeler özel hukuk hükümlerine tabi tutulmuştur. Ancak, bunun gerekçesi anlaşılamamaktadır. Zira, bu tür sözleşmeler, idari imtiyaz sözleşmelerine vücut verdiğinden özel hukuk değil, kamu hukuku kurallarına tabi olur. Bakanlık ve özel kişiler arasında hizmetlerin verilmesine ilişkin anlaşma, bir özel hukuk ilişkisine dayanmamaktadır. Kaldı ki, sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi tutulmak istenmesinin ne gibi bir faydası ve haklı gerekçesinin olduğu bilinmemektedir. Gerekçede de bu hususta bir açıklık yoktur. Bütün süreç, idare hukuku ilkelerine ve özellikle Özelleştirme Kanunu hükümlerine göre yürütülmektedir. Bir uyuşmazlıkta mahkeme, mevcut hükme rağmen devir sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara özel hukuk değil, idare hukuku kurallarını uygular.

İhale aşamasında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun ceza ve yasaklama hükümleri, sözleşmenin uygulanması aşamasında 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun ceza, yasaklama ve sözleşmenin feshi hükümleri uygulanır. Sözleşmeler, bir yandan özel hukuk hükümlerine tabi tutulmak istenmekte, diğer yandan ihale mevzuatının belirtilen yaptırımlarının uygulanması mümkün olmaktadır. Kanaatimizce, bu durum bir çelişkiyi ortaya koymakta, olası uyuşmazlıklara zemin hazırlamaktadır.

VIII. RESEN GÖREVLENDİRME

Aşağıdaki hâllerde Bakanlık, gerekli yeterliğe sahip mevcut kılavuzluk veya römorkörcülük hizmeti veren gerçek veya tüzel kişileri bir bölgesel hizmet sahasında veya ilgili liman tesisinde geçici olarak yetkilendirebilir:

- (1) Bir bölgesel hizmet sahasında veya ilgili liman tesisinde kılavuzluk veya römorkörcülük hizmetlerinin özel hukuk kişilerince yürütülmesine ilişkin bir talep olmayabilir.
- (2) Hizmetleri yürüten gerçek veya tüzel kişilerin izinleri, süresinden önce herhangi bir nedenle sona erebilir, iptal edilebilir veya bazı mücbir sebepler gerçekleşmiş olabilir.

Belirtilen hâllerde Bakanlık, hâlihazırda diğer sahalarda bu hizmetleri vermekte olan gerçek veya tüzel kişileri geçici olarak, kamu yararı amacıyla sınırlı olmak üzere, kapasite ve coğrafi yakınlık gibi hususları gözетerek makul bir süre için görevlendirme yetkisine sahiptir. Bakanlık böyle bir görevlendirme yapmak zorunda değildir; hizmetleri bizzat da verebilir.

Geçici görevlendirme, kılavuzluk ve römorkaj faaliyetlerinin tabiatına uygundur. Kamu yararıyla kastedilen, denizde can, mal ve çevre emniyetinin sağlanması gereğidir. Geçici süre, kesin olarak gösterilmemiş, makul süreden bahsedilmiştir. Bakanlık, mevcut koşullar çerçevesinde makul süreyi belirleme yetkisine sahiptir. Kanaatimizce, ilgili hizmet bölgesi veya liman tesisinde normal koşullar altında ihale yapılması için gerekli süre dikkate alınarak azami bir süre belirlenmesi daha uygun olurdu.

IX. HİZMET İZNİNİN GERİ ALINMASI

Hizmetleri vermekte olan kişilerin Bakanlıkça belirlenen şartları sağlayamamaları veya kaybetmeleri ve verilen süre içinde şartları yerine getiremeleri durumunda ilgili sahada hizmet vermelerine izin verilmez. Bu hüküm, uygun bir dille kaleme alınmadığından ihale sürecinin devam ettiği bir safhaya işaret ediyor izlenimini vermektedir. Oysa, kastedilen, Ek m. 1 ve Yönetmelik hükümlerine uygun şekilde hizmet vermekte olan kişilerin sonradan gerekli şartları kaybetmeleri ve tamamlama imkânlarına sahip olmaması sebebiyle izinlerinin geri alınmasıdır.

X. AYLIK GAYRİSAFİ HASILAT PAYI

Kılavuzluk ve römorkörcülük hizmeti vermekte olan gerçek veya tüzel kişiler, bu hizmetler ve bunlarla bağlantılı palamar ve yer değiştirme gibi hizmetlerden elde etmiş oldukları aylık gayrisafi hasılatтан aşağıda gösterilen bölge liman başkanlıkları merkez idari sahalarındaki hizmetler için farklı oranlarda pay ödemek zorundadırlar¹³.

Bölge Liman Başkanlıkları	Pay Oranları (%)
Aliağa, Ambarlı, Gemlik, İskenderun, Kocaeli ve Mersin Bölge Liman Başkanlıkları	30
Bandırma, Ceyhan, İzmir, Samsun, Tekirdağ, Tuzla ve Yalova Bölge Liman Başkanlıkları	25
Antalya, Çanakkale, İstanbul, Karadeniz Ereğli ve Zonguldak Bölge Liman Başkanlıkları ile Karabiga ve Taşucu Liman Başkanlıkları	20
Diğer bölge liman başkanlıkları veya liman başkanlıkları	10
İstanbul ve/veya Çanakkale Boğazlarından geçiş bölgesi	20

Belirtilen paylar, aslında işletme hakkı devir bedellerinin karşılığını, bir başka deyişle verilen imtiyazın ekonomik karşılığını oluşturmaktadır. İşletme hakkının devrine dair sözleşmeler, idari imtiyaz sözleşmeleri niteliğindedir. İdareler, bu imtiyazlar karşılığında hizmet devrinin yapıldığı kişilerden bir bedel talep ederler.

Her bir grup bölge liman/liman başkanlıkları için belirlenen payların yüksek olduğu anlaşılmaktadır. Paylar, verilen hizmetler karşılığı o ay için elde edilen gayrisafi hasılatтан tahsil edilmektedir. Paylar yüksek olmakla birlikte Cumhurbaşkanı'na payları %40'a kadar artırmak veya %5'e kadar indirme yetkisi verilmiştir. Böylece, hizmetlerde bir aksama yaşanmaması, oranların yüksekliği veya düşüklüğü sebebiyle oluşabilecek olumsuzların önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

¹³ Daha önce konuyu düzenleyen 1 sayılı CK'nin 490. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin 26.10.2023 tarihli ve 2018/118 E. 2023/180 K. sayılı kararıyla iptal edilmişti. Ek m. 1, bu boşluğu doldurmaktadır. İptal edilen hükme göre kılavuzluk ve römorkörcülük hizmeti vermekte olan kamu ve özel kuruluşlarca elde edilen aylık gayrisafi hasılatтан %6,5 oranında pay alınacağı, bunun yarısının Döner Sermaye'ye aktarılacağı, bu payın %10'a kadar artırılmasına veya %3'e kadar indirilmesine Cumhurbaşkanı yetkili kılınmıştı. 1 sayılı CK'nden önce Mülga 491 sayılı KHK Ek m. 8'e göre kılavuzluk ve römorkörcülük hizmeti vermekte olan kamu kurum ve özel kuruluşlarının elde ettikleri aylık gayrisafi hasılatтан %6,5 oranında pay alınması zorunlu idi. Bu hükmün kabulünden önce ilgili teşkilatlardan alınan taahhütnamelere istinaden söz konusu pay alınmakta idi.

Her bir liman başkanlığı idari sahaları için pay oranlarının açıkça gösterilmesi yerinde olmuştur. Aksi takdirde, payların asgari ve azami oranlarına dair belirlenecek genel bir çerçeve hükmü, uyumsuzlıklara zemin oluşturabilirdi.

Cumhurbaşkanı, hizmetlerin verildiği deniz alanlarındaki deniz trafik yoğunluğunu göz önünde bulundurarak bu yetkisini kullanır. Kanaatimizce, sadece deniz trafik yoğunluğu değil, ülkenin genel ekonomisine dair göstergeler, denizcilik sektörünün ve piyasanın koşulları ve ihtiyaçları, hizmet bölgelerinin fiziki ve stratejik önemi gibi hususlar da dikkate alınarak payların indirilmesi veya yükseltilmesi mümkün olmalıdır. Salt deniz trafik yoğunluğu, yeterli bir ölçüt olamaz.

Belirlenen payın altında ücret alınması veya hizmetlerin ücretsiz yapılması muvazaalı işlemleri teşvik edeceğinden imtiyaz bedellerinin azalmasına, dolayısıyla Devletin zararına yol açabilir. Bu sebeple kılavuzluk veya römorkörcülük hizmeti verenlerin Bakanlıkça belirlenen tarifieden daha düşük bir ücret almaları veya ücret almamaları yasaklanmış, bu durumda dahi ödenecek payın tarife üzerinden hesaplanması zorunlu kılınmıştır.

Hizmetleri vermekte olan gerçek veya tüzel kişilerce ödenecek pay, en geç hizmetin verildiği ayı takip eden ayın on beşine kadar Bakanlık döner sermaye işletmesi muhasebe birimi hesaplarına yatırılır. Yatırılan miktarın %50'si takip eden ayın beşine kadar genel bütçeye gelir kaydedilmek üzere Bakanlık merkez muhasebe birimine aktarılır.

XI. İDARİ PARA CEZALARI

Kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerini vermekte olan kişiler hakkında Ek m. 1'de gösterilen yükümlülöklere aykırı hareket etmeleri durumunda Bakanlık veya ilgili liman başkanlığı tarafından ihlalin niteliğine göre 100.000 TL'den 2.000.000 TL'ye kadar idari para cezası uygulanır. İdari para cezalarının uygulanması, ilgili döneme ait payların ödenmesine ilişkin yükümlölükleri ortadan kaldırmaz (Ek m. 1/VII).

SONUÇ

1. LK Ek m. 1 hükümleriyle kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinin yürütülmesinin hukuki çerçevesi ile usul ve esasları müstakilen düzenlenmiş, mevcut hukuk boşluğu doldurulmuştur.

2. Bir kamu hizmeti olarak söz konusu hizmetlerin özel teşebbüslere gördürülmesinin teşvik edilmesi ve uygulamanın yaygınlaştırılması çağdaş bir adım olarak değerlendirilmektedir. Ek m. 1 hükümleri, genel olarak bu amaca katkı sağlayacak değerli hükümler içermektedir.

3. Kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerine ilişkin kurallar, bu hizmetlerin yürütülmesine dair bağımsızlık ve tarafsızlık, deniz emniyetinin sağlanması ve kamu yararının gerçekleştirilmesi gibi temel ilkeleri yansıtmaları bakımından önem taşımaktadır.

4. Yeni hükümler, 18.10.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası hükümlerine aykırı değildir.

5. Özel teşebbüslere hizmetlerin devredilmesinde Özelleştirme Kanunu hükümlerinin uygulanması isabetli değildir. Hizmetlerin özel teşebbüslere gördürülmesi, tam olarak özelleştirme kavramıyla örtüşmemektedir. Konunun Özelleştirme Kanunu hükümlerine gönderimde bulunulmaksızın müstakilen ve kendine özgü şekilde düzenlenmesi daha uygun olurdu.

6. Ek m. 1'de hizmetlerin devrinin imtiyaz sayılmayacağı ve sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu yönündeki hükümlerin hukuken bir kıymeti bulunmamaktadır. Birer kamu hizmeti olarak kılavuzluk ve römorkaj izinlerinin özel kişilere devri, mahiyeti itibarıyla bir imtiyazdır; meseleye kamu hukuku kuralları uygulanır. Mahiyeti itibarıyla özel hukuk hükümlerinin uygulanması imkânı yoktur.

7. Bir bölgesel hizmet sahasında aynı kişilere kılavuzluk ve römorkaj hizmet izinlerinin birlikte verilemeyeceğine dair kural yoluyla kılavuzluk ve römorkaj hizmetleri birbirinden kesin olarak ayrılmak istenmiş olmasına rağmen hizmetlerin rekabete açılıp açılmayacağı hususu belirgin değildir.

8. Mevcut uygulama dikkate alınarak gelişen ve değişen şartlar çerçevesinde hizmetlerin ayrı ayrı veya birlikte bir veya birden fazla kişilere devrine imkân verilmesi, böylece uygulamalarda Bakanlığa esneklik sağlanması daha uygun bir tercih olabilirdi.

9. İmtiyaz bedeli niteliğindeki kamu payları yüksektir. Yüksek paylar, hizmetlerin yerine getirilmesinde aksamalara yol açarak deniz emniyetinin gerçekleşmesini riske atabilir. Bunun yerine otuz seneye yakın bir zamandan beri uygulanan ve yerleşik hâle gelen aylık gayrisafi hasılatın %6,5 oranında pay alınması uygulanmasına devam edilmesi daha uygun olur.

10. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin doğasına uygun şekilde denetimler, yaptırımlar ve izinlerin geri alınmasına dair açık ve kesin hükümler, hizmetlerin kamu yararına uygun şekilde yürütülmesini güçlendirmektedir.

KAYNAKÇA

ÇAKALIR, Yalçın: Römorkaj Sözleşmesi, Ankara, 1985.

DAVISON, Richard / SNELSON, Anthony: The Law of Towage, London – Newyork – Hamburg – Hong Kong 1990.

DEMİR, İsmail: “*Türk Hukukunda Kılavuzluk ve Römorkaj Hizmetleri*”, Deniz Hukuku Dergisi, Y. 11, S. 1-4, s. 343-425.

DURAN, Lütfi: “*Yap-İşlet-Devret*” AÜSBF Dergisi, 1991, C. XLVI, S. 1-2, Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan, s. 147-170.

EROL, Aykut: “*Ülkemizde Kılavuzluk ve Römorkaj Hizmetleri*”, Denizcilik Dergisi, Kasım-Aralık 2008, S. 10, s. 1-6.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, B. 2, C. II, Bursa 2009.

KORALTÜRK, Murat: Türkiye’de Kaptanlığın Tarihi, İstanbul 2004.

PARKS, Alex: The Law of Tug, Tow and Pilotage, ed. 2, Maryland 1982.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş B. 9, Ankara 2005.

<<https://www.mevzuat.gov.tr>>.

<<https://www.kiyemniyeti.gov.tr>>.

TÜRK HUKUKUNDA YABANCILARIN ÖZEL OKUL AÇMA HAKLARI: GÜNCEL MESELELERE DAİR DEĞERLENDİRMELER

*Foreign Natural and Legal Persons' Right to Establish Private
Schools under Turkish Law: An Evaluation of Contemporary Issues*

Prof. Dr. Rifat ERTEN*

ÖZ

Anayasa m. 42, özel okullara ilişkin esasların kanunla düzenleneceğini belirtmiştir. Bu çerçevede yükseköğretim öncesi okullar da dâhil özel öğretim kurumlarının kuruluş şartları, işleyişi ve denetimi gibi konular 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda düzenlenmiştir. Türkiye'de özel okulların açılması, devletin gözetim ve denetimi altında teşvik edilmektedir; bunun sonucu olarak da özel okullaşma oranı düzenli olarak artmaktadır. Ancak yabancıların özel okul açabilmeleri yönünden kısıtlamalar söz konusudur. Yabancıların genel nitelikli, yani Türk vatandaşlarının da devam edebileceği yeni okul açabilmeleri mümkün değildir. Hatta ortaklık yoluyla kurulan okullarda dahi, kurucular arasında yabancı ortağın bulunması yasaklanmıştır. Bu genel düzenlemenin bazı istisnaları bulunmaktadır. İlk olarak, Osmanlı Devleti döneminde kurulmuş ve kazanılmış hakları korunan okullar faaliyetlerine devam etmektedirler. "Yabancı okullar" olarak adlandırılan bu kurumlarda Türk vatandaşları da öğrenim görebilmektedir. İkincisi ise, sadece yabancı öğrencilerin devam edebilecekleri "milletlerarası özel öğretim kurumları"dır. Yabancılar, kendileri veya yerli ortaklarla birlikte 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu çerçevesinde Cumhurbaşkanının izniyle milletlerarası özel öğretim kurumu açabilirler. Üçüncüsü ise, dış temsilcilikler bünyesinde, genelde

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: rerten@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2528-4321.

Bu çalışma, yazarın, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin kuruluşunun 100. yıl dönümü vesilesiyle 03.11.2025-07.11.2025 tarihleri arasında düzenlenen 21. Yüzyılda Hukukun Dönüşümü Sempozyumu'nun ikinci gününde gerçekleştirilen "Milletlerarası Özel Hukukun Dönüşümü: Tarihsel Kökenlerden Güncel Meselelere" başlıklı oturumda sunmuş olduğu "Türk Hukukunda Yabancı Okullar ve Güncel Meselelere Dair Değerlendirmeler" başlıklı tebliğin geliştirilmiş hâlidir.

uluslararası sözleşmelere dayalı olarak, gönderen devletlerin vatandaşlarının eğitimi için kurulan okullardır. Bu okullar, uygulamada “büyükelçilik okulları” veya “konsolosluk okulları” olarak bilinmekte olup; Türk millî eğitim sisteminin dışındadırlar.

Anahtar Kelimeler: Eğitim hakkı, özel öğretim kurumu, yabancılar, yabancı okullar, milletlerarası özel öğretim kurumları, büyükelçilik/konsolosluk okulları.

ABSTRACT

Article 42 of the Turkish Constitution provides that the fundamental principles governing private schools shall be regulated by statute. Within this framework, the establishment requirements, operational procedures, and supervisory mechanisms applicable to private educational institutions -including those offering pre-tertiary education- are laid down in Law No. 5580 on Private Education Institutions. The establishment of private schools in Türkiye is promoted under the supervision and control of the State, and as a result, the proportion of private schooling has steadily increased. Nevertheless, significant restrictions apply to the ability of foreigners to establish private schools. Foreign nationals are not permitted to found general private schools, namely institutions that may admit Turkish citizens. Indeed, even in schools founded through partnerships, the participation of a foreign partner among the founders is expressly prohibited. This general regulatory framework is subject to several exceptions. First, schools established during the Ottoman Empire whose vested rights have been preserved continue to operate. These institutions, commonly designated as “foreign schools,” may also admit Turkish nationals. Second, “international private education institutions,” which may enroll exclusively foreign students, constitute another exception. Foreign natural or legal persons may establish such institutions -either independently or jointly with Turkish partners- upon obtaining authorization from the President of the Republic pursuant to the Law No. 4875 on Foreign Direct Investment. The third category comprises schools established within diplomatic missions, typically on the basis of international agreements, for the education of the sending State’s nationals. These institutions, often referred to in practice as “embassy schools” or “consulate schools,” operate outside the Turkish national education system and do not fall within its supervisory structure.

Keywords: Right to education, private educational institutions, foreigners, foreign schools, international private educational institutions, embassy/consulate schools.

GİRİŞ

Eğitim, öğretim ve öğrenim konusu, yabancılar dâhil olduğunda Türk milletlerarası özel hukuku altında incelenen pozitif alanlardan yabancılar hukukunun önemli başlıklarından birini teşkil etmektedir. Türk yabancılar hukuku alanında eğitim ve öğrenim hakkı konusu, yabancıların öğretim (okutma) hakkı ve öğrenim (eğitim görme/alma, okuma) hakkı şeklinde ikili bir ayırıma tâbi tutularak ele alınmaktadır. Bunlardan ilki, yabancıların eğitim/öğretim alanında faaliyette bulunmalarını ifade etmekte olup; bu konu da yabancıların özel öğretim/eğitim kurumu kurmaları ve eğitim/öğretim kurumlarında çalışmaları şeklinde ikili bir ayırıma tâbi tutulmaktadır¹.

Çalışmamız, yabancıların Türkiye’de özel okul açıp açamayacakları, bu konudaki genel kural, istisnalar ve anlatılanlar kapsamında ortaya çıkan güncel sorunların bir kısmı üzerinde açıklama ve değerlendirmeleri içermektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası² m. 16 (Anayasa) hükmüne göre, “*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*” Hükümde, yabancıların temel hak ve özgürlüklerine sınırlama getirilmesinde iki unsur kabul edilmiştir: Milletlerarası hukuka uygunluk ve kanunla düzenleme (kanunîlik).

Uluslararası hukuk, eğitim hakkıyla ilgili kabul edilen ilke ve esasların, bunlara riayet edilmesi kaydıyla, özel kişilerin öğretim kurumları açmaları ve yönetmeleri özgürlüğünü engellemeyeceğini ifade etmektedir³. Özel kişiler tarafından okul açılması, ana ve babaların, çocuklarının eğitiminde devlet

¹ ÇELİKEL, Aysel / (ÖZTEKİN) GELGEL, Günseli: Yabancılar Hukuku, B. 28, İstanbul: Beta 2024, s. 297 vd.; DOĞAN, Vahit / YILMAZ, Alper Ç. / İZMİRLİ, Lale A.: Türk Yabancılar Hukuku, B. 9, Ankara: Savaş 2025, s. 175 vd.; ÇİÇEKLİ, Bülent: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, B. 6, Ankara: Seçkin 2016, s. 137 vd.; ÖZBEK, Nimet: Türkiye’deki Yabancıların Öğrenim ve Öğretim Özgürlüğü, Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı 2000, s. 24 vd.

² RG, 09.11.1982, S. 17863 (Mükerrer).

³ İnsan hakları hukuku ve Türk hukuku kapsamında konuya dair detaylı bilgi için bkz. ALGAN, Bülent / ALGAN, Müberra: “*Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü Bağlamında Eğitim Hizmetlerinin Ruhsat Usulü ile Özel Kişilere Gördürülmesi*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 17, S. 3, s. 160 vd. Uluslararası hukuk, eğitimin özel kişilerce verilmesine engel olmamakla birlikte, özel okulların sayısının çok hızlı bir şekilde artmasıyla, eğitim hakkının ihlâli, ayrımcılık, düşük kalitede eğitim, şeffaflığın ve hesap verilebilirliğin sağlanamaması ile kaynakların kötüye kullanımı örneklerine de dikkat çekilmektedir. Bu yüzden ilgili uluslararası kuruluşlar bu ve benzeri sorunların çözümüne dair çalışmalar yapmaktadırlar. Bilgi için bkz. UNESCO Right to Education Handbook, Fransa: UNESCO 2019, s. 150-151.

okulları dışında tercihte bulunabilmelerine ve çocuklarına kendi inançlarına uygun dinî ve ahlâkî eğitim vermelerine olanak sağlaması bakımından bir araç olarak görülmektedir. Ancak, eğitim hakkına dair kabul edilen güvenceleri sağlama konusunda devletler öncelikli olarak sorumludur. Dolayısıyla devletler, uluslararası insan hakları hukukunun kabul ettiği sınırları ihlal etmemek kaydıyla, kendi belirledikleri standartlara göre özel kişiler tarafından öğretim kurumları açılmasına ilişkin düzenlemeleri yapabilirler. Ancak, eğitim hakkına dair tüm yükümlülüklerini özel kişilere devredemezler⁴. 16.12.1966 tarihli BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, ESKHS)⁵ m. 13(4) ve 20.11.1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi (*The Convention on the Rights of the Child*, ÇHS)⁶ m. 29(2) hükümlerinde, sözleşme hükümlerinin, eğitim hakkıyla ilgili belirlenen ilkelere riayet ve devlet tarafından konacak belli ölçülere uygun düşmesi koşuluyla özel kişiler tarafından öğretim kurumu açılması ve yönetilmesi özgürlüğünü engellemeyeceği belirtilmiştir. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, m. 13(4) hükmüne ilişkin yorumunda, yabancılar da dâhil, herkesin eğitim kurumları açma ve yönetme özgürlüğüne sahip olduğunu ifade etmiştir⁷.

Türkiye, ESKHS m. 13'ün son iki fıkrasına ve ÇHS m. 29 hükmüne, Anayasa hükümleri çerçevesinde uygulama hakkını saklı tutarak taraf

⁴ MOWBRAY, Jacqueline: "Is There a Human Right to Public Education? An Analysis of States' Obligations in Light of the Increasing Involvement of Private Actors in Education", Harvard Human Rights Journal, 2020, C. 33, s. 170-171.

⁵ Türkiye, ESKHS'ye taraftır. 04.06.2003 tarih ve 4867 sayılı Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun için bkz. RG, 18.06.2003, S. 25142. Sözleşmenin orijinal metni ve resmî Türkçe çevirisini de içeren 10.07.2003 tarihli ve 2003/5923 sayılı Bakanlar Kurulu kararı için bkz. RG, 11.08.2003, S. 25196.

⁶ Türkiye, ÇHS'ye taraftır. 15.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun için bkz. RG, 11.12.1994 S. 22138. Sözleşmenin orijinal metni ve resmî Türkçe çevirisini de içeren 23.12.1994 tarihli ve 94/6423 sayılı Bakanlar Kurulu kararı için bkz. RG, 27.01.1995, S. 22184.

⁷ "Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: #General Comment no. 13 (21st session, 1999): the right to education (article 13 of the Covenant)", parag. 30, United Nation Digital Library, <https://digitallibrary.un.org/record/407275?v=pdf>, erişim: 15.11.2025.

olmuştur. Şu hâlde, Türkiye bakımından, söz konusu hükümler, Anayasanın belirtilen madde hükümleri çerçevesinde uygulama alanı bulabilecektir.

Anayasa, Türkiye’de eğitim ve öğretimin devletin gözetim ve denetimi altında olduğunu ifade etmiştir. Anayasa m. 130/II “*Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir.*”, m. 42/VI ise “*Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir.*” hükümlerini taşımaktadır. Şu durumda, özel öğretim kurumlarıyla ilgili hususların, söz konusu maddelerde belirtilen şartlarla kanunla düzenleneceği kabul edilmiştir. Türk eğitim sisteminde örgün eğitim, okul öncesi eğitimi, ilköğretim (ilkokul ve ortaokul), ortaöğretim (lise ve dengi okullar) ve yükseköğretim (önlisans, lisans ve lisansüstü) şeklinde kademelendirilmiştir. Bu sıralamada genel olarak yükseköğretim seviyesinin altı Milli Eğitim Bakanlığı (MEB) mevzuatına, yükseköğretim seviyesi ise Yükseköğretim Kurulu (YÖK) mevzuatına tâbidir.

Açıklama ve değerlendirmeler, yükseköğretim seviyesinin öncesi (okul öncesi, ilköğretim ve ortaöğretim) okullara ilişkindir. Bir başka deyişle, yabancıların yükseköğretim kurumu açmaları/açabilmeleri meselesi çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Aşağıda görüleceği üzere özel öğretim kurumu ifadesi üst başlık olup, örgün eğitimin gerçekleştirildiği okulları da içermektedir. Yani, okul dışında eğitim ve öğretim faaliyetleri yürüten kurumlar da söz konusudur. Çalışmamız, yabancıların okul açma hakları konusuyla sınırlandırılmıştır.

I. TÜRK EĞİTİM SİSTEMİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

14.06.1973 tarihli ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu⁸ (METK) m. 18/I uyarınca, Türk millî eğitim sistemi, örgün ve yaygın eğitim şeklinde iki ana bölümden oluşmaktadır. Örgün eğitim, yaş grupları esas alınarak, planlanmış bir şekilde ve eğitilmiş kişiler tarafından (öğretmen, öğretim elemanı) okullarda gerçekleştirilen eğitim faaliyetlerini ifade eder. Buna karşılık yaygın eğitim ise, örgün eğitim sistemine dahil olmamış, yarıda bırakmış ya da kendini geliştirmek isteyenler için sağlanan ve gönüllülük esası

⁸ RG, 24.06.1973, S. 14574.

üzerinden yürütülen eğitim faaliyetleridir (halk eğitim merkezleri, özel eğitim ve rehabilitasyon merkezleri gibi).

Örgün eğitim, okul öncesi eğitimi, ilköğretim (ilkokul ve ortaokul), ortaöğretim (lise ve dengi okullar) ve yükseköğretim (önlisans, lisans ve lisansüstü) şeklinde kademelendirilmiştir (METK m. 18/II). Türk eğitim sisteminde, okul öncesi, ilköğretim ve ortaöğretim MEB'in gözetimi ve denetimi altında MEB mevzuatına; yükseköğretim anayasal bir kurum olan (Anayasa m. 131) YÖK'ün gözetimi ve denetiminde ilgili mevzuatına göre yürütülür.

II. ÖZEL ÖĞRETİM KURUMU

Eğitim/öğretim kurumları dendiğinde devlet tarafından kurulmuş ve giderleri devlet tarafından karşılanan okullar ve eğitim kurumları akla gelir. Ancak, dünyanın birçok devletinde olduğu gibi Türkiye'de de özel kişiler tarafından öğretim kurumlarının açılabilmesi mümkündür⁹. Hatta politika olarak özel okulların açılması teşvik edilmektedir.

Anayasa m. 42/VI, özel ilköğretim ve ortaöğretim okullarının bağlı olduğu esasların, devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenleneceğini hükme bağlamıştır. Maddenin gerekçesinde fıkra hükmüyle ilgili “*Özel okulların kurulması da Anayasada kabul edilmiştir, özel okulların kurulması serbesttir, özel okullar, Devlet okulları ile erişilmek*

⁹ Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşunda, Osmanlı Devleti döneminin olumsuz tecrübeleri nedeniyle eğitim ve öğretim konusuna özel önem verilmiştir. Bu bağlamda 03.03.1924 tarihli ve 430 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanunu (RG, 06.03.1340, S. 63) kabul edilerek, Türkiye dâhilindeki tüm eğitim kurumları MEB'e bağlanmış; ülkedeki eğitim ve öğretim kurumları ve faaliyetleri devletin gözetim ve denetimi altına alınmıştır. Ancak, düzenlemeler ve uygulanan politikalar, özel öğretim kurumlarını kapatmak ve yasaklamak amacı taşımamaktadır. Zira 1924 Anayasasının 80. maddesi “*Hükümetin nezaret ve murakabesi altında ve kanun dairesinde her türlü tedrisat serbesttir.*” hükmünü taşımakta olup; kanunlara uygun olarak ve hükümetin gözetim ve denetimi altında olmak şartlarıyla özel okulların açılması engellenmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ALTUN ASLAN, Evşen: “*Türkiye’de Özel Okullaşma*”, Bitlis Eren Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2019, C. 8, S. 1, s. 266 vd.; UYGUN, Selçuk: “*Türkiye’de Düünden Bugüne Özel Okullara Bir Bakış (Gelişim ve Etkileri)*”, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, 2003, C. 36, S. 1, s. 108 vd.

istenen seviyeye uygun olmak zorundadırlar. Devlet bu amacı sağlayacak tedbirleri almakla yükümlüdür.” ifadelerine yer verilmiştir¹⁰.

Mevzuatta ve uygulamada, özel kişiler tarafından yükseköğretim seviyesinin altında açılan kurumlar “özel öğretim kurumu” kavramı altında ele alınmaktadır.

Türkiye’de özel öğretim kurumuna ilişkin temel düzenlemeler 08.02.2007 tarihli ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nda¹¹ (ÖÖKK) yer almaktadır. Ayrıca, ÖÖKK’ya dayanılarak MEB tarafından çıkarılan MEB Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği¹² (ÖÖKY) de konu hakkında detaylı hükümler içermektedir. ÖÖKK ve ilgili mevzuat, özel öğretim kurumu¹³ açma izni, bunların faaliyeti, personel istihdamı¹⁴, müfredatı, devri, gözetimi ve denetimi gibi birçok konuyu düzenlemektedir. Ayrıca yabancı okullar, milletlerarası özel öğretim kurumları ve azınlık okullarına¹⁵ ilişkin hükümlere de ÖÖKK’da yer verilmiştir.

¹⁰ 1982 Anayasasının Gerekçesi için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bd-e679-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=2709#step-2>, erişim: 15.11.2025.

¹¹ RG, 14.02.2007, S. 26434. Mülga 1961 Anayasasında “*Özel okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak kanunla düzenlenir.*” (m. 21/III) hükmüne yer verilmiştir. Geçici m. 7 uyarınca Anayasada öngörülen kanunların iki sene içinde çıkarılması öngörülmüştür. Bu çerçevede konu, 08.06.1965 tarihli ve 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu (RG, 18.06.1965, S. 12026) ile düzenlenmiştir. 625 sayılı Kanun, 5580 sayılı Kanunun 14. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹² RG, 20.03.2012, S. 28239.

¹³ ÖÖKK’da “*kurum*” kavramı tanımlanmamış; kapsama girenler örnek olarak sayılmıştır. ÖÖKY’de kapsam daha geniştir. Bkz. ve karşı. ÖÖKK m. 2/b ve ÖÖKY m. 1(g).

¹⁴ Yabancıların özel öğretim kurumlarında çalışma hakları konusunda bilgi için bkz. GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL, Gülce: “*Yabancıların Türkiye’de Eğitim Hizmetinde Çalışması*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C. 9, S. 1, s. 100 vd.

¹⁵ ÖÖKK’ye göre “*azınlık okulları*”, “*Rum, Ermeni ve Musevî azınlıklar tarafından kurulmuş, Lozan Antlaşması ile güvence altına alınmış ve kendi azınlığına mensup Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin devam ettiği okul öncesi eğitim, ilköğretim ve ortaöğretim özel okulları*” olarak tanımlanmıştır (ÖÖKK m. 2). ÖÖKK m. 5/c’de, özel hüküm bulunmayan hâllerde, azınlık okulları hakkında resmî okullar mevzuatının uygulanacağı; ayrıca, bu okullarla ilgili özellik gösteren hususların, ilgili devletlerin bu konulardaki mütakabil mevzuat ve uygulamaları dikkate alınarak hazırlanacak yönetmelikle tespit edileceği ifade edilmiştir. Ayrıca bkz. 20.05.1955 tarihli ve 6581 sayılı Azınlık Okulları Türkçe ve Türkçe Kültür Dersleri Öğretmenleri Hakkında Kanun, RG, 27.05.1955, S. 9013.

ÖÖKK'nın 3. maddesine göre, öğretime başlamadan önce özel öğretim kurumu açma izni alınması gerekmektedir. Bu izin alınmadan, öğrenci kaydının yapılması mümkün değildir. Kurum açma izni başvurusu ilgili millî eğitim müdürlüğüne yapılır. Okul¹⁶ dışındaki kurumlar için kurum açma izni valilik tarafından, okullar için ise valiliğin uygun görmesi üzerine MEB tarafından verilir. Ayrıca, özel öğretim kurumları mevzuatına uygun olmak kaydıyla işyeri açma ve çalışma ruhsatı da MEB tarafından verilir; ancak, MEB bu yetkisini valiliklere devredebilir. Eğitim ve öğretim sunmak amacıyla yürütülen tüm faaliyetler MEB'in izin ve denetimine tâbidir. Sadece, gerçek ve tüzel kişiler tarafından verilen hizmet içi eğitim kapsamındaki faaliyetler kurum açma izni almadan yürütülebilir.

ÖÖKK m. 3, özel öğretim kurumu adı altında açılmayacak nitelikteki kurumları da belirlemiştir. Buna göre askerî okullar, emniyet teşkilâtına bağlı okullar ve din eğitimi-öğretimi yapan kurumların aynı veya benzeri özel öğretim kurumları açamaz. Ayrıca, özel öğretim kurumları, Türk millî eğitiminin amaçları doğrultusunda eğitimin kalitesini yükseltmek, gelişmesine fırsat ve imkân verecek yatırımlar ve hizmetler yapmak üzere gelir sağlamak dışında faaliyetlerini sadece kazanç sağlamak için düzenleyemezler (ÖÖKK m. 12/I).

III. YABANCILARIN ÖZEL ÖĞRETİM KURUMU AÇMA HAKKI

ÖÖKK'da yabancıların, özel öğretim kurumu açmalarını yasaklayan veya serbest kılan açık bir hüküm bulunmamakta¹⁷, bazı hükümlerine bakarak bir sonuca varılması gerekmektedir. ÖÖKK'nın 1. maddesinin ilk fıkrasında amacı, “*Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri veya özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişiler tarafından açılacak özel öğretim kurumlarına kurum açma izni verilmesi, kurumun nakli, devri,*

¹⁶ ÖÖKK kapsamında “okul”, “*Özel eğitim, okul öncesi, ilkokul, ortaokul ve ortaöğretim ile Bakanlıkça dönüşüm programına alınan kurumlardan 2018-2019 eğitim-öğretim yılının sonuna kadar faaliyetleri devam eden ortaöğretim özel okulları*” ifade etmektedir (m. 2/c).

¹⁷ Mülga 625 sayılı Kanun m. 5'in ilk hâlinde, yabancıların kendi adlarına veya Türk tâbiyetindekiler adına her ne şekilde olursa olsun Türkiye’de yeniden özel öğretim kurumu açamayacakları; ancak, bu kanunun hükümlerine göre kurulmuş özel okullara, Türk Millî Eğitiminin amaçlarına uygun olarak çalışmak üzere ve MEB’in izniyle, öğretim elemanı, ders araç ve gereçleri yardımıyla bulunabilecekleri hükme bağlanmıştır. Ancak, bu hüküm daha sonra değiştirilmiştir. Değişiklikler için bkz. aşağı. dñn. 39 ilâ 42.

personel çalıştırılması, kurumlara yapılacak malî destek ve bu kurumların eğitim-öğretim, yönetim, denetim ve gözetimi ile yabancılar tarafından açılmış bulunan özel öğretim kurumlarının; eğitim-öğretim, yönetim, denetim, gözetim ve personel çalıştırılmasına ilişkin usûl ve esasları düzenlemek”; ikinci fıkrasında ise kapsamı “*Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri veya özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişilerce açılan özel öğretim kurumları ile yabancılar tarafından açılmış bulunan özel öğretim kurumları*” olarak belirtilmiştir.

Söz konusu hükümlerde, Türk tâbiyetini taşıyan kişiler tarafından *açılacak* özel öğretim kurumları için kurum açma izninden bahsedilmiş; yabancılar ifade dışında bırakılmıştır. Ayrıca hükümlerde “yabancılar tarafından *açılmış* bulunan özel öğretim kurumları” ibaresi kullanılmış olup; bundan kasıt, aşağıda görüleceği üzere, Osmanlı Devleti döneminde yabancılar tarafından açılmış bulunan ve kazanılmış hakları Türkiye Cumhuriyeti kurulduktan sonra da korunan okullardır.

Bunların yanında, 6764 sayılı Kanun¹⁸ m. 61 ile ÖÖKK’nın 3. maddesine 2016 yılında eklenen son fıkrada özel hukuk tüzel kişileri veya özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişiler tarafından açılan özel öğretim kurumlarının kurucularında¹⁹ yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişilerin ortaklığının tespit edilmesi hâlinde söz konusu kurumlara idarî para cezasının uygulanacağı ve bu kurumlara yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişilerin ortaklığının sona erdirilmesine ilişkin otuz iş günü süre verileceği; bu süreye rağmen, gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde söz konusu kurumun kurum açma izni ile işyeri açma ve çalışma ruhsatının iptal edileceği ve fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır. ÖÖKK m. 1’de ifade edilen özel öğretim kurumu açabilecekler dışında, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin özel öğretim kurumu açıldıktan sonra hisse devri ve benzeri yollarla özel öğretim kurumuna ortaklığının tespiti hâlinde uygulanacak yaptırımları düzenlemek gerekçesiyle ÖÖKK m. 3/son fıkranın eklendiği anlaşılmaktadır²⁰. Öngörülen yönetmelik

¹⁸ 02.12.2016 tarihli ve 6764 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, 09.12.2016, S. 29913.

¹⁹ ÖÖKK m. 2 uyarınca “kurucu”, “*Kurumun sahibi olan ve adına kurum açma izin belgesi düzenlenen gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade etmektedir.

²⁰ 6764 sayılı Kanunun Gereğesi için bkz. “405 sayılı Komisyon Raporu”, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d26/c026/tbmm26026024ss0405.pdf>, erişim: 30.08.2025, s. 129.

düzenlemesi ise, söz konusu değişikliğin yürürlüğe girmesinden yaklaşık bir ay sonra ÖÖKY'ye m. 9/A olarak eklenmiştir²¹. 6764 tarihli Kanunla ÖÖKK'nın “*Kurum açma izninin iptali, kurumun kapatılması, devri ve nakli*” başlıklı 7. maddesinde de değişiklikler yapılmıştır.

Bu düzenlemelerin yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren artık yabancı ortağı bulunan Türk tâbiyetindeki tüzel kişilerin (şirket, dernek veya vakıf) özel okul açması veya bir özel okulu devralması engellenmiş bulunmaktadır. Yasak, değişiklik yürürlüğe girmeden önce gerekli izinleri almış ve faaliyetlerine devam eden okulları da kapsamaktadır.

Böylece, özel okul açma hakkı konusunda kontrol sistemi²² kabul edilmiş olup²³; bu nedenle, bir özel okul açacak veya bir özel okulu devralacak tüzel kişinin perdesinin kaldırılarak ortaklık yapısına bakılması gerekmektedir.

²¹ RG, 13.01.2017, S. 29947. ÖÖKY m. 9/A hükmü şu şekildedir: “(1) Kurumun, ortakları arasında yabancı uyruklu ortakların ve ortaklar arasında tüzel kişiler varsa o tüzel kişilerin de ortakları arasında yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişi/kişiler bulunduğunun inceleme/soruşturma/denetleme sonucunda tespiti halinde Kanunun 3 üncü maddesinde belirtilen miktarda idari para cezası, kurum açma iznini vermeye yetkili makam tarafından verilir. Verilen idari para cezası ile yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişi ortaklığın 30 işgünü içerisinde sonlandırılması gerektiği hususu, gerçek kişi ise kurucuya; tüzel kişilik ise kurucu temsilcisine Tebligat Kanununa göre valilikçe tebliğ edilir, takip ve tahsili için ise Hazine ve Maliye Bakanlığının ildeki ilgili birimine bildirilir. (2) Kurucunun, verilen süre içinde yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişi ortaklığı sonlandırmadığının veya kurumda ikinci kez yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişiliğin bulunduğunun inceleme/soruşturma/denetleme sonucu tespit edilmesi halinde, kurum açma izni ile iş yeri açma ve çalışma ruhsatı, vermeye yetkili makam tarafından iptal edilir. (3) Kanunun 5 inci maddesi hükümleri kapsamındaki kurumlara bu madde hükümleri uygulanmaz.”

²² Kontrol sistemi, tüzel kişilik perdesi kaldırılarak, ortaklık yapısına bakılması ve şirketin “düşman karakteri” taşıyıp taşımadığını tespit amacıyla I. Dünya Savaşı sırasında yaşanan sorunların çözümüne yönelik ortaya çıkmıştır. Savaş durumunda başvuru bu sistem, barış zamanında, devletin, belirlediği ulusal politikalara göre, örneğin savunma sanayi veya tarım gibi bazı alanlarda yabancıların girmesi ve hâkimiyet kurmasını önlemek için uygulanmıştır. Böylece, tüzel kişinin tâbiyeti göz ardı edilerek, ortaklarının tâbiyetine bakılmaktadır. Neticede, tüzel kişinin, bazı haklardan yararlanması engellenmekte, ehliyeti kısıtlanmaktadır. İstisnâ bir durum olduğundan, kontrol sistemine, kanunen kabul edilmiş durumlar için başvurulabilir. Özet olarak verilen bu bilgilerin detaylı anlatımı için bkz. ARAT, Tuğrul: Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, Ankara: AÜHF 1970, s. 92 vd.

²³ Bu düzenlemelerle, kontrol teorisinin kabul edildiği ve tüzel kişinin tâbiyetinin belirlendiği görüşü için bkz. ÇELİKEL / GELGEL, s. 303. Kontrol teorisi hakkında bilgi ve değerlendirme için bkz. TEKİNALP, Gülören: “Türk Hukuku’nda Ortaklıkların Vatandaşlığı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin 50. Yıl Armağanı, İstanbul 1973, s. 561-562. Anonim şirketlerle ilgili olarak kontrol teorisine göre “anonim ortaklığının

ÖÖKK ve ÖÖKY düzenlemesinde, ortaklık oranına ilişkin bir belirleme veya sınır söz konusu değildir. Tüzel kişinin, oranı ne olursa olsun yabancı ortağının bulunması hâlinde Türkiye’de özel okul açabilmesi mümkün değildir.

Türk tâbiyetinde olan, yabancı ortağı bulunan ile bulunmayan tüzel kişiler arasında okul açma hakkından yararlanabilme konusunda bir ayırım yapılmıştır. Neden böyle bir ayırım yapıldığı, farklı bir deyişle kontrol sisteminin kabul edildiği hususunda madde gerekçesinde bir açıklık bulunmamaktadır.

Düzenlemeler uyarınca, kurucu tüzel kişinin yabancı ortağının bulunması nedeniyle tesis edilen idarî işlemlerle ilgili çok sayıda mahkeme kararı söz konusudur. 2008 yılında açılan, 2012 yılında işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilen anaokulunun kurucusu şirketin yabancı ortağı bulunması nedeniyle tesis edilen idarî işlemler nedeniyle ÖÖKK m. 3/son hükmünün anayasaya aykırı olduğu iddiası ve ÖÖKY m. 9/A’nın iptali talebiyle açılan bir davayı, Danıştay 8. Daire, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddî görmeyerek; Yönetmelik hükmünün iptali talebini ise “*Eğitim ve öğretim hizmetlerinin niteliği gereği sahip olduğu kamusal öneme atfen güvenle yürütülebilmesini teminen getirilen dava konusu düzenlemede hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırılık bulunmadığı, davacı lehine kazanılmış bir hakkın bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.*” gerekçesine yer vererek reddetmiştir²⁴. Aynı olayla ilgili olarak idare tarafından ÖÖKK m. 3/son uyarınca okul kurucusu şirkete uygulanan idarî para cezasının kaldırılması talebinin Sulh Ceza Hâkimliği tarafından reddi; bu kararın, aleyhine yapılan itirazın kabul edilmemesi üzerine Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, ÖÖKK m. 3 hükmünün kabul edilmesinden önce kurucularında yabancı ortak bulundurma eyleminin gerçekleştirildiğini, eylem tarihinde cezaî nitelikte bir hüküm bulunmadığı hâlde sonradan yürürlüğe giren ve cezaî nitelikte aleyhe kanunun idare

tâbiyetinin, ortaklığı fiilen kontrolü altında tutan kişinin (veya kişilerin) vatandaşlık bağına göre belirlenmesi” gerektiği; teorisinin, “*harp hâli gibi olağanüstü durumlarda bir kısım yabancılar için alınan sınırlayıcı önlemlerin bunların egemen oldukları yerli ticaret ortaklıklarına da uygulanabilmesini sağlamak amacıyla ileri sürülmüş olan, işlevi sınırlı bir teori olduğu*” yönünde bkz. MOROĞLU, Erdoğan: “*Anonim Ortaklıkların Tâbiyeti ve Tanınması*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2002, Y. 22, S. 2, s. 415 ve aynı sayfa dpn. 7.

²⁴ Danıştay 8. Daire, 30.03.2023, E. 2020/1884, K. 2023/1574 (www.lexpera.com.tr, erişim: 15.11.2025).

tarafından geçmişe uygulanmasının Anayasa m. 38/I'de düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir²⁵.

Başka bir olayda ortakları arasında yabancı bulunan ve verilen süre içinde ortaklık yapısını ÖÖKK hükümlerine uygun hâle getirmeyen bir şirketin, kurucusu olduğu ilkökul, ortaokul ve lisenin kapatılmasına ilişkin karar aleyhine açılan iptal davası, ilk derece idare mahkemesi ve istinaf mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Temyiz yoluna başvurulduğunda, Danıştay 8. Daire, özetle, lehe olan kanun hükmünün uygulanması ilkesinin söz konusu yaptırımlar yönünden de geçerli olduğunu; dolayısıyla sabit olan eyleme ilişkin eski ve yeni mevzuat hükümlerinden davacı lehine olanın uygulanması sureti ile yeniden bir karar verilmesi gerektiği gerekçeleriyle bozma kararı vermiştir²⁶.

Söz konusu pozitif düzenlemeler uyarınca, yabancıların kendi başlarına veya ortaklık yolu ile Türkiye'de özel okul açmalarının veya bir özel okulu devralmalarının mümkün olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak, birazdan görüleceği üzere, ÖÖKK ve ilgili mevzuat kapsamında yabancıların özel okul açabildiği veya faaliyetlerini yürütebildiği durumlar da söz konusudur. Bu istisnâ durumları da göz önünde bulundurarak, bu başlık altında açıklanan yasağın, yabancıların kendi başlarına veya ortaklık yoluyla Türkiye'de genel nitelikli, yani *Türk vatandaşı öğrencilerin* de devam edebilecekleri bir özel öğretim kurumunu *yeniden* açamayacaklarını içerdiğini söyleyebiliriz. Bu sonuçla paralel şekilde, aşağıda belirtilen özel durumlar dışında, nitelikleri belirtilen özel öğretim kurumu açma hakkının Türk vatandaşlarına hasredildiğini belirtmek gerekir.

²⁵ Anayasa Mahkemesi, Mty Delta Denizcilik İç ve Dış Ticaret A.Ş. [1. B.], B. No: 2020/31683, 15.01.2025, parag. 47 (www.anayasa.gov.tr, erişim: 15.11.2025). Söz konusu AYM kararında, yabancı ortak nedeniyle okulun kapatılması işleminin iptali davasında; yargılama sırasında yabancı ortağın Türk vatandaşlığını kazandığı; bu nedenle idarenin işlemini geri aldığı; bunun üzerine idare mahkemesi tarafından karar verilmesine yer olmadığı kararı verdiği bilgileri bulunmaktadır. Bkz. söz konusu AYM kararı, parag. 13.

²⁶ Danıştay 8. Daire, 19.10.2021, E. 2018/395, K. 2021/4626 (www.adalet.gen.tr, erişim: 15.11.2025). Lehe kanunun uygulanması hakkında değerlendirmeler için bkz. DİLAVEROĞLU, Ergün: Özel Öğretim Kurumlarının Ruhsatlandırılması ve Denetlenmesi, İstanbul: Oniki Levha 2022, s. 162 vd.

IV. YABANCI OKULLAR

A. Genel Olarak

Türkiye Cumhuriyeti kurulduktan sonra, yabancıların Türkiye’de yeniden okul açmalarına prensip olarak izin verilmemiştir²⁷. Ancak, Osmanlı Devleti döneminde yabancılar tarafından açılmış olan, uygulamada ve düzenlemelerdeki adıyla “yabancı okullar”ın, kazanılmış hakları korunmuş ve eğitim faaliyetlerine devam etmelerine müsaade edilmiştir. Takip edilen politikalar²⁸, finansal sorunlar, yeterli öğrenci olmaması gibi nedenlerle sayıları azalmış olmakla birlikte hâlen eğitim ve öğretime devam eden yabancı okullar bulunmaktadır.

ÖÖKK m. 2(d) hükmüne göre, “*yabancı okullar*”, “*yabancılar tarafından açılmış özel okulları*” ifade etmektedir. Dolayısıyla kullanılan yabancı okul ifadesi teknik bir anlama sahiptir. Bu kurumlar ÖÖKK ve ilgili mevzuat hükümlerine tâbi ve dolayısıyla Türk vatandaşları tarafından açılan özel okullarla aynı statüye sahiptirler. Türk vatandaşları da yabancı okullara devam edebilirler. Yabancı okullar ile diğer özel okulların mezunları arasında statüleri ve hakları bakımından bir farklılık olmayıp; mezunlar herhangi ek bir işlem gerekmeksizin eğitimlerindeki sonraki aşamaya geçebilirler.

Özel öğretim kurumlarına, Türkçe isim verilmesi zorunluluğu bulunmakla birlikte, yabancı okullar istisna tutulmuştur (ÖÖKY m. 7(1)).

Genel olarak tüm eğitim ve öğretim kurumlarının MEB’e bağlanması, olumsuz deneyimlerin de katkısıyla yabancıların yeni okul açmasına izin verilmemesi ve bunlar üzerinde gözetim ve denetimin sürdürülebilmesi bakımından yabancı okulların arazi, öğrenci ve donanım kapasitelerini artırmaları, yönetimleri ve taşınmaz malları üzerinde tasarruflarına ilişkin farklı kurallar getirilmiştir. Öncesinde idarî düzenlemelerle, sonra mülga 625

²⁷ Türkiye’de, yabancı okulların tarihi, Osmanlı Devletindeki gelişmeler, Lozan Antlaşması görüşmelerinde yabancı okullara ilişkin tartışmalar ve sonuçlar, akabinde yaşanan sürece dair çok sayıda eser yazılmıştır. Örneğin bkz. TİMUR, Hıfzı: “*Türkiye’de Bulunan Yabancıların Okuma ve Okutma Hürriyetleri Bakımından Durumu*”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1945, C. 11, S. 1-2, s. 273 vd.; ÖKÇÜN, A. Gündüz: “*Yabancıların Türkiyede Okutma Hürriyeti*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1959, C. 14, S. 2, s. 141 vd.; ÖZBEK, s. 97-138.

²⁸ Konu hakkında bkz. ORTAK, Şaban: “*Türk Hükûmeti’nin Yabancı Okulları Kontrol Altına Alma Çabaları ve Tevhid-i Tedrisat Kanunu*”, Near East Historical Review, 2024, C. 14, S. 2, s. 155 vd.

sayılı Kanunla getirilen bu farklı kurallar, genel olarak ÖÖKK’da da korunmuştur.

B. Yabancı Okulların Faaliyetlerine İlişkin Özel Kurallar

1. Yeni Arazi Edinmeleri, Donanım ve Kapasitelerini Artırmaları

ÖÖKK m. 5(b) uyarınca yabancı okulların arazi, donanım ve kapasitelerini artırmaları talebin niteliğine göre farklı makamlardan izin alınmasına bağlanmıştır. Buna göre yabancı okulların, yeni arazi edinmesi ve kapasitelerini en fazla beş katına kadar artırmaları Cumhurbaşkanının; üzerinde bulundukları arazinin genişletilmemesi kaydı ile mevcut arazi üzerindeki bina, öğrenci ve donanım kapasitelerini en çok bir mislini geçmemek üzere artırabilme veya yenileyebilme için MEB’in izni gerekmektedir. Hatta yabancı okulların mevcut binalarındaki tadilat için dahi valiliğin izni aranmaktadır. Getirilen bu kurallar dışında yabancı okulların, binalarının genişletilmesi, şube açmaları, mevcut binalarının yerine kaim olmak üzere yeniden bina inşa etmeleri; bu amaçlarla herhangi bir mülk edinmeleri veya kiralamaları yasaklanmıştır.

2. Türk Vatandaşı Müdür Başyardımcısı Görevlendirme Zorunluluğu

Yabancı okullarda, müdür başyardımcısı olarak bir Türk vatandaşının görevlendirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır (ÖÖKK m. 8). ÖÖKK’ya göre, kurucu ya da müdür, Türkçe veya Türkçe kültür dersleri öğretmenliği yapma niteliğini taşıyan ve öğretim dilini bilen Türk vatandaşlarından birini, Türk müdür başyardımcısı olarak çalışma izni düzenlenmek üzere valiliğe önerir. Öğretim dilini bilen Türkçe veya Türkçe kültür dersleri öğretmeni bulunmaması hâlinde, okulun öğretim dilinde özel alan eğitimi görmüş, Türk vatandaşı öğretmenlere de bu görev verilebilir. Uyarıya rağmen bir ay içinde bu öneride bulunmayan okulların Türk vatandaşı müdür başyardımcıları, belirtilen şartları taşıyan öğretmenler arasından valilik tarafından seçilir ve göreve başlatılır. Bunun dışında, yabancı okullarda çalışma izninin bulunması kaydıyla yabancıların yönetici pozisyonunda, örneğin müdür, müdür yardımcısı olarak çalışmalarına bir engel bulunmamaktadır (ÖÖKY m. 30(1)(a))²⁹.

²⁹ Çalışma izni alınmasından evvel MEB’den ön izin alınması gerekmektedir (bkz. ÖÖKY m. 29). ÖÖKY’ya göre “*Yabancı okullarda yönetici olarak görevlendirileceklerde lisans mezunu olduğuna dair diploma veya diploma yerine geçen belge ile yurt dışında alanında*

3. Taşınmaz Malları ve Devri

Hem mülga 625 sayılı Kanunda hem ÖÖKK’da yabancı okulların ve taşınmazlarının devriyle ilgili bazı sınırlamalar getirilmiştir. Mülga 625 sayılı Kanunun 6. maddesinde, bu öğretim kurumlarının, kurucularının veya yetkililerinin arzusu ile MEB’e devredilebileceği; devredilmesi durumunda, yönetim, eğitim ve öğretim özelliklerine göre korunması faydalı olanların MEB tarafından tespit olunacağı hükme bağlamıştır³⁰. Bu hüküm 1983 yılında 2843 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Değişiklikte, daha kesin bir şekilde devrin sadece MEB’e yapılabileceği, bunlardan korunması yararlı görülenlerin MEB tarafından tespit edileceği ve ayrıca, bu kurumların kapatılırsalar da üçüncü şahıslar tarafından mülk edinilemeyeceği ifade edilmiştir³¹.

Bu hükümlerin karşılığı ÖÖKK m. 5(b)(5)’de yer almaktadır. İlk cümleye göre, yabancı okulların taşınmaz malları kurucu ve yetkililerinin önerisi ile MEB’e ya da kuruluş amaçları eğitim vermek olan Türk Medenî Kanunu’na³² (TMK) göre kurulan vakıflara Cumhurbaşkanının izni ile

en az iki yıl öğretmenlik yaptığını gösterir resmî makamlarca düzenlenen belgenin Türkçe tercümesiyle aslının Türkiye Cumhuriyeti dış temsilciliklerince onaylı veya apostil yapılmış örneği” de ön izin başvurusunda sunulmalıdır (ÖÖKY m. 29(1)(ç)). Yönetici olarak görev alacak yabancı derse girecekse, ön izin belgesinin düzenlenmesinde en az iki yıl öğretmenlik yaptığı alan dikkate alınır (ÖÖKY m. 29(3)).

³⁰ Maddenin konuluş amacı gerekçesinde şu şekilde belirtilmiştir: “*Türkiye’de yabancıların yeniden özel öğretim kurumu açmaları sebepsiz görülmekte; ancak açılmış yabancı okulların, ‘Türk kanunlarına göre kurulacak tüzel kişiler tarafından devralınıp idareleri, böylece yabancı oluş hüviyetlerinin sona ermesi derpiş edilmekte, mümkün hale getirilmektedir. Böylece birer Türk öğretim kurumu olacak bu okulların gelişmeleri ve faydalı hizmetler görmeleri beklenmektedir.*” 625 sayılı Kanunun gerekçesi için bkz. “MM 495’e Ek 1 no’lu Komisyon Raporu”, s. 2, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c030/mm_01030103ss0495ek01.pdf, erişim: 15.11.2025.

Bu dönemde, 1905’te İngiliz topluluğu mensupları başta olmak üzere yabancıların çocuklarına nitelikli eğitim vermek amacıyla kurulan *English High School*, mâli sıkıntılar nedeniyle 1979’ta Türk Hükümetine devredilmiş olup; bu kurum Nişantaşı Anadolu Lisesi adıyla eğitim hayatına devam etmektedir. Bilgi için bkz. “*Nişantaşı Anadolu Lisesi*”, <https://ogm.meb.gov.tr/yuz-tarihi-lise/index.html>, erişim: 12.11.2025.

³¹ Maddenin gerekçesi şu şekildedir: “*...yapılan değişikliklerle, yabancılar tarafından açılmış kurumların yalnız Millî Eğitim Bakanlığına devri hükmü getirilerek, uzun yıllardan beri eğitim-öğretim veren gelenekselleşmiş bu kurumların yaptıkları görevlerin bu Bakanlıkça devamına imkân sağlanırken öğrencilerin hakları da güvenceye alınmıştır.*” Gerekçe için bkz. “DM 302 no’lu Komisyon Raporu”, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c009/mgk_01009150ss0603.pdf, erişim: 15.11.2025.

³² 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, RG, 08.12.2001, S. 24607.

devredilebilir³³. İkinci cümle ise devredilen bu kurumların yönetim, eğitim-öğretim özellikleri dikkate alınarak korunması yararlı görülenler MEB tarafından tespit edilir hükmünü taşımaktadır. Dolayısıyla yabancı okulların taşınmazları üzerindeki tasarruf yetkisi ve devri sınırlandırılmıştır.

Görüldüğü üzere, ÖÖKK'nın düzenlemesi, kurucu veya yetkililer için bir alternatif getirmiş; MEB veya amaçları eğitim vermek olan TMK'ya göre kurulan vakıflara devir yapılabileceği kabul edilmiştir. TMK öncesinde kurulmuş olup; hâlen faaliyetlerine devam eden vakıflar kapsam dışı tutulmuştur.

TMK'ya göre kurulan vakfın kurucularının tâbiyetine ilişkin bir yasak veya şart söz konusu değildir. Vakıflar Kanunu³⁴ (VK) m. 5, son fıkra hükmüne göre yabancılar, Türkiye'de, hukukî ve fiilî mütakabiliyet esasına göre yeni vakıf kurabilirler. Bu vakıfların yönetim organlarında görev alanların çoğunluğunun, Türkiye'de yerleşik bulunması gerekmektedir (VK m. 6(9)). Bir yabancı okul, vakfa devredildiğinde, artık kurucusu değişeceğinden, yabancı olma vasfını kaybedecek ve normal bir özel okul statüsüne kavuşacaktır. Bu durumda, ÖÖKK m. 3'te 2016 yılında kabul edilen, özel okul kurucuları arasında yabancı bulunması yasağı, devredilen ve faaliyetlerine devam eden bu okullar için de geçerli olacaktır.

ÖÖKK döneminde de üç yabancı okulun aynı anda bir vakfa devri gerçekleştirilmiştir. Bakanlar Kurulu 27.09.2010 tarihinde, Amerikan Bord Heyeti kuruculuğundaki Özel Üsküdar Amerikan Lisesi, Özel İzmir Amerikan Koleji ve Özel Tarsus Amerikan Koleji kuruculuğunun, üzerinde faaliyet gösterdikleri taşınmazların maliki bulunan Sağlık ve Eğitim Vakfına devredilmesine izin verilmesini kararlaştırmıştır³⁵. Söz konusu okulların türü,

³³ ÖÖKK'nın kabul edilmesi akabinde, m. 5'te yer alan taşınmaz devrine ilişkin bu hükümle birlikte yabancı okullar "*Bakanlar Kurulunun izni ile yeni arazi edinebilir ve kapasitelerini en fazla beş misline kadar artırabilir.*" hükmünün, karşılıklılık esasına yer vermediğinden Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasını, Anayasa Mahkemesi oybirliğiyle reddetmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, 03.06.2010, E. 2007/38, K. 2010/76, (www.anayasa.gov.tr, erişim: 15.11.2025).

³⁴ 20.02.2008 tarihli ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu, RG, 27.02.2008, S. 26800.

³⁵ Bakanlar Kurulunun 27.09.2010 tarihli ve 2010/947 sayılı kararı için bkz. RG, 02.11.2010, S. 27747. Sağlık ve Eğitim Vakfı, adı geçen okulların ve Talas Amerikan Ortaokulu mezunları tarafından 1968'de kurulmuş; sonrasında -karardan da anlaşıldığı üzere- söz konusu okulların bulunduğu taşınmazları devralmıştır. Bakanlar Kurulu kararından sonra 19.04.2011 tarihinde eğitim ruhsatları Vakfa geçmiştir (DEMİR, Cenk: Amerikan Board'un İzmir'deki Faaliyetleri ve İzmir Uluslararası Koleji, Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi

MEB Özel Öğretim Kurumları Genel Müdürlüğünün internet sitesinde yer alan özel öğretim kurumları listesinde “Özel Hazırlık Sınıfı Bulunan Anadolu Lisesi” olarak gözükmektedir³⁶. Bir başka ifadeyle bu okullar artık yabancı okul kategorisi içinde değildir.

V. MİLLETLERARASI ÖZEL ÖĞRETİM KURUMLARI

A. İlk Kanunî Düzenleme

Mülga 625 sayılı Kanunun 5. maddesinin orijinal hâlinde, yabancıların özel öğretim kurumu açma haklarının bulunmadığı açıkça düzenlenmiştir³⁷. Ancak 1980 sonrasında, bu yasak yumuşatılmış ve 625 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerle yabancılara belli şartlarla milletlerarası özel öğretim kurumu açma hakkı tanınmıştır³⁸. 1983 yılında yapılan ilk değişiklikle, yabancı öğrencilerin eğitim görebileceği, yabancıların Türk vatandaşları ile birlikte kuracakları vakıflar aracılığıyla uluslararası özel öğretim kurumu açılmasına izin verilmiştir³⁹. İkinci değişiklik, 1984 yılında yapılmıştır⁴⁰. Ancak bu değişiklikle sadece son cümle değiştirilmiş ve tüzük yerine, yönetmelikle

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2014, s. 129). Bir başka ifadeyle 1968’de başlayan süreç, 2011’de tamamlanmıştır.

³⁶ Bkz. “Özel Öğretim Kurumları”, <https://ookgm.meb.gov.tr/kurumlar.php>, erişim: 15.11.2025.

³⁷ Bkz. yuk. dñn. 17.

³⁸ Mülga 625 sayılı Kanun Tasarısı m. 7’de “*Milletlerarası andlaşmalar gereğince Türkiye’de belirli bir süre kalacak olan yabancıların çocukları için yurdumuzda geçici olarak öğretim kurumu açılmasına, Dışışleri ve İçişleri bakanlıklarının mütalâası alınarak Millî Eğitim Bakanlığınca yapılacak teklif üzerine, Bakanlar Kurulunca izin verilebilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Komisyonunda Türk vatandaşı çocukların bu kurumlara kayıt ve kabul edilmeyeceğine ilişkin ikinci fıkra eklenmiştir. Ancak bu madde, tasarının TBMM’de görüşülmesi sırasında geri çekilmiş olup; kanunlaşmamıştır. Bazı belirsizlikler içeren bu metnin, milletlerarası özel öğretim kurumlarına ilişkin ilk düzenleme girişimi olduğunu söyleyebiliriz.

³⁹ 16.06.1983 tarihli ve 2843 sayılı Kanun, RG, 18.06.1983, S. 18081. 625 sayılı Kanun m. 5/1’in değiştirilmiş şu şekildedir: “*Yabancı uyruklu gerçek veya tüzelkişiler, kendi adlarına veya Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek ve tüzelkişiler adına her ne suretle olursa olsun Türkiye’de yeniden özel öğretim kurumu açamazlar. Ancak, yabancı çocukların eğitim ve öğretimi için, ilgili ülke temsilcileriyle Türk vatandaşlarının bu amaçla kuracakları vakıflar tarafından uluslararası nitelikte özel okul açılmasına, Bakanlar Kurulunca izin verilebilir. Uluslararası özel okulun açılabilmesi için yerler, açılış şekli, işleyişi, denetimi, gözetimi ve diğer hususlar tüzükte belirtilir.*”

⁴⁰ 11.07.1984 tarihli ve 3035 sayılı Kanun, RG, 28.07.1984, S. 18472.

düzenleme yapılacağı ifade edilmiştir. Nihayet 1985 yılında yapılan değişikle, milletlerarası özel öğretim kurumlarının kuruluşuna ilişkin şartlar yeniden belirlenmiştir⁴¹. Son değişikle, yabancı gerçek ve tüzel kişilere, o dönemdeki yabancı sermaye mevzuatı çerçevesinde, kendileri veya Türk tâbiyetindekilerle ortaklık yoluyla milletlerarası öğretim kurumu açma hakkı tanınmıştır. Değişiklik gerekçesinde, 1983 yılında yapılan değişiklik sonrasında, ülkemizde milletlerarası özel öğretim kurumunun açılmadığı, yabancılarca birkaç girişimde bulunulduğu, ancak kanunî şartların ağırlığı nedeniyle sonuç alınmadığı, faydasının inkârı mümkün olmayan yabancı sermayenin eğitim alanında yatırım yapabilmesi için engellerin kaldırılması gerektiği ifade edilmiştir⁴². Değişiklik tasarısını inceleyen Millî Eğitim Komisyonunun hazırladığı raporda, gerek diplomatik görevle ve gerek ticarî, ilmî ve diğer görevlerle yurdumuzda bulunan yabancıların çocuklarının öğretim problemlerinin halledilmesinin amaçlandığı da belirtilmiştir.

B. Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Şartlar

Yabancıların milletlerarası özel öğretim kurumu açma hakkı, benzer şekil ve şartlarda ÖÖKK’da da korunmuştur⁴³. ÖÖKK, milletlerarası özel öğretim kurumunu, “*yalnız yabancı uyruklu öğrencilerin devam edebilecekleri özel öğretim kurumları*” olarak tanımlamıştır (m. 2). Dolayısıyla, diğer özel

⁴¹ 05.11.1985 tarihli ve 3236 sayılı Kanun, RG, 09.11.1985, S. 18923. Kabul edilen m. 5/I hükmü şu şekildedir: “*Yalnız yabancı uyruklu öğrencilerin devam edebileceği milletlerarası öğretim kurumu (Yükseköğretim hariç); yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişiler tarafından, doğrudan veya Türk vatandaşlarıyla ortaklık yolu ile, 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu çerçevesinde, Bakanlar Kurulunun izni ile açılabilir. Türk vatandaşları ve tüzelkişiler de kendi adlarına aynı maksatla milletlerarası mahiyette öğretim kurumu açabilirler.*” Kuruluşu yanında, hükümde, milletlerarası öğretim kurumlarının faaliyetine ilişkin bazı esaslar da kabul edilmiştir.

⁴² 3236 sayılı Kanunun Gerekçesi için bkz. “*TBMM 349 sayılı Komisyon Raporu*”, s. 1, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d17/c019/tbmm17019020ss0349.pdf>, erişim: 30.08.2025. Bu değişiklikten sonra Türkiye’de kurulan ilk milletlerarası özel öğretim kurumu *İstanbul International Community School* olmuştur. 1987 yılında açılış iznini alan okul, 1989’da eğitim öğretime başlamıştır: GÜZEL, Saadetin: “*Türk Eğitim Sisteminde Milletlerarası Özel Okullar: Mevcut Durum, Sorunlar ve Çözüm Önerileri*”, Alanyazın Eğitim Bilimleri Eleştirel İnceleme Dergisi, 2022, C. 3, S. 2, s. 275. Bakanlar Kurulunun bu özel öğretim kurumuna ilişkin 23.12.1986 tarihli ve 86/11347 sayılı kararı için bkz. RG, 22.01.1987, S. 19349.

⁴³ Bu nitelikteki okullar, ilk olarak “*uluslararası özel okul*”, sonra “*milletlerarası mahiyette öğretim kurumu*” olarak isimlendirilmiştir. ÖÖKK ve ilgili mevzuatta ise “*milletlerarası özel öğretim kurumu*” ismi kullanılmaktadır.

öğretim kurumlarından ayırt eden en önemli özellik, bunlarda sadece yabancı öğrencilerin öğrenim görmesidir. Kurucusunun yabancı olması ya da kurucuları arasında yabancı bulunması, bu kurumların niteliği bakımından bir zorunluluk değildir. Buna karşılık ÖÖKK bakımından *yabancı okulların*, en önemli ve belirgin vasfı, zamanında yabancılar tarafından kurulmuş olmasıdır.

Milletlerarası özel öğretim kurumunun açılması ile ilgili ÖÖKK m. 5(a)(1) hükmü şu şekildedir: *“Yalnız yabancı uyruklu öğrencilerin devam edebilecekleri yüksek öğretim dışındaki milletlerarası özel öğretim kurumu; yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişiler tarafından veya Türk vatandaşlarıyla ortaklık yolu ile 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu çerçevesinde Cumhurbaşkanının izniyle açılabilir. Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri veya özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişiler de kendi adlarına aynı amaçla milletlerarası mahiyette özel öğretim kurumu açabilir.”* Hükümde milletlerarası özel öğretim kurumunun niteliği yanında kuruculara ilişkin de şartlar getirilmiştir. Buna göre, bu kurumlar, yabancı gerçek ve tüzel kişiler veya Türk tâbiyetindeki gerçek ve tüzel kişiler tarafından kendi adlarına açılabileceği gibi yabancı-Türk ortaklığı yoluyla da açılabilir. Şu durumda, milletlerarası özel öğretim kurumları kurucularına göre ikiye ayrılabilir: (1) Türk tâbiyetindeki kişiler tarafından açılan milletlerarası özel öğretim kurumları ve (2) Yabancıların tek başına ya da Türk tâbiyetindeki kişilerle ortaklık yoluyla açtıkları milletlerarası özel öğretim kurumları. Bu ayırım, ÖÖKK ve ilgili mevzuatta yer alan bazı hükümler bakımından önem taşımaktadır.

ÖÖKK ve ÖÖKY hükümlerine bakıldığında, milletlerarası özel öğretim kurumları hakkında, açılış şartları ve faaliyetleri bakımından diğer özel öğretim kurumlarından farklı bazı hükümler getirildiği görülmektedir. Bunlardan bazılarını değerlendirmelerimizle birlikte şu şekilde ifade edebiliriz:

- ÖÖKK m. 5(1)(a)’da milletlerarası özel öğretim kurumunun ancak yükseköğretim seviyesinin altında açılabileceği açıkça belirtilmiştir. Aslında ÖÖKK’nın kapsamı içinde özel yükseköğretim kurumları bulunmamakta olup; bu konu, yukarıda belirtildiği üzere özel mevzuatına tâbidir. Bu durumun, mülga 625 sayılı Kanun için de geçerli olduğu düşünüldüğünde, 5. maddesini değiştiren 3236 sayılı Kanun tasarısında yükseköğretimle ilgili bir ifadeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, TBMM’de yapılan görüşmeler

neticesinde tereddütleri gidermek için bir önergeyle “yükseköğretim hariç” ibaresinin metne eklendiği anlaşılmaktadır⁴⁴.

- Yabancı gerçek ve tüzel kişiler, kendileri veya Türk vatandaşlarıyla ortaklık yolu ile Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu⁴⁵ (DYYK) çerçevesinde milletlerarası özel öğretim kurumu açabilirler (m. 5(1)(a)). Yukarıda belirtildiği üzere, yabancıların milletlerarası özel öğretim kurumu açmalarına ilk olarak mülga 625 sayılı Kanunda 1985 yılında yapılan değişiklikle imkân tanınmıştır. Değişiklikte, döneminde yürürlükte olan - DYYK ile yürürlükten kaldırılan- mülga Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu⁴⁶ çerçevesinde bu kurumlarının açılabilceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, yabancılara milletlerarası özel öğretim kurumu açma hakkı verilirken, bir yandan da ülkeye yabancı sermaye girişinin sağlanması hedeflenmiştir.

- Türkiye’de özel öğretim okulu açma izni MEB, okul dışındaki özel öğretim kurumları açma izni valilikler tarafından verilirken (m. 3), yabancı gerçek veya tüzel kişilerin kendileri tarafından ya da Türk tâbiyetindeki kişilerle birlikte kuracakları milletlerarası özel öğretim kurumları için Cumhurbaşkanının izni aranmaktadır. Kurum açma izni ile iş yeri açma ve çalışma ruhsatının verilebilmesi için aranan belgeler arasında, yabancı gerçek ve tüzel kişiler tarafından veya Türk tâbiyetindeki kişilerle ortaklık yolu ile açılacak milletlerarası özel öğretim kurumları için DYYK çerçevesinde alınmış Cumhurbaşkanı izninin suretinin de bulunması aranmaktadır (ÖÖKY m. 5(2)(j)).

Türk tâbiyetindeki kişiler tarafından açılacak milletlerarası özel öğretim kurumları için Cumhurbaşkanının izni aranmamıştır. Uygulamada da kurucusu yabancı olmayan ya da kurucuları arasında yabancı bulunmayan milletlerarası özel öğretim kurumu hakkında Cumhurbaşkanı izninin aranmadığı belirtilmiştir⁴⁷. ÖÖKY düzenlemesi de bu yönde olup, DYYK çerçevesinde Cumhurbaşkanı izni yabancıların kendi adına veya Türk tâbiyetindekilerle ortaklık yoluyla açacağı kurumlar için istenen belgeler arasında sayılmıştır.

⁴⁴ TBMM Tutanak Dergisi, 17. Dönem, 20. Cilt, 24. Birleşim, 03.11.1985, s. 165-167.

⁴⁵ 05.06.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, RG, 17.06.2003, S. 25141.

⁴⁶ 18.01.1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, RG, 23.01.1954, S. 8615.

⁴⁷ GÜZEL, s. 284.

Milletlerarası özel öğretim kurumunun devredilmesi durumunda, devralacak yabancı gerçek veya tüzel kişi ise yine Cumhurbaşkanı izni aranmaktadır (ÖÖKY m. 14(1)(f)).

- Bu kurumlar sadece yabancı öğrencilerin öğrenim görebileceği okullardır. Yani, Türk vatandaşı öğrenciler, bu kurumlarda öğrenim göremezler. Ancak, bu kurumlara devam ederken Türk vatandaşlığını kazananlar, bulunduğu öğretim kademesinin sonuna kadar aynı kurumda veya aynı programı uygulayan başka bir milletlerarası özel öğretim kurumunda öğrenimlerine devam edebilirler (m. 5(a)(3)).

- Milletlerarası özel öğretim kurumları ile diğer okullar aynı binada bulunamaz (ÖÖKY m. 12(4)).

- Özel öğretim kurumlarına, Türkçe isim verilmesi zorunlu iken, milletlerarası özel öğretim kurumlarına -bu arada azınlık okulları, yabancı okullar ve yabancı dil kurslarına- yabancı isim verilebilir (ÖÖKY m. 7(1)).

- Milletlerarası özel öğretim kurumlarında, çoğunlukla Türk okullarında uygulanan programa uyulmakla birlikte, bu bir zorunluluk değildir. Bu kurumlarda, başka bir devletin programı uygulanabilir. Eğer başka bir devletin programı uygulanacaksa, bu devletin yetkili makamı tarafından programının uygulanmasına izin verilmesi ve bu izin belgesinin Dışişleri Bakanlığı tarafından tasdik edilmesi gerekmektedir. Yabancı programla birlikte uluslararası diploma ve sertifika programları uygulanacaksa, bunun için de ilgili devletin yetkili makamının izni aranmaktadır (ÖÖKY m. 5(2)(n)).

- ÖÖKK m. 5(a)'da, bu kurumların müfredatına ilişkin de bazı esaslar getirilmiştir. İlk olarak, *“Bu öğretim kurumlarında; Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, güvenliğine ve menfaatlerine aykırı, Türk Milletinin millî, ahlâkî, insanî, manevî ve kültürel değerleri aleyhinde eğitim-öğretim yapılamaz.”*; ayrıca, *“Bu kurumlarda öğretim programları, eğitim-öğretim faaliyetleri ve diğer hususlarla ilgili işlemler, kurum yönetimince hazırlanan ve Bakanlıkça onaylanan esaslara göre yürütülür.”* ve son olarak *“bu konularda Bakanlığın denetim hakkı saklı”* tutulmuştur. Bu çerçevede milletlerarası özel öğretim kurumlarının uyguladıkları öğretim programları ile bu programların uygulanmasında kullanılan ders kitapları ile diğer eğitim araç

ve gereçleri için MEB Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığının onayı aranmaktadır (ÖÖKY m. 5(2)(z))⁴⁸.

- Milletlerarası özel öğretim kurumlarında, öğretmenlik yapma niteliğini taşıyan bir Türk vatandaşının müdür yardımcısı olarak görevlendirilmesi gerekmektedir (ÖÖKK m. 8; ÖÖKY m. 25(1)(a)(7)). Ancak, görevlendirilen müdür Türk vatandaşıysa, ayrıca Türk vatandaşı bir müdür yardımcısı atanması zorunluluğu bulunmamaktadır (ÖÖKY m. 25(2)).

- MEB'e bağlı resmî ve özel okulların kılık ve kıyafetlerine ilişkin kurallar, milletlerarası özel öğretim kurumları hakkında uygulanmaz⁴⁹.

Yukarıda belirtildiği üzere Türkiye'de ilk milletlerarası öğretim kurumu açma izni 1987 yılında verilmiştir. Takiben 2016 yılına kadar izin verilen kurum sayısı ancak otuza ulaşmışken. 2016 yılı itibarıyla sayıların katlanarak artmaya başladığı, 2021 yılı itibarıyla sayının 256'ya ulaştığı tespit edilmiştir⁵⁰. Sayının artışının Türkiye'ye başta Suriye olmak üzere birçok devletten gelen sığınmacılardan kaynaklandığı belirtilmektedir⁵¹. Gerçekten artan milletlerarası özel kurum sayısındaki en büyük payı geçici koruma statüsündeki Suriyelilere yönelik okullar oluşturmaktadır⁵². Türk hukukuna göre milletlerarası öğretim kurumları sadece yabancı öğrencilerin devam edebileceği özel öğretim kurumlarıdır. Dolayısıyla, bu kurumlar, sığınmacıların, toplumla uyumunu ve kaynaşmasını engelleme potansiyeli taşımaktadır. Bu yüzden Suriyeli sığınmacı çocuklarla ilgili temel politikanın “var olan eğitim sistemine uyum” olması, bunu sağlayabilmek için de entegrasyonu engellediğinden milletlerarası öğretim kurumlarının alternatif bir seçenek olmaktan çıkarılması önerilmektedir⁵³.

⁴⁸ Bu konuda ayrıca bkz. Millî Eğitim Bakanlığı Ders Kitapları ve Eğitim Araçları Yönetmeliği, RG, 14.10.2021, S. 31628.

⁴⁹ Bkz. Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Okul Öğrencilerinin Kılık ve Kıyafetlerine Dair Yönetmelik (RG, 27.11.2012, S. 28480) m. 1(2).

⁵⁰ GÜZEL, s. 280. Çalışmamızın tamamlandığı tarih itibarıyla sayı 243'e düşmüştür. Bkz. “Özel Öğretim Kurumları”, <https://ookgm.meb.gov.tr/kurumlar.php>, erişim: 15.11.2025.

⁵¹ GÜZEL, s. 280, 287.

⁵² GÜZEL, s. 287.

⁵³ GÜZEL, s. 288. Milletlerarası özel öğretim kurumları hakkında detaylı bilgi, artan sayıyla birlikte ortaya çıkan sorunlar ve çözüm önerileri için bkz. GÜZEL, s. 282 vd.

VI. BÜYÜKELÇİLİK OKULLARI

Uygulamada konsolosluk okulları adıyla da bilinen büyükelçilik okullarının amacı, resmî görevli ya da özel iş için ülkeye gelen yabancıların çocuklarının, ülkelerine döndüklerinde sene kaybı, kaynaşma ve benzeri bir mağduriyet yaşamadan eğitim hayatlarına devam edebilmesidir. Zira yabancıların başka bir ülkeye resmî veya özel bir iş için gitme kararlarındaki en önemli etkenlerden biri çocuklarının eğitim ve öğretim hayatıdır. Ancak günümüzde, bu okullara, gönderen devlet yanında, başka devlet vatandaşlarının rağbet ettiği ve çocuklarını kaydettirdiği görülmektedir. Bunda, o devletin kültürünü, dilini öğrenmek yanında, bu okulların uluslararası alanda geçerli diploma verebilmeleri ve verilen eğitimin kalitesine ilişkin saikler de etkendir⁵⁴.

Türkiye’de de birçok büyükelçilik okulu faaliyet yürütmektedir⁵⁵. Hatta bazı devletlerin, farklı illerde birden fazla bu nitelikte okulları/şubeleri vardır. Türkiye’deki büyükelçilik okullarının, Türkiye’nin tarafı olduğu, ikili kültür anlaşmalarında genelde âkit devletin diğerinde kültür enstitüsü veya kurumu açabileceğine ilişkin hükümlere dayanılarak dış temsilcilikler tarafından kurulduğu ifade edilmektedir⁵⁶. Bu okullarda, çoğunlukla yabancı öğretmenler görevlendirilmekte, yabancı dilde eğitim verilmekte ve gönderen devletin eğitim sistemine uygun olarak yetkili makamlarının gözetim ve denetimi altında eğitim faaliyetleri yürütülmektedir⁵⁷. Dolayısıyla bu okullar, Türk eğitim sistemine dâhil olmadıkları gibi MEB’e de bağlı değildirler.

⁵⁴ Almanya dışında kurulan Alman okullarının öncelikle iş için yurt dışında bulunan vatandaşların çocuklarına yönelik olduğu, ancak günümüzde ev sahibi ülke ve diğer kültürel gruplara da fırsat sunduğu belirtilmektedir: TEKİN, Özlem: “*Alman Dış Kültür ve Eğitim Politikası’nın Türkiye’ye Yansımaları*”, Humanitas-Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, 2023, C. 11, INCSOS VIII Özel Sayısı, s. 347.

⁵⁵ Bu kapsamda örnek olarak Fransa’nın büyükelçilik okulları Charles de Gaulle Lisesi Ankara, Fransız Pierre Loti Lisesi İstanbul; Alman büyükelçilik okulları Ernst-Reuter Okulu Ankara (*Privatschule der Deutschen Botschaft Ernst-Reuter-Schule Ankara*), bu okulun İzmir Şubesi (Alman İzmir Lisesi) ve İstanbul Şubesi; İngiliz Büyükelçilik Okulu Ankara ve Pakistan Büyükelçiliği Uluslararası Çalışma Grubu sayılabilir.

⁵⁶ ÖKÇÜN, s. 161; ÖZBEK, s. 168. Alman büyükelçilik okulları da dâhil Alman okulları hakkında bilgi için bkz. TEKİN, s. 348.

⁵⁷ ÖZBEK, s. 168; Fransa büyükelçilik okullarından olan *Lycée Français Pierre Loti*’nin internet sitesinde, okulun Fransız Millî Eğitim Bakanlığı tarafından akredite edildiği ve Fransız Yurtdışında Eğitim Ajansı (AEFE) ağında olduğu ve okulda Fransız müfredatının takip edildiği bilgisi yer almaktadır: “*Carte d’identité*”, <https://lyceefrancaispierreloti.com/histoire/>, erişim: 15.11.2025. Benzer bilgiler *Lycée Français Charles de Gaulle Ankara*’nın

Türkiye’de MEB’e bağlı okullara gitmeleri kanunen zorunlu olmasına rağmen⁵⁸, Türk vatandaşı öğrencilerin bazı büyükelçilik okullarına devam ettikleri ve mezun oldukları bilinmektedir. Bu durum, bir sorun olarak çeşitli mecralarda zaman zaman dile getirilmekle birlikte, kalıcı bir şekilde çözüme kavuşturulmamıştır. Örneğin mülga 1965 sayılı Kanunun teklifinin müzakerelerinde dahi parlamenterler ve senatörlerin bu konuyu sordukları tutanaklarda görülmektedir.

Son yıllarda, MEB ile Ankara ve İstanbul’da faaliyet yürüten iki Fransız büyükelçilik okulu arasında sorunlar çıkmıştır. MEB’in internet sitesinde kamuoyuyla paylaşılan 10.08.2024 tarihli basın açıklamasında, söz konusu okulların yasal statüsü olmaksızın faaliyet gösterdiği ve Türk öğrenci kabul ettiği belirtilmiş; ilgililerle yapılan görüşmeler neticesinde bu okulların hukukî dayanağa kavuşması için Fransa’da yaşayan Türk vatandaşı öğrencilerin “Türkçe” öğrenimini de içeren kapsamlı bir eğitim iş birliği anlaşması çalışmalarına başlanması; uluslararası anlaşma karara bağlanana kadar adı geçen okullara yeni Türk öğrenci kaydı yapılmaması (01.01.2024’den itibaren) ve ara sınıflara da yeni nakil öğrenci alınmaması; okullardaki Türk vatandaşı öğrencilerin listesi ile Fransız Yurt Dışı Eğitim Ajansı tarafından marka verilen okulların bilgilerinin MEB’e teslimi edilmesi; ayrıca bu okulların hukukî bir statüye kavuşturuluncaya kadar ilgili sınıf düzeylerinde "Türk dili, Türk kültürü, Türk edebiyatı, Türk tarihi ve coğrafya" derslerin MEB tarafından görevlendirilecek Türk vatandaşı öğretmenlerce okutulması; okullarda açılacak ofislerde görevlendirilecek Bakanlık yetkilileri ve diğer ilgili devlet birimlerince bu okulların eğitim öğretim süreçlerinin takip edilerek denetlenmesi hususlarında uzlaşıldığı bildirilmiştir⁵⁹.

Medyadan öğrenildiği kadarıyla, Türk vatandaşı öğrencilerin kaydının alınmaması hususunda Alman büyükelçilik okulları nezdinde de girişimde bulunulduğu anlaşılmaktadır⁶⁰. Alman Büyükelçilik Okulu-*Ernst Rueter*

internet sitesinde de bulunmaktadır. Bkz. “*Lycée Français Charles de Gaulle Ankara*”, <https://lcdgankara.com/en/accueil-en/>, erişim: 15.11.2025.

⁵⁸ 05.01.1961 tarihli ve 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu (RG, 12.01.1961, S. 10705) m. 4: “*Türk vatandaşı kız ve erkek çocuklar ilköğrenimlerini resmi veya özel Türk ilköğretim okullarında yapmakla mükelleftir.*” Aynı Kanunda çocukların kaydının takibi ve çocukları okula kayıt ettirmeyen yükümlüler hakkında yaptırımlar öngörülmüştür.

⁵⁹ MEB, Basın Bildirisi, <https://www.meb.gov.tr/basin-aciklamasi/haber/34467/tr>, erişim: 15.11.2025.

⁶⁰ “*Okul krizi Almanlara sıçradı*”, Diken, 25.07.2024, <https://www.diken.com.tr/okul-krizi-almanlara-sicradi/>, erişim: 15.11.2025.

Ankara ile şubelerine ait internet sitelerinde, hukukî nedenlerden dolayı, çift vatandaşlığı bulunanlar da dâhil Türk vatandaşlarının kayıt taleplerinin kabul edilmediği uyarısına yer verilmiştir⁶¹. Fransız büyükelçilik okullarının durumunun ise, öğrenci velilerine bildirildiği ifade edilmektedir.

MEB Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü 2024 Birim Faaliyet Raporunda, Fransa ile Eğitim İşbirliği Anlaşması müzakerelerinin ivme kazandığı, yapılan toplantılar sonucunda, MEB'in ilgili birimlerinin görüşleri alınarak bir taslak metnin hazırlandığı; Almanya ile de Eğitim İşbirliği Anlaşması müzakerelerinin yapıldığı ve taslak metnin hazırlandığı ve üzerinde çalışmaların devam ettiği bilgileri bulunmaktadır⁶². Söz konusu taslak metinler kamuoyuyla paylaşılmamıştır.

Mevzuatta büyükelçilik okullarıyla ilgili bazı konularda hükümler kabul edilmiştir. Büyükelçilik okullarında görevlendirilecek yabancılara ilişkin Uluslararası İşgücü Kanunu⁶³ (UİK) m. 14'e göre, yabancı devletlerin Türkiye'deki diplomatik veya konsüler temsilciliklerinin bağlı birimi olarak faaliyet gösteren okullarda, kültür kurumlarında ve din kurumlarında görevli yabancılar, çalışma izni muafiyetiyle çalışabilirler ve bunların çalışma izni muafiyet başvuruları Dışişleri Bakanlığına yapılır. UİK Uygulama Yönetmeliği⁶⁴ m. 48(1)'de bu nitelikteki kurumlarda görevli yabancılar görevleri süresince çalışma izninden muaf tutulacak yabancılar arasında sayılmıştır. Büyükelçilik okullarının tartışıldığı dönemde yürürlüğe konulan MEB Denklik Yönetmeliğinde⁶⁵, öğrenim belgeleri ile diplomalarına denklik verilecek kurumlar arasında büyükelçiliklerce açılmış okullar çıkarılmıştır. Bununla birlikte, öncesinde yürürlükte olan denklik yönetmeliklerinde bu kurumların, öğrenim belgeleri ve diplomalarına denklik verilecekler arasında sayıldığı görülmektedir⁶⁶. Dışişleri Bakanlığının, Fransız Büyükelçiliği tarafından Ankara'da okul için arsa alınması sırasında katma değer vergisi ve

⁶¹ Örneğin bkz. “Anmeldung”, <https://ers-ankara.eu/downloads/anmeldung/>, erişim: 15.11.2025.

⁶² MEB, Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, “2024 Birim Faaliyet Raporu”, Ankara 2025, s. 22, https://abdigm.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2025_04/24112727_2024_yilibirimfaaliyetraporu.pdf, erişim: 15.11.2025.

⁶³ RG, 13.08.2016, S. 29800.

⁶⁴ RG, 02.02.2022, S. 31738.

⁶⁵ RG, 09.07.2024, S. 32597.

⁶⁶ Örneğin bkz. 2019 yılında yürürlüğe giren MEB Denklik Yönetmeliği (RG, 30.05.2019, S. 30789) ile 2023 yılında yürürlüğe konulan MEB Denklik Yönetmeliği (RG, 05.04.2023, S. 32154).

diğer vergilerden muafiyetin olup olmadığını sorması üzerine, Maliye Bakanlığı 31.10.1997 tarihli özalgede, ilgili mevzuat uyarınca, yabancı elçiliklerin Türkiye’de okul için gayrimenkul mal iktisabında, bunların okul vasfı nedeniyle tapu harcından istisna tutulması gerektiği ve karşılıklı işlem esasının gerçekleşmesi kaydıyla katma değer vergisinden istisna tutulmasının uygun görüldüğü bildirilmiştir⁶⁷. Söz konusu bilgiler kapsamında, mevzuatta büyükelçilik okullarının bulunması ihtimaline göre, düzenledikleri konuyla ilgili maddeler ihdas edilmiş; idarî kararlar da bu yönde olmuştur. Dolayısıyla Türk hukukunda bu okullarının varlığı bir olgu olarak kabul edilmiş, çeşitli vechelerine yönelik ihtiyaç duyulan düzenlemeler yapılmış ve buna uygun işlemler tesis edilmiştir.

Yıllardan beri tartışılan ve zaman zaman gündeme gelen konu, bu okullara Türk vatandaşı çocukların kaydının alınması meselesidir. Örneğin Fransız okullarındaki öğrenci sayısının %90’ının Türk vatandaşı olduğu resmi konuşmalarda dile getirilmektedir. Türk vatandaşı öğrenciler arasında, büyükelçilik devletin veya üçüncü bir devletin vatandaşlığını taşıyan çifte veya çok tâbiyet sahibi olanlar da bulunmaktadır. Yapılan açıklamalarda Türk vatandaşlarının Türkiye’de MEB’e bağlı okullara gitmeleri gerektiğine ilişkin mevzuat hükümlerine aykırı davranıldığı, mezuniyet sonrasında denklik meselesi nedeniyle vatandaşla resmî makamların karşı karşıya geldiği, buradan mezun öğrencilerin avantajlı olarak YÖS’e (Yurt Dışından Öğrenci Kabul Sınavı) girebildikleri ve bunun adaletsizliğe neden olduğu belirtilmiştir⁶⁸. Dolayısıyla sorun, amaç olarak kendi çalışanlarının ve vatandaşlarının çocuklarına yönelik olarak açılmış olan bu okullara Türk vatandaşlarının kaydına müsaade edilmesidir. Büyükelçilik devletleri bu okulların müfredat ve faaliyetleri itibarıyla kendi kontrolünde kalması, Türkiye tarafı ise bu okulların Türk vatandaşı öğrenci kaydını almaması veya bunun karşılıklılık esasını içeren bir uluslararası anlaşmayla hukukî dayanağa kavuşmasını talep etmektedir.

Belirtildiği üzere bu okullar, büyükelçilik bünyesinde ve ilgili devletin çalışanlarının ve vatandaşlarının çocuklarının eğitimi için açılan okullardır. Kuruluş amacı kapsamında yürütölen faaliyet, ev sahibi devlet açısından bir

⁶⁷ Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü, 31.10.1997 tarihli ve B.07.0.GEL.0.53/5315-304-45933 sayılı özalgde, <https://www.lexpera.com.tr/>, erişim: 10.11.2025.

⁶⁸ Anadolu Ajansı, “*Bakan Tekin: (Fransız okulları) Benim literatürümde resmi olmadığı için bu çocuklar okullaşmamış gözüküyorlar*”, 13.07.2024, <https://www.aa.com.tr/tr/egitim/bakan-tekini-fransiz-okullari-benim-literaturumde-resmi-olmadigi-icin-bu-cocuklar-okullasmamis-gozukuyorlar/3274417>, erişim: 15.11.2025.

sakınca doğurmaz. Ancak ev sahibi devletin vatandaşlarının da kaydının alınması, artık ev sahibi devletin yetki alanına girmektedir. Bu aşamada bir uluslararası anlaşmanın bulunmaması ihtimalinde, ev sahibi devletin hukukuna riayet edilmesi icap etmektedir. Çocuğun büyükelçilik devleti ile ev sahibi devletin vatandaşı olması, yani çift vatandaşlık durumunda da sonuç değişmeyecektir.

SONUÇ

Özel kişi ve kuruluşlar tarafından öğretim kurumlarının açılması, belirlenen temel millî eğitim politikalarına uygun olmak kaydıyla Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşundan beri teşvik edilmiştir. Günümüz itibarıyla Türk eğitim sistemi içinde örgün eğitim, okul öncesi eğitimi, ilköğretim (ilkokul ve ortaokul), ortaöğretim (lise ve dengi okullar) ve yükseköğretim (önlisans, lisans ve lisansüstü) şeklinde kademelendirilmiştir. Bu sıralamada genel olarak yükseköğretim seviyesinin altı MEB mevzuatına, yükseköğretim seviyesi ise YÖK mevzuatına tâbidir. Anayasa m. 130/II “*Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir.*”, m. 42/VI ise “*Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir*” hükmünü taşımaktadır. Dolayısıyla yabancıların özel okul açma hakkı konusunda kanunî düzenlemelere bakılması gerekmektedir.

Çalışma konusu kapsamında, yükseköğretim kademesi öncesine dair, okullar da dâhil özel öğretim kurumlarının kuruluş şartları, faaliyeti ve denetimi gibi konular ÖÖKK ve ÖÖKY ile düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre özel öğretim kurumu olarak askerî veya emniyet teşkilâtına bağlı okulların ya da din eğitimi-öğretimi yapan kurumların aynı veya benzerinin açılması yasaklanmıştır. Kurucuları, özel öğretim kurumunu doğal olarak gelir elde etmek için açarlar. Ancak, faaliyetlerin sadece kazanç sağlamak amacıyla düzenlenmesi yasaklanmıştır.

ÖÖKK hükümlerine göre, yabancıların, Türk vatandaşlarının da devam edebileceği yeniden bir okul açma hakkı bulunmamaktadır. Hatta Türk vatandaşlarının devam edebileceği bir özel okulun kurucuları arasında dahi yabancıların bulunması yasaklanmıştır. Yasak, hem okulun açılışı hem de devralınması ihtimalinde geçerlidir. Yasağa aykırı davranılması durumunda, idarî para cezası yanında, kurumun kapatılmasına kadar giden yaptırımlar öngörülmüştür. Dolayısıyla Türk vatandaşlarının devam edebileceği bir özel

okul açma hakkının Türk tâbiyetini taşıyan gerçek ve tüzel kişilere hasredildiğini söyleyebiliriz.

Bununla birlikte Türk hukukunda özel okul açma hakkı yabancılara tamamen yasaklanmıştır da denilemez. ÖÖKK'ya göre sadece yabancı öğrencilerin devam edebileceği -yani Türk vatandaşı öğrencilere kapalı-milletlerarası özel öğretim kurumları açılabilir. Yabancıların kendileri tarafından veya Türk tâbiyetindeki kişilerle ortaklık yoluyla DYYK çerçevesinde Cumhurbaşkanının izniyle milletlerarası özel öğretim kurumu açabilmeleri mümkündür. Sadece Türk tâbiyetindeki kişilerce açılacak milletlerarası özel öğretim kurumları için Cumhurbaşkanı izni aranmamaktadır. Milletlerarası özel öğretim kurumlarının faaliyetlerine ilişkin sınırlamalar ve bazı konularda kolaylıklar getiren hükümler söz konusudur. Örneğin bu kurumlar, şartlarını yerine getirmek kaydıyla yabancı bir devletin müfredatını takip edebilirler. Son on yıllık süreçte bu nitelikteki okulların sayısında, Türkiye'de yabancıların -özellikle sığınmacıların-sayısının çoğalması nedeniyle, çok ciddi artış yaşanmıştır.

Yabancılarla ilgili özel okullar konusundaki ikinci istisnâî durum, “yabancı okullar” olarak adlandırılan, Osmanlı Devleti döneminde kurulmuş, kazanılmış hakları korunan ve faaliyetlerine ÖÖKK ve ilgili mevzuat çerçevesinde devam eden okullardır. Türk vatandaşı öğrencilerin yabancı okullara devam etmesi konusunda herhangi bir yasaklama söz konusu değildir.

Son olarak Türkiye'de dış temsilcilikler bünyesinde, uluslararası sözleşmelere dayalı olarak, gönderen devletlerin vatandaşlarının eğitimi için kurulan okullar da bulunmaktadır. “Büyükelçilik okulları” veya “konsolosluk okulları” olarak bilinen bu okullar Türk millî eğitim sisteminin dışındadırlar. Dolayısıyla MEB mevzuatına tâbi değildirler. Ancak, Türkiye'de faaliyet gösteren bu nitelikteki okulların uzun zamandan beri Türk vatandaşı öğrencileri kaydetmeleri nedeniyle, MEB ile aralarında sorunlar çıkmıştır. Sadece yabancı öğrencilere yönelik faaliyet yürütmeleri bir sorun olmamakla birlikte, Türk vatandaşı öğrencilerin bu okullarda eğitim görebileceklerine ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir. MEB'in sorunun çözümüne ilişkin görüşü, karşılıklılık esasına göre bir eğitim işbirliği anlaşması yapılmasıdır. Kamuoyuyla bu yönde çalışmaların yapıldığı bilgisi paylaşılmıştır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- ALGAN, Bülent / ALGAN, Müberra: “Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü Bağlamında Eğitim Hizmetlerinin Ruhsat Usulü ile Özel Kişilere Gördürülmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 17, S. 3, s. 147-194.
- ALTUN ASLAN, Evşen: “Türkiye’de Özel Okullaşma”, Bitlis Eren Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2019, C. 8, S. 1, s. 263-276.
- ARAT, Tuğrul: Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti, Ankara: AÜHF 1970.
- ÇELİKEL, Aysel / (ÖZTEKİN) GELGEL, Günseli: Yabancılar Hukuku, B. 28, İstanbul: Beta 2024.
- ÇİÇEKLİ, Bülent: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, B. 6, Ankara: Seçkin 2016.
- DEMİR, Cenk: Amerikan Board'un İzmir'deki Faaliyetleri ve İzmir Uluslararası Kolej, Doktora Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2014.
- DİLAVEROĞLU, Ergün: Özel Öğretim Kurumlarının Ruhsatlandırılması ve Denetlenmesi, İstanbul: Oniki Levha 2022.
- DOĞAN, Vahit / YILMAZ, Alper Ç. / İZMİRLİ, Lale A.: Türk Yabancılar Hukuku, B. 9, Ankara: Savaş 2025.
- GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL, Gülce: “Yabancıların Türkiye’de Eğitim Hizmetinde Çalışması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C. 9, S. 1, s. 68-109.
- GÜZEL, Saadetin: “Türk Eğitim Sisteminde Milletlerarası Özel Okullar: Mevcut Durum, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Alanyazın Eğitim Bilimleri Eleştirel İnceleme Dergisi, 2022, C. 3, S. 2, s. 271-295.
- MOROĞLU, Erdoğan: “Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2002, Y. 22, S. 2, s. 413-420.
- MOWBRAY, Jacqueline: “Is There a Human Right to Public Education? An Analysis of States’ Obligations in Light of the Increasing Involvement of Private Actors in Education”, Harvard Human Rights Journal, 2020, C. 33, s. 121-171.
- ORTAK, Şaban: “Türk Hükümeti’nin Yabancı Okulları Kontrol Altına Alma Çabaları ve Tevhid-i Tedrisat Kanunu”, Near East Historical Review, 2024, C. 14, S. 2, s. 151-183.
- ÖKÇÜN, A. Gündüz: “Yabancıların Türkiyede Okutma Hürriyeti”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1959, C. 14, S. 2, s. 140-166.
- ÖZBEK, Nimet: Türkiye’deki Yabancıların Öğrenim ve Öğretim Özgürlüğü, Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı 2000.
- TEKİN, Özlem: “Alman Dış Kültür ve Eğitim Politikası’nın Türkiye’ye Yansımaları”, Humanitas-Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, 2023, C. 11, INCSOS VIII Özel Sayısı, s. 342-369.
- TEKİNALP, Gülören: “Türk Hukuku’nda Ortaklıkların Vatandaşlığı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin 50. Yıl Armağanı, İstanbul 1973, s. 552-579.
- TİMUR, Hıfzı. “Türkiye’de Bulunan Yabancıların Okuma ve Okutma Hürriyetleri Bakımından Durumu”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1945, C. 11, S. 1-2, s. 271-287.
- UNESCO Right to Education Handbook, Fransa: UNESCO 2019.
- UYGUN, Selçuk: “Türkiye’de Düinden Bugüne Özel Okullara Bir Bakış (Gelişim ve Etkileri)”, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, 2003, C. 36, S. 1, s. 107-120.

Görüş, Gerekçe ve İnternet Kaynakları

“Anmeldung”, <https://ers-ankara.eu/downloads/anmeldung/>, erişim: 15.11.2025.

“Carte d'identité”, <https://lyceefrancaispierreloti.com/histoire/>, erişim: 15.11.2025.

“Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: #General Comment no. 13 (21st session, 1999): the right to education (article 13 of the Covenant)”, United Nation Digital Library, <https://digitallibrary.un.org/record/407275?v=pdf>, erişim: 15.11.2025.

“Lycée Français Charles de Gaulle Ankara”, <https://lcdgankara.com/en/accueil-en/>, erişim: 15.11.2025.

“Nişantaşı Anadolu Lisesi”, <https://ogm.meb.gov.tr/yuz-tarihi-lise/index.html>, erişim: 12.11.2025.

“Özel Öğretim Kurumları”, <https://ookgm.meb.gov.tr/kurumlar.php>, erişim: 15.11.2025.

1982 Anayasasının Gerekçesi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bd-e679-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=2709#step-2>, erişim: 15.11.2025.

2843 sayılı Kanunun Gerekçesi, “DM 302 no’lu Komisyon Raporu”, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c009/mgk_01009150ss0603.pdf, erişim: 15.11.2025.

3236 sayılı Kanunun Gerekçesi, “TBMM 349 sayılı Komisyon Raporu”, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d17/c019/tbmm17019020ss0349.pdf>, erişim: 30.08.2025.

625 sayılı Kanunun Gerekçesi, “MM 495’e Ek 1 no’lu Komisyon Raporu”, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c030/mm_01030103ss0495ek01.pdf, erişim: 15.11.2025.

6764 sayılı Kanunun Gerekçesi, “405 sayılı Komisyon Raporu”, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d26/c026/tbmm26026024ss0405.pdf>, erişim: 30.08.2025.

Anadolu Ajansı, “Bakan Tekin: (Fransız okulları) Benim literatürümde resmi olmadığı için bu çocuklar okullaşmamış gözüküyorlar”, 13.07.2024, <https://www.aa.com.tr/tr/egitim/bakan-tekin-fransiz-okullari-benim-literaturumde-resmi-olmadigi-icin-bu-cocuklar-okullasmamis-gozukuyorlar/3274417>, erişim: 15.11.2025.

Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü, 31.10.1997 tarihli ve B.07.0.GEL.0.53/5315-304-45933 sayılı özelge, <https://www.lexpera.com.tr/>, erişim: 10.11.2025.

MEB, Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, “2024 Birim Faaliyet Raporu”, Ankara 2025, https://abdigm.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2025_04/24112727_2024yilibirimfaaliyetraporu.pdf, erişim: 15.11.2025.

MEB, Basın Bildirisi, <https://www.meb.gov.tr/basin-aciklamasi/haber/34467/tr>, erişim: 15.11.2025.

TBMM Tutanak Dergisi, 17. Dönem, 20. Cilt, 24. Birleşim, 03.11.1985.

Yargı Kararları

Anayasa Mahkemesi, Mty Delta Denizcilik İç ve Dış Ticaret A.Ş. [1. B.], B. No: 2020/31683, 15.01.2025 (www.anayasa.gov.tr, erişim: 15.11.2025).

Anayasa Mahkemesi, 03.06.2010, E. 2007/38, K. 2010/76, (www.anayasa.gov.tr, erişim: 15.11.2025).

Danıştay 8. Daire, 30.03.2023, E. 2020/1884, K. 2023/1574 (www.lexpera.com.tr, erişim: 15.11.2025).

Danıştay 8. Daire, 19.10.2021, E.2018/395, K. 2021/4626 (www.adalet.gen.tr, erişim: 15.11.2025).

ANAYASA MAHKEMELERİ SOSYAL HAKLARIN VE SOSYAL ADALETİN KORUYUCUSU OLABİLİR Mİ?

*Can Constitutional Courts Serve as a Guardian of Social Rights and
Social Justice?*

Prof. Dr. Selin ESEN*

ÖZ

Bu çalışma, anayasa mahkemelerinin sosyal hakların korunmasındaki rolünü karşılaştırmalı anayasa yargısı perspektifinden ele almaktadır. Sosyal hakların anayasal statüsü ve talep edilebilirliği konusundaki tartışmalar, farklı yargısal yaklaşımlar üzerinden incelenmektedir. Almanya, Portekiz, Kolombiya, Güney Afrika, Hindistan ve Türkiye gibi çeşitli ülkelerden örnekler vererek mahkemelerin sosyal hakları nasıl koruduğu ya da sınırladığı ele alınmaktadır. Bu çalışma, Türk Anayasa Mahkemesinin sosyal hakları çoğunlukla yasama organının takdir alanı içinde değerlendirdiğini; tüm toplumu ilgilendiren kamusal hizmetlerde Anayasa Mahkemesinin sosyal hak odaklı ve tutarlı bir tutum benimsemediğini bugüne kadar sosyal hakları daha geniş ölçüde güvenceye alan özgün bir yaklaşım da geliştirmediğini ortaya koymaktadır. Sonuç olarak makale, anayasa mahkemelerinin sosyal hakların etkin güvencesi olabilecek normatif araçlara sahip olduğunu, ancak bu potansiyelin her zaman tam olarak kullanılmadığını savunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sosyal haklar, sosyal devlet, anayasa mahkemesi, hakkın özü, ölçülülük, geriye götürme yasağı.

ABSTRACT

This paper discusses the role of constitutional courts in safeguarding social rights from a comparative constitutional adjudication perspective. It engages with ongoing debates regarding the constitutional status and justiciability of social rights by analyzing different judicial approaches. By referencing to examples from several

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: selin.esen71@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6453-0631.

countries -Germany, Portugal, Colombia, South Africa, India, and Türkiye- the paper explores how courts protect or restrict social rights. It also illustrates that the Turkish Constitutional Court generally regards social rights as falling within the discretion of the legislature. It reveals that the Court has not adopted a consistent, social rights-based approach to public services that affect the entire population, nor has it developed a distinctive framework for the broad protection of social rights. Finally, the paper argues that constitutional courts possess normative tools that could enable them to safeguard social rights effectively. However, this potential is not always fully realized.

Keywords: *Social rights, social state, constitutional court; essence the right, proportionality, non-retrogression.*

GİRİŞ

Kişilerin başarabilecekleri şeyler sahip oldukları özgürlüklerden, ekonomik fırsatlardan, sosyal güçlerden, sağlıklı bir yaşam sürdürebilmeleri için gerekli olan koşullardan ve olanaklardan etkilenir.¹ Kişinin asgari bir maddi refaha sahip olması hak ve özgürlükler ile eşitlik ilkesinden yararlanmanın ön şartıdır. Bu nedenle, asgari bir yaşam standardını güvence altına alma amacını güden ekonomik ve sosyal haklar, insan hakları düşüncesinde merkezi bir rol oynar. Bu haklar kişinin yeteneklerini geliştirmesine olanak tanır.² Sosyal haklar derin toplumsal ve ekonomik eşitsizlikleri yumuşatıcı, böylece kişileri özgürleştirici de bir araçtır. Bu hakların sosyal devlet ilkesiyle birlikte anayasal haklar haline gelmesi kendilerinden beklenen işlevi daha etkili biçimde yerine getirmesini kolaylaştırır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları “işyeri, sosyal güvenlik, aile yaşamı, kültürel haklara katılım ve konut, gıda, su, sağlık hizmetleri ve eğitime erişim” ile ilgili olan haklar olarak özetlemiştir.³ II. Dünya Savaşından sonra yazılan ya da değiştirilen anayasaların pek çoğu sosyal devlet ilkesi ile bu ilkeyi somutlaştıran sosyal haklar kataloğuna yer vermiştir. Dünya ölçeğinde yürürlükteki anayasaların %90’ında en az bir ekonomik ve sosyal hak tanınmaktadır. Bunların en az %70’i talep edilebilir nitelik taşır. Eğitim, sendika, sağlık, sosyal güvenlik, çocuk ve çevre hakları anayasalarda en yaygın olarak tanınan haklar arasındadır.⁴ *World Policy Center*’ın verilerine göre örneğin, anayasaların %83’ü eğitim hakkını, %74’ü sağlık hakkını, %65’i sosyal güvenlik hakkını ve %59’u ekonomik ve sosyal statüye dayalı ayrımcılık yasağını güvenceye almakta⁵; buna karşılık, kalkınma, toprak, gıda ve suya erişim anayasalarda en az tanınan haklar arasında yer almaktadır.⁶

¹ Amartya Sen. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press. 1999, s. 5.

² Asbjorn Eide. “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights.” *Economic, Social and Cultural Rights* (ed. Asbjorn Eide, Catarina Krause ve Allan Rosas) Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 2001, s.18.

³ OHCHR [Office of High Commissioner for Human Rights]. *Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights*. Fact Sheet No. 33. Geneva: United Nations. 2008. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet33en.pdf>, erişim: 15.12.2025.

⁴ Courtney Yung, Ran Hirschl, Evan Rosevar. “Economic and Social Rights in National Constitutions”, *The American Journal of Comparative Law* 62. 2014. s.1053-1054.

⁵ Resources - Fact sheets and policy briefs - WORLD Policy Analysis Center.

⁶ Yung, Hirschl, Rosevar. *Ibid*.

Hak ve özgürlükler bir bütündür. Ekonomik ve sosyal haklarla klasik (medeni ve siyasal) hak ve özgürlükler arasında karşılıklı bir ilişki bulunur. Ekonomik ve sosyal hakların tanınmadığı bir anayasal düzende kişi haklarının da toplumun geniş kesimleri tarafından etkili biçimde kullanılması olanaksızdır. Medeni ve siyasal haklarını etkili biçimde kullanabilmek için herkesin yalnızca güvenliğe değil, aynı zamanda temel ihtiyaçlarını karşılamak için gerekli olan geçim kaynağı, barınma, temiz su ve temel sağlık hizmetlerine erişim gibi olanaklara sahip olması gerekir. Aynı biçimde, ifade, toplantı, örgütlenme ve siyasal karar alma süreçlerine katılım ile yargıya erişim gibi medeni ve siyasal hakların güvenceye alınmadığı bir hukuk düzeninde sosyal hakların tam anlamıyla kullanılabilmesi mümkün olmaz.⁷ Örneğin, sosyal adaletin gerçekleşmesinin kaçınılmaz gereği, çalışma yaşamında emek-sermaye çelişkinin yarattığı adaletsizliğin törpülenmesini kolaylaştıracak araçlar sağlamaktır. Bu da en önce sendikal hakların güvenceye alınmasıyla mümkündür. Bu hakların etkili biçimde kullanılması ise ifade, toplantı ve gösteri gibi özgürlüklerin tam olarak tanınmasını gerektirir. Aynı biçimde, ekonomik ve sosyal hakların güvenceye alınmaması siyasal eşitliği ve demokratik kurumların sürdürülebilirliğini olumsuz etkiler.⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) gibi insan haklarının korunması işlevini gören ulusalüstü yargısal organlar da bu yaklaşımı benimsemekte. AİHM'ye göre, "Sözleşme özünde medeni ve siyasi hakları öngörmüş ise de bunların çoğunun sosyal veya ekonomik nitelikte sonuçları vardır. Sosyal ve ekonomik haklar alanını Sözleşme'nin kapsadığı alandan ayıran su geçirmez bir bölünme yoktur."⁹ Aşağıda öncelikle, sosyal hakların niteliği ve farklı anayasalarda değişik düzenlenme tercihleri ele alınacak; ardından anayasa mahkemelerinin sosyal haklara yaklaşımı, bu alanda geliştirdikleri içtihatlar tartışılacaktır. Nihayet, anayasa mahkemelerinin sosyal hakların güçlendirilmesinde ya da geriletilmemesinde nasıl bir rolü olduğu üzerinde durulacaktır.

⁷ Thomas Humphrey Marshall. *Citizenship and Social Class, and Other Essays*. Cambridge: Cambridge University Press. 1950; Henry Shue. *Basic Rights*. Princeton: Princeton University Press.1980.

⁸ David Beetham. *Democracy and Human Rights*. Cambridge: Polity Press. 1999, s.49.

⁹ Akt. Nihat Bulut. "Sosyal Hakların Anayasa Mahkemesi Tarafından Bireysel Başvuru yoluyla Korunabilme İmkânı: İnsan Haklarının Bütünlüğü İlkesi Çerçevesinden Bir İnceleme". *Anayasa Yargısı* 41(2). 2024, s.13.

I. SOSYAL HAKLARIN NİTELİĞİ VE NORMATİF GÜÇLERİNE GÖRE ANAYASALARDA DÜZENLENMESİ

Bir hakkın talep edilebilir ya da dava edilebilir olması, onun korunmasının yargı denetimine bağlı tutulmasıdır. Dava edilebilir haklar kişilerin yargı yoluna başvurarak bunların tanınmasını ya da korunmasını talep edebildiği haklardır. Gerçekleştirilmesi devletin olumlu edimini mutlak olarak gerektirmeyen klasik hak ve özgürlükler bu niteliktedir. Sosyal hakların çoğunluğunun gerçekleştirilmesi devletin olumlu bir edimde bulunmasını gerektirir. Bunlar çoğunlukla ancak devletin bu alanda kamu harcaması yapması ve politika üretmesi durumunda kullanılabilir. Bu bağlamda, sosyal hakların niteliği konusunda iki farklı görüş vardır. Birinci görüş, sosyal hakların yasama organına politika oluştururken ulaşılması gereken hedefleri gösteren, direktif veren ya da yol gösterici (program) hükümlerden ibaret olduğunu ve anayasada yer almasının yasal bir düzenleme olmadıkça kişilere yargı yoluyla talep edilebilecek subjektif kamu hakları tanımadığını ileri sürer.¹⁰ Günümüzde, anayasalar sosyal hakları farklı yoğunlukta ve ayrıntıda düzenlemektedir. Konut, gıda, sağlık, eğitim gibi sosyal haklar çok sayıda anayasada devlete ödevler yüklemek biçiminde yer almaktadır. Kişilerin bunlardan yararlanabilmesi kural olarak devletin olumlu bir edimde bulunması ile mümkündür. İşte bu nedenle, sosyal hakların program hüküm niteliği taşıdığı ve dava edilemeyeceği yönündeki görüş 1940'lı yıllardan beri ileri sürülmektedir.

İkinci görüşe göre ise, belli koşulların bulunması durumunda anayasada “hak” olarak formüle edilmiş sosyal hakları yasama organının tanıyıp tanımamak konusunda takdir yetkisi yoktur. Bu haklar, doğrudan ve kendiliğinden uygulanabilir.¹¹ Ayrıca, anayasanın devlete ödev ya da yükümlülük olarak düzenlediği sosyal haklar da yargısal yorum yoluyla talep edilebilir bir nitelik kazanabilir. Anayasadaki bir program hükmün nasıl ifade edildiği, o hükmün bir “hak” niteliği taşıyıp taşımadığı konusunda yol gösterici olabilir. Anayasa devlete nasıl yerine getirileceğini belirtmeyen genel, belirsiz ve soyut bir ödev yüklemiş ise bu düzenleme yasama organı bakımından program hüküm olarak nitelenebilir. Ancak böyle bir düzenleme,

¹⁰ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 25. Baskı. Yetkin Yayınları: Ankara. 2018, s.182-183; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*. 17. Baskı, Bursa: Ekin. 2025, s.414.

¹¹ Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*. On İki Levha Yayıncılık: İstanbul. 2022, s.202-203; Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*. 11. Baskı. İmaj: Ankara. 2005, s.157.

yükümlülüğün yerine getirilip getirilmemesi konusunda devlete bir takdir yetkisi tanımıyorsa yargı organı tarafından denetlenebilir.¹²

Anayasada güvence altına alınmış sosyal ve ekonomik haklar üç farklı kategoriye ayrılabilir. Anayasaların yaklaşık üçte biri bu hakları yalnızca program hükümler olarak; üçte biri, talep edilebilir nitelikte; üçte biri ise bazılarını talep edilebilir, bazılarını ise devlete yüklenen ödevler ya da program hükümler olarak düzenlemiştir.¹³ Örneğin, 1950 Hindistan Anayasası bu hakların tümüne 'devlet politikası için yönlendirici ilkeler' ya da program hükümler biçiminde yer vermiştir. 1949 Federal Alman Anayasası ise 20/1. maddesinde “sosyal devlet”i devletin temel ilkeleri arasında saymış, ancak sosyal haklara yer vermemiştir. Sosyal devlet ilkesi, ekonomik ve toplumsal eşitsizlikleri törpülemeyi amaçlayan devlet faaliyetlerine sosyal hukuk devleti anlayışı içinde normatif bir meşruluk kazandırır. Ancak, bu meşruluk hak sahiplerine mahkemeler önünde ileri sürebilecekleri dava hakkı tanınmasını zorunlu kılmaz.¹⁴ Bazı anayasalar ise sosyal hakların bir bölümünü talep edilebilir nitelikte düzenlemiş, ancak program hükümlere daha geniş bir yer vermiştir. Örneğin, 1978 İspanya Anayasası sağlık, çevre ve konut (md. 43,45 ve 47) dışındaki sosyal hakları program hükümler biçiminde düzenlemiştir.

Bazı anayasalar sosyal hakların bir bölümünü medeni ve siyasal haklarla aynı hukuki statüde ele almıştır. Örneğin 1947 İtalyan Anayasasının 32. maddesi sağlığa erişim hakkının bir “temel hak” olduğunu açıkça belirtmektedir. 1991 Kolombiya Anayasası da 44. maddesinde çocuğun “temel hakları”nı saymaktadır. Aynı Anayasa sosyal güvenliği de “vazgeçilmez bir hak” olarak tanımaktadır (md.48). 1947 İtalyan Anayasası ayrıca adil ücret ve ücretli haftalık dinlenme ve yıllık tatil (md. 34) ile eğitimi (md.34); 1997 Güney Afrika Anayasası diğerlerinin yanı sıra konut (md.26), sağlık, sosyal güvenlik, yeterli gıda ve suya erişim (md.27), temel eğitim (md.29) ve çevreyi (md.24); 1831 Belçika Anayasası çalışma, sosyal güvenlik, insana yaraşır konut, sağlıklı çevrenin korunması, kültürel ve toplumsal gelişim, aile yardımı ve eğitimi hak olarak düzenlemiştir (md. 23 ve 24). 1976 Portekiz Anayasası ise çalışma, tüketici, sosyal güvenlik, sağlık, barınma, sağlıklı ve ekolojik olarak dengeli çevre, aile, çocuk, engelli, yaşlı, eğitim ve kültür, beden eğitimi ve spor (md.58, 60, 63, 64, 65, 66, 67, 73, 74,

¹² Çiğdem Serra Uzunpınar. *Anayasa Hukuku Açısından Kültürel Mirasın Korunması*. Yetkin: Ankara. 2024, s.181-182.

¹³ Yung, Hirschl, Rosevar, 2014, s. 1043.

¹⁴ David Bilchitz. *Poverty and Fundamental Rights*. Oxford University Press. 2007, s. 41-58.

78, 79) gibi sosyal hakların büyük bölümünü talep edilebilir nitelikte düzenlemiştir. Sonuçta, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yazılan anayasalar ve yapılan anayasa değişiklikleri giderek daha geniş ölçüde talep edilebilir ekonomik ve sosyal haklar içermektedir.

1961 ve 1982 Anayasaları, 1949 Federal Alman Anayasasını örnek alarak sosyal hukuk devletini devletin temel nitelikleri arasında saymış ve aynı zamanda da geniş bir ekonomik ve sosyal haklar listesine yer vermiştir. 1961 Anayasası gibi 1982 Anayasasının da hem hak hem de program hükümler içeren karma bir yaklaşım benimsediği söylenebilir. Ne var ki, sendika, grev ve toplu sözleşme gibi negatif statü hakkı niteliğinde olmayan sosyal haklar içinde açık biçimde hak olarak düzenlenenler sınırlıdır.¹⁵

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN SOSYAL HAKLARIN YAŞAMA GEÇİRİLMESİNDE ROLÜ

Anayasa mahkemeleri sosyal hakların gerçekleştirilmesinde olumlu ya da olumsuz bir rol oynayabilir. Mahkemeler, anayasada açıkça düzenlenmeyen bir sosyal hakka yorum yoluyla anayasal bir statü kazandırabilir. Sosyal hakkın kapsamını genişletebilir ya da daraltabilir. Anayasada bu konuda açık bir düzenlemenin olmadığı durumlarda hakkın doğrudan talep edilebilir bir nitelik taşıyıp taşımadığına karar verebilir.

A. Sosyal Haklara Anayasal Bir Statü Kazandırma

Anayasada geniş bir sosyal haklar kataloğunun bulunması anayasa mahkemelerinin bu hakların kullanılmasını kolaylaştırıcı bir rol üstlenmesini sağlar. Mahkeme, emredici anayasal hüküm-program hüküm ayrımını göz ardı ederek sosyal hakları doğrudan talep edilebilir bir niteliğe kavuşturabilir. Örneğin, İtalyan Anayasa Mahkemesi kuruluşundan beri böyle bir kesin ve katı ayrımı reddetmektedir. Mahkemeye göre, doğası gereği aşamalı olarak gerçekleştirilen bazı sosyal hakların tanınmasının beraberinde getirdiği özel zorluklar bu hakları gereksiz ya da isteğe bağlı kılmaz. Aksine bu hakların

¹⁵ Örneğin, sosyal güvenlik (md.60/1), çocuğun korunması, bakımdan yararlanması, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurması ve sürdürmesi (md. 41/3), eğitim ve öğrenim (md. 42/1 ve 5), çalışma (md.49/1) açıkça bir hak olarak tanınmıştır. Anayasa, sağlıklı çevrede yaşamı da bir hak olarak tanımakla birlikte çevre hakkının bu formül içinde dolaylı olarak tanındığı ileri sürülebilir.

yaşama geçirilmesinin farklı ölçütlere göre değerlendirilmesini gerekli kılar.¹⁶ Anayasa mahkemeleri sosyal hakları doğrudan ya da dolaylı olarak iki farklı yoldan tanıyabilir.

1. Doğrudan Tanıma

Sosyal haklar kişinin yalnızca yaşamasını değil insan onuruna yaraşır bir yaşam sürmesini hedefler. 1949 Federal Alman Anayasası sosyal devlet (md.20/1) ve eşitlik (md.3) ilkeleri ile devletin insan onurunu koruma yükümlülüğüne (md.1) ve kişinin yaşama ve kendini özgürce geliştirme hakkına (md.2) yer vermiş, ancak yukarıda belirtildiği gibi, sosyal hakları açıkça tanımamıştır. Buna karşın, Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu düzenlemelere dayanarak sosyal hakları içtihat yoluyla anayasallaştırmıştır. Örneğin, Mahkeme, bir kararında eğitim hakkının sosyal refah yönüne atfı yaparak kişilerin yüksek öğrenimde idari işlemler yoluyla ortaya çıkan eşitlik ilkesine yönelik ihlallere karşı yargısal denetim talep etme konusunda anayasal hakka sahip olduğuna karar vermiştir.¹⁷ Bir başka deyişle, Mahkeme bu şekilde eğitim ve çocukların okulda uygun öğrenim görme haklarını güvenceye almıştır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, *Hartz IV* kararında, kişinin insan onuruna yaraşır “asgari varoluş” (existenzminimum) koşullarına sahip olmasını bir temel hak olarak tanımıştır. Mahkemeye göre “onurlu asgari varoluş” kavramı, kişinin fiziksel varlığının korunmasının ötesinde toplumsal, kültürel ve siyasal yaşama asgari olarak katılabilmesini de içerir. Onurlu asgari varoluş hakkı, insan onurunun sosyal devlet ilkesiyle bağlantılı olarak korunması gereğinden yola çıkarak insanın onurlu bir yaşam sürmesinin asgari koşullarını içerir.¹⁸ Mahkeme, bu kararında işsizlik yardımlarının hesaplanmasında kullanılan ölçütlerin anayasaya uygunluğunu, bunların asgari düzeyde insan onuruna yaraşır bir yaşamı güvence altına almaya yeterli olup olmadığı çerçevesinde denetlemiştir.¹⁹

¹⁶ Francesco Lucherini. “The Constitutionalization of Social Rights in Italy, Germany, and Portugal: Legislative Discretion, Minimal Guarantees, and Distributive Integration”. *German Law Journal* 25. 2024, s. 339 (21.dipnot).

¹⁷ Michel Rosenfeld. “The Role of Justice in the Constitution: The Case for Social and Economic Rights in Comparative Perspective.” *Cardozo Law Review* 42 (3). 2021, s.782.

¹⁸ *Hartz IV*, BVerfG, 09.2.2010, 1 BvL 1/09. Rainer Arnold. “Almanya Anayasacılığında ve Orta ve Doğu Avrupa’daki Yeni Demokrasilerde Sosyal Haklar: Karşılaştırmalı Gözlemler”. (Çev. Gülden Kurt). *Anayasal Sosyal Haklar*. (ed. İbrahim Ö. Kaboğlu). Legal: İstanbul. 2012, s.215-216.

¹⁹ Stefanie Egidy. “The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court”. *German Law Journal* 12(11). 2011, s. 1964–1968.

Portekiz Anayasa Mahkemesi de onurlu asgari varoluşu bir temel hak olarak tanıyan bir başka yargı organıdır.²⁰ Mahkeme sosyal hakları herhangi bir klasik hakla ilişkilendirmeden doğrudan talep edilebilir bir temel hak olarak da korumaktadır. Örneğin, 2002 tarihli bir kararında Mahkeme, işsizlik ödeneğinin yalnızca özel sektörde çalışanlara sağlanmasını öngören bir yasal düzenlemeyi doğrudan Anayasanın sosyal yardım hakkını düzenleyen 63. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.²¹ İtalyan Anayasa Mahkemesi de, 2020 tarihli bir kararında 60 yaş üzeri bireyler için engelli maaşlarında öngörülen artışın sınırlandırılmasını Anayasanın 38 inci maddesinde yer alan çalışamayacak durumda olup geçimini sağlayacak araçlardan yoksun her vatandaşın sosyal yardımdan yararlanma hakkına sahip olduğuna ilişkin düzenlemeye aykırı bulmuştur.²²

1991 Kolombiya Anayasasının 86. maddesi, yalnızca "temel" hakların dava edilebileceğini belirtmektedir. Mahkeme, Alman ve Portekiz Anayasa Mahkemelerinin oluşturduğu içtihadı benzer biçimde, Kolombiya Anayasasının 21. maddesinin bir hak olarak güvenceye aldığı insan onurundan kişilerin onurlu bir yaşam sürdürebilmesi için gereken "temel yaşam ihtiyaçlarını karşılamak için gerekli asgari standart"a sahip olma (*vital minimum*) hakkını türetmiştir.²³ Böylece Mahkeme, devletin sosyal haklarla ilgili olarak asgari yükümlülükleri olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, pek çok kararında devletin yalnızca klasik haklara değil aynı zamanda sosyal haklara da saygı gösterme, bunları koruma ve yerine getirme yükümlülüklerini vurgulamakta ve kişilerin temel ihtiyaçlarını devletin mali kaygılarının önünde tutmaktadır. Sağlık sistemindeki yapısal sorunlarla ilgili olan bir başka kararında da Mahkeme, sağlık hakkını temel bir hak olarak tanımış ve sistemin reformunda hakların fiilen kullanılabilirliğini (*el goce efectivo del derecho*) esas alan bir yaklaşımın rehber ilke olması gerektiğini belirtmiştir.²⁴ Mahkemenin geliştirdiği bu içtihat, sağlık sistemiyle ilgili sorunlar ve sağlık hakkı üzerine yapılan tartışmaların odak noktasını

²⁰ No. 54/2022 (Proc. 421/2020). Pedro Fernandez Sanchez, "El Ambioso Programa de Derechos Economicos y Sociales de la Constitucion Portuguesa y su Aplicacion Innovadora por el Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional* 127. 2023, s.136.

²¹ No. 474/2002, 19.11.2002. Lucherini, 2024, s.345.

²² No. 152/ 2020; No. 96/1991; No. 243/1992; No. 436/1992; No. 110/1999. Lucherini, 2024, s.338 vd.

²³ T-426 1992; T-760, 2008.

²⁴ T-760/08, 31.07.2008.

değiştirerek idarenin bazı kararlarını “sağlık bir haktır” anlayışı çerçevesinde biçimlendirmesine yol açması bakımından dikkat çekicidir.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi de sosyal hakları doğrudan koruyan kararlar vermektedir. Örneğin, Mahkeme 1998 tarihli bir kararında ödeme gücüne bakılmaksızın herkese acil sağlık hizmetine erişim hakkını tanımıştır.²⁵ Ayrıca, 2001 tarihli bir başka kararında da Anayasada yer alan sosyal hakların dava edilebilir olduğunu vurgulamıştır.²⁶ Mahkemeye göre, sosyo-ekonomik haklar Anayasada açıkça düzenlenmektedir, dolayısıyla bunların yalnızca kâğıt üzerinde var oldukları söylenemez. Güney Afrika Anayasasının 7/2. maddesi, devlete "Anayasadaki haklara saygı gösterme, bunları koruma, teşvik etme ve yerine getirme" yükümlülüğü getirerek mahkemeleri bu hakların korunmasını ve yerine getirilmesini sağlamakla yükümlü kılmıştır. Dolayısıyla Güney Afrika Anayasa Mahkemesi bakımından sorun, sosyal hakların yargı denetimine bağlı olup olmaması değil nasıl uygulanacağı ile ilgilidir.²⁷ Mahkeme, 2002 tarihli bir başka kararında da, sosyal haklar da dahil olmak üzere herhangi bir hak ihlal edildiğinde kendisinin etkili bir hukuki giderimi sağlamakla yükümlü olduğunu vurgulamış ve hükümetin ülke genelinde davaya konu olan ilaca erişimi kolaylaştıracak bir program oluşturmasını zorunlu kılarak izlenen bir politikanın yarattığı olumsuz sonuçlar ile anayasal hakkın ihlali arasında bir ilişki kurmuştur.²⁸

Türk Anayasa Mahkemesi öteden beri sosyal devletle sosyal haklar arasındaki ilişkiyi kararlarında vurgulamaktadır. Örneğin, Mahkeme 1988 tarihli bir kararında sosyal devletin amacının insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmek için gerekli şartları hazırlamak olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu kararında 1982 Anayasasının 60. maddesinde düzenlenen sosyal güvenliği yalnızca bir yardım değil, onurlu yaşamın güvencesi olarak değerlendirmiştir.²⁹ Mahkemenin söz konusu kararında açıkça ifade etmeden onurlu varoluş ölçütünü sosyal hakkın sınırlanmasının sınırı olarak kullandığı söylenebilir. Ancak Mahkeme bu ölçütü kararlarında istikrarlı biçimde kullanmamaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi, özellikle sağlık ve sosyal güvenliği doğrudan bir hak olarak tanımaktadır. Mahkemeye

²⁵ *Soobramoney v. Minister of Health (KwaZulu-Natal)* (CCT 32/97), 27.11.1997.

²⁶ *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others* (CCT11/00), 4.10.2000.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign* (CCT 8/02), 5.7.2002.

²⁹ E. 1986/22, K. 1988/1.

göre sosyal güvenlik, kişilerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerinin en aza indirilmesi, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardının güvence altına alınmasıdır. Kişilere sağlanan bu anayasal güvencelerin yaşama geçirilebilmesi için devlet tüm çalışanlara sosyal güvenlik hakkını sağlamak ve bunun için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.³⁰ Yakın tarihli bir başka kararında da Mahkeme, sosyal güvenliği “herkes için bir hak ve bunu gerçekleştirmek[te] devlet için bir görev” olarak nitelemiştir.³¹ 2025 tarihli bir norm denetimi kararında da Anayasa Mahkemesi, taşıt alımında engelliler için öngörülen vergi avantajının engellilik durumu %90’ın altında olanların satın aldığı taşıta bizzat kullanmak amacıyla engelliliğine uygun şekilde hareket ettirici özel tertibat yaptırılması zorunluluğu getiren hükmü devlete yüklenen engellilerin korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alma şeklindeki pozitif yükümlülüğe ve sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu sonucuna varırken hakkı doğrudan koruyan bir tutum benimsemiştir.³² Bu karar, Anayasa Mahkemesinin Anayasadaki sosyal hakları isterse esas ölçü norm olarak kullanabileceğini göstermesi bakımından dikkat çekicidir. Ancak, Mahkemenin bu yaklaşımının istisnai bir nitelik taşıdığına altını çizmek gerekir.

2. Dolaylı Tanıma

Anayasa mahkemeleri sosyal hakları doğrudan tanımak yerine bunları bir klasik hakla ilişkilendirerek bunlara talep edilebilir bir anayasal hak statüsü kazandırabilir. Bunun için iki koşulun sağlanması gerekir. Birincisi, ilgili sosyal hak eşitlik ilkesi, insan onuru, yaşam hakkı ya da kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı gibi sosyal ve ekonomik nitelik taşımayan bir anayasal hakkın koruma alanı içine girmelidir. İkincisi, bu hakkın yargısal denetim yoluyla korunmasının, anayasa tarafından tanınan sosyal devlet ilkesi ya da sosyal hakla bağlantılı bir çıkarın yaşama geçirilmesine kayda değer bir katkısı olmalıdır.³³

Hindistan Yüksek Mahkemesine göre, Anayasada yer alan pek çok klasik hak, bunların etkin bir şekilde kullanılmasını güvenceye alan belirli ekonomik ve sosyal önlemlerle desteklenmediği sürece anlamını yitirecektir. Mahkeme,

³⁰ E.2019/94, K.2022/32.

³¹ E. 2024/51, K.2025/138.

³² E. 2024/240, K. 2025/100.

³³ Rosenfeld, 2021, s.790.

1950 Hindistan Anayasasının 21. maddesinde yer alan yaşama hakkını sıklıkla sosyal haklarla ilişkilendirmektedir. Mahkeme, çeşitli kararlarında Anayasanın 21. maddesinin geçim, sağlık, 14 yaşına kadar ücretsiz ve zorunlu eğitim, temiz çevre ve temiz içme suyu gibi çeşitli sosyal hakları içerdiği sonucuna varmıştır.³⁴ Mahkeme, örneğin, Anayasanın 47. maddesinde düzenlenen devlete kamu sağlığını geliştirme ödevini devletin öncelikli ödevleri arasında değerlendirerek yeterli sağlık hizmetinin sağlanmasının sosyal bir devlette devletin temel yükümlülüğü olduğu ve devletin bundan kaçınamayacağı sonucuna varmıştır. Mahkeme, böylece Anayasada program hüküm biçiminde düzenlenmiş olan sağlığa talep edilebilir bir hak niteliği kazandırmıştır.³⁵

Bangladeş, Sri Lanka ve Pakistan gibi Güney Asya ülkelerinin anayasa mahkemeleri de verdikleri kararlarla anayasanın sosyal haklara ilişkin program hükümlerini yaşama hakkının kapsamını geniş yorumlamak yoluyla talep edilebilir haklara dönüştürmüştür.³⁶ Macaristan Anayasa Mahkemesi de, anayasada barınma hakkı düzenlenmemesine karşın, kişinin yaşamının tehlike altında olduğu durumlarda yaşama hakkının devlet tarafından barınma sağlanmasını da içerdiği sonucuna ulaşmıştır.³⁷

AİHM de hakların bir bütün ve birbiriyle ilişkili olduğuna ilişkin yaklaşımı benimseyerek sosyal hakların bir bölümünü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) tanınan haklarla ilişkilendirerek dolaylı olarak tanımaktadır. AİHS'in doğal haklar yaklaşımını benimsemiş liberal insan hakları anlayışına dayanan, dolayısıyla da yalnızca klasik hak ve özgürlükleri tanıyan bir belge olduğu göz önünde bulundurulduğunda, AİHM'nin geliştirdiği bu içtihadın Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında asgari bir sosyal adalet arayışında olumlu bir payı olduğunun altını çizmek gerekir.

³⁴ Sağlık hakkı için bkz. *Vincent Panikurlangara v. Union of India and Others*, 2 SCC 165, 3.3.1987; *Paramanand Katara and Others v Union of India and Others*, 4 SCC 286, 28.8.1989; *Surjit Singh v State of Punjab* 2 SCC 336, 31.1.1996; *Dr. Ashok v. Union of India*, 5 SCC 10, 2.5.1997; *State of Punjab v Ram Lubhaya Bhagga*, 4 SCC 117, 26.2.1998. Mahkemenin eğitim hakkını temel bir hak olarak niteleyerek okul ücretlerini sınırladığı kararı için bkz. *Ankur Argawal v. State of Madhya Pradesh*, 401 MP, 2.3.2021.

³⁵ *Vincent Panikurlangara v. Union of India and Others*, 2 SCC 165, 3.3.1987; *Paschim Banga Khet Mazdoorsamity of Others v State of West Bengal&Anr*, 4 SCC 37, 6.5.1996; *State of Punjab v Ram Lubhaya Bhagga*, 4 SCC 117, 26.2.1998. Kajal Bhardwaj, Vivek Divan and Shivangi Rai, "The Right to Health and Universal Health Coverage in India". RTH_UHV Working Paper. 2023. (PDF) The Right to Health and Universal Health Coverage in India.

³⁶ Yung, Hirschl, Rosevar, 2014, s.1052.

³⁷ No. 42/2000, 7.11.2000. *Akt. Rosenfeld*, 2021, s.792.

Öte yandan, her mahkemenin sosyal hakları tanıyan ya da bunların kapsamını genişleten bir tutum içinde olmadığını belirtmek gerekir. Örneğin, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi sosyal hakları anayasallaştırma konusunda öteden beri olumsuz bir tutum sergilemektedir. 1787 ABD Anayasası sosyal haklara yer vermemiştir. Federal Yüksek Mahkeme de sosyal hakları dolaylı olarak tanımama eğilimindedir. Mahkeme, aile başına yapılacak sosyal yardıma üst sınır getiren eyalet yasasını anayasaya aykırı bulmamış; böylece kalabalık ailelerden gelen ve ağır yoksulluk koşulları içinde bulunan çocuklara asgari geçim düzeyine ilişkin bir eşit koruma hakkı tanımayı reddetmiştir.³⁸ Bir başka kararında da Federal Yüksek Mahkeme, bir eyaletin devlet okullarının finansmanına ilişkin varlıklı mahalleleri kayıran sistemini anayasaya aykırı bulmamış ve yoksulluğa dayalı ayrımcılığın ırk ya da cinsiyete dayalı ayrımcılıkta olduğu gibi sıkı bir yargısal denetime bağlı olmadığı sonucuna varmıştır.³⁹

Türk Anayasa Mahkemesi, AİHM’yi izleyerek, sosyal hakları genellikle doğrudan talep edilebilir bir hak olarak değil mülkiyet, yaşama, maddi ve manevi varlığın korunması gibi 1982 Anayasasında güvenceye alınmış bir olumsuz hakla ilişkilendirerek ele almaktadır. Örneğin, Mahkeme, yataklı tedavi kurumlarında sağlık yardımlarının altı ayla sınırlandırılmasını, tedavisi süren kişinin yaşama hakkı ile hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkının özünü zedelediği gerekçesiyle Anayasanın devlete sağlık hizmetlerini düzenleme görevi veren 56. maddesiyle birlikte 17. maddesine de aykırı bulmuştur.⁴⁰ Mahkeme bu tutumunu bireysel başvurularda istisnasız sürdürmektedir. Bu başvurularda Anayasa Mahkemesi bir sosyal hakkın ihlal edilip edilmediğini kamu gücünün ihmalinin olup olmadığıyla ya da işlemin keyfi nitelik taşıyıp taşımadığıyla sınırlı olarak incelemektedir.⁴¹

Anayasa Mahkemesi, devletin sağlık hizmetlerini, ister kamu ister özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin, hastaların yaşamlarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorunda olduğunu belirterek bunu devletin pozitif yükümlülüğü olarak kabul etmiştir.⁴² Maddi koşullar nedeniyle belirli bir ilaca erişememe durumu da Anayasa Mahkemesi tarafından maddi ve manevi yaşamın

³⁸ Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471 (1970). Akt. Rosenfeld. *Ibid.* s. 807.

³⁹ *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973). Akt. Rosenfeld. *Ibid.*s. 808.

⁴⁰ E.1996/17, K.1996/38.

⁴¹ Örn. bkz. *Tayfun Cengiz*, 2013/8463, 18.9.2014; *Nurten Esen*, 2013/7970, 10.6.2015.

⁴² Örn. bkz. *Nail Artuç*, No. 2013/2839, 3.4.2014; *Ali Karakılıç ve Diğerleri*, No.2019/2549, 21.9.2022.

korunması hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir.⁴³ Mahkeme, Anayasada ve AİHS’de düzenlenmiş bir klasik hakla ilişkilendiremediği bir sosyal hakkın ihlal edildiğine ilişkin başvurulara ise bakmaktan kaçınmaktadır. Örneğin, *Halil Üstündağ* başvurusunda vekaleten görev yapan bir müdüre o görevi asaleten yürüten memurun aldığı maaşın verilmemesine ilişkin şikayeti ücrette adaletin sağlanması ile ilgili olarak değerlendirmiş; bunun ise Anayasanın 55. maddesinde güvence altına alındığını, ancak AİHS’de tanınan haklar arasında yer almadığını vurgulayarak başvuruyu konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle reddetmiştir.⁴⁴ Anayasa Mahkemesi bir başka kararında da, Anayasanın 60. maddesinde güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkının bağımsız bir hak olarak AİHS ve Türkiye’nin taraf olduğu buna ek protokoller kapsamında olmaması nedeniyle bu hakka yönelik ihlal iddiasının bireysel başvuru konusu yapılamayacağı sonucuna varmıştır.⁴⁵ Oysa ki Mahkeme, norm denetimi yoluyla verdiği bir kararında sağlık hakkını yaşam hakkının bir parçası olarak görmüş; hatta sağlık hakkını “insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileşmeleri, tıbbi bakım görebilmeleri ve tedavi edilebilmeleri için Devletin sağladığı her türlü imkândan yararlanma hakkıdır. Sağlık hakkı, insanların doğuştan kazandıkları vazgeçilemez ve devredilemez haklarının başında gelir.” diyerek onu “doğal hak” olarak tanımlayıp talep edilebilir bir hakka dönüştürmüştür.⁴⁶ Bu kararın, Mahkemenin aynı hakka ilişkin norm denetimi ve bireysel başvuru yaklaşımlarının nasıl uyumsuz olabileceğini göstermesi bakımından dikkat çekici olduğu söylenebilir.

Öte yandan, Mahkeme sosyal güvenlik ile taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması gibi bazı sosyal hakları mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirerek bunlara sınırlı bir koruma sağlamaktadır.⁴⁷ Deprem nedeniyle kalıcı konut yerine prefabrik konuttan yararlandırılan başvurucuya kalıcı konut tahsis edilmemesine ilişkin bireysel başvuruyu da Anayasa Mahkemesi sosyal devlet ilkesi bakımından değil, mülkiyet hakkı çerçevesinde incelemeyi tercih etmiştir.⁴⁸ Mahkeme, sosyal hakların önemli bir bölümünü AİHM içtihatlarını izleyerek usuli güvenceler ve ayrımcılık yasağı bağlamında koruma kapsamına almaktadır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi mali gücü

⁴³ *Hira Bilici*, No. 2019/41507, 22/2/2022; *Halil Emre Acar*, No. 2020/9392, 22/2/2022.

⁴⁴ *Halil Üstündağ* No. 2013/5062, 14/1/2014.

⁴⁵ *Mehmet Hadi Tunç*, 2013/1958, 7.7.2015.

⁴⁶ E.2012/103, K.2013/105.

⁴⁷ E.2006/111, K.2006/112; E. 2023/66, K.2024/185; E.2019/87, K.2022/158.

⁴⁸ *Sedat Şanlı*, 2018/6812, 3.7.2019.

yargılama giderlerini karşılayacak düzeyde olmayanlara adli yardım yapılmamasını sosyal devlet ilkesi bağlamında değil mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde değerlendirmiştir.⁴⁹

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yoluyla verdiği kararlarında genellikle AİHM'in benimsediği yolu izlemekte ve hakkın klasik bir hakla ilişkili olması gerektiğinin altını çizmektedir. Ancak Mahkemenin çoğunlukla başvuruya konu olan bir sosyal hakkı klasik bir hakla ilişkilendirmek konusunda çok ısrarcı olmadığını da belirtmek gerekir. 2013 tarihli *Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık* başvurusu karşı yönde bir karar örneği olarak verilebilir. Söz konusu başvuruda Mahkeme, baz istasyonunun yarattığı kirliliği 1982 Anayasasında düzenlenen maddi ve manevi varlığın bütünlüğü (md.17), özel ve aile yaşamına saygı hakkı (md.20) ve konut dokunulmazlığı (md.21) kapsamında ele almış; aynı zamanda “Özellikle çevresel meseleler bağlamında Anayasanın çevreyi geliştirme, çevre sağlığını koruma ve çevre kirlenmesini önlemenin devletin ödevleri arasında olduğunu belirten 56/2. maddesinin de kamusal makamların çevresel meseleler bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin tespiti ve değerlendirilmesi konusunda” göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, özel girişimlerin faaliyetlerini denetleme görevini devlete veren Anayasanın 48. maddesine de bu kararında atıf yapmıştır.⁵⁰

1982 Anayasası AİHS'den farklı olarak sosyal hukuk devleti ilkesine ve sosyal adalete dayanır.⁵¹ Ayrıca, Anayasa çok sayıda sosyal hakkı da doğrudan düzenler. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi sosyal hakları daha kapsamlı ve doğrudan korumak bakımından AİHM'ye göre daha elverişli bir

⁴⁹ *Atalay Yıldız* No. 2021/14356, 7.6.2023.

⁵⁰ *Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık* No. 2013/6587, 24.3.2016.

⁵¹ 1982 Anayasasının Başlangıç Kısımının 6. paragrafı “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak... onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu”nu ifade eder. Anayasanın 176/1. maddesi başlangıç kısmını Anayasa metninden sayar. Bunun anlamı, başlangıçtaki ilkelerin bağlayıcı olduğudur. Anayasanın 2. Maddesi “sosyal hukuk devleti”ni devletin temel nitelikleri arasında sayar ve değiştirilmesini yasaklar (md.4). Anayasanın 5. maddesi ise “kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma”yı devletin temel amaç görevleri arasında saymıştır.

normatif olanağa sahipken bu olanağı kullanmaktan genellikle kaçınmaktadır.⁵²

B. Sosyal Hakların Yargısal Denetiminde Kullanılan Ölçütler ve Müdahale Biçimleri

Anayasa mahkemeleri, sosyal haklara ilişkin politikaların belirlenmesinde yasama organına takdir yetkisi bırakır. Bazı anayasa mahkemeleri bu takdir yetkisini devletin sosyal hakları yerine getirme yükümlülüğünü çok zayıflatacak biçimde geniş yorumlarken bazıları ise aşağıda görüleceği gibi, karşı yönde bir tutum benimsemektedir.

1. Sınırlama Rejimi Üzerinden Koruma: “Onur Temelli Varoluş: Hakkın Dokunulmaz Çekirdeği”

Burada mahkeme sosyal hakka müdahale edip etmeyeceğine değil müdahalenin asgari düzeyini tespit eder. Bu, yaşamsal asgari düzeydir. Hakkın özü, mahkemenin devletin mali kaynakları ölçüsünde yükümlülüklerini yerine getirebilmesine ilişkin sınırdır. Onur temelli varoluşçuluk maddi gereksinimler, kişisel özerklik ve insan onuru arasındaki bağı göz önünde bulundurur. Bu asgari düzey, mahkemelere devletin sağladığı hizmet ve yardımların miktarının asgari düzeyde onurlu yaşam sürdürme konusunda yeterli olup olmadığını inceleme olanağı tanır. Yasama organı, yardım miktarının belirlenmesinde takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu miktar, fiili yaşam maliyetlerinden kopuk olamaz. Mahkeme bunun yeterli olup olmadığını denetleyebilir. Yukarıda da belirtildiği gibi, Portekiz ve Alman anayasa mahkemeleri insan onuru ile sosyal devlet ilkesine dayanarak asgari geçim düzeyini anayasal güvence altına almaktadır. Portekiz Anayasa Mahkemesi 1991 yılından itibaren Anayasanın 1. maddesinde düzenlenen asgari düzeyde onurlu yaşam ilkesini kararlarında uygulamaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, alacaklının mülkiyet hakları ile borçlunun temel geçim kaynakları arasında bir denge kurarken, borçlunun mal varlığına, maaşına ve emekli aylığına konacak haczin sınırını onurlu yaşam sürdürmek için gerekli ve uygun olan asgari miktar olarak belirlemiştir. Mahkeme, örneğin, bir kişinin geliri ya da emekli maaşı asgari ücretin altında kaldığında kişinin

⁵² Aynı yönde bkz. Enes Kethüda, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Sosyal Haklar: Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Kapsamında Bir İnceleme*, Adalet: Ankara, 2024, s.176.

asgari düzeyde onurlu yaşam sürme hakkını alacaklının borcunu tahsil etme hakkı karşısında üstün tutmuştur.⁵³

Alman Anayasa Mahkemesine göre, Anayasanın 1/1. maddesinde yer alan insan onuruna uygun olarak asgari geçim düzeyinin sağlanmasına ilişkin temel hak, Anayasanın 20/1. maddesindeki sosyal devlet ilkesiyle birlikte, yardıma muhtaç her bireye fiziksel varlığını sürdürebilmesi ve toplumsal, kültürel ve siyasal yaşama asgari ölçüde katılabilmesi için vazgeçilmez olan maddi koşulları güvence altına alır. Bu temel hak ilke olarak yasama organının takdirine bağlı değildir ve mutlaka gözetilmelidir. Ancak, söz konusu hakkın somutlaştırılması ve düzenli olarak güncellenmesi, yasama organının sorumluluğundadır. Yasama organı asgari geçim düzeyinin kapsamını belirlerken, bireyin varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan tüm harcamaları, güvenilir verilere ve makul hesaplama yöntemlerine dayanarak, şeffaf ve rasyonel bir usulle, gerçekçi ve kapsamlı biçimde değerlendirmekle yükümlüdür. Yasama organı, insan onuruna uygun asgari geçim düzeyini güvence altına almak için tipik ihtiyaçları sabit aylık ödeme yoluyla karşılayabilir. Parlamento, kaçınılmaz, süreklilik arz eden ve tek seferlik olmayan özel ihtiyaçlar bakımından ek yardım sağlamakla yükümlüdür.⁵⁴

Bazı Anayasa Mahkemeleri kişi haklarında olduğu gibi, sosyal haklarda da hakkın özü güvencesini uygulamaktadır. İtalyan Anayasa Mahkemesi özellikle sağlık, eğitim, sosyal yardım, emeklilik ve barınma haklarında öz güvencesini değerlendirmiştir. Mahkeme, 1990'lı yıllardan beri sağlık hakkının çekirdeğine mali ve bütçe sınırlamaları gerekçesiyle bile olsa dokunulamayacağına işaret etmektedir. İtalyan Anayasa Mahkemesine göre, finansal kısıtlamalar ile merkezi ve bölgesel yasama organları tarafından alınan önlemler sosyal hakların özüne dokunamaz.⁵⁵ Portekiz Anayasa Mahkemesi de 2010'dan itibaren ekonomik ve sosyal haklar bakımından 1976 Portekiz Anayasasının 18/3. maddesinde yer alan öz güvencesini uygulamaktadır. Mahkeme, Anayasanın 1. maddesinde güvenceye alınan insan onuru ile ekonomik ve sosyal hakların insan onuruna yaraşır bir varoluş için vazgeçilmez olan asgari çekirdeği arasında bir ilişki kurarak ekonomik ve sosyal hakların dokunulması mümkün olmayan içeriğini belirleme yetkisini

⁵³ Örn. Bkz. No. 349/91 (Proc. 297/89); No. 411/93 (Proc. 434/91); No. 177/2002 (Proc. 546/01). Lucherini, 2024, s.346.

⁵⁴ Hartz IV, BVerfG, 09.2.2010, 1 BvL 1/09. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/ls20100209_1bv1000109en.html, erişim: 15.12.2025.

⁵⁵ No. 309/1999; No. 354/2008.

kendinde görmektedir.⁵⁶ Bu çerçevede, Mahkeme, 2016 tarihli bir kararında 18- 24 yaş arasındaki kişilerin işsizlik ödeneği dışında tutulmasının sosyal güvenlik hakkının özünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır. 2022 yılında verdiği bir dizi kararıyla Mahkemenin bu içtihadının yerleştiği söylenebilir. Kolombiya Anayasa Mahkemesi de kamu veya özel sektörün sosyal hakların özünü ihlal ettiğine ilişkin başvuruların bireysel başvuru yolu olan “*acción de tutela*” (koruma davası) kapsamında dava edilebileceğini kabul etmiştir.⁵⁷

Letonya Anayasa Mahkemesi öz güvencesini sosyal haklar bakımından da uygulayan mahkemeler arasında sayılabilir. Mahkeme, ülkenin 2007-2008’de ekonomik bunalımdan çıkması amacıyla kabul edilen yasaların sosyal güvenlikte yaptığı büyük kesintilerin sosyal güvenlik hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, devletin büyük bir ekonomik durgunlukta hızlı ve eşgüdümlü davranabilmesi için makul bir hareket serbestisi olduğunu kabul etmiş, ancak söz konusu düzenlemelerin sosyal güvenlik hakkının özünü düşük gelirli emekliler bakımından tehdit ettiği sonucuna varmıştır.⁵⁸

Türk Anayasa Mahkemesinin ise bu konuda anayasaya “sosyal hak odaklı” yaklaşımından çok “ödev” ya da “amaç” temelli yaklaşımı tercih ettiği ve bu konuda istikrarlı bir tutum benimsemediği söylenebilir. Anayasa Mahkemesi de yukarıda örnek verilen bazı anayasa mahkemeleri gibi insan onurunu anayasal düzenin temel taşı olarak kabul etmekte ve sosyal devlet ilkesini insan onurunun korunmasının kurucu bir unsuru olarak yorumlamaktadır. Mahkemeye göre sosyal devlet, bireyin insan onuruna yaraşır bir yaşam sürmesini sağlayacak asgari koşulları sağlamakla yükümlüdür.⁵⁹ Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, “insan onuruna uygun asgari geçim hakkı”nı bağımsız bir temel hak olarak tanımamaktadır. Ancak hakkın asgari çekirdeği ölçütünü kullandığı kararlarına da rastlanmaktadır. Örneğin, Mahkeme bir kararında, sağlık hizmetlerine yönelik kısıtlamaları denetlerken Anayasanın 65. maddesi çerçevesinde devletin mali kaynaklarının sosyal hakların sınırını oluşturduğunu, ancak bu sınırın “hakkın özü”nü ortadan kaldıracak bir düzeye varamayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre, 65. maddenin amacı hakları tamamen ortadan kaldırmak değil, devletin sosyal ödevlerini öncelik sırasına koyarak yerine getirmesini sağlamaktır. Devlet

⁵⁶ Fernandez Sanchez.2023, s.135.

⁵⁷ Örn. Bkz. T-760, 2008. Malcom Langford. “Politics and Social Rights”, *Future of Economic and Social Rights* (Ed. Katharine G. Young): Cambridge University Press, 2019,s.93.

⁵⁸ No. 2009-43-01, 21.12.2009. Langford. 2019, s.94.

⁵⁹ E.2008/34, K.2008/153.

sağlık harcamalarında tasarrufa gidebilir, ancak bu tasarruf kişinin tıbbi tedaviye erişimini olanaksız kılacak düzeyde olamaz.⁶⁰

Yukarıda da belirtildiği gibi, Türk Anayasa Mahkemesinin, kuruluşundan bu yana sosyal haklar konusunda yasama organının takdir yetkisini geniş yorumladığı söylenebilir. Mahkeme, devletin bu alandaki yükümlülüklerini politika belirleme ve düzenleme yapma yetkisi kapsamında ele almakta; ancak, yabancı anayasa mahkemelerinden verilen örneklerin aksine, TBMM'nin takdir yetkisini sıkı denetime bağlı tutmaktan kaçınarak bunu çoğunlukla ölçülülük ilkesi ile açık keyfilik yasağı çerçevesinde denetlemektedir.⁶¹

Özel ve istisnai ihtiyaçlar bakımından bazı anayasa mahkemelerinin devlete yüklediği yardım sağlama yükümlülüğünün, Türk Anayasa Mahkemesi tarafından açıkça benimsenmediği söylenebilir. Mahkeme, bugüne kadarki bireysel başvurularda somut olayın özelliklerine ağırlık vermiş; ancak süreklilik arz eden özel ihtiyaçlara ilişkin genel bir anayasal ölçüt ortaya koymaktan kaçınmıştır. Anayasa Mahkemesi *Salim Sayın ve Şuayip Şen* başvurularında⁶² sınırlı kaynakların tahsisi konusundaki devletin takdir yetkisiyle tedavi ücretlerinin bireylere yüklediği külfet arasında makul bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir. *Salim Sayın* başvurusunda başvurucuya acil durumlarla ilgili düzenleme çerçevesinde yaptığı masrafların yaklaşık beşte birini karşılayan ödemenin devletin bu konudaki pozitif yükümlülüğünü karşıladığı sonucuna varmıştır. Mahkeme *Şuayip Şen* başvurusunda da acil durum nedeniyle başvurunun SGK ile anlaşmalı olmayan bir hastanede tedavi görmesi yüzünden SGK'nin giderlerin yalnızca 1/10'unu karşılamasını devletin pozitif ödevini yerine getirdiği biçiminde değerlendirmiştir.⁶³ Oysa ki, Mahkemenin bu nitelikteki başvurularda ve davalarda kişilerin sağlık harcamalarına katılımının anayasaya aykırı olup olmadığını denetlerken onların gelir düzeylerini, yani maddi eşitlik ilkesini göz önünde bulundurması ve uygulamanın sağlık hakkının özüne dokunup dokunmadığını tartışması beklenirdi. Anayasa Mahkemesi, “Kamu kurumlarında sözleşmeli olarak çalıştırılacak geçici personele ödenecek ücretler ve ödenekler ve bunların usul ve esasları Bakanlar Kurulu kararı ile tespit edilir.” biçimindeki yasal düzenlemeyi de “Devlet’e verilen çalışanları

⁶⁰ E.2004/109, K.2007/87; aynı yönde bkz. E.1999/42, K.2001/41.

⁶¹ *Nurten Esen*, 2013/7970, 10.6.2015.

⁶² *Salim Sayın* No. 2013/3382, 4.11.2015; *Şuayip Şen* 2014/4859, 14.9.2017.

⁶³ *Salim Sayın* No. 2013/3382, 4.11.2015. Ayrıca bkz. *Leyla Akyıldız* No. 2019/24131, 20.3.2025.

koruma yükümlülüğü gözetildiğinde, itiraz konusu kuralla geçici personel statüsü adı altında böyle bir istihdam biçiminin oluşturulması ile yaşam hakkı ortadan kaldırılmadığı gibi, getirilen düzenlemenin çalışanlara geçici de olsa iş ortamı yaratmayı amaçladığı ve sosyal devlet ilkesinin gereklerine de uygun olduğu anlaşılmaktadır.” diyerek anayasaya aykırı bulmamıştır.⁶⁴ Oysa ki aynı işi yapan farklı statüdeki çalışanlara tanınan hakların farklı olmasını mahkemenin sosyal devlet ve eşitlik ilkesi bakımından da değerlendirmesi beklenirdi.

Mahkeme, soyut norm denetimi yoluyla önüne gelen başka bir başvuruda, devletin denetim görevini gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle depremde yıkılan ya da kullanılamaz hale gelen taşınmazların yeniden inşası için afetzedelerin zorunlu olarak borçlandırılmasına ilişkin yasal düzenlemenin kişilerin onurlu yaşam sürme hakkına aykırı olduğu yolundaki iddiaları tartışmamış, düzenlemeyi “devletin özel sektörün desteklenmesi” ve “konut hakkı”na ilişkin yükümlülükleriyle sınırlı olarak değerlendirmeyi tercih etmiştir. Oysa ki, Mahkemenin bu düzenlemenin anayasaya aykırı olup olmadığına ilişkin değerlendirmeyi hakkın özü ölçütünü de gözeterek belirli bir düzeyin altında geliri olanların giderlerinin tümünün devlet tarafından karşılanmamasının sosyal devlet ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmadığını tartışması mümkündür.⁶⁵

Anayasa Mahkemesinin sosyal haklarla ilgili konularda genellikle AİHM ile aynı yönde bir yaklaşımı benimsediği söylenebilir. AİHM’nin sosyal hakları dolaylı ve sınırlı biçimde güvenceye alan yaklaşımının arkasında meşruiyetini koruma ve Sözleşmenin bir tür sosyal haklar sözleşmesine dönüşmesine izin vermeme kaygısı olduğu iddia edilebilir. Oysa ki, 1982 Anayasası zaten geniş bir sosyal haklar listesine ve sosyal devlet ilkesine yer vermektedir. Anayasa Mahkemesinin böyle bir kaygı duyarak sosyal hakların korunması konusunda çekingen bir tutum benimsemesinin anayasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Mahkeme, 1982 Anayasasının 90/5. maddesi uyarınca Anayasanın AİHS’den daha geniş bir koruma sağladığı durumlarda bir hakkın korunmasında Anayasayı göz önünde bulundurma yükümlülüğü altındadır. Ayrıca AİHS’nin, “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan haklarını ve temel özgürlükleri sınırlandıracak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.” diyen 53.

⁶⁴ E.2009/86, K.2011/70.

⁶⁵ E.2023/149, K.2025/147.

maddesi de bu yönde yorumu desteklemektedir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin, sosyal devlete, sosyal adalete ve sosyal haklara dayanan onurlu yaşam hakkının güvencesi olma rolünü tam olarak yerine getirmediği ileri söylenebilir.

2. Pozitif Yükümlülüklerin Denetiminde “Makul Olma” (Reasonableness) Ölçütü ya da Ölçülülük

Yargı organı, makul olma ölçütünü kullanırken devletin o hakkı sağlamak için hazırladığı planın eldeki mali kaynaklarla makul ve dengeli olup olmadığını denetler. 1996 Güney Afrika Anayasası bu ölçüte çeşitli maddelerinde yer vermiştir.⁶⁶ Güney Afrika Anayasa Mahkemesi de bu ilkeyi devletin olumlu edimlerini yerine getirip getirmediğini denetlerken kullanmaktadır. Gecekondu mahallesinde yaşayan 900 kişilik bir topluluğun idare tarafından gecekondularından zorla tahliye edilip barınaklarının yıkılmasına ilişkin *Grootboom* davasında, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, devletin yeterli konuta erişim hakkını gerçekleştirmek için aldığı önlemlerin makul olup olmadığını incelemiştir. Sonuç olarak, Mahkeme, hakkın özü ölçütünü uygulamaktan kaçınmış, ancak devletin “tutarlı”, “dengeli ve esnek”, “kapsamlı ve uygulanabilir” bir konut programı uygulamak için adım atması gerektiğine hükmetmiştir. Ayrıca, Mahkeme, Anayasanın kişilerin uygun konuta erişimini düzenleyen 26/2. maddesinin “devletin, mevcut kaynakları çerçevesinde, uygun konuta erişim hakkını kademeli olarak gerçekleştirmek için kapsamlı ve eşgüdümlü bir program geliştirmesini ve uygulamasını gerektirdiği” sonucuna varmıştır.⁶⁷

Anayasa Mahkemelerinin bir bölümü önlerine gelen davalarda makul olma ölçütünü uygularken toplumun ekonomik olarak dezavantajlı kesimlerinin sosyal haklarının gerçekleştirilmesinde devletin ekonomik olanaklarını ikincil olarak değerlendirmektedir. Örneğin, Hindistan Yüksek Mahkemesi evsizlerin kaldırımında yaptıkları derme çatma barınaklardan tahliye edilmelerini devletin bunlara uygun bir alternatif sunmaması nedeniyle

⁶⁶ Örneğin, Anayasanın 26/2. ve 27/2. maddeleri, devletin mevcut kaynakları dahilinde, bu maddelerde düzenlenen hakların aşamalı olarak gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla makul yasal ve diğer önlemleri alması gerektiğini belirtir.

⁶⁷ *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others (CCT11/00)*, 4.10.2000). Akt. Koldo Casla, Juli Ponce, Marion Sandner, María José Aldanas, Rafael Cid ve Irene Escorihuela. “Litigation on the Progressive Realisation of Economic, Social, and Cultural Rights: Under What Conditions May it be Strategic?”. *Catedra Barcelona Estudis Habitadge*. 2025.

barınma hakkına aykırı buldu. Mahkemeye göre, devlet konut üretme ve bunları yoksulların kullanımına sunma yükümlülüğü altındadır. Yıllık bütçeyi hazırlama görevi yürütme organıdır. Mahkeme devlete belli bir bütçeyle bir planın uygulanması yönünde talimat veremez. Ancak devlet, yıllık bütçeyi hazırlarken yoksullar bakımından sosyo-ekonomik adaletin sağlanması için ödenek ayırmalıdır. Mahkeme, bu kararında bir yandan gerekli barınma ünitelerinin yapılması ve inşaatın zamanlaması konusunda devlete bir takdir alanı bırakmış, diğer yandan ise söz konusu kişilerin barınma olanağına makul bir süre içinde kavuşmasını anayasal bir zorunluk olarak nitelendirmiştir.⁶⁸ Alman Anayasa Mahkemesi de kararlarında ölçülülük ilkesine başvurmuştur. Örneğin, 2019 tarihli bir kararında Mahkeme, işsizlik ödeneği alanların idareyle işbirliği yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamak için öngörülen yaptırımların ölçülü olmasını öngörmüştür. Mahkemeye göre, Parlamento bu konuda takdir yetkisine sahiptir. Yaptırım rejimi, yani işsizlik ödeneğinin hak sahiplerine ödenmesinin durdurulması ne kadar uzun süre yürürlükte kalırsa yaptırımların uygun, gerekli ve makul olduğuna ilişkin bulguların o kadar çok ikna edici olması gerekir.⁶⁹

Makul olma ilkesini devletin takdir yetkisi lehine kullanan bir örnek olarak Güney Kore Anayasa Mahkemesi verilebilir. Mahkemeye göre, verilen sosyal yardımın kişinin asgari yaşam giderlerini karşılayacak düzeyde olmaması tek başına Anayasanın 34. maddesinde düzenlenen mutluluk arama ve onurlu bir yaşam sürme haklarını ihlal ettiği biçiminde yorumlanamaz. Ancak konuyu düzenleyen bir yasayı parlamentonun çıkarmaması ya da böyle bir yasanın açıkça makul olmaması ve Anayasanın tanıdığı takdir marjını belirgin biçimde aşması durumunda anayasa ihlal edilmiş sayılabilir. Mahkeme, bir başka kararında da engelli bireylerden oluşan bir haneye verilen sosyal yardımların asgari yaşam giderlerini karşılamak için yeterli olmamasını, “açıkça makul olmama” ölçütünü karşılamaması ve “yasama organının takdir marjının açıkça dışına çıkmaması” gerekçesiyle Anayasada güvenceye alınan insan onuruna yaraşır yaşam hakkının ihlali olarak görmemiştir.⁷⁰ Mahkemenin ekonomik ve sosyal haklara ilişkin kararlarında

⁶⁸ Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab and Others, AIR 1997 SC 152, 11.10.1996. *Akt.* Rosenfeld, 2021, s.789.

⁶⁹ 1 BvL 7/16, 5.11.2019. Kararın İngilizce çevirisi için bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2019/11/ls20191105_1bvl000716en.html, erişim: 15.12.2025.

⁷⁰ Joo-Young Lee. “Neoliberal Developmentalism in South Korea and the Unfulfilled Promise of Economic and Social Rights”. *Economic and Social Rights in a Neoliberal World* (ed. Gillian Macnaughton, Diane F. Frey): Cambridge University Press. 2018, s.277.

“açıkça makul olmama” veya “yasama organının takdir marjının açıkça dışına çıkması” ölçütlerini yasama ve yürütme organları lehine geniş yorumlaması, bu haklara ilişkin anayasal denetimi anlamsız kılacak hale getirmesi nedeniyle eleştirilmektedir.⁷¹

Makul olma ölçütüne yöneltilen en önemli eleştirilerden birinin, bunun sosyal hakların gerçekleştirilmesi için gerekli hizmetlerin sağlanmasında asgari bir yeterlik standartı belirlememesi olduğu söylenebilir.⁷² Yukarıda incelendiği üzere, Alman, İtalyan ve Portekiz anayasa mahkemeleri, siyasal takdire karşı asgari sınır testi uygulamaktadır. Özellikle İtalyan ve Portekiz anayasa mahkemeleri devlete açık ve doğrudan talep edilebilir yükümlülükler getiren hükümlere ilişkin ciddi yasal boşlukları tespit etmeleri durumunda bunların anayasaya aykırı olduğuna karar vermektedir. Bu durum, özellikle sağlık ve eğitim haklarına ilişkin konularda kendini göstermektedir. Yasama organının hareketsizliği klasik hak ve özgürlüklerden çok sosyal haklar bakımından önem taşır. Devlet, bu haklara ilişkin anayasal düzenlemelerin etkinliğini sağlamak için gerekli olan yükümlülüklerini yerine getirmezse anayasaya aykırılık ortaya çıkar. Portekiz Anayasa Mahkemesi, ayrıca, Parlamentonun ya da kanun hükmünde kararname yoluyla yürütme organının yeni bir yasama ihmali yaratmasını da anayasaya aykırı bulmaktadır. Mahkeme, yasama organının ekonomik ve sosyal hakları güçlendiren bir yasal çerçeveyi, ilgili hakkı güvenceye alan alternatif araçların bulunmadığı durumlarda yürürlükten kaldırılmasını “eylemlı anayasaya aykırılık” olarak değerlendirmektedir. Mahkeme, örneğin, Ulusal Sağlık Sevisini kuran yasayı yürürlükten kaldıran kanun hükmünde kararname hükümlerini bu gerekçeyle iptal etmiştir.⁷³

Türk Anayasa Mahkemesi de kararlarında sosyal haklara yönelik sınırlamaların ölçülü olup olmadığına yönelik bir inceleme yapmaktadır. Sosyal haklarla ilgili düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetlediği kararların bir bölümünde Mahkeme, kazanılmış hak ile haklı beklenti arasında

⁷¹ *Ibid.*, s.263.

⁷² Katharine G. Young. “Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights”. *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (Ed. Vicki C. Jackson ve Mark Tushnet). Cambridge University Press. 2017; Joie Chowdhury. “Unpacking the minimum core and reasonableness Standards”. *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights* (Ed. Jackie Dugard, Burce Porter ve Daniela Ikawa). Edward Elgar. 2020, s. 270-273;

⁷³ No.39/84 (Proc. 6/83). Aynı yönde bkz. No. 509/2002 (Proc. 768/02). Fernandez Sanchez, 2023, s.131.

bir ayrıma yer vermiş, bu ayrımı hukuk devleti ilkesi çerçevesinde hakkaniyet ya da kamu yararı bakımından ele almıştır. Mahkemeye göre, “Anayasa yargısında kişi yararıyla kamu yararının karşı karşıya geldiği durumlarda ancak önemli bir kamu yararının bulunmadığı durumlarda haklı beklentinin korunması kabul edilebilir. ... kamu yararı konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme, yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının ne kadar gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin ise anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı ve bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.”⁷⁴ Mahkeme, yasama organının takdir yetkisi olduğu gerekçesiyle düzenlemenin bir sosyal hakkın sınırlanmasıyla kamu yararı arasında makul ve adil bir denge kurup kurmadığını denetlemekten kaçınmıştır. Devletin denetim görevini gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle deprem nedeniyle yıkılan veya hasar gören taşınmazların yeniden inşası veya bunun için kredi desteği sağlanması kapsamında afetzedelerin borçlandırılmasının anayasaya uygunluğunu incelediği kararında Anayasa Mahkemesi borcun TÜFE’ye göre güncellenmesinin malike aşırı bir külfet yüklemeyeceği sonucuna varmıştır.⁷⁵ Bu değerlendirme, Mahkemenin ölçülü/makul olma ölçütünü uyguladığını göstermektedir. *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri* başvurusunda ise Anayasa Mahkemesi, sağlık alanında yürütülen işlem ve faaliyetlerde önceliklerin ve kaynakların değerlendirilerek pozitif yükümlülüğün kamu otoriteleri üzerine aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmaması gerektiğini vurgulamıştır.⁷⁶ Mahkeme, burada ölçülük testini sosyal hakkın gerçekleştirilmesinin devlete ne ölçüde mali yük getireceği üzerinden yaptığı izlenimi vermektedir. Son olarak belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi kuruluşundan bu yana, TBMM’nin Anayasayla kendisine verilen bir yükümlülüğü yerine getirmek amacıyla bir düzenleme yapmamasının, bir başka deyişle yasama ihmalinin anayasaya aykırılık sorunu oluşturmadığını kabul etmektedir.⁷⁷

3. Durdurma ve Geriye Götürme Yasağı (*Non-Retrogression*)

Durdurma ve geri götürme yasağı uyarınca, devlet, sosyal haklar alanında sağladığı koruma seviyesini çok zorunlu ve haklı bir neden olmadıkça bu

⁷⁴ E.2016/20, K.2017/145; E.2017/18, K.2019/66.

⁷⁵ E.2023/149, K.2025/147.

⁷⁶ *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri*, No. 2012/752, 17.9.2013.

⁷⁷ E.1963/174, K.1963/115. Selin Esen. “Judicial Review of Laws of the Turkish Constitutional Court as a Positive Legislator”. *Journal of Parliamentary and Political Law* 19.2025, s.148-150.

düzeyi kişilerin aleyhine olacak şekilde geriletemez. Bu doktrin, sosyal hakların korunmasında, özellikle dezavantajlı kesimler üzerinde, kapsamlı bir daralmanın ölçüsüz ve kalıcı nitelikte bir etki yaratmasını önlenmeyi amaçlar. Ayrıca, söz konusu önlemler karşı karşıya kalınan kriz ya da felaketin niteliği ve ölçeğiyle orantılı olsa bile asgari bir korumanın sürdürülmesini sağlar.⁷⁸ Portekiz Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi sıkı biçimde uygulayan yargı mercilerinin başında gelir. Mahkemeye göre, sosyal haklar yalnızca siyasal bir vaat değil, kişiler bakımından kazanılmış bir anayasal statüdür. Bu çerçevede Mahkeme, daha önce ücretsiz olan Ulusal Sağlık Servisi (SNS) için katılım payı öngören yasayı sosyal hakların geriye götürülmesi yasağına aykırı bularak iptal etmiştir.⁷⁹ Ayrıca Mahkeme, ekonomik bunalım nedeniyle kamu görevlilerinin maaşlarına kesinti yapan düzenlemelerin bir bölümünü de “yüklerin eşit dağılımı” ve “geriye götürme yasağı” ilkelerine aykırı bulmuştur.⁸⁰ Kolombiya Anayasa Mahkemesi de yasama organının sosyal haklar alanında daha önce tanınan koruma düzeyini geriye götürecek önlemler alamayacağını açıkça ifade ederek⁸¹ geriye götürme yasağını kararlarında anayasal bir ölçüt olarak kullanmaktadır. Mahkemeye göre, bir sosyal hakkı gerileten bir düzenlemenin anayasaya uygun kabul edilmesi için devletin çok önemli bir gerekçe sunması, tüm alternatifleri tükettiğini kanıtlaması ve en savunmasız kesimleri korumayı sürdürmesi gerekir.⁸² Fransız Anayasa Konseyi de çevre koruma standartlarını düşüren bir yasayı geriye götürme yasağı ilkesi kapsamında anayasa aykırı bulmuştur.⁸³ Ancak belirtmek gerekir ki, geriye götürme yasağına dayanarak sosyal hakların korunması anayasa mahkemelerine özü itibarıyla ‘pasif’ bir rol biçmektedir.

Türk Anayasa Mahkemesinin sosyal hakların korunmasında bu ilkeye doğrudan başvurmadığı söylenebilir. Mahkeme, kazanılmış hakları daha çok hukuk devleti ve devlete güven ilkeleri çerçevesinde ele almaktadır. Anayasa Mahkemesi, ekonomik bunalım ya da doğal afetler nedeniyle alınan olağanüstü vergileri de sosyal devlet ilkesi ve geriye götürme yasağı bakımından incelememiştir. Bu bağlamda Mahkeme, 1999’da Marmara Bölgesinde yaşanan depremin yarattığı ekonomik kayıpları gidermek

⁷⁸ David Bilchitz, “Socio-economic rights, economic crisis and legal doctrine”, *International Journal of Constitutional Law* 12, 2014, s. 710.

⁷⁹ No. 39/84.

⁸⁰ No.187/2013.

⁸¹ C-1165/2000; T-760/2008.

⁸² C-038/04.

⁸³ No. 2019-823 QPC 31.1.2020.

amacıyla 4481 sayılı Yasa ile konan ek vergileri; 2003 tarihli ve 4837 sayılı yasayla düzenlenen ek emlak vergisini vergi yükünün adil ve dengeli dağılımının sağlanmasının amaçlandığı gerekçesiyle anayasaya aykırı bulmamıştır. TBMM, 2023'te kabul ettiği 7456 sayılı yasayla da aynı yıl meydana gelen depremlerin yol açtığı ekonomik kayıpların telafisi gerekçesiyle ek vergi koymuştur. Anayasa Mahkemesi, ek vergi yükümlülüğü getirilmesinin deprem gibi olağanüstü durumların neden olduğu “kayıpların giderilmesi” ve “toplumsal dayanışmanın sağlanması” amacına hizmet ettiğini vurgulayarak ilgili düzenlemeyi anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme, olağanüstü vergilendirmeyi sosyal devlet ve sosyal haklar bakımından değerlendirmemiş, yasallık ve ölçülülük ilkeleri çerçevesinde ele almıştır. Mahkemeye göre, olağanüstü kayıpların telafisi amacıyla vergi koymak devletin en meşru araçlarından olup, devletin takdir yetkisi kapsamında kalması nedeniyle gereklilik ilkesine uygundur. Ek verginin geçici nitelikte ve bir defaya mahsus olması, bireylere aşırı bir külfet yüklediği gibi, depremlerin yol açtığı maddi kayıpların büyüklüğü karşısında bu kayıpların giderilmesi sonucunda elde edilecek fayda ile katlanılacak külfet arasında makul olmayan bir dengesizlik de bulunmamaktadır.⁸⁴ Sonuç olarak, Mahkemenin deprem gibi olağanüstü olayların yaşandığı dönemlerde oluşan ekonomik kayıpların telafisi amacıyla -ölçülü olmak kaydıyla- ek vergilerin öngörülmesini mali güce göre vergilendirme ve vergi yükünün adaletli dağılımı ilkelerine aykırı bulmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemenin bu durumlarda asgari yaşam standardı ölçütünü ya da geriye götürme yasağını anayasaya uygunluk denetiminde dikkate almadığı görülmektedir.

4. Devletin Sosyal Haklara İlişkin Yükümlülüklerinin Mali Kaynaklarla Sınırlı Olması

Sosyal hakların gerçekleştirilmesi çoğu zaman devletin harcama yapmasını gerektirir. Kuşkusuz, devletin sahip olduğu mali kaynaklar sosyal hakların yaşama geçirilmesinde doğal bir sınır oluşturur. Uygulanması büyük mali kaynakların kullanımına bağlı olan sosyal haklar söz konusu olduğunda, bu haklar diğer hak ve özgürlükler gibi anayasal güvence altında olsa bile, yasama ve yürütme organlarının geniş takdir yetkisi olduğu ileri sürülmektedir. Bu güçlüğü aşılmasında yargı organına önemli bir görev düşer. Yargı organı, yukarıda açıklanan yöntemlerden birini ya da birkaçını uygulayarak bu alanda ortaya çıkacak ihlallerin denetlenebilirliğini sağlayabilir. Gerçekten de, bazı anayasa mahkemeleri, devletin sosyal haklara

⁸⁴ E.2023/169, K.2024/82; E.2023/131, K.2023/160.

ilişkin yükümlülükleri ile mali kaynakları arasındaki ilişkiyi sosyal hakkı önceleyerek yorumlamaktadır. Örneğin, Kolombiya Anayasa Mahkemesi devletin harcama önceliklerine saygı gösterdiğini belirtir. Aynı zamanda tüm anayasal hakların korunmasının kaçınılmaz bir maliyet yarattığının da altını çizer. Mahkemeye göre maliyetin büyüklüğü sosyal hakların etkin kullanımının sağlanmasına ve devletin yaşam, kişisel bütünlük ve insan onurunu güvenceye alma görevini yerine getirmesine engel oluşturmaz.⁸⁵ Benzer biçimde, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi de talep edilebilir nitelik taşıyan eşitlik, ifade, adil yargılanma gibi medeni ve siyasal hakların birçoğunun da devlete mali yük getirdiğini; sosyal hakların neredeyse kaçınılmaz biçimde mali sonuçları olmasının bunların talep edilebilir niteliğe sahip olmasına engel oluşturmadığını vurgulamıştır.⁸⁶

Bu mahkemelerin sosyal hakların korunmasının insan onurunun da korunması sonucunu doğurması nedeniyle, bu hakların devlet bütçesine getireceği yüke ikincil bir yer verdiği söylenebilir. Kuşkusuz bu yaklaşım, devletin karşı karşıya kaldığı mali yükün mahkemeler tarafından tamamen göz ardı edildiği anlamına gelmez. Örneğin, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi sağlık hakkıyla ilgili davalarda doğrudan bireysel tazminat taleplerini reddederken devletin yapması gereken beklenmedik ek harcamaları önemli bir husus olarak değerlendirmiştir. Bu bağlamda, *Soobramoney v. Minister of Health (KwaZulu-Natal)* davasında Mahkeme, Anayasanın 27. maddesinde düzenlenen sağlık hizmetlerine erişim hakkının, terminal aşamadaki bir hastanın yaşamını uzatmaya yönelik böbrek diyalizi sağlanmasını kapsamadığına hükmetmiştir. Ancak acil tıbbi müdahale gerektiren durumlarda farklı bir değerlendirme yaparak acil tıbbi hizmetlere erişimi doğrudan talep edilebilir bir hak olarak tanımıştır. Mahkeme, her ne kadar bu hakkın kapsamını son derece dar çizmiş olsa da, bu hakkın, devletin mali kaynaklarının yeterliğinden bağımsız olarak ambulans, acil servis ve hastane altyapısının sağlanması gibi devlete somut ve maliyet doğuran pozitif yükümlülükler getirdiğini de hükme bağlamıştır.⁸⁷

⁸⁵ Bu çerçevede Mahkeme, örneğin, HIV’li hastaların tedaviye erişiminin zorunlu sağlık planı dışında tutulmasını anayasaya aykırı buldu. T-505/92, T-271/95, SU-480/97, T-185/00, T-376/03. Margarita Sepulveda. “Colombia: The Constitutional Court’s Role in Addressing Social Injustice”. *Social Rights Jurisprudence Emerging Trends in International and Comparative Law* (ed Malcolm Langford). Cambridge University Press. 2009, s. 157.

⁸⁶ *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996 (4) SA 744 (CC)*

⁸⁷ *Soobramoney v. Minister of Health (KwaZulu-Natal)* (CCT 32/97), 27.11.1997.

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi bir başka kararında ise HIV pozitif olan gebe kadınların doğum sırasında virüsü çocuklarına geçirmesini engelleyen bir ilacın yalnızca idare tarafından belirlenen hastanelerde pilot program olarak uygulanmasını anayasaya aykırı bulmuştur. Mahkeme, bu sınırlamayı herkesin sağlık hizmetlerine erişim hakkını düzenleyen Anayasanın 27. maddesi ile çocukların temel sağlık hizmetlerine erişim hakkını güvenceye alan Anayasanın 28. maddesine aykırı görmüştür. Mahkeme, devletin bu ilacı ülke genelinde sağlaması gerektiğini hükme bağlarken ekonomik kaynakların bunun için yeterli olup olmadığını göz önünde bulundurmamıştır. Dahası, devlete ilacın hastane ve kliniklerde erişilebilirliğini sağlaması ve kamu sağlık sektöründe test ve danışmanlık olanaklarını genişletmek için makul önlemler alması gerektiğini de belirtmiştir.⁸⁸ Hindistan Yüksek Mahkemesi de bir kararında, sağlık hizmetinin sağlanması için mali kaynaklara ihtiyaç duyulduğunu kabul etmekle birlikte, bunun devletin halka yeterli sağlık hizmeti sunmasının anayasal yükümlülüğü olduğu gerçeğini ortadan kaldırmadığını vurgulamıştır. Mahkeme, “Bu olanakların sağlanması için mali kaynaklara ihtiyaç duyulduğu kuşkusuzdur. Ancak aynı zamanda halka yeterli sağlık hizmeti sunmanın devletin anayasal bir yükümlülüğü olduğu gerçeği de göz ardı edilemez. Bu amaca ulaşmak için gereken ne ise yapılmalıdır. Yoksul bir sanığa ücretsiz adli yardım sağlama konusundaki Anayasal yükümlülük bağlamında bu Mahkeme, devletin mali sınırlamaları gerekçe göstererek bu konudaki Anayasal yükümlülüğünden kaçınamayacağına hükmetmiştir.” diyerek devletin mali olanaklarının sosyal hakların mutlak sınırını oluşturmadığı sonucuna varmıştır.⁸⁹

Endonezya Anayasa Mahkemesi, 2000’li yılların başlarından itibaren verdiği çeşitli kararlarında, Anayasanın devlete yüklediği “her vatandaşa eşit fırsat sağlayan ulusal bir eğitim sistemi kurma ve yürütme” ödevini (md.31) genişleterek yorumlamıştır. Mahkeme, bu ödevi, temel eğitimin devlet tarafından tamamen finanse edilmesi ve öğrenciler ile ailelerine yük getirebilecek tüm doğrudan ya da dolaylı maliyetlerin ortadan kaldırılması

⁸⁸ *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign (CCT 8/02)*, 5.7.2002. Jean Carmalt. “Neoliberal Geographies and the Justiciability of Economic and Social Rights”. *Economic and Social Rights in a Neoliberal World* (Ed. Gillian Macnaughton, Diane F. Frey): Cambridge University Press. 2018, s.312-314.

⁸⁹ *People’s Union for Civil Liberties (PUCL) v Union of India*, (1997) 3 SCC 43. Bhardwaj, Divan, Rai, 2023.

yönünde bir zorunluluk olarak tanımlamıştır.⁹⁰ Mahkeme, 2025 tarihli kararında devletin bu anayasal ödevini daha da somutlaştırarak devletin temel eğitimi yalnızca kamu okullarında değil, aynı zamanda özel ve dini okullarda eğitim gören çocuklar için de finanse etmekle yükümlü olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, kamu okullarının sınırlı kapasitesi nedeniyle milyonlarca çocuğun eğitim dışında kalmaya zorlandığı bir durumda devletin mali yetersizlik gerekçesinin arkasına sığınamayacağını belirtmiştir.⁹¹

Sosyal hakların gerçekleştirilmesinde devletin mali kaynaklarının yeri konusu 1982 Anayasasının “Sosyal ve Ekonomik Hakların Sınırı” başlıklı 65. maddesinde ele alınmıştır. Bu maddenin özgün biçimi “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” diyerek devletin ödevlerini yerine getirmesini erteleyebilmesine anayasal bir dayanak sağlama işlevi görüyordu. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de bazı kararlarında olağanüstü dönemlerde alınan ve sosyal hakları geriletici sonuçlar doğuran ekonomik önlemlerin “ekonomik istikrarı koruma” amacı taşıdığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, “ekonomik istikrarın korunması” amacıyla alınan önlemler, ölçülü olmak kaydıyla, sosyal hakların sınırlandırılmasının nedeni olabilir.⁹² Mahkeme, ekonomik bunalım dönemlerinde sosyal hakların sınırlandırılmasını ekonomik istikrarın bozulmasının toplumu tehdit ediyor olması ve kamu yararı gerekçesiyle anayasaya aykırı bulmamıştır.⁹³ Mahkemenin, bu kararlarında ekonomik düzenin sürdürülebilirliğini sosyal haklar karşısında önceliği görülmektedir. Öte yandan, Anayasanın 65. maddesinde 2001’de yapılan değişiklik bu düzenlemeyi devletin takdir yetkisini daraltıcı bir biçimde yorumlamaya elverişli hale getirmiştir. Anayasanın 65. maddesinin son biçimine göre, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” Bu değişiklik, maddenin sınırlama yerine

⁹⁰ Gede Sujana, Ande Ana Konda, Febliana Dapa, Eldiyanto Tadu Niga. “Free Basic Education Between Constitutional Norm and Implementation Realities”. *International Journal of Education and Social Science Studies* 1(2).2025, s.61-62.

⁹¹ No.3/PUU-XXII/2024,7.5.2025. Akt. Bernard Nicholas Singarimbun. “Education Sovereignty in Indonesia: 80 Years On, Has the Constitutional Right Been Fulfilled?”. *International Journal of Constitutional Law Blog*. 12.8.2025. <https://www.icconnectblog.com/education-sovereignty-in-indonesia-80-years-on-has-the-constitutional-right-been-fulfilled/>, erişim: 15.12.2025.

⁹² E.1999/42, K.2001/41.

⁹³ E.1994/43, K.1994/42.

düzenleme işlevini öne çıkarması nedeniyle öğretide olumlu karşılanmıştır.⁹⁴ Ayrıca, maddede yer alan, “mali kaynakların kullanılış ve tahsis önceliği” ilkesinin Anayasanın bazı maddelerinde açıkça belirlendiği söylenebilir. Anayasanın 50/2. maddesinde yer alan çalışma koşulları yönünden kadınların, küçüklerin ve engellilerin özel olarak korunmasına ilişkin düzenleme ile Anayasanın 61. maddesinde sayılan sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gereken kesimler ile ilgili olarak yapılacak harcamalar bu niteliktedir.⁹⁵ Anayasa Mahkemesi de bazı kararlarında bu yönde bir inceleme yapmıştır. Örneğin, aylık nakdi ödeme yapılarak sosyal destekte bulunulacak engelli kişilerin belirlenmesine ilişkin bir düzenlemeyi denetlediği kararında, Mahkeme, engellilerin korunmasının Anayasanın 61. maddesinden kaynaklanan ve Anayasanın 65. maddesi kapsamında bir öncelik olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme denetlenen hükümle yaşadığı hanede bulunan kişilerin gelirleri esas alınarak engelliler arasında bir ayrıma gidildiğini ve mali kaynakların yeterliliği ölçüsünün bu ayrım çerçevesinde takdir edildiğini, bunun da Anayasanın 65. maddesine göre “makul” sayılacağını belirtmiştir.⁹⁶

Burada yanıtlanması gereken soru, Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 65. maddesini sosyal hakların gerçekleştirilmesinde meşru ve anayasal bir engel olarak mı gördüğü, yoksa bir öncelik denetimi aracı olarak mı değerlendirdiğidir. Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 65. maddesini gerekçe göstererek devletin mali politikalarına ve bütçe tercihlerine müdahale etmemesi sosyal hakların korunmasında düşük yoğunluklu bir rol üstlenmesine neden olur. Anayasa Mahkemesi devletin mali kaynaklarını sosyal hakkın varlık koşulu olarak incelemeyi kararlaştırmıştır. Örneğin, Mahkeme, 1996 tarihli bir kararında sosyal güvenlik hakkının yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile bağlantılı olması nedeniyle Anayasanın 65. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.⁹⁷ Mahkemeye göre, Anayasanın 65. maddesinin amacı hakları tamamen ortadan kaldırmak değil, devletin sosyal ödevlerini öncelik sırasına koyarak yerine getirmesini

⁹⁴ İbrahim Ö. Kaboğlu. “Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”. *Anayasal Sosyal Haklar*. (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu). Legal: İstanbul. 2012, s.29; Fazıl Sağlam. *Anayasa Hukuku Ders Notları*. Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi: Lefkoşa. 2013, s.282; Ali Erdem Doğanoglu. *Türk Anayasa Hukukunda Çalışma Hakkı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı: Ankara. 2024, s.369.

⁹⁵ Sağlam, *Ibid*, s.337.

⁹⁶ E.2020/13, K.2020/68.

⁹⁷ E.1996/17, K.1996/38.

sağlamaktır.⁹⁸ Öte yandan, Mahkemenin 1982 Anayasasının yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar aksi yönde bir tutum benimsediği çok sayıda kararı da bulunmaktadır. Mahkeme, devletin sağlık ve sosyal güvenlik haklarının sağlanmasına ilişkin pozitif yükümlülüğünün ekonomik koşullarla sınırlı olduğunu, bu kapsamda kaynakların kullanılması konusunda ve kamu hizmetlerinde önceliklerin belirlenmesinde takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmiştir.⁹⁹ Bu bağlamda Mahkeme, devlet tarafından verilen sağlık hizmetlerinden ücret alınmasını; devlet iştiraklerinde sosyal güvenliğin finansmanını sağlamak amacıyla ek mali yükümlülükler getirilmesini; yurtdışından gelenlere yaşlılık aylığı bağlanması için yurda kesin dönüş koşulu aranmasını anayasaya aykırı bulmamıştır.¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, yalnızca norm denetimi kararlarında değil bireysel başvuru kararlarında da devletin sağlık ve sosyal güvenlik haklarının sağlanmasına ilişkin pozitif yükümlülüğünün ekonomik koşullarla sınırlı olduğunu vurgulamaktadır. Örneğin, *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri* başvurusunda, Mahkeme, sağlık alanında yürütülen işlem ve faaliyetlerde önceliklerin ve kaynakların değerlendirilerek pozitif yükümlülüğün kamu otoriteleri üzerine aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmaması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁰¹

Mahkeme bir başka kararında, ortaokulların, ilkokullar veya liselerle birlikte aynı binada kurulabilmesine olanak tanıyan düzenlemeyi eğitim hakkı ve sosyal devlet ilkesi de dahil olmak üzere başka hiçbir Anayasa kuralı açısından değerlendirmeyip doğrudan Anayasanın 65. maddesine dayanarak incelemiş ve devletin mali kaynaklarının yeterliliği kapsamında eğitimin düzenlenmesi konusunda takdir yetkisine sahip olduğu gerekçesiyle iptal talebini reddetmiştir.¹⁰² Mahkeme ayrıca, belirli statülerdeki yabancıların Türkiye’de genel sağlık sigortasından bir yıl süreyle sınırlı olarak yararlanabilmesine ilişkin düzenlemeyi de mali kaynakların yeterliliği ölçüsü kapsamında yasama organının takdir yetkisi içinde görerek anayasaya aykırı bulmamıştır.¹⁰³ Anayasa Mahkemesi sosyal güvenlik sisteminin “aktüeryal

⁹⁸ E.2004/109, K.2007/87.

⁹⁹ E. 2021/73, K. 2022/51.

¹⁰⁰ *Örn. Bkz.* E. 1987/16, K. 1988/8; E. 2005/52, K. 2007/35; E. 1991/5, K. 1992/9; E.1998/46, K. 1998/83.

¹⁰¹ *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri*, No. 2012/752, 17.9.2013. Not etmek gerekir ki, AİHM de sağlık güvencesi olan başvurusunun kullandığı ilacın maliyetinin bir bölümünü karşılaması zorunluğunu sağlık hizmetinin devletin ekonomik kaynaklarına bağlı olması gerekçesiyle sözleşmeye aykırı bulmuyor. *Örn. bkz. Nitecki/Polonya*, No. 65653/1, 21.03.2002.

¹⁰² E. 2012/65, K. 2012/128.

¹⁰³ E. 2020/30, K. 2023/12.

dengesi”nin korunmasını sosyal devletin geleceği için zorunlu görmekte ve sosyal güvenlik kurumlarının işlevlerini yerine getirebilmeleri için gerekli önlemlerin alınmasının devletin görevi olduğunu belirtmektedir.¹⁰⁴ Bu bağlamda, Mahkemeye göre Anayasanın 60. maddesinde devlete verilen sosyal güvenlik hakkını sağlama görevi, 65. maddede belirtildiği üzere "mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde" yerine getirilebilir. Bir başka ifadeyle, Anayasanın 65. maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından meşru bir sınırlama nedeni olarak değerlendirilmektedir. Mahkeme, burada konuyu değişikliğin kişilere hukuki güvenlik ilkesi bağlamında bir geçiş süreci tanıyıp tanımadığı üzerinden denetlemiştir.

Kısacası, Anayasa Mahkemesi sosyal hakların ne ölçüde tanınacağı konusunda yasama organına geniş bir takdir yetkisi tanıma eğilimindedir. Örneğin, Mahkemeye göre, işsizlik sigortasından yararlanma koşullarının yumuşatılmasının veya ağırlaştırılmasının istihdam, işgücü verimliliği, gelir dağılımı, enflasyon, ücretler gibi ekonomik değişkenler üzerindeki etkilerini değerlendirmek ve buna göre bu koşulları belirlemek yasa koyucunun takdirindedir.¹⁰⁵ Mahkemenin Anayasanın 65. maddesini devletin yükümlülüklerinden kurtulmasının anayasal dayanağı olarak değil “öncelik belirleme ödevi” olarak yorumlamak konusunda istikrarlı bir içtihat geliştirdiği söylenemez. Oysa ki, kaynak yetersizliği bir sosyal hakkın korunmasında istenen düzeye ulaşılmasını geciktirebilir. Ancak hakkın özüne dokunulmasının bir gerekçesi olamaz.

SONUÇ

Sosyal devlet ilkesi ve sosyal haklar, kişinin klasik haklardan tam anlamıyla yararlanabilmesinin, insanca yaşabilmesinin ve kendisini geliştirebilmesinin ön koşuludur. Pek çok anayasa mahkemesinin klasik haklarla ilişkilendirmek yoluyla sosyal hakları tanıyan ya da kapsamını genişleten yaklaşımı sosyal haklarla birinci kuşak haklar arasındaki sürekliliğe işaret etmektedir. Sosyal hakların anayasal düzenlemeler ya da yargı kararları yoluyla talep edilebilir bir nitelik kazanması, bu haklara parlamentodaki çoğunluğun benimseyeceği politikalardan bağımsız bir güvence sağlamaktadır. Anayasa ve yargı kararlarıyla güvenceye alınan sosyal haklar, sosyal devlet ilkesi ve sosyal adalet anlayışı ile birlikte,

¹⁰⁴ E.1999/42, K.2001/41.

¹⁰⁵ E. 2008/57, K. 2010/26. Aynı yönde bkz. E. 2019/46, K. 2020/55.

toplumun özellikle en dezavantajlı kesimlerinin temel gereksinimlerinin devlet tarafından karşılanmasını güvenceye alır. Sosyal hakların bu işlevi devletin takdir yetkisinin de sınırını belirler.

Anayasa mahkemeleri, sosyal hakları talep edilebilir niteliğe kavuşturmak ve bunların kapsamını somutlaştırmak yoluyla siyasal iktidarı mali kaynakların dağıtımı ve kullanımı konusunda daha yüksek bir hesap verebilirlik standardına bağlı tutar. Bu durum sosyal devletin sınırlı siyasal iktidar anlayışı üzerindeki işlevini ortaya koymaktadır. Mahkemeler, sosyal hakları talep edilebilir niteliğe kavuşturarak ve kişilerin bu haklardan yararlanabilmesi için devlete asgari yükümlülükler yükleyerek temel toplumsal dönüşümde merkezi bir rol oynayabilir.

Buna karşılık anayasa mahkemesinin, sosyal hakların dava edilebilirliğini sınırlı yorumlaması ve devletin sosyal hakları yerine getirmesinde "mali kaynakların yeterliliği" ölçütünü mutlak bir takdir alanı olarak kabul etmesi, sosyal devlet ilkesinin yargısal korumadan yoksun kalmasına ve siyasal temenniden ibaret bir ilkeye dönüşmesine yol açabilir. Anayasa Mahkemesi, anayasayı yorumlama yetkisini sosyal hakların kapsamını genişletmek, toplumun en kırılgan kesimlerinin asgari yaşam düzeyini korumak ve devletin elindeki sınırlı kaynakları bu amaç doğrultusunda kullanmasını sağlamak yönünde değerlendirmelidir.

Türk Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan beri sosyal haklara yaklaşımının, genel olarak yasama organının takdir yetkisini geniş yorumlamak biçiminde olduğu söylenebilir. Bu bağlamda Mahkemenin sosyal yasamayı desteklemek konusunda pasif bir tutum benimsemektedir. Mahkemenin, bazı yabancı anayasa mahkemelerinin benimsediği çoğulcu bir toplum içinde dayanışma anlayışından çok patriarkal-devlet baba anlayışıyla sosyal dayanışmayı sağlama yaklaşımını benimsediği söylenebilir. Türkiye'de eğitim, sağlık, istihdam, konut, vergi ve sosyal güvenlik gibi tüm toplumu ilgilendiren kamusal hizmetlerde Anayasa Mahkemesinin sosyal hak odaklı ve tutarlı bir tutum benimsediğini söylemek güçtür. Ayrıca Mahkemenin bugüne kadar sosyal hakları daha geniş ölçüde güvenceye alan özgün bir yaklaşım geliştirdiği de söylenemez. Mahkemenin içtihadı yolla yeni sosyal haklar üretme eğiliminin olmadığını da vurgulamak gerekir. Mahkemenin özellikle bireysel başvurularda AİHM'in sosyal hakların dolaylı korunmasına ilişkin içtihadını izlediği görülmektedir. Oysa ki 1982 Anayasası, AİHS'den farklı olarak sosyal devlet ilkesini açıkça benimsemekte ve geniş bir sosyal haklar listesine yer vermektedir. Ancak Mahkeme 1982 Anayasasının sosyal haklara ilişkin sağladığı bu ek güvenceleri çoğu zaman etkin biçimde

kullanmaktan kaçınmaktadır. Bu durum Anayasa Mahkemesinin, sosyal devleti ve sosyal hakları koruma işlevini sınırlı bir biçimde yerine getirmesi sonucunu doğurmaktadır. Anayasa Mahkemesinin sosyal devletin ve sosyal hakların doğrudan korunmasında daha aktif bir rol üstlenmesi ve hakların özünü zedeleyebilecek her türlü sınırlamayı titizlikle denetlemesi, yalnızca sosyal adaletin sağlanmasına katkıda bulunma sonucunu doğurmayacak, aynı zamanda toplumdaki eşitlik ve adalet anlayışının pekişmesine de hizmet edecektir.

KAYNAKÇA

- Arnold, Rainer. "Almanya Anayasacılığında ve Orta ve Doğu Avrupa'daki Yeni Demokrasilerde Sosyal Haklar: Karşılaştırmalı Gözlemler". (Çev. Gülden Kurt). *Anayasal Sosyal Haklar*. (ed. İbrahim Ö. Kaboğlu). Legal: İstanbul. 2012.
- Beetham, David. *Democracy and Human Rights*. Polity Press: Cambridge. 1999.
- Bhardwaj, Kajal; Divan, Vivek; Rai, Shivangi. "The Right to Health and Universal Health Coverage in India". *RTH_UHV Working Paper*. 2023.
- Bilchitz, David. "Socio-economic rights, economic crisis and legal doctrine." *International Journal of Constitutional Law* 12. 2014.
- Bilchitz, David. *Poverty and Fundamental Rights*. Oxford University Press. 2007.
- Bulut, Nihat. "Sosyal Hakların Anayasa Mahkemesi Tarafından Bireysel Başvuru yolu ile Korunabilme İmkani: İnsan Haklarının Bütünlüğü İlkesi Çerçevesinden Bir İnceleme." *Anayasa Yargısı* 41(2). 2024.
- Carmalt, Jean. "Neoliberal Geographies and the Justiciability of Economic and Social Rights", *Economic and Social Rights in a Neoliberal World* (Ed. Gillian Macnaughton, Diane F. Frey): Cambridge University Press. 2018.
- Casla, Koldo, Juli Ponce, Marion Sandner, María José Aldanas, Rafael Cid ve Irene Escorihuela. "Litigation on the Progressive Realisation of Economic, Social, and Cultural Rights: Under What Conditions May it be Strategic?" *Catedra Barcelona Estudis Habitadge*. 2025.
- Chowdhury, Joie. "Unpacking the minimum core and reasonableness Standards". *Research Handbook on Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights* (Ed. Jackie Dugard, Burce Porter ve Daniela Ikawa). Edward Elgar. 2020.
- Doğanoğlu, Ali Erdem. *Türk Anayasa Hukukunda Çalışma Hakkı*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara. 2024.
- Egidy, Stefanie. "The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court". *German Law Journal* 12(11). 2011.
- Eide, Asbjorn. "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights." *Economic, Social and Cultural Rights* (ed. Asbjorn Eide, Catarina Krause ve Allan Rosas) Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers. 2001.
- Esen, Selin. "Judicial Review of Laws of the Turkish Constitutional Court as a Postive Legislator". *Journal of Parliamentary and Political Law* 19.2025.
- Fernandez Sanchez, Pedro. "El Ambicioso Programa de Derechos Económicos y Sociales de la Constitución Portuguesa y su Aplicación Innovadora por el Tribunal Constitucional." *Revista Española de Derecho Constitucional* 127. 2023.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*. 17. Baskı. Bursa: Ekin. 2025.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. "Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları". *Anayasal Sosyal Haklar*. (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu). Legal: İstanbul. 2012.
- Kethüda, Enes. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Sosyal Haklar*. Ankara: Adalet. 2024.

- Langford, Malcolm. "Judicial Politics and Social Rights." in *The Future of Economic and Social Rights* (ed. Katharine G. Young). Cambridge: Cambridge University Press. 2019.
- Lee, Joo-Young. "Neoliberal Developmentalism in South Korea and the Unfulfilled Promise of Economic and Social Rights." in *Economic and Social Rights in a Neoliberal World* (ed. Gillian Macnaughton and Diane F. Frey). Cambridge University Press. 2018.
- Lucherini, Francesco. "The Constitutionalization of Social Rights in Italy, Germany, and Portugal: Legislative Discretion, Minimal Guarantees, and Distributive Integration". *German Law Journal* 25. 2024.
- Marshall, Thomas Humphrey. *Citizenship and Social Class, and Other Essays*. Cambridge: Cambridge University Press. 1950.
- OHCHR [Office of High Commissioner for Human Rights]. *Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights*. Fact Sheet No. 33. Geneva: United Nations. 2008. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet33en.pdf>, erişim: 15.12.2025.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. 25. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları. 2025.
- Rosenfeld, Michel. "The Role of Justice in the Constitution: The Case for Social and Economic Rights in Comparative Perspective." *Cardozo Law Review* 42 (3). 2021.
- Sabuncu, Yavuz. *Anayasaya Giriş*. 11. Baskı. Ankara: İmaj. 2005.
- Sağlam, Fazıl. *Anayasa Hukuku Ders Notları*. Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi. 2013.
- Sen, Amartya. *Development as Freedom*, Oxford: Oxford University Press. 1999.
- Sepulveda, Margarita. "Colombia: The Constitutional Court's Role in Addressing Social Injustice." in *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* (ed. Malcolm Langford.) Cambridge University Press. 2009.
- Shue, Henry. *Basic Rights*. Princeton: Princeton University Press. 1980.
- Singarimbun, Bernard Nicholas. "Education Sovereignty in Indonesia: 80 Years On, Has the Constitutional Right Been Fulfilled?". *International Journal of Constitutional Law Blog*. 12.8.2025. <https://www.iconnectblog.com/education-sovereignty-in-indonesia-80-years-on-has-the-constitutional-right-been-fulfilled/>, erişim: 15.12.2025.
- Sujana, Gede, Ande Ana Konda, Febliana Dapa, Eldiyanto Tadu Niga. "Free Basic Education Between Constitutional Norm and Implementation Realities". *International Journal of Education and Social Science Studies* 1(2).2025.
- Tanör, Bülent. *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. 2022.
- Uzunpınar, Çiğdem Serra. *Anayasa Hukuku Açısından Kültürel Mirasın Korunması*. Ankara: Yetkin. 2024.
- WORLD Policy Analysis Center. "Resources - Fact sheets and policy briefs." E.T. 20.12. 2025.
- Young, Katharine G. "Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights." in *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (eds. Vicki C. Jackson and Mark Tushnet). Cambridge University Press. 2017.
- Yung, Courtney, Ran Hirschl, and Evan Rosevar. "Economic and Social Rights in National Constitutions." *The American Journal of Comparative Law* 62. 2014.

Mahkeme Kararları

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi

Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others (CCT11/00), 4.10. 2000.

Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign (CCT 8/02), 5.7.2002.

Soobramoney v. Minister of Health (KwaZulu-Natal) (CCT 32/97), 27.11.1997.

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi

Dandridge vs. Williams, 397 U.S. 471 (1970).

San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973).

Hindistan Yüksek Mahkemesi

People's Union for Civil Liberties (PUCL) v Union of India, 1997(1) SCR 923, 5.2.1997.

Vincent Panikurlangara v. Union of India and Others, 2 SCC 165, 3.3.1987.

Paramanand Katara and Others v Union of India and Others, 4 SCC 286, 28.8.1989.

Surjit Singh v State of Punjab, 2 SCC 336, 31.1.1996.

Dr. Ashok v. Union of India, 5 SCC 10, 2.5.1997.

State of Punjab v Ram Lubhaya Bhagga, 4 SCC 117, 26.2.1998.

Ankur Argawal v. State of Madhya Pradesh, 401 MP, 2.3.2021.

Paschim Banga Khet Mazdoorsamity of Others v State of West Bengal&Anr, 4 SCC 37, 6.5.1996.

Ahmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab and Others, AIR 1997 SC 152, 11.10.1996.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi

Hartz IV, BVerfG, 09.2.2010, 1 BvL 1/09.

Endonezya Anayasa Mahkemesi

No.3/PUU-XXII/2024,7.5.2025. *Akt*.

Portekiz Anayasa Mahkemesi

No. 474/2002, 19.11.2002.

No. 54/2022 (Proc. 421/2020).

No. 349/1991 (Proc. 297/89).

No. 411/1993 (Proc. 434/91).

No. 177/2002 (Proc. 546/01).

No. 39/1984 (Proc. 6/83).

No. 509/2002 (Proc. 768/02).

No. 39/1984.

No.187/2013.

No. 309/1999.

No. 354/2008.

İtalya Anayasa Mahkemesi

No. 96/1991.

No.243/1992.

No. 436/1992.

No. 110/1999.

No. 152/ 2020.

Kolombiya Anayasa Mahkemesi

T-426/92, 24.6.1992.

T-505/92, 28.8.1992.

T-271/95, 23.6.1995.

T-185/00, 28.02.2000.

T-376/03, 8.5.2003.

T-760/08, 31.7.2008.

SU-480/97, 25.10.1997 (bireysel başvuruların birleştirilmesi kararı).

C-1165/00, 2000.

C-038/04, 2004.

Fransız Anayasa Konseyi

No. 2019-823 QPC 31.1.2020.

Macaristan Anayasa Mahkemesi

No. 42/2000, 7.11.2000.

Letonya Anayasa Mahkemesi

No. 2009—43-01, 21.12.2009.

AİHM

Nitecki v. Poland, No. 65653/01, 21.03.2002.

Türk Anayasa Mahkemesi

E.1963/174, K.1963/115, 20.5.1963, RG. 2.8.1963-11470.

E.1986/22, K.1988/1, 2.12.1986, RG. 30.4.1987-19446.

E.1987/16, K.1988/8, 19.04.1988, RG. 23.8.1988-19908.

E.1991/5, K.1992/9, 18.2.1992, RG. 7.5.1992-21221.

E.1994/43, K.1994/42, 9.12.1994, RG. 24.01.1995-22181.

E.1996/17, K.1996/38, 16.10.1996, RG. 9.8.1997-23075.

E.1998/46, K. 1998/83, 16.12.1998, RG.16.5.2003-15110.

E. 1999/42, K.2001/41, 23.02.2001, RG. 23.11.2001-24592.

E.2004/109, K.2007/87, 22.11.2007, RG. 21.03.2008-26823.

E.2005/52, K. 2007/35, 3.4.2007, RG. 18.3.2008-26820.

E.2006/111, K.2006/112, 15.12.2006, RG. 30.12.2006-26392 (Mük.).

- E.2008/34, K.2008/153, 31.10.2008, RG. 6.12.2008-27076.
E. 2008/57, K. 2010/26, 4.2.2010, RG. 22.10.2010-27737.
E.2009/86, K. 2011/70, 28.4.2011, RG. 15.12.2011-28143.
E. 2012/65, K. 2012/128, 20.9.2012, RG. 18.4.2013-28622.
E.2012/103, K.2013/105, 3.10.2013, RG. 17.12.2014-29208.
E.2016/20, K.2017/145, 01.11.2017, RG. 04.01.2018-30291.
E.2017/18, K.2019/66, 25.7.2019, RG. 1.11.2019-30935.
E.2019/46, K.2020/55, 15.10.2020, RG. 24.11.2020-31314.
E.2019/87, K.2022/158, 13.12.2022, RG. 14.7.2023-32248.
E.2019/94, K.2022/32, 24.3.2022, RG. 8.7.2022-31890.
E.2020/13, K.2020/68,12.11.2020, RG. 12.2.2021-31393.
E.2021/73, K.2022/51. 21.4.2022, RG. 5.7.2022-31887.
E.2020/30, K.2023/12, 25.1.2023, RG. 27.6.2023-32234.
E.2023/131, K.2023/160, 28.9.2023, RG. 6.10.2023-32331.
E.2023/66, K.2024/185, 5.11.2024, RG. 21.02.2025-32820.
E.2023/169, K.2024/82, 14.3.2024, RG. 19.4.2024-32522.
E.2024/240, K. 2025/100, 22.4.2025, RG. 26.6.2025.
E.2024/51, K.2025/138, 17.6.2025, RG. 1.12.2025-33094.
E.2023/149, K.2025/147, 10.7.2025, RG. 17.10.2025-33050.
Mehmet Şentürk, 2012/752, 17.9.2013.
Tayfun Cengiz, 2013/8463, 18.9.2014, RG. 4.12.2014-29195.
Nurten Esen, 2013/7970, 10.6.2015, RG. 18.9.2015-29479.
Mehmet Hadi Tunç, 2013/1958, 7.7.2015, RG. 17.8.2015-29448.
Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık No. 2013/6587, 24.3.2016, RG. 6.5.2016-29704.
Sedat Şanlı, 2018/6812, 3.7.2019, RG. 2.8.2019-30850.
Hira Bilici, No. 2019/41507, 22.2.2022.
Halil Emre Acar, No. 2020/9392, 22.2.2022.
Atalay Yıldız, No. 2021/14356, 7.6.2023, RG. 18.8.2023-32283.
Salim Sayın No. 2013/3382, 4.11.2015.
Şuayip Şen 2014/4859, 14.9.2017.
Leyla Akyıldız No. 2019/24131, 20.3.2025-RG. 17.10.2025-33050.
Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri No. 2012/752, 17.9.2013.
Nail Artuç, No. 2013/2839, 3.4.2014.
Ali Karakılıç ve Diğerleri, No.2019/2549, 21.9.2022, RG. 14.10.2022-31983.

TÜRKİYE – AVRUPA BİRLİĞİ ORTAKLIK HUKUKU İLE İLGİLİ AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARLARININ İSTATİSTİKSEL DÖKÜMÜ

*Statistical Overview of The Court of Justice of The European Union's
Case Law on Turkey – European Union Association Law*

Prof. Dr. İlke GÖÇMEN*

ÖZ

Türkiye – Avrupa Birliği ortaklık hukuku, 1963'te imzalanıp 1964'te yürürlüğe giren Ankara Anlaşması'na dayanmaktadır. Kurumsal açıdan Ankara Anlaşması çerçeve nitelikli bir uluslararası anlaşma olup ortaklık hukuku, zaman içinde bir yandan başka uluslararası anlaşmalar, diğer yandan Ortaklık Konseyi kararları aracılığıyla zenginleşmiştir. Maddi açıdan ise ortaklık hukuku; malların serbest dolaşımı, işçilerin serbest dolaşımı, iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı bakımından farklı gelişmişlik seviyelerine ulaşmıştır. Bu çalışma, ortaklık hukukunun kurumsal ve maddi boyutuna –dolayısıyla Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarının da içeriğine– odaklanan çalışmalardan farklı olarak, ortaklık hukukuna ilişkin ABAD kararlarının istatistiksel dökümünü sunmayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede, özellikle ön karar prosedürlerinde hüküm fıkrasında ortaklık hukuku kaynaklarından herhangi birinin yer aldığı kararlar seçilerek, belirli parametreleri içeren tablolar hazırlanmış ve incelenmiştir. Elde edilen veriler, bir yandan İtalya, Fransa, Polonya ve Romanya'dan hiç; Belçika, Birleşik Krallık, Danimarka, İspanya ve Avusturya'dan ise görece düşük sayıda başvuru

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: igocmen@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6076-1368.

Bu çalışma, Ankara Hukuk'un 100. yıl etkinlikleri kapsamında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı olarak düzenlediğimiz “Avrupa Birliği Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu”nda sunulan “Türkiye – Avrupa Birliği Ortaklık Hukuku ile ilgili Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarının İstatistiki Analizi” başlıklı tebliğin genişletilmiş hâlidir.

yapılmış olmasını ilginç bir olgu hâline getirmektedir. Öte yandan, bu veriler, ortaklık hukuku bakımından içtihat hukukunun belirli bir olgunluk seviyesine ulaştığını da göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Türkiye – Avrupa Birliği ortaklık hukuku, Avrupa Birliği Adalet Divanı, içtihat hukuku, ön karar prosedürü, istatistiksel döküm.

ABSTRACT

The EU – Türkiye association law is based on the Ankara Agreement, signed in 1963 and entered into force in 1964. Institutionally, the Ankara Agreement is a framework international agreement, and over time the association law has been enriched both through additional international agreements and through the decisions of the Association Council. Substantively, the association law has reached different levels of development with respect to the free movement of goods, workers, the right of establishment, and the freedom to provide services. Unlike studies that focus on the institutional and substantive dimensions of the association law –and thus on the content of the Court of Justice of the European Union’s (CJEU) case law–, this study aims to provide a statistical account of CJEU judgments concerning association law. To this end, it examines in particular judgments in preliminary ruling procedures, where the operative part refers to a source of association law, and compiles them into tables based on specific parameters. The findings reveal, on the one hand, that the absence of any preliminary references from Italy, France, Poland, and Romania, and the relatively low number of references from Belgium, the United Kingdom, Denmark, Spain, and Austria, is a striking phenomenon. On the other hand, the data also show that, with regard to Association Law, the case law has reached a certain level of maturity.

Keywords: Turkey – European Union association law, Court of Justice of the European Union, case law, preliminary rulings, statistical overview.

GİRİŞ

Türkiye ile Avrupa Birliği (“AB”) arasındaki ilişkiler,¹ hukuksal açıdan, hâlâ 1963’te imzalanıp 1964’te yürürlüğe giren ve taraflar arasında ortaklık kuran Ankara Anlaşması² temelinde şekillenmektedir. Kurumsal açıdan, Ankara Anlaşması çerçeve nitelikli bir uluslararası anlaşma olup³ ortaklık ilişkisinin içeriği, zaman içinde, bir yandan Ankara Anlaşması’nı temel alan uluslararası anlaşmalar,⁴ diğer yandan Anlaşma’nın kurduğu bir organ olan Ortaklık Konseyinin kararları⁵ aracılığıyla zenginleşmiştir. Maddi açıdan, Ankara Anlaşması, öncelikle taraflar arasında malların serbest dolaşımını sağlayacak bir “gümrük birliği” kurulmasını öngörmüş,⁶ dahası işçilerin serbest dolaşımını, iş kurma hakkını, hizmetlerin serbest dolaşımını ve sermayenin serbest dolaşımını kademeli olarak gerçekleştirme ihtimalini de, AB iç pazarını esin kaynağı olarak, getirmiştir.⁷ Bu çerçevede ortaklık hukuku; malların serbest dolaşımı, işçilerin

¹ Türkiye ile Avrupa Birliği ilişkileri ile ilgili genel olarak bkz. AKÇAY, Belgin/AKGÜL AÇIKMEŞE, Sinem (editörler): Yarım Asrın Ardından Türkiye - Avrupa Birliği İlişkileri, B. 2, Ankara 2017; AKÇAY, Belgin (editör): Ankara Anlaşması’nın 60. Yılında Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Ankara 2025; ARAT, Tuğrul/ERHAN, Çağrı: “AET’yle İlişkiler”, Türk Dış Politikası: Cilt I: 1919-1980 (editör Baskın ORAN), B. 12, İstanbul, 2006, s. 808–853; ARAT, Tuğrul/ERHAN, Çağrı: “AT’yle İlişkiler”, Türk Dış Politikası: Cilt II: 1980–2001(editör Baskın ORAN), B. 9, İstanbul 2006, s. 83–101; ARAT, Tuğrul/BAYKAL, Sanem: “AB’yle İlişkiler”, Türk Dış Politikası: Cilt II: 1980-2001 (editör Baskın ORAN), B. 9, İstanbul 2006, s. 326–365; ARAT, Tuğrul/BAYKAL, Sanem: “AB’yle İlişkiler”, Türk Dış Politikası: Cilt III: 2001-2012 (editör Baskın ORAN), İstanbul 2013, s. 337–399. Türkiye – AB ilişkisinin hukuki boyutu ile ilgili olarak genel olarak bkz. GÖÇMEN, İlke: Türkiye - Avrupa Birliği İlişkileri: Hukuki Boyut, Ankara 2022.

² Türkiye yönünden bkz. 11858 sayılı ve 17 Kasım 1964 tarihli Resmi Gazete. AB yönünden bkz. [1973] OJ C 113, 1.

³ ARAT, Tuğrul: “Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki İlişkiler ve Gümrük Birliğinin Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995, C. 44, s. 594.

⁴ Türkiye yönünden bkz. 1961 Anayasası md. 65, 1982 Anayasası md. 90. Avrupa Ekonomik Topluluğu (“AET”) yönünden bkz. AET Antlaşması (“AETA”) md. 228 ve 238. (Şu an için bkz. ABİHA md. 218 ve 217.)

⁵ Ankara Anlaşması md. 6, 22–25.

⁶ Ankara Anlaşması md. 2(1, 2).

⁷ Ankara Anlaşması md. 12, 13, 14, 20.

serbest dolaşımı, iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı bakımından farklı seviyelerde gelişmişlik düzeyine ulaşmıştır.⁸

Ortaklık hukukunun Türk hukukundaki etkileri belirsiz kalmışken,⁹ AB hukukundaki etkileri, kayda değer sayıdaki Avrupa Birliği Adalet Divanı (“ABAD”) kararı sayesinde netleştirilmiştir. ABAD, ortaklık hukukunun kaynaklarını AB hukukunun “ayrılmaz bir parçası” saymakta¹⁰ ve böylece bu hukukun AB hukukuna özgü temel özelliklerden, mekanizmalardan ve yorum yöntemlerinden pay almasını sağlamaktadır. Ortaklık hukukunun kurumsal ve maddi boyutuna –dolayısıyla ABAD kararlarının da içeriğine– odaklanan çalışmalar literatürde mevcuttur.¹¹ Nitekim tarafımızca da 2025 yılında yayımlanan bir çalışmada, AB–Türkiye ortaklık hukukunun altmış yıllık gelişimi norm koyma ve yargısal yorum boyutlarıyla incelenmiştir.¹²

Bu çalışma ise, kendisinden önceki çalışmalardan farklı olarak, Türkiye – AB ortaklık hukukuna ilişkin ABAD kararlarının istatistiksel dökümünü sunmayı amaçlamaktadır. Böylelikle, Ankara Hukuk’un 100. yılı için hazırlanan bu Armağan’da, 1964–2025 yılları arasında verilen ABAD kararlarını bir tür derleme olarak sunmak hedeflenmektedir.

Yöntem olarak ise şu şekilde hareket edilmiştir. İlk aşamada, ABAD arama motoru¹³ aracılığıyla, “metin” içinde “Turkey” kelimesi geçen ve başlangıçtan 1

⁸ Sermayenin serbest dolaşımı iletilememiştir.

⁹ Türk hukuku boyutu ile ilgili olarak bkz. GÖÇMEN, İlke: “Avrupa Birliği ile Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Türk Mahkemelerinin Avrupa Birliği Hukuku Karşısındaki Tutumuna Yönelik Bir Öneri: AB-Dostu Yorum Yöntemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 63, S. 1, s. 147–151; GÖÇMEN, İlke: “1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı Türk Hukukunda Etki Doğurur Mu: Malların Serbest Dolaşımının Üç Alt Unsuru Temelinde Bir Değerlendirme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2020, S. 149, s. 253–284.

¹⁰ Örnek olarak bkz. Case 12/86 Demirel [1987], para 7. Case C-192/89 Sevince [1990], para 9.

¹¹ Örnek olarak bkz. GÖÇMEN, İlke: “Türkiye–Avrupa Birliği İlişkilerinin Hukuki Çerçevesi: Maddi Boyut”, Yarım Asrın Ardından Türkiye - Avrupa Birliği İlişkileri (editörler Belgin AKÇAY ve Sinem AKGÜL AÇIKMEŞE), B. 3, Ankara 2025, s. 87–109 (Maddi Boyut).

¹² GÖÇMEN, İlke: “Taking Stock of Sixty Years of Association Law between the European Union and Türkiye: Case Law Reaching Its Limits and the Imperative for Normative Actions”, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2025, C. 28, S. 1, s. 3–45 (Sixty Years of Association Law).

¹³ <<https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf>> [Erişim Tarihi: 22/10/2025.]

Eylül 2025 tarihine kadar olan tüm kararlar taranmıştır. Ayrıca, Ankara Anlaşması'nın CELEX numarası (21964A1229) ile yapılan aramalarla çapraz kontrol sağlanmıştır. İkinci aşamada, elde edilen sonuçlar geçmişten günümüze doğru tek tek incelenmiş; doğrudan davalarda iddialar arasında, ön karar prosedürlerinde ise hüküm fıkrasında ortaklık hukuku kaynaklarından herhangi birinin (Ankara Anlaşması, Katma Protokol veya bir Ortaklık Konseyi Kararı) yer aldığı kararlar seçilmiştir. Bu kapsamda, doğrudan davalar ve ön karar prosedürlerine ilişkin belirli parametreleri içeren tablolar hazırlanmış ve çalışmanın sonuna eklenmiştir.

Elde edilen veriler, (1) dava türlerine göre istatistikler ve (2) ön karar prosedürüne ilişkin istatistikler başlıkları altında, ayrıca başka bazı verilerle birlikte, analiz edilmeye çalışılmaktadır.

I. DAVA TÜRÜ İLE İLGİLİ İSTATİSTİKLER

ABAD nezdindeki davalar, ana hatlarıyla, doğrudan davalar ve dolaylı dava/ön karar prosedürü olarak ikiye ayrılmaktadır.¹⁴ Kısaca bahsedilirse, *doğrudan davalar* ABAD nezdinde başlayıp sona ererken *dolaylı dava* ulusal mahkeme nezdinde başlayıp ABAD huzuruna taşındıktan sonra yine ulusal mahkeme nezdinde sona ermektedir. Tek dolaylı dava *ön karar prosedürü*dür.¹⁵ Ön karar prosedürü, AB hukukunun yorumu veya AB tasarruflarının geçerliliği ile ilgilidir.¹⁶ Doğrudan davalar ise, ana hatlarıyla, *Birlik kurumlarına karşı* ve *üye devletlere karşı* açılabilir. Üye devletlere karşı açılan tek dava *ihlal davası* olup¹⁷ bir üye devletin AB hukukunu ihlal edip etmediği ile ilgilidir.¹⁸ *Birlik kurumlarına karşı* açılan davalar ise, ana hatlarıyla, iptal davası ve tazminat

¹⁴ ABAD ile ilgili olarak ayrıca bkz. ARAT, Tuğrul: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), Ankara 1988; GÖÇMEN, İlke: “*Avrupa Birliği Adalet Divanı*”, Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar (editörler Belgin AKÇAY ve İlke GÖÇMEN), B. 4, Ankara 2023, s. 235–251.

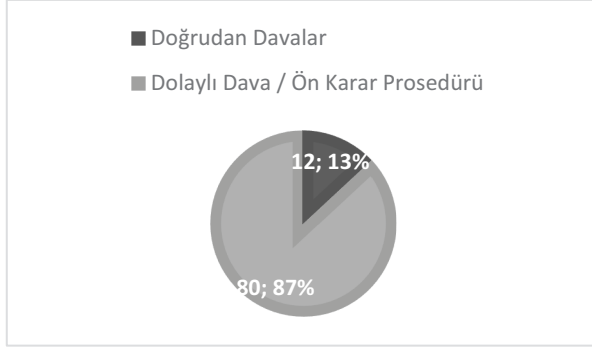
¹⁵ ABIHA md. 267.

¹⁶ Ön karar prosedürü ile ilgili olarak ayrıca bkz. ARSAVA, Fusun: Roma Antlaşması Ön Karar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar, Ankara 1989.

¹⁷ ABIHA md. 258–260.

¹⁸ İhlal davası ile ilgili olarak ayrıca bkz. PRETE, Luca/SMULDERS, Ben: “*The Age of Maturity of Infringement Proceedings*”, Common Market Law Review, 2021, C. 58, S. 2, s. 285–332.

davası olmaktadır.¹⁹ İptal davası AB tasarruflarının geçerliliği ile ilgiliyken²⁰ tazminat davası AB'nin haksız fiil sorumluluğu ile ilgilidir.²¹



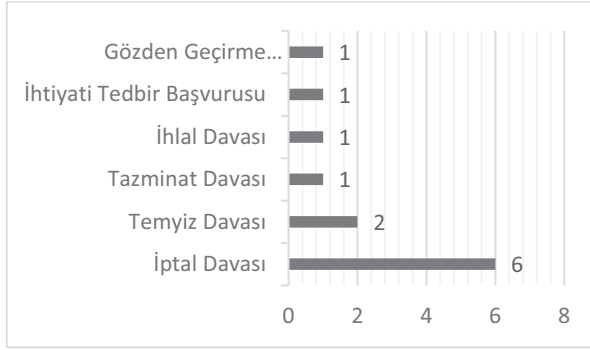
Şekil 1: Doğrudan Davalar ile Dolaylı Dava / Ön Karar Prosedürü

Türkiye – AB ortaklık hukuku ile ilgili istatistiklere baktığımız zaman şu tespit yapılabilir. Doğrudan davalar söz konusu olduğunda iddialar arasında, ön karar prosedürü söz konusu olduğunda ise hüküm fıkrasında ortaklık hukuku kaynaklarından birisinin –Ankara Anlaşması, Katma Protokol ve herhangi bir Ortaklık Konseyi Kararı– bulunduğu kararlar tespit edilmiştir. İstatistiki olarak da şu sonuca varılmıştır: Türkiye – AB ortaklık hukuku ile ilgili 12 doğrudan dava ve 80 ön karar prosedürü mevcuttur. Doğrudan davalar kendi içinde şöyle dağılım göstermektedir: 6 iptal davası, 2 temyiz davası, 1 tazminat davası, 1 ihlal davası ile 1 (iptal davası çerçevesinde) ihtiyati tedbir başvurusu ve 1 (temyiz davası çerçevesinde) gözden geçirme başvurusu. Bu davalarla ilgili ek bilgiler “Tablo 3: Doğrudan Davalar ile ilgili İstatistikler”de yer almaktadır.

¹⁹ Sırasıyla bkz. ABİHA md. 263–264, 266 ve 268, 340.

²⁰ İptal davası ile ilgili olarak ayrıca bkz. KARAYİĞİT, Mustafa: Gerçek ve Tüzel Kişilerin AB Tasarruflarına Karşı Yargısal Korunması, Ankara 2009.

²¹ Tazminat davası ile ilgili olarak ayrıca bkz. BAYKAL, Sanem: Avrupa Birliği Hukukunda Tazminat Davası, Ankara 2006.



Şekil 2: Doğrudan Davaların Dağılımı

Peki, doğrudan davalar (12) ile ön karar prosedürü (80) arasındaki sayısal fark ne anlatmaktadır? Bu fark, aslında, ortaklık hukukunun AB birimleri karşısında ve AB mahkemeleri üzerinden ziyade, üye devlet hukuku karşısında ve ulusal mahkemeler üzerinden yol aldığına işaret etmektedir. Kuşkusuz, doğrudan davalar da, ortaklık hukukunun ele aldığı kaynağının etkisi ve yorumu konusunda yol gösterici olmuştur, ancak bu noktadaki aslan payı ön karar prosedürlerine aittir. Bu nedenle, çalışmanın geri kalan bölümünde, ön karar prosedürünün AB hukukunun gelişimindeki temel itici güç olduğu genel kabulünden hareketle,²² bu prosedürlere ilişkin istatistikler ele alınmaktadır.

II. ÖN KARAR PROSEDÜRLERİ İLE İLGİLİ İSTATİSTİKLER

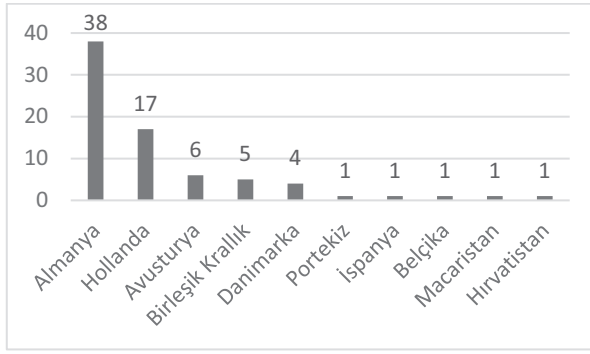
Ön karar prosedürleri ile ilgili incelemede şu sorular sırasıyla yanıtlanarak “Tablo 4: Dolaylı Davalar / Ön Karar Prosedürleri ile ilgili İstatistikler”e işlenmiştir: (1) hangi üye devlet mahkemesi başvuru yapmıştır; (2) hangi kurumlar veya devletler gözlemlerini sunmuştur; (3) karar hangi yıl alınmıştır; (4) Adalet Divanı hangi yargılama birimi aracılığıyla karar vermiştir; (5) Hukuk Sözcüsü görüşü alınmış mıdır; (6) (varsa) Hukuk Sözcüsü görüşü ile Adalet Divanı kararı aynı yönde midir; (7) hüküm fıkrası çerçevesinde ortaklık

²² Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. CANDAN, Tolga: “AB Yargı Düzeninde Önkarar Davası ve Önemi”, Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara 2012, s. 271–288.

hukukundaki hangi madde, düzenleme, konu yorumlanmıştır? Yanıtlar, aşağıda sırasıyla ele alınmaktadır.

A. Ön Karar Başvurusu Yapan Mahkemenin Üye Devleti

İlk olarak, hangi üye devletlerin mahkemelerinin ön karar başvurusu yaptığıın istatistikleri verilebilir. Buna göre ulusal mahkemeler, Almanya'dan 38, Hollanda'dan 17, Avusturya'dan 6, Birleşik Krallık'tan²³ 5, Danimarka'dan 4, Portekiz'den 1, İspanya'dan 1, Belçika'dan 1, Macaristan'dan 1 ve Hırvatistan'dan 1 kez ön karar başvurusu gerçekleştirmiştir. Bu veriler, diğer birtakım verilerle karşılaştırıldığında ilginç bulgular ortaya koymaktadır.

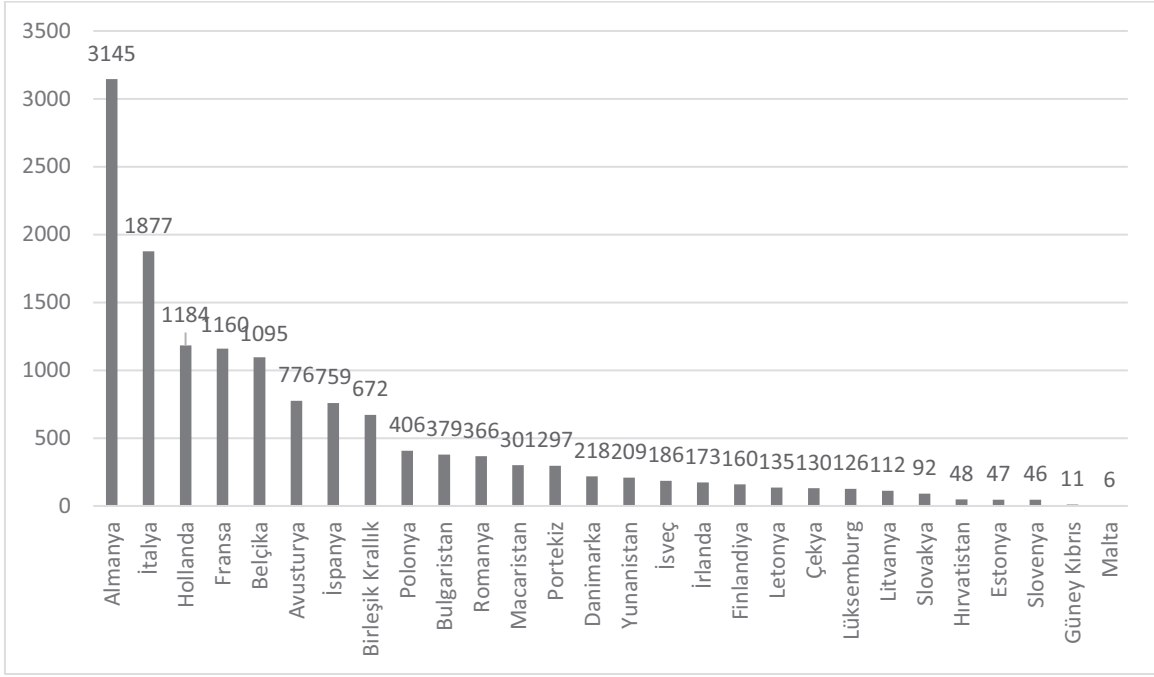


Şekil 3: Ön Karar Başvurusu Sayısı: Üye Devletler (Ortaklık Hukuku)

Birinci karşılaştırma, üye devlet mahkemelerinin toplam ön karar başvurusu sayısı ile ortaklık hukukuna ilişkin başvuru sayısı arasında yapılabilir.²⁴ Bu açıdan bakıldığında, ön karar başvurusu sayıları yüksek olan İtalya ve Fransa'dan hiç, İspanya ve Belçika'dan ise yalnızca bir kez ortaklık hukukuna ilişkin başvuru yapılmış olması dikkat çekmektedir.

²³ Birleşik Krallık, 1973 yılında AB'ye üye olup 2020 yılında AB'den ayrılmıştır. Bkz. [2019] OJ C 384I/1.

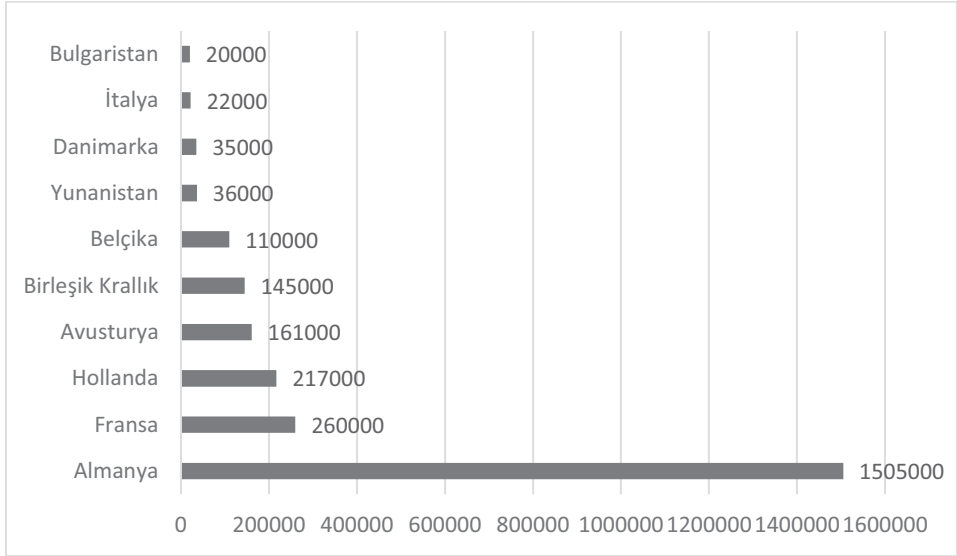
²⁴ Bu bilgiler ABAD istatistiklerinden alınarak derlenmiştir. <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_11035/rapports-annuels> [Erişim Tarihi: 22/10/2025.]



Şekil 4: Ön Karar Başvurusu Sayısı: Üye Devletler (AB Hukuku)

İkinci karşılaştırma, AB üyesi devletlerde yaşayan Türk vatandaşlarının sayısı ile ortaklık hukukuna ilişkin başvuru sayısı arasında yapılabilir. Bir sınırlılık olarak, elde edilebilen veriler yalnızca 2024 yılı itibarıyla AB üyesi devletlerde yaşayan Türk vatandaşlarına ilişkindir ve Göç Politikaları Enstitüsü (*Migration Policy Institute*) verilerine dayanmaktadır.²⁵ Buna göre Almanya'da 1.505.000, Fransa'da 260.000, Hollanda'da 217.000, Avusturya'da 161.000, Birleşik Krallık'ta 145.000, Belçika'da 110.000, Yunanistan'da 36.000, Danimarka'da 35.000, İtalya'da 22.000 ve Bulgaristan'da 20.000 Türk vatandaşı yaşamaktadır. Bu rakamlar, özellikle Fransa'dan hiç, Belçika'dan ise yalnızca bir kez ortaklık hukukuna ilişkin başvuru yapılmış olmasını daha da dikkat çekici kılmaktadır.

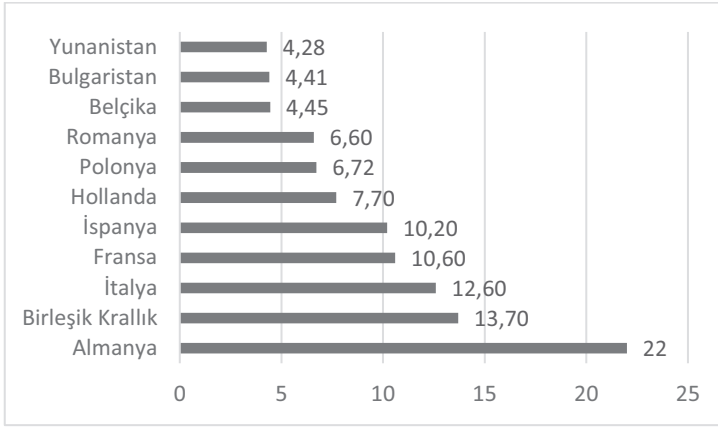
²⁵ <<https://www.migrationpolicy.org/programs/data-hub/charts/immigrant-and-emigrant-populations-country-origin-and-destination>> [Erişim Tarihi: 22/10/2025.]



Şekil 5: Avrupa Birliği Üyesi Devletlerde Yaşayan Türk Vatandaşı Sayısı (2024)

Üçüncü karşılaştırma, Türkiye'nin AB üyesi devletlerle dış ticareti ile ortaklık hukukuna ilişkin başvuru sayısı arasında yapılabilir. Burada da bir sınırlılık söz konusudur: ulaşılabilen dış ticaret verileri yalnızca 1993–2023 yıllarına aittir ve Ekonomik Karmaşıklık Gözlemevi (*Observatory of Economic Complexity*) verilerine dayanmaktadır.²⁶ Buna göre (milyar dolar olarak) Almanya ile 22, Birleşik Krallık ile 13.7, İtalya ile 12.6, Fransa ile 10.6, İspanya ile 10.2, Hollanda ile 7.7, Polonya ile 6.72, Romanya ile 6.6, Belçika ile 4.45, Bulgaristan ile 4.41 ve Yunanistan ile 4.28 milyar dolar tutarında dış ticaret gerçekleşmiştir. Bu rakamlar da özellikle İtalya, Fransa ve İspanya'nın yanı sıra, belki Polonya ve Romanya'dan da ortaklık hukukuna ilişkin ön karar başvurusu yapılmamış olmasını dikkat çekici hale getirmektedir.

²⁶ <<https://oec.world/en/profile/country/tur>> [Erişim Tarihi: 22/10/2025.]



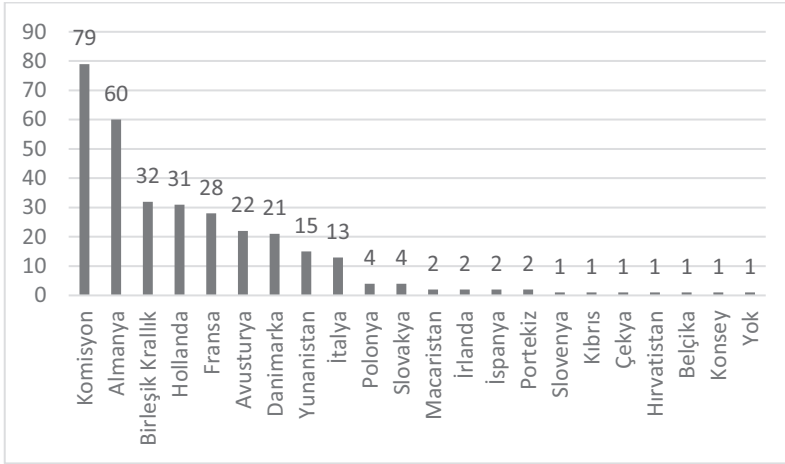
Şekil 6: Türkiye'nin Avrupa Birliği Üyesi Devletlerle Dış Ticareti (1993-2003 / Milyar Dolar)

B. Gözlem Sunan Kurumlar veya Devletler

İkinci olarak, hangi kurumların veya devletlerin ön karar prosedürüne katılarak gözlemlerini sunduğuna ilişkin istatistikler sunulabilir. Bir ön tespit olarak, Komisyon ve üye devletler, bu tür bir gözlem sunma hakkına –herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulmaksızın– sahip kılınmıştır.²⁷ Bu çerçevede yalnızca bir ön karar prosedürü, herhangi bir kurumun veya devletin gözlemi olmaksızın karara bağlanmışken Komisyon toplam 80 ön karar prosedüründen 79'unda gözlem sunmuştur. Başka bir ifadeyle, Komisyon, ortaklık hukukuna ilişkin ön karar prosedürlerine %98,8 oranında katılım göstermiştir. Bu durum, Komisyonun ortaklık hukukunun geliştirilmesinde merkezi bir rol oynamaya çalıştığını göstermektedir. Üye devletler açısından öne çıkanlar ise şunlardır: Almanya 60 (%75), Birleşik Krallık 32 (%40), Hollanda 31 (%38,8), Fransa 28 (%35), Avusturya 22 (%27,5), Danimarka 21 (%26,3), Yunanistan 15 (%18,8) ve İtalya 13 (%16,3) ön karar prosedüründe gözlem sunmuştur. Bu sıralama, ilgili devlette yaşayan Türk vatandaşı sayısı ile (“Şekil 5: Avrupa Birliği Üyesi Devletlerde Yaşayan Türk Vatandaşı Sayısı (2024)”) büyük ölçüde örtüşmektedir. Ayrıca, bu rakamlar, özellikle Birleşik Krallık’tan, Fransa’dan, Avusturya’dan,

²⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsü md. 23.

Danimarka'dan ve İtalya'dan ortaklık hukukuna ilişkin daha çok başvuru yapılmamış olmasını ilginç kılmaktadır.



Şekil 7: Gözlem Sunan Kurumlar ve Devletler (Sayı)

Bu noktada, en çok gözlem sunulan üç karar ise şöyle belirtilebilir: (i) *Demirkan* kararı²⁸ (11 – Komisyon, Konsey, Almanya, Birleşik Krallık, Çekya, Danimarka, Estonya, Fransa, Hollanda, Slovakya ve Yunanistan), (2) *Dereci and Others* kararı²⁹ (9 – Komisyon, Almanya, Avusturya, Birleşik Krallık, Danimarka, Hollanda, İrlanda, Polonya ve Yunanistan) ve (iii) *Kolin* kararı³⁰ (8 – Komisyon, Avusturya, Çekya, Danimarka, Estonya, Fransa, Hırvatistan ve Polonya). Bir not olarak, tüm bu kararlar, Katma Protokol md. 41 / iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı / yeni kısıtlama getirme yasağı ile ilgilidir.

Tablo 1: Gözlem Sunan Kurumlar ve Devletler (Toplama Oran)

Kurum/Devlet	Sayı	Oran (%)	Kurum/Devlet	Sayı	Oran (%)	Kurum/Devlet	Sayı	Oran (%)
Komisyon	79	98,8	Hollanda	31	38,8	Danimarka	21	26,3
Almanya	60	75,0	Fransa	28	35,0	Yunanistan	15	18,8
Birleşik Krallık	32	40,0	Avusturya	22	27,5	İtalya	13	16,3

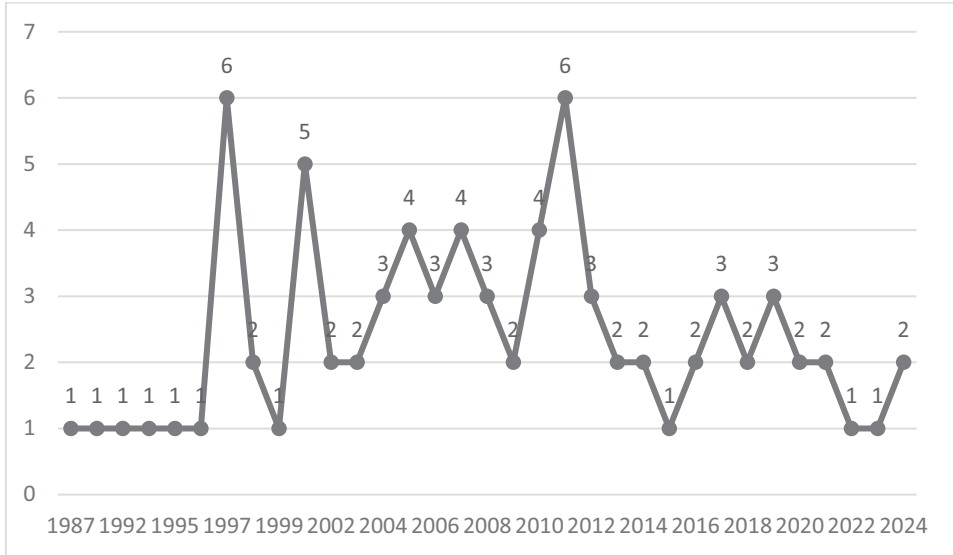
²⁸ Case C-221/11 *Demirkan* [2013].

²⁹ Case C-256/11 *Dereci* [2011].

³⁰ Case C-652/22 *Kolin* [2024].

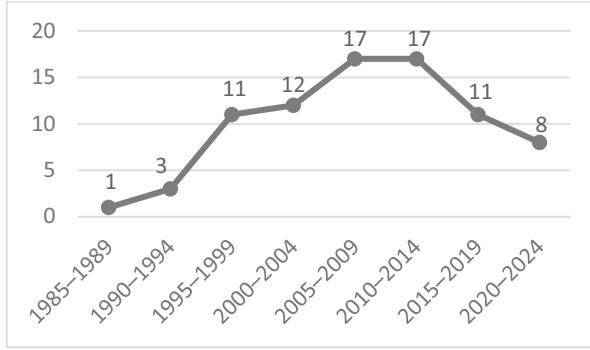
C. Ön Karar Başvurusunun Karar Yılı

Üçüncü olarak, Adalet Divanının hangi yıl karar aldığına ilişkin istatistikler sunulabilir. Bu verilerin tamamı, “Şekil 8: Ön Karar Başvurusu Karar Yılı”nda yer almaktadır. Buna göre, ortaklık hukukuna ilişkin ilk karar –*Demirel* kararı³¹ 1987 yılında verilmiştir. En çok karar verilen üç yıl sırasıyla 1997 (6 karar), 2000 (5 karar) ve 2012 (6 karar) olmuştur. Beş yıllık dönemler hâlinde ele alındığında, 1985–1989 yılları arasında 1 karar, 1990–1994 yılları arasında 3 karar, 1995–1999 yılları arasında 11 karar, 2000–2004 yılları arasında 12 karar, 2005–2009 yılları arasında 17 karar, 2010–2014 yılları arasında 17 karar, 2015–2019 yılları arasında 11 karar ve 2020–2025 yılları arasında 8 karar verilmiştir. Bu çerçevede, ortaklık hukuku ile ilgili kararların 2005–2014 yılları arasında zirve yaptığı, sonrasında ise sayısal olarak azaldığı görülmektedir. Bu durum, ortaklık hukukuna ilişkin içtihat hukukunun belirli bir olgunluk seviyesine ulaştığını göstermektedir.



Şekil 8: Ön Karar Başvurusu Karar Yılı

³¹ Case 12/86 *Demirel* [1987].



Şekil 9: Ön Karar Başvurusu Karar Yılı (5 Senelik Dönemler)

D. Adalet Divanındaki Yargılama Birimi

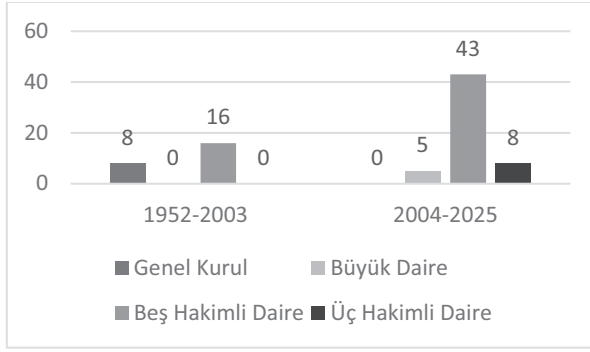
Dördüncü olarak, Adalet Divanının hangi yargılama birimi ile karar aldığına istatistikleri verilebilir. Bir ön tespit olarak,³² Adalet Divanı, 2003 yürürlük tarihli Nice Antlaşması'na kadar Üç veya Beş Hâkimli Daire ya da Genel Kurul olarak karar alırken, bu Antlaşma'dan itibaren Üç veya Beş Hâkimli Daire, Büyük Daire ya da Genel Kurul olarak karar almaya başlamıştır.³³ Nice Antlaşması'nın öncesindeki dönemde, uygulamada, görece daha çok önemli davalar Genel Kurul, görece daha az önemli olanlar Üç veya Beş Hâkimli Daireler tarafından görülmekteydi. Nice Antlaşması'nın sonrasındaki dönemde, bugünkü kurallara atıfla, şu tespitler yapılabilir:³⁴ Adalet Divanı; Ombudsman, Komisyon üyesi ya da Sayıştay üyesi görevden alınmak üzere dava edilmişse Genel Kurul hâlinde

³² Başka bir ön tespit olarak, ön karar prosedürü, en baştan 2024 yılına kadar sadece Adalet Divanının yargı yetkisinde kalmıştır. Adalet Divanı ön karar prosedürü bakımından hâlâ da asli yetkilidir. Genel Mahkeme ise (1 Ekim 2024 tarihinden bu yana) şu spesifik alanlardan birinin veya birkaçının münhasıran içinde kalan ön karar prosedürü talepleri hakkında karar vermeye yetkili kılınmıştır: 1. katma değer vergisi ortak sistemi, 2. özel tüketim vergileri, 3. Gümrük Kodu, 4. Kombine Nomenklatür kapsamındaki malların tarife sınıflandırması, 5. uçağa binmenin reddedilmesi veya taşımacılık hizmetlerinin tehiri veya iptali durumunda yolculara yönelik tazminat ve yardım, 6. sera gazı emisyonu pay ticareti sistemi. ABİHA md. 256(3) ve 2024/2019 sayılı Tüzük.

³³ Nice Antlaşması ile değişik Avrupa Topluluğu Antlaşması md. 221.

³⁴ Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsü (1/5/2019) md. 16 ve Adalet Divanı Usul Kuralları md 60.

toplanır.³⁵ Adalet Divanı, bir davanın olağanüstü önemi haiz olduğu görüşündeyse, Hukuk Sözcüsünü de dinledikten sonra, o davayı genel kurula göndermeye karar verebilir. Adalet Divanı, bir davanın zorluğu veya önemi ya da özel koşulları nedeniyle veya bir üye devlet ya da Birlik kurumunun davanın tarafı olması ve talep etmesi durumunda büyük daire hâlinde toplanır. Bunlar dışında kalan diğer tüm davalar üç ve beş hâkimli dairelerde görülür. Bu arka planda, ortaklık hukukuna ilişkin ön karar prosedürleri, 1952-2003 yılları arasında Genel Kurul'da 8 kez ve Beş Hâkimli Daire'de 16 kez; 2004-2025 yılları arasında Büyük Daire'de 5 kez, Beş Hâkimli Daire'de 43 kez ve Üç Hâkimli Daire'de 8 kez görülmüştür.

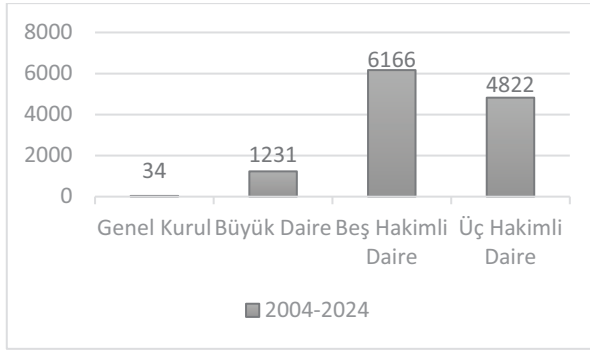


Şekil 10: Adalet Divanı Yargılama Birimleri (Ortaklık Hukuku)

Peki, bu rakamlar ne anlatmaktadır? Beklendiği gibi, 1952-2003 yılları arasında, yani ortaklık hukukuna ilişkin ilk kararların alındığı dönemde, toplam kararların %33'ü görece daha çok önemli dava olarak görülerek Genel Kurul, %67'si görece daha az önemli dava olarak görülerek Beş Hâkimli Daire tarafından verilmiş, Üç Hâkimli Daire'ye ise gidilmemiştir. 2004-2025 yılları arasında, yani ortaklık hukukuna ilişkin temellerin atılmasının devamında ise, toplam kararların %9'u görece daha çok önemli dava olarak görülerek Büyük Daire, kalanı görece daha az önemli dava olarak görülerek %77'si Beş Hâkimli Daire ve %14'ü Üç Hâkimli Daire tarafından verilmiş, Genel Kurul'a ise gidilmemiştir. Bu rakamlar, 2004-2025 yılları arasındaki AB hukukunun geneline ilişkin istatistikler ile

³⁵ ABİHA md. 228(2), 245(2), 247 veya 286(6).

karşılaştırılabilir.³⁶ Bir taraftan, Genel Kurul ve Büyük Daire’ye ilişkin oranlar, AB hukukunun geneli (sırasıyla %0,28 ve %10) ile ortaklık hukukunun özelinde (sırasıyla %0 ve %9) birbirine paraleldir. Diğer taraftan Beş Hâkimli Daire ve Üç Hâkimli Daire’ye ilişkin oranlar, AB hukukunun geneli (sırasıyla %50,33 ve %39,34) ile ortaklık hukukunun özelinde (sırasıyla %77 ve %14) birbirinden farklılaşmaktadır. Toparlanırsa, Genel Kurul’a artık başvurulmuyor oluşu, 2004 yılından bu yana ortaklık hukukuna ilişkin bir davanın olağanüstü öneme sahip görülmediğine işaret ederken, Beş Hâkimli Daire’nin başat rolü, bu tür davaların görece önemi daha az olmasına rağmen hâlâ Üç Hâkimli Daire’ye bırakılmayacak kadar önemli olduğunu göstermektedir.



Şekil 11: Adalet Divanı Yargılama Birimleri (AB Hukuku / 2004-2024)

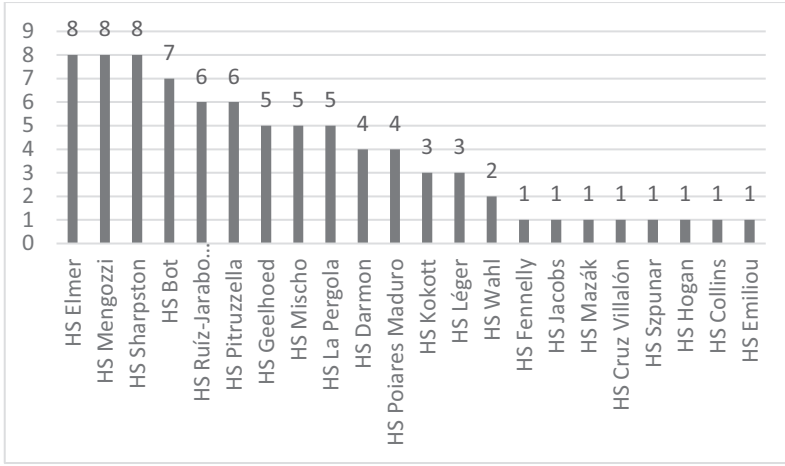
E. Hukuk Sözcüsü Görüşü

Beşinci olarak, Hukuk Sözcüsü görüşünün alınıp alınmadığı ve Hukuk Sözcülerinin kim olduğuna ilişkin istatistikler sunulabilir. Ön tespit olarak, 2003 yürürlük tarihli Nice Antlaşması’na kadar her ön karar prosedüründe Hukuk Sözcüsü görüşü mutlaka alınmaktaydı, ancak bu Antlaşma’dan itibaren belirli koşullar altında görüş alınmayabilmeye başlanmıştır.³⁷ Bir taraftan, Adalet Divanı, “davanın yeni bir hukuki sorun içermediğini düşündüğü takdirde, Hukuk

³⁶ Bu bilgiler ABAD istatistiklerinden alınarak derlenmiştir. <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_11035/rapports-annuels> [Erişim Tarihi: 22/10/2025.]

³⁷ Nice Antlaşması ile değişik Avrupa Topluluğu Antlaşması md. 222.

Sözcüsünü dinledikten sonra, davanın Hukuk Sözcüsü görüşü alınmaksızın karara bağlanmasına karar” verebilmektedir.³⁸ Diğer taraftan, Adalet Divanı, ön karar prosedüründeki sorunun kendisinin daha önce karar verdiği bir soruyla aynı olması, mevcut içtihat hukukundan cevabının açıkça çıkarılabiliyor olması veya soru hakkında makul bir şüphenin bulunmaması hâllerinde ve Hukuk Sözcüsü dinlendikten sonra, onun görüşü alınmaksızın, “*ruling*” yerine “*order*” şeklinde karar verebilmektedir.³⁹



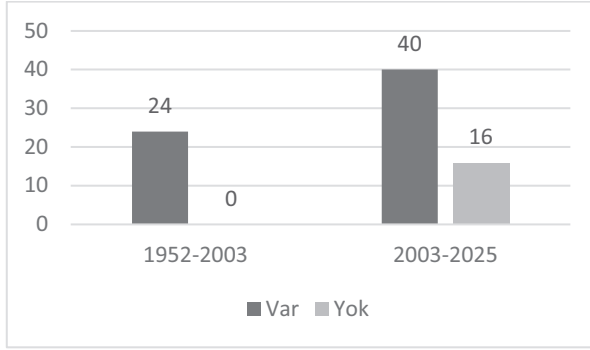
Şekil 12: Hukuk Sözcüleri

Bu arka planda, birincisi, Hukuk Sözcülerinin kim olduğuna ilişkin istatistikler verilebilir. Toplamda 80 ön karar prosedüründeki Hukuk Sözcülerinin isimleri “Şekil 12: Hukuk Sözcüleri”nde bulunabilir. Hukuk Sözcülerinin herhangi bir uzmanlaşma alanına sahip olmadığı, başka bir ifadeyle belirli konuların belirli Hukuk Sözcülerine özgülenmediği hatırlatılarak,⁴⁰ ortaklık hukuku ile en çok ilgilenen ilk altı Hukuk Sözcüsü; Elmer, Mengozzi, Sharpston, Bot, Ruíz-Jarabo Colomer ve Pitruzzella olmuştur.

³⁸ Nice Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsü md. 20.

³⁹ Adalet Divanı Usul Kuralları md 99.

⁴⁰ ÇAPETA, Tamara: Seventy Years of Advocates General at the Court of Justice of the European Union, Leiden 2023, s. 6–7.



Şekil 13: Hukuk Sözcüsü Görüşleri

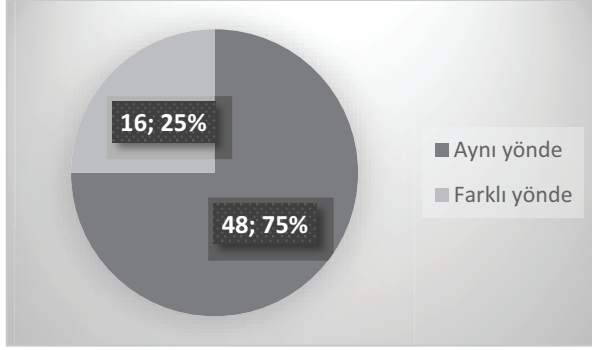
İkincisi, Hukuk Sözcüsü görüşünün alınıp alınmadığına ilişkin istatistikler sunulabilir. Bu çerçevede, toplam 80 ön karar prosedüründen, 1952-2003 yılları arasındaki 24 davada Hukuk Sözcüsü görüşü zorunlu olarak alınmıştır. 2003-2025 döneminde ise 56 davadan 40'ında görüş alınmış, 16'sında ise alınmamıştır. Görüş alınmayan 16 davadan 14'ü, davanın yeni bir hukuki sorun içermediği değerlendirmesine, 2'si ise Adalet Divanının kararını “*order*” şeklinde vermesine dayanmaktadır. Buna göre, 2003'ten bu yana kararların yaklaşık %70'inde Hukuk Sözcüsü görüşü alınırken, %30'unda alınmamıştır. Bu durum, ortaklık hukukuna ilişkin içtihat hukukunun belirli bir olgunluk seviyesine ulaştığını göstermektedir.

F. Hukuk Sözcüsü Görüşü ile Adalet Divanının Kararı

Altıncı olarak, Hukuk Sözcüsü görüşü ile Adalet Divanının kararının aynı yönde çıkıp çıkmadığına ilişkin istatistikler sunulabilir. Bir ön tespit olarak, Hukuk Sözcüsü görüşünün Adalet Divanı üzerinde bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte, bu görüşlerin çoğu kez etkili olduğu söylenebilir.⁴¹ Bir üst başlık altında belirtildiği üzere, toplam 80 ön karar prosedüründen 64'ünde Hukuk Sözcüsü görüşü alınmıştır. Adalet Divanı, bu davaların 48'inde Hukuk Sözcüsünün görüşü ile aynı yönde (%75), 16'sında ise farklı yönde (%25) karar vermiştir. Adalet Divanının ortaklık hukukunu, Avrupa bütünleşmesini ileri taşıyan nitelikteki AB iç pazar hukukuna yönelik kararları ile uyumlu şekilde geliştirdiği dikkate

⁴¹ Örnek olarak bkz. TRIDIMAS, Takis: “*The Role of the Advocate General in the Development of Community Law: Some Reflections*”, *Common Market Law Review*, 1997, C. 34, S. 6, s. 1349-1387.

alındığında,⁴² kimi durumlarda Hukuk Sözcüsü görüşlerine rağmen Türkiye – AB bütünleşmesini ilerleten kararlar verdiği sonucuna varılabilir.⁴³



Şekil 14: Hukuk Sözcüsü Görüşü ile Adalet Divanının Kararı

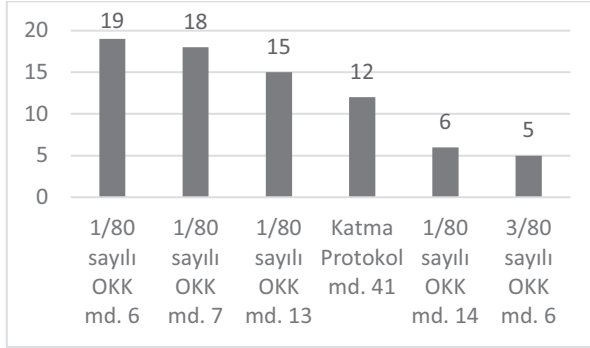
G. Hüküm Fıkrası Çerçevesinde Yorumlanan Ortaklık Hukuku: İlgili Maddeler, Düzenlemeler ve Konu

Yedinci olarak, hüküm fıkrası çerçevesinde yorumlanan ortaklık hukukundaki ilgili madde, düzenleme ve konu bakımından istatistikler sunulabilir. Maddeler bakımından, toplam 80 ön karar prosedürü ele alındığında, bazı hüküm fıkralarında birden fazla madde geçtiği için toplam 104 madde söz konusu olmuştur. Verilerin tamamı için “Tablo 2: Hüküm Fıkrası Çerçevesinde Yorumlanan Ortaklık Hukuku: İlgili Maddeler”e bakılabilir. En çok yorumlanan altı madde ise şunlardır: 1/80 sayılı OKK md. 6 (Türk işçilerinin hakları) 19 kez, 1/80 sayılı OKK md. 7 (Türk işçilerinin aile üyelerinin hakları) 18 kez, 1/80 sayılı OKK md. 13 (Türk işçilerine ve aile üyelerine ilişkin yeni kısıtlama yasağı) 15 kez, Katma Protokol md. 41 (iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili yeni kısıtlama yasağı) 12 kez, 1/80 sayılı OKK md. 14 (Türk işçilerinin ve

⁴² Bu yönde bkz. GÖÇMEN, Maddi Boyut, s. 87–109.

⁴³ Bu saptamaya paralel olarak, örneğin, Clément-Wilz de, “Hukuk Sözcülerinin görüşlerinin doğrudan etki ve öncelik, zımni yetkiler ve işçilerin serbest dolaşımı gibi maddi konularda, Adalet Divanının kararları kadar öncü nitelikte olma[dığını]” ifade etmiştir. CLÉMENT-WILZ, Laure: “The Advocate General: A Key Actor of the Court of Justice of the European Union”, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2012, C. 14, s. 590.

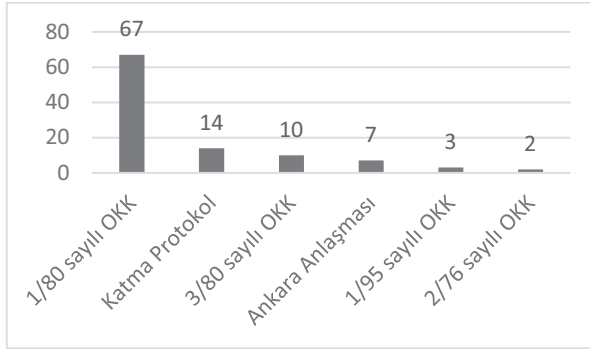
aile üyelerinin haklarının sınırı) 6 kez ve 3/80 sayılı OKK md. 6 (sosyal güvenlik ve ikamet koşulundan muafiyet) 5 kez yorumlanmıştır. Düzenlemeler bazında ise 1/80 sayılı OKK 67 kez, Katma Protokol 14 kez, 3/80 sayılı OKK 10 kez, Ankara Anlaşması 7 kez, 1/95 sayılı OKK 3 kez ve 2/76 sayılı OKK 2 kez geçmektedir.



Şekil 15: Hüküm Fıkrası Çerçevesinde Yorumlanan Ortaklık Hukuku: Başlıca Maddeler

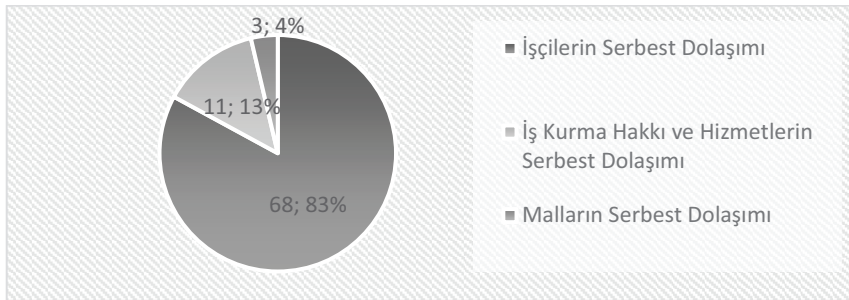
Tablo 2: Hüküm Fıkrası Çerçevesinde Yorumlanan Ortaklık Hukuku: İlgili Maddeler

Madde	Sayı	Madde	Sayı	Madde	Sayı	Madde	Sayı	Madde	Sayı
1/80 sayılı OKK md. 6	19	3/80 sayılı OKK md. 3	3	Ankara Anlaşması md. 7	1	1/95 sayılı OKK md. 4	1	Katma Protokol md. 36	1
1/80 sayılı OKK md. 7	18	1/80 sayılı OKK md. 9	2	Ankara Anlaşması md. 9	1	1/95 sayılı OKK md. 44	1	Katma Protokol md. 37	1
1/80 sayılı OKK md. 13	15	1/80 sayılı OKK md. 10	2	Ankara Anlaşması md. 12	1	1/95 sayılı OKK md. 47	1	2/70 sayılı OKK md. 2	1
Katma Protokol md. 41	12	Ankara Anlaşması md. 13	2	Ankara Anlaşması md. 14	1	3/80 sayılı OKK md. 12	1	2/70 sayılı OKK md. 7	1
1/80 sayılı OKK md. 14	6	Katma Protokol md. 59	2	Ankara Anlaşması md. 22	1	3/80 sayılı OKK md. 13	1	2/76 sayılı OKK md. 7	1
3/80 sayılı OKK md. 6	5			Ankara Anlaşması md. 25	1				



Şekil 16: Hüküm Fıkrası Çerçevesinde Yorumlanan Ortaklık Hukuku: İlgili Düzenlemeler

Konu bakımından ise, toplam 80 ön karar prosedürü ele alındığında, bunlardan ikisinde konu ana hatlarıyla iki ayrı başlık altında yer almaktadır. Bu nedenle, toplam 82 konudan 68'i (%83'ü) işçilerin serbest dolaşımı, 11'i (%13'ü) iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı ve 3'ü (%4'ü) malların serbest dolaşımı ile ilgilidir. İlgili ilk (esaslı) kararlara bakıldığında; işçilerin serbest dolaşımı ile ilgili ilk kararın 1987 tarihli *Demirel* kararı,⁴⁴ iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili ilk kararın 2000 tarihli *Savas* kararı⁴⁵ ve malların serbest dolaşımı ile ilgili ilk kararın 2017 tarihli *İstanbul Lojistik* kararı⁴⁶ olduğu görülmektedir.



Şekil 17: Hüküm Fıkrası Çerçevesinde Yorumlanan Ortaklık Hukuku: İlgili Konu

⁴⁴ Case 12/86 *Demirel* [1987].

⁴⁵ Case C-37/98 *Savas* [2000].

⁴⁶ Case C-65/16 *İstanbul Lojistik* [2017].

Bu verilerden yola çıkarak iki tespit yapılabilir. Birincisi, bir ortaklık hukuku kaynağının Adalet Divanı önüne taşınması bazen oldukça uzun yıllar alabilmektedir. Bu durum, ön karar prosedürünün başlatıcısının ulusal mahkemeler olması ve nihai ulusal mahkemelerin AB hukuku ile ilgili bir ön sorun ile karşılaştıklarında kural olarak ön karar başvurusu yapmakla yükümlü olmalarına rağmen bunu her zaman yapmayabilmeleri ile açıklanabilir.⁴⁷ İkincisi, Türkiye – AB ortaklık hukukunda malların serbest dolaşımının en çok, işçilerin serbest dolaşımının orta düzeyde ve iş kurma hakkı ve hizmetlerin serbest dolaşımının ise en az serbestleştirilmiş olduğu dikkate alındığında,⁴⁸ malların serbest dolaşımı ile ilgili daha çok uyuşmazlık görülmesi beklenebilirdi.

SONUÇ

Bu çalışma ile Türkiye–AB ortaklık hukukuna ilişkin ABAD kararlarının istatistiksel dökümü sunulmuştur. Böylelikle, Ankara Hukuk’un 100. yılı için hazırlanan bu Armağan’da, 1964–2025 yılları arasında verilen ABAD kararlarının bir tür derlemesinin tarihe not düşülmesi amaçlanmıştır.

Bu istatistiksel döküm çerçevesinde çeşitli çıkarımlar yapılabilir. Öncelikle, hangi üye devletlerin mahkemelerinin ön karar başvurusunda bulunduğu sorusu önemlidir. Özellikle de ilgili devletlerde yaşayan Türk vatandaşlarının sayısı ve Türkiye’nin bu devletlerle dış ticaret hacmiyle karşılaştırıldığında, İtalya, Fransa, Polonya ve Romanya’dan hiç ön karar başvurusu yapılmamış olması; Belçika, Birleşik Krallık, Danimarka, İspanya ve Avusturya’dan ise görece düşük sayıda (sırasıyla 1, 5, 4, 1 ve 6) başvuru yapılmış olması dikkat çekicidir. Dahası, ortaklık hukukuna ilişkin ön karar prosedürlerinde Birleşik Krallık %40, Fransa %35, Avusturya %27,5, Danimarka %26,3 ve İtalya %16,3 oranında davada gözlemlerini sunmuştur. O hâlde, bu devletlerin ortaklık hukuku ile böylesine yakından ilgilenmesine rağmen ulusal mahkemelerinin son derece sınırlı sayıda

⁴⁷ Örnek olarak bkz. Case C-224/01 *Köbler* [2003], para 52. Case C-416/17 *Commission v France* (C-416/17) [2018]. Ayrıca bkz. BROBERG, Morten: “*National Courts of Last Instance Failing to Make a Preliminary Reference: The (Possible) Consequences Flowing Therefrom*”, *European Public Law*, 2016, C. 22, S. 2, s. 243–256.

⁴⁸ Case C-629/16 *CX* [2018], para 36.

veya hiç ön karar başvurusu yapmamış olmaları, üzerinde durulması gereken ilginç bir olgudur.

Öte yandan, bu çalışmada ortaya konulan istatistiksel veriler, Türkiye – AB ortaklık hukukunun altmış yıllık gelişimini norm koyma ve yargısal yorum boyutlarıyla ele aldığımız çalışmanın sonuçlarıyla örtüşmektedir. Söz konusu çalışmada, “yargısal yorumun sınırlarına ulaşıldığı ve özellikle Türkiye’nin AB’ye katılımının gerçekleşmemiş olması ışığında [...] ek normatif adımlara acil ihtiyaç duyulduğu” sonucuna varılmıştır.⁴⁹ Bu çalışmadaki istatistiksel bulgular ise, (i) ortaklık hukukuna ilişkin kararların 2005–2014 yılları arasında zirveye ulaştığını ve sonrasında sayısal olarak azaldığını; (ii) 2004’ten bu yana kararların %91’inde Beş veya Üç Hâkimli Daire’nin görev aldığını ve (iii) aynı dönemde kararların yaklaşık %30’unda Hukuk Sözcüsü görüşüne başvurulmadığını göstermektedir. Bu veriler, ABAD’ın yargısal yorum kapasitesinin sınırlara dayandığı yönündeki argümanımızla da tutarlılık arz etmektedir. Bir diğer açıdan, bu durum, ortaklık hukukuna ilişkin içtihat hukukunun belirli bir olgunluk seviyesine ulaştığını da göstermektedir.

⁴⁹ GÖÇMEN, *Sixty Years of Association Law*, s. 38.

KAYNAKÇA

Kitap

- AKÇAY, Belgin (editör): Ankara Anlaşması'nın 60. Yılında Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Ankara 2025.
- AKÇAY, Belgin/AKGÜL AÇIKMEŞE, Sinem (editörler): Yarım Asrın Ardından Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri, B. 2, Ankara 2017.
- ARAT, Tuğrul: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), Ankara 1988.
- ARSAVA, Fusun: Roma Antlaşması Ön Karar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar, Ankara 1989.
- BAYKAL, Sanem: Avrupa Birliği Hukukunda Tazminat Davası, Ankara 2006.
- GÖÇMEN, İlke: Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri: Hukuki Boyut, Ankara 2022.
- KARAYİĞİT, Mustafa: Gerçek ve Tüzel Kişilerin AB Tasarruflarına Karşı Yargısal Korunması, Ankara 2009.

Kitap Bölümü, Makale ve Diğer

- ARAT, Tuğrul: “Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki İlişkiler ve Gümrük Birliğinin Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995, C. 44, s. 587-606.
- ARAT, Tuğrul/BAYKAL, Sanem: “AB’yle İlişkiler”, Türk Dış Politikası: Cilt II: 1980-2001 (editör Baskın ORAN), B. 9, İstanbul 2006, s. 326-365.
- ARAT, Tuğrul/BAYKAL, Sanem: “AB’yle İlişkiler”, Türk Dış Politikası: Cilt III: 2001-2012 (editör Baskın ORAN), İstanbul 2013, s. 379-382.
- ARAT, Tuğrul/ERHAN, Çağrı: “AET’yle İlişkiler”, Türk Dış Politikası: Cilt I: 1919-1980 (editör Baskın ORAN), B. 12, İstanbul 2006, s. 808-853.
- ARAT, Tuğrul/ERHAN, Çağrı: “AT’yle İlişkiler”, Türk Dış Politikası: Cilt II: 1980–2001 (editör Baskın ORAN), B. 9, İstanbul 2006, s. 83-101.
- BROBERG, Morten: “National Courts of Last Instance Failing to Make a Preliminary Reference: The (Possible) Consequences Flowing Therefrom”, European Public Law, 2016, C. 22, S. 2, s. 243-256.
- CANDAN, Tolga: “AB Yargı Düzeninde Önkarar Davası ve Önemi”, Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara 2012, s. 271-288.
- ÇAPETA, Tamara: Seventy Years of Advocates General at the Court of Justice of the European Union, Leiden 2023.
- CLÉMENT-WILZ, Laure: “The Advocate General: A Key Actor of the Court of Justice of the European Union”, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2012, C. 14, s. 587-613.
- GÖÇMEN, İlke: “Avrupa Birliği ile Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Türk Mahkemelerinin Avrupa Birliği Hukuku Karşısındaki Tutumuna Yönelik Bir Öneri: AB-Dostu Yorum Yöntemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 63, S. 1, s. 131-167.

- GÖÇMEN, İlke. “1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı Türk Hukukunda Etki Doğurur Mu: Malların Serbest Dolaşımının Üç Alt Unsuru Temelinde Bir Değerlendirme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2020, S. 149, s. 253-284.
- GÖÇMEN, İlke. “Avrupa Birliği Adalet Divanı”, Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar (editörler Belgin AKÇAY ve İlke GÖÇMEN), B. 4, Ankara 2023, s. 235-251.
- GÖÇMEN, İlke. “Türkiye–Avrupa Birliği İlişkilerinin Hukuki Çerçevesi: Maddi Boyut”, Yarım Asrın Ardından Türkiye – Avrupa Birliği İlişkileri (editörler Belgin AKÇAY ve Sinem AKGÜL AÇIKMEŞE), B. 3, Ankara 2025, s. 87-109.
- GÖÇMEN, İlke. “Taking Stock of Sixty Years of Association Law between the European Union and Türkiye: Case Law Reaching Its Limits and the Imperative for Normative Actions”, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2025, C. 28, S. 1, s. 3-45.
- PRETE, Luca/SMULDERS, Ben: “The Age of Maturity of Infringement Proceedings”, Common Market Law Review, 2021, C. 58, S. 2, s. 285-332.
- TRIDIMAS, Takis: “The Role of the Advocate General in the Development of Community Law: Some Reflections”, Common Market Law Review, 1997, C. 34, S. 6, s. 1349-1387.

EKLER*Tablo 3: Doğrudan Davalar ile ilgili İstatistikler*

No	Dava / Karar Künyesi	Davanın Türü	Mahkeme ve Oluşumu	Karar Yılı	Gözlem Sunan Devletler / Kurumlar	İddialar Arasındaki Ortaklık Hukuku Düzenlemesi (Başlıcaları)
1	Case 204/86 <i>Greece v Council</i> ECLI:EU:C:1988:450	İptal Davası	Adalet Divanı / Genel Kurul	1988	Komisyon	2/80 sayılı OKK (özel yardım)
2	Case 30/88 <i>Greece v Commission</i> ECLI:EU:C:1989:422	İptal Davası	Adalet Divanı / Genel Kurul	1989	Yok	Ankara Anlaşması md. 7 (dürüst işbirliği ilkesi) Ankara Anlaşması md. 22 (ortaklık konseyinin görev ve yetkileri) 2/80 sayılı OKK (özel yardım)
3	Case T-75/96 R <i>Söktas v Commission</i> ECLI:EU:T:1996:115	İhtiyati Tedbir (İptal Davası)	Genel Mahkeme / Başkan	1996	Yok	1/95 sayılı OKK md. 47 (anti-damping)
4	Joined cases T-186/97, T-187/97, T-190/97 to T-192/97, T-210/97, T-211/97, T-216/97, T-217/97, T-218/97, T-279/97, T-280/97, T-293/97 and T-147/99 <i>Kaufring and Others v Commission</i> ECLI:EU:T:2001:133	İptal Davası	Genel Mahkeme / Üç Hâkimli Daire	2001	Almanya Birleşik Krallık Fransa	Ankara Anlaşması md. 7 (dürüst işbirliği ilkesi) Ankara Anlaşması md. 22 (ortaklık konseyinin görev ve yetkileri) Ankara Anlaşması md. 25 (uymazlık çözümü mekanizması) 3/72 sayılı OKK md. 4 (fark giderici vergi) 5/72 sayılı OKK md. 12 (fark giderici vergi)
5	Case T-23/03 <i>CAS v Commission</i> ECLI:EU:T:2007:32	İptal Davası	Genel Mahkeme / Üç Hâkimli Daire	2007	Yok	Ankara Anlaşması md. 7 (dürüst işbirliği ilkesi) 1/95 sayılı OKK md. 29 (karşılıklı yardımlaşma) 1/96 sayılı OKK md. 13 (A.TR.1 sertifikaları) 1/96 sayılı OKK md. 15 (karşılıklı yardımlaşma)
6	Case T-367/03 <i>Yedaş Tarım ve Otomotiv Sanayi ve Ticaret v Council and Commission</i> ECLI:EU:T:2006:96	Tazminat Davası	Genel Mahkeme / Üç Hâkimli Daire	2006	Yok	Ankara Anlaşması md. 2 (ortaklığın amacı) Ankara Anlaşması md. 3 (hazırlık aşaması) Ankara Anlaşması md. 6 (ortaklık konseyinin kuruluşu)
7	Case C-255/06 P <i>Yedaş Tarım ve Otomotiv Sanayi ve Ticaret v Council and Commission</i> ECLI:EU:C:2007:414	Temyiz Davası	Adalet Divanı / Beş Hâkimli Daire	2007	Yok	Ankara Anlaşması md. 2 (ortaklığın amacı) Ankara Anlaşması md. 3 (hazırlık aşaması) Ankara Anlaşması md. 6 (ortaklık konseyinin kuruluşu)
8	Case C-255/06 P-REV <i>Yedaş Tarım ve Otomotiv Sanayi ve Ticaret v Council and Commission</i> ECLI:EU:C:2009:212	Gözden Geçirme Başvurusu	Adalet Divanı / Beş Hâkimli Daire	2009	Yok	Ankara Anlaşması md. 2 (ortaklığın amacı) Ankara Anlaşması md. 3 (hazırlık aşaması) Ankara Anlaşması md. 6 (ortaklık konseyinin kuruluşu)

9	Case C-92/07 <i>Commission v Netherlands</i> ECLI:EU:C:2010:228	İhlal Davası	Adalet Divanı / Beş Hâkimli Daire	2010	Almanya	Ankara Anlaşması md. 9 (vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı) Katma Protokol md. 41 (iş kurma hakkı ve hizmetler – yeni kısıtlama getirme yasağı) 1/80 sayılı OKK md. 10 (işçiler – vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı) 1/80 sayılı OKK md. 13 (işçiler – yeni kısıtlama getirme yasağı)
10	Case C-204/07 P <i>C.A.S. v Commission</i> ECLI:EU:C:2008:446	Temyiz Davası	Adalet Divanı / Beş Hâkimli Daire	2008	Yok	Ankara Anlaşması md. 7 (dürüst işbirliği ilkesi) Ankara Anlaşması md. 24 (ortaklık konseyinin oluşumu) 1/95 sayılı OKK md. 52 (gümrük birliği ortak komitesi) 1/96 sayılı OKK md. 13 (A.TR.1 sertifikaları) 1/96 sayılı OKK md. 15 (karşılıklı yardımlaşma)
11	Case C-81/13 <i>United Kingdom v Council</i> ECLI:EU:C:2014:2449	İptal Davası	Adalet Divanı / Büyük Daire	2014	Yok	Ankara Anlaşması md. 9 (vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı) Ankara Anlaşması md. 12 (işçilerin serbest dolaşımı) Katma Protokol md. 36 (işçilerin serbest dolaşımı) Katma Protokol md. 39 (işçiler – sosyal güvenlik sistemi)
12	Case T-798/14 <i>DenizBank v Council</i> ECLI:EU:T:2018:546	İptal Davası	Genel Mahkeme / Üç Hâkimli Daire	2018	Komisyon	Ankara Anlaşması md. 9 (vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı) Ankara Anlaşması md. 19 (ödemelerin serbestleştirilmesi) Katma Protokol md. 41 (iş kurma hakkı ve hizmetler – yeni kısıtlama getirme yasağı) Katma Protokol md. 58 (ayrımcılık yasağı)

Tablo 4: Dolaylı Davalar / Ön Karar Prosedürleri ile ilgili İstatistikler

No	Dava / Karar Künyesi	Başvuru Yapan Üye Devlet Mahkemesi	Karar Yılı	Adalet Divanının Yargılamaya Birimi	Hukuk Sözleşti Görüşü	HS görüşü ile ABAD kararı (ana hatlarıyla) aynı yönde mi?	Gözlem Sunan Devletler / Kurumlar	Konu (ana hatlarıyla)	Hüküm Fıkrası Çerçevesinde Ortaklık Hukuku Düzenlemesi	Kısaça ABAD kararı ne hakkında?
1	Case 12/86 <i>Daniet</i> ECLI:EU:C:1987:400	Almanya	1987	Genel Kurul	Var HS Damon	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Birleşik Krallık Fransa Yunanistan	İşçilerin Serbest Dolaşımı	Ankara Anlaşması md. 7 Ankara Anlaşması md. 12 Katma Protokol md. 36	İlgili maddeler doğrudan etkili bulunmamıştır.
2	Case C-192/89 <i>Sevince</i> ECLI:EU:C:1990:322	Hollanda	1990	Genel Kurul	Var HS Damon	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Hollanda	İşçilerin Serbest Dolaşımı	2/70 sayılı OKK md. 2 2/70 sayılı OKK md. 7 1/80 sayılı OKK md. 6 1/80 sayılı OKK md. 13	İlgili maddeler doğrudan etkili bulunmamıştır. "Yasal istihdam" kavramı yorumlanmıştır.
3	Case C-23/791 <i>Kus</i> ECLI:EU:C:1992:527	Almanya	1992	Genel Kurul	Var HS Damon	Aynı Yönde	Komisyon Almanya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6	1/80 sayılı OKK md. 6'nın birinci fıkrasının birinci ve üçüncü girişimi yorumlanmıştır. Çalışma iznine ek oturma izni tanınmıştır.
4	Case C-355/93 <i>Eroglu</i> ECLI:EU:C:1994:369	Almanya	1994	Beş Hakimli Daire	Var HS Damon	Aynı Yönde	Komisyon Almanya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6 1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 6'nın birinci fıkrasının birinci girişimi ve md. 7'nin ikinci cümlesi yorumlanmıştır. Çalışma iznine ek oturma izni tanınmıştır.
5	Case C-434/93 <i>Borzart</i> ECLI:EU:C:1995:168	Hollanda	1995	Genel Kurul	Var HS Elmer	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Birleşik Krallık Hollanda Yunanistan	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6	1/80 sayılı OKK md. 6'nın birinci ve ikinci fıkrası yorumlanmıştır. Bir üye devlet ülkesinde kalma hakkının yokluğu tespit edilmştir.
6	Case C-277/94 <i>Tajflan-Met and Others</i> ECLI:EU:C:1996:315	Hollanda	1996	Genel Kurul	Var HS La Pergola	Farklı yönde (3/80 sayılı OKK yürürlüğe girmemiştir.)	Komisyon Almanya Fransa Hollanda İspanya Yunanistan	İşçilerin Serbest Dolaşımı	3/80 sayılı OKK md. 12 3/80 sayılı OKK md. 13	3/80 sayılı OKK'nın yürürlüğe girdiği ve bağlayıcılık taşıdığı tespit edilmştir.
7	Case C-171/95 <i>Teitik</i> ECLI:EU:C:1997:31	Almanya	1997	Beş Hakimli Daire	Var HS Elmer	Farklı Yönde (iş arama hakkı yoktur.)	Komisyon Almanya Birleşik Krallık Fransa	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6	İlgili maddeler doğrudan etkili bulunmamıştır. 1/80 sayılı OKK md. 6'nın birinci fıkrasının üçüncü girişimi yorumlanmıştır. Belirli koşullar altında iş arama hakkı tanınmıştır.

No	Dava / Karar Kimliği	Başvuru Yapan Üye Devlet Mahkemesi	Karar Yılı	Adalet Divanının Yargılama Birimi	Hukuk Sözleşti Görüşü	HS görüşü ile ABAD kararı (ana hatlarıyla) aynı yönde mi?	Gözlem Sunan Devletler / Kurumlar	Konu (ana hatlarıyla)	Hüküm Fıkrası Cercevesinde Ortaklık Hukuku Düzenlemesi	Kısaca ABAD kararı ne hakkında?
8	Case C-285/95 <i>Kol</i> ECLI:EU:C:1997:280	Almanya	1997	Beş Hakimli Daire	Var HS Elmer	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Birleşik Krallık Fransa İspanya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6	1/80 sayılı OKK md. 6 yorumlanmıştır. Hiçli davranış halinde “yasal istihdam”ın yokluğu tespit edilmiştir.
9	Case C-351/95 <i>Kadiman</i> ECLI:EU:C:1997:205	Almanya	1997	Beş Hakimli Daire	Var HS Elmer	Aynı Yönde	Komisyon Fransa Hollanda	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 7’nin birinci cümlesinin birinci grintisi yorumlanmıştır. Aile üyesi yönünden birlikte ve kesintisiz yaşamak ele alınmıştır.
10	Case C-386/95 <i>Eker</i> ECLI:EU:C:1997:257	Almanya	1997	Beş Hakimli Daire	Var HS Elmer	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Avusturya Fransa Yunanistan	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6	1/80 sayılı OKK md. 6’nın birinci fıkrasının birinci grintisi yorumlanmıştır. Aynı işveren yanında çalışmak ele alınmıştır.
11	Case C-36/96 <i>Glinaydin</i> ECLI:EU:C:1997:445	Almanya	1997	Beş Hakimli Daire	Var HS Elmer	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Fransa Yunanistan	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6 birinci fıkrasının ikinci grintisi	Hakkın kötüye kullanılması yasası ele alınmıştır.
12	Case C-98/96 <i>Ertanir</i> ECLI:EU:C:1997:446	Almanya	1997	Beş Hakimli Daire	Var HS Elmer	Aynı Yönde	Komisyon Almanya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6 birinci, ikinci ve üçüncü fıkrası	Yasal çalışma ve istihdam stiresinin hesaplanması ele alınmıştır.
13	Case C-262/96 <i>Sitral</i> ECLI:EU:C:1998:228	Almanya	1999	Genel Kurul	Var HS La Pergola	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Avusturya Birleşik Krallık Fransa	İşçilerin Serbest Dolaşımı	3/80 sayılı OKK md. 3 birinci fıkrası doğrudan etkili bulunmuştur ve yorumlanmıştır. Vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasası aile yardımları yönünden ele alınmıştır. Zamansal etkileri geçmişe dönük sınırlanmıştır.	3/80 sayılı OKK md. 3’un birinci fıkrası doğrudan etkili bulunmuştur ve yorumlanmıştır. Vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasası aile yardımları yönünden ele alınmıştır.
14	Case C-197 <i>Birden</i> ECLI:EU:C:1998:568	Almanya	1998	Beş Hakimli Daire	Var HS Fennelly	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Fransa Yunanistan	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6 birinci fıkrası yorumlanmıştır. “işçi” kavramı ele alınmıştır.	1/80 sayılı OKK md. 6’nın birinci fıkrası yorumlanmıştır. “işçi” kavramı ele alınmıştır.

No	Dava / Karar Künyesi	Başvuru Yapan Üye Devlet Mahkemesi	Karar Yılı	Adalet Divanının Yargılama Birimi	Hukuk Sözcüğü / Görüşü	HS girişi ile ABAD kararı (ana hatlarıyla) aynı yönde mi?	Görülen Sunan Devletler / Kurumlar	Konu (ana hatlarıyla)	Hüküm Fikrası Çerçevesinde Ortaklık Hukuku Düzenlenesi	Kısaca ABAD kararı ne hakkında?
15	Case C-210/97 <i>Akman</i> ECLI:EU:C:1998:555	Almanya	1998	Beş Hakimli Daire	Var HS Léger	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Yunanistan	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 7'nin ikinci cümlesi yorumlanmıştır. Türk işçisinin, çocuğu eğitim tamamladığında, o üye devlette bulunmasının gerekmediği tespit edilmiştir.
16	Case C-329/97 <i>Ergat</i> ECLI:EU:C:2000:133	Almanya	2000	Beş Hakimli Daire	Var HS Mischo	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Fransa	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 7'nin birinci cümlesinin ikinci gırtısı yorumlanmıştır. Aile üyesinin oturma izni ele alınmıştır.
17	Case C-340/97 <i>Nazlı</i> ECLI:EU:C:2000:77	Almanya	2000	Beş Hakimli Daire	Var HS Mischo	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Fransa	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6 1/80 sayılı OKK md. 14	1/80 sayılı OKK md. 6'nın birinci fıkrası ve md. 14 yorumlanmıştır. İştidam süresinin (hapis halinde) hesaplanması ve "kamu düzeni" kavramı ele alınmıştır.
18	Case C-37/98 <i>Savaz</i> ECLI:EU:C:2000:224	Birleşik Krallık	2000	Beş Hakimli Daire	Var HS La Pergola	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Birleşik Krallık Fransa İtalya Yunanistan	İşçilerin Serbest Dolaşımı İş Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı	Ankara Anlaşması md. 13 md. 13 Katma Protokol md. 41	Ankara Anlaşması md. 13 doğrudan etkili bulunmamıştır. Katma Protokol md. 41'in birinci fıkrası doğrudan etkili bulunmuştur ve yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasağı maddi hak tanımama yönünden ele alınmıştır.
19	Case C-65/98 <i>Eyüp</i> ECLI:EU:C:2000:336	Avusturya	2000	Beş Hakimli Daire	Var HS La Pergola	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Avusturya Birleşik Krallık	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 7'nin birinci cümlesi yorumlanmıştır. Eş yönünden boşanmak ve yeniden evlenmek ele alınmıştır.
20	Joined cases C-102/98 and C-211/98 <i>Kocak and Ors</i> ECLI:EU:C:2000:119	Almanya	2000	Genel Kurul	Var HS Ruiz-Jarabo Colomer	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Fransa	İşçilerin Serbest Dolaşımı	3/80 sayılı OKK md. 3	3/80 sayılı OKK md. 3'ün birinci fıkrası doğrudan etkili bulunmuştur ve yorumlanmıştır. Vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı emeklilik aylığı yönünden ele alınmıştır.

Nd	Dava / Karar Kimyesi	Başvuru Yapan Üye Devlet Mahkemesi	Karar Yılı	Adalet Divanının Yargılama Birimi	Hukuk Sözcüsü Gördüğü	HS görüşü ile ABAD kararı (ana hatlarıyla aynı yönde mi?)	Gözlem Sunan Devletler / Kurumlar	Konu (ana hatlarıyla)	Hüküm Fıkrası Çerçevesinde Ortaklık Hukuku Düzenlemesi	Kısaca ABAD kararı ne hakkında?
21	Case C-188/00 <i>Kurz</i> ECLI:EU:C:2002:694	Almanya	2002	Beş Hakimli Daire	Var HS Léger	Aynı Yönde	Komisyon Almanya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6	1/80 sayılı OKK md. 6'nın birinci fıkrasının üçüncü girintisi yorumlanmıştır. Sınır dışı etme kararının etkileri ele alınmıştır.
22	Case C-251/00 <i>Ilumitrónica</i> ECLI:EU:C:2002:655	Portekiz	2002	Beş Hakimli Daire	Var HS Mischo	Aynı Yönde	Komisyon Fransa Hollanda Portekiz	Mallların serbest dolaşımı	Ankara Anlaşması md. 22 Ankara Anlaşması md. 25	Ankara Anlaşması md. 22 ve 25 yorumlanmıştır. Uyusmazlık çözümlü mekanizmasına başvurma yükümlülüğünün yokluğu tespit edilmiştir.
23	Case C-171/01 <i>Wahlergruppe Gemeinnsam</i> ECLI:EU:C:2003:260	Avusturya	2003	Beş Hakimli Daire	Var HS Jacobs	Aynı Yönde	Komisyon Avusturya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 10	1/80 sayılı OKK md. 10'un birinci fıkrası doğrudan etkili bulunmuştur ve yorumlanmıştır. Vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasası işçi odası seçimleri yönünden ele alınmıştır. "Kamui hizmeti" kavramı da ele alınmıştır.
24	Joined cases C-317/01 and C-369/01 <i>Abatay and Others and Satin</i> ECLI:EU:C:2003:572	Almanya	2003	Genel Kurul	Var HS Mischo	Farklı yönde (Katma Protokol md. 41, somut uyusmazlıktaki gibi karayolu taşımacılığı faaliyetlerine uygulanma.)	Komisyon Almanya Fransa Hollanda	İş Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 13 Katma Protokol md. 41	1/80 sayılı OKK md. 13 ve Katma Protokol md. 41 yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasası çalışına izni yönünden ele alınmıştır.
25	Case C-275/02 <i>Alvaz</i> ECLI:EU:C:2004:570	Almanya	2004	Beş Hakimli Daire	Var HS Geelhoed	Aynı Yönde	Komisyon Almanya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 7'nin birinci cümlesi yorumlanmıştır. Aile üyesi yönünden "üvey evlat" ele alınmıştır.
26	Case C-373/02 <i>Öztürk</i> ECLI:EU:C:2004:232	Avusturya	2004	Büyük Daire	Var HS Ruiz-Jarabo Colomer	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Avusturya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	3/80 sayılı OKK md. 3	3/80 sayılı OKK md. 3'ün birinci fıkrası yorumlanmıştır. Vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasası emeklilik aylığı yönünden ele alınmıştır.

No	Dava / Karar Künyesi	Başvuru Yapan Üye Devlet Mahkemesi	Karar Yılı	Adalet Divanının Yargılama Birimi	Hukuk Sözcüsü Görüşü	HS görüşü ile ABAD kararı (ana hatlarıyla) aynı yönde mi?	Gözlem Sunan Devletler / Kurumlar	Konu (ana hatlarıyla)	Hüküm Fıkrası Çerçevesinde Ortaklık Hukuku Düzenlemesi	Kısaca ABAD kararı ne hakkında?
27	Case C-467/02 <i>Cerinkaya</i> ECLI:EU:C:2004:708	Almanya	2004	Beş Hakimli Daire	Var HS Léger	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Portekiz	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7 1/80 sayılı OKK md. 14	1/80 sayılı OKK md. 7'nin birinci cümlesi ve md. 14'ün yorumlanmıştır. Türk işçisinin çocuğunun resit olma durumu ve ceza mahkûmiyet halinde sınır dışı etme ele alınmıştır.
28	Case C-136/03 <i>Dörr and Ünal</i> ECLI:EU:C:2005:340	Avusturya	2005	Beş Hakimli Daire	Var HS Polares Maduro	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Avusturya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6 1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 6 ve 7'nin yorumlanmıştır. Bu maddelere tabi Türk işçisine ve aile üyesine bırakım usulü güvenceler tanınmıştır.
29	Case C-230/03 <i>Sedef</i> ECLI:EU:C:2006:5	Almanya	2006	Beş Hakimli Daire	Var HS Ruiz- Jarabo Colomer	Aynı Yönde	Komisyon Almanya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6	1/80 sayılı OKK md. 6'nın birinci fıkrasının üçüncü girintisi ve ikinci fıkrası yorumlanmıştır. Aynı işveren yanında çalışmak ve istihdam süresinin hesaplanması ele alınmıştır.
30	Case C-373/03 <i>Aydinli</i> ECLI:EU:C:2005:434	Almanya	2005	Beş Hakimli Daire	Yok (HS Ruiz- Jarabo Colomer)	---	Komisyon Almanya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 7'nin birinci cümlesinin ikinci girintisi yorumlanmıştır. Ceza mahkûmiyetin / hapis cezasının oturma hakkı üstündeki etkileri ele alınmıştır.
31	Case C-374/03 <i>Gürol</i> ECLI:EU:C:2005:435	Almanya	2005	Beş Hakimli Daire	Var HS Geelhoed	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Avusturya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 9	1/80 sayılı OKK md. 9'dan dolayı etkili bulunmuş ve yorumlanmıştır. Vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağı eğitim bursları yönünden ele alınmıştır.
32	Case C-383/03 <i>Dogan</i> ECLI:EU:C:2005:436	Avusturya	2005	Üç Hakimli Daire	Yok (HS Ruiz- Jarabo Colomer)	---	Komisyon Almanya Avusturya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6 1/80 sayılı OKK md. 14	1/80 sayılı OKK md. 6'nın birinci fıkrasının üçüncü girintisi ve md. 14'ün birinci fıkrası yorumlanmıştır. Ceza mahkûmiyetin / hapis cezasının oturma hakkı üstündeki etkileri ele alınmıştır.

No	Dava / Karar Künyesi	Başvuru Yapan Üye Devlet Mahkemesi	Karar Yılı	Adalet Divanının Yargılama Birimi	Hukuk Sozcüsü Görüşü	HS görüşü ile ABAD kararı (ana hatlarıyla) aynı yönde mi?	Gözlem Sunan Devletler / Kurumlar	Konu (ana hatlarıyla)	Hüküm Fıkrası Çerçevesinde Ortaklık Hukuku Düzenlemesi	Kısaca ABAD kararı ne hakkında?
33	Case C-502/04 <i>Torin</i> ECLI:EU:C:2006:112	Almanya	2006	Beş Hakimli Daire	Yok (HS Ruiz-Jarabo Colomer)	---	Komisyon Almanya Slovakya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 7'nin ikinci cümlesi yorumlanmıştır. Ceza mahkumiyetini oturma hakkı üstündeki etkileri ele alınmıştır.
34	Case C-4/05 <i>Gitzel</i> ECLI:EU:C:2006:670	Almanya	2006	Üç Hakimli Daire	Var HS Geelhoed	Farklı yönde (Oturma izninin uzatılmasının reddi, 1/80 sayılı OKK md. 10 üzerinden incelenmiştir.)	Komisyon Almanya Slovakya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6	1/80 sayılı OKK md. 6'nın birinci fıkrasının birinci grintisi ikinci fıkrası yorumlanmıştır. Oturma izninin uzatılmasının reddi ele alınmıştır.
35	Case C-16/05 <i>Tum and Dari</i> ECLI:EU:C:2007:530	Birleşik Krallık	2007	Beş Hakimli Daire	Var HS Geelhoed	Farklı yönde (Kama Protokol md. 41'in birinci fıkrası, bir üye devletin ülkesine ilk girişin düzenlenmesinde uygulanan maddi ve/veya usuli koşullara uygulanmaz.)	Komisyon Birleşik Krallık Hollanda Slovakya	İş Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı	Kama Protokol md. 41	Kama Protokol md. 41'in birinci fıkrası yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasağı bir üye devletin ülkesine ilk girişin düzenlenmesinde uygulanan maddi ve/veya usuli koşullar yönünden ele alınmıştır.
36	Case C-325/05 <i>Derin</i> ECLI:EU:C:2007:442	Almanya	2007	Beş Hakimli Daire	Var HS Bot	Aynı Yönde	Komisyon Almanya Birleşik Krallık İtalya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7 Kama Protokol md. 59	1/80 sayılı OKK md. 7'nin birinci cümlesinin ikinci grintisi yorumlanmıştır. Edinilmiş hakların kaybına ilişkin koşullar ve daha avantajlı muamele görmeme kuralı ele alınmıştır.
37	Case C-228/06 <i>Soyyal and Savalli</i> ECLI:EU:C:2009:101	Almanya	2009	Beş Hakimli Daire	Yok (HS Potares Maduro)	---	Komisyon Almanya Danimarka Slovenya Yunanistan	İş Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı	Kama Protokol md. 41	Kama Protokol md. 41'in birinci fıkrası yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasağı vize yönünden ele alınmıştır.
38	Case C-242/06 <i>Schijn</i> ECLI:EU:C:2009:554	Hollanda	2009	Beş Hakimli Daire	Yok (HS Potares Maduro)	---	Komisyon Almanya Birleşik Krallık Hollanda İtalya Kıbrıs	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 13	1/80 sayılı OKK md. 13 yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasağı oturma izni alınması için idari harçlar yönünden ele alınmıştır.
39	Case C-294/06 <i>Payir and Others</i> ECLI:EU:C:2008:36	Birleşik Krallık	2008	Beş Hakimli Daire	Var HS Kokott	Aynı yönde	Komisyon Almanya Birleşik Krallık Hollanda İtalya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6	1/80 sayılı OKK md. 6'nın birinci fıkrasının yorumlanmıştır. "işçi" kavramı ele alınmıştır.

No	Dava / Karar Künyesi	Başvuru Yapan Üye Devlet Mahkemesi	Karar Yılı	Adalet Divanının Yargılama Birimi	Hukuk Sözcüsü Görsüşü	HS görüşü ile ABAD kararı (ana hatlarıyla) aynı yönde mi?	Gözlem Sunan Devletler / Birleşik Krallık Hollanda İtalya Polonya	Konu (ana hatlarıyla)	Hüküm Fıkrası Ortaklık Hukuku Kurumlar Düzenlenesi	Kısaca ABAD kararı ne hakkında?
40	Case C-349/06 <i>Polat</i> ECLI:EU:C:2007:581	Almanya	2007	Üç Hakimli Daire	Yok (HS Ruiz-Jarabo Colomer)	---	Komisyona Almanya Birleşik Krallık Hollanda İtalya Polonya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7 1/80 sayılı OKK md. 14 Katma Protokol md. 59	1/80 sayılı OKK md. 7'nin birinci cümlesinin ikinci girişini ve md. 14 yorumlanmıştır. Edinilmiş hakların kaybına ilişkin koşullar, daha avantajlı muamele görmeme kuralı ve sınır dışı etme koşulları ele alınmıştır.
41	Case C-372/06 <i>Asda Stores</i> ECLI:EU:C:2007:787	Birleşik Krallık	2007	Beş Hakimli Daire	Yok (HS Mazák)	---	Komisyona Birleşik Krallık İtalya	Malların Serbest Dolaşımı	1/95 sayılı OKK md. 44 1/95 sayılı OKK md. 47	1/95 sayılı OKK md. 44 doğrudan etkili bulunmamıştır. 1/95 sayılı OKK md. 47 doğrudan etkili bulunmuştur ve yorumlanmıştır.
42	Case C-337/07 <i>Altun</i> ECLI:EU:C:2008:744	Almanya	2008	Beş Hakimli Daire	Var HS Bot	Aynı yönde	Komisyona Almanya Yunanistan	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 7'nin birinci cümlesini yorumlanmıştır. Mülteci olma durumu ve edinilmiş hakların kaybına ilişkin koşullar ele alınmıştır.
43	Case C-453/07 <i>Er</i> ECLI:EU:C:2008:524	Almanya	2008	Beş Hakimli Daire	Yok (HS Mengozzi)	---	Komisyona Almanya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 7'nin birinci cümlesinin ikinci girişini yorumlanmıştır. Edinilmiş hakların kaybına ilişkin koşullar ele alınmıştır.
44	Case C-484/07 <i>Pehlivan</i> ECLI:EU:C:2011:395	Hollanda	2011	Beş Hakimli Daire	Var HS Sharpston	Aynı yönde	Komisyona Almanya Hollanda İtalya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 7'nin birinci cümlesinin birinci girişini yorumlanmıştır. Türk çocuğunun evlenmesi durumu ele alınmıştır.
45	Case C-485/07 <i>Aldas and Others</i> ECLI:EU:C:2011:346	Hollanda	2011	Beş Hakimli Daire	Yok (HS Sharpston)	---	Komisyona Birleşik Krallık Hollanda	İşçilerin Serbest Dolaşımı	Ankara Anlaşması md. 9 3/80 sayılı OKK md. 6	3/80 sayılı OKK md. 6'nın birinci fıkrasının birinci bendi doğrudan etkili bulunmuştur ve yorumlanmıştır. Ankara Anlaşması md. 9, 3/80 sayılı OKK md. 6'nın özel hüküm niteliği gereği, somut uyuşmazlıkta uygulanabilir bulunmamıştır.
46	Case C-152/08 <i>Real Sociedad de Fútbol and Kahveci</i> ECLI:EU:C:2008:450	İspanya	2008	Üç Hakimli Daire	Yok (HS Poires Maduro) (Gerskeleli Karar)	---	Yok	İşçilerin Serbest Dolaşımı	Katma Protokol md. 37 1/80 sayılı OKK md. 10	Katma Protokol md. 37 ve 1/80 sayılı OKK md. 10'un birinci fıkrası yorumlanmıştır. Vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasası futbolcular yönünden ele alınmıştır.

Nd	Dava / Karar Künyesi	Başvuru Yapan Üye Devlet Mahkemesi	Karar Yılı	Adalet Divanının Yargılama Birimi	Hukuk Sözleşti Görüşü	HS görüşü ile ABAD kararı (ana hatlarıyla) aynı yönde mi?	Gözlem Sunan Devletler / Kurumlar	Konu (ana hatlarıyla)	Hüküm Fikrası Çerçevesinde Ortaklık Hukuku Dizenlemesi	Kısaca ABAD kararı ne hakkında?
47	Case C-303/08 <i>Roche</i> ECLI:EU:C:2010:800	Almanya	2010	Beş Hakimli Daire	Var HS Sharpston	Aynı yönde	Komisyon Almanya Danimarka İtalya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7 1/80 sayılı OKK md. 14	1/80 sayılı OKK md. 7'nin birinci cümlesi ve md. 14 yorumlanmıştır. Boşanma durumu ve hakkın kötüye kullanılması yasası ele alınmıştır.
48	Case C-371/08 <i>Ziobal</i> ECLI:EU:C:2011:809	Almanya	2011	Beş Hakimli Daire	Var HS Bot	Aynı yönde	Komisyon Almanya Birleşik Krallık Danimarka Estonya Yunanistan	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 14	1/80 sayılı OKK md. 14 yorumlanmıştır. Sınır dışı etme koşulları ele alınmıştır.
49	Case C-462/08 <i>Rekoyen</i> ECLI:EU:C:2010:30	Almanya	2010	Beş Hakimli Daire	Var HS Mengozzi	Aynı yönde	Komisyon Danimarka Hollanda	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 7'nin ikinci cümlesi yorumlanmıştır. Türk işçisinin, çocuğu eğitime başladığında, o üye devlette bulunmasının gerektirdiği tespit edilmiştir.
50	Case C-14/09 <i>Genc</i> ECLI:EU:C:2010:57	Almanya	2010	Beş Hakimli Daire	Yok (HS Mengozzi)	---	Komisyon Almanya Danimarka	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6	1/80 sayılı OKK md. 6'nın birinci fıkrası yorumlanmıştır. "İşçi" kavramı ele alınmıştır.
51	Joined cases C-300/09 and C-301/09 <i>Toprak and Oğuz</i> ECLI:EU:C:2010:756	Hollanda	2010	Beş Hakimli Daire	Yok (HS Kokott)	---	Komisyon Almanya Danimarka Hollanda	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 13	Yeni kısıtlama getirme yasası oturma izni alınması (koşulun gevşetilmesi sonra tekrar sıkılaştırılması) yönünden ele alınmıştır.
52	Joined Cases C-7/10 and C-9/10 <i>Karveci and Ivan</i> ECLI:EU:C:2012:180	Hollanda	2012	Beş Hakimli Daire	Var HS Sharpston	Aynı yönde	Komisyon Hollanda Polonya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 7 yorumlanmıştır. Türk işçisinin, birisi Türk vatandaşlığı olmak üzere, çifte vatandaşlığı durumu ele alınmıştır.
53	Case C-186/10 <i>Oguz</i> ECLI:EU:C:2011:509	Birleşik Krallık	2011	Beş Hakimli Daire	Var HS Kokott	Aynı yönde	Komisyon Birleşik Krallık	İş Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı	Katma Protokol md. 41	Katma Protokol md. 41'in birinci fıkrası yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasası oturma izni şartlarına aykırı olarak iş kurmak ve hakkın kötüye kullanılması yasası ele alınmıştır.

No	Dava / Karar Kimyesi	Bayuru Yapan Üye Devlet Mahkemesi	Karar Yılı	Adalet Divanının Yargılama Birimi	Hukuk Sözleşti Görüşü	HS görüşü ile ABAD kararı (ana hatlarıyla) aynı yönde mi?	Gözlem Sunan Devleler / Kurumlar	Konu (ana hatlarıyla)	Hüküm Fikrasi Çerçevesinde Ortaklık Hukuku Düzenlemesi	Kısaca ABAD kararı ne hakkında?
54	Case C-187/10 <i>Unal</i> ECLI:EU:C:2011:623	Hollanda	2011	Beş Hakimli Daire	Var HS Sharpston	Aynı yönde	Komisyon Hollanda	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6	1/80 sayılı OKK md. 6'nın birinci fıkrasının birinci girmisi yorumlanmıştır. Oturma izninin geriye dönük etkiyle geri alınması ele alınmıştır.
55	Case C-221/11 <i>Danilchen</i> ECLI:EU:C:2013:583	Almanya	2013	Büyük Daire	Var HS Cruz Villalón	Aynı yönde	Komisyon Konsey Almanya Birleşik Krallık Çekya Danimarka Estonya Fransa Hollanda Slovakya Yunanistan	İş Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı	Katma Protokol md. 41	Katma Protokol md. 41'in birinci fıkrası yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasağının hizmet alıcıları kapsamadığı tespit edilmiştir.
56	Case C-256/11 <i>Dereci and Others</i> ECLI:EU:C:2011:734	Avusturya	2011	Büyük Daire	Var HS Mengozi	Aynı yönde	Komisyon Almanya Avusturya Birleşik Krallık Danimarka Hollanda İrlanda Polonya Yunanistan	İş Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı	Katma Protokol md. 41	Katma Protokol md. 41'in birinci fıkrası yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasağı iş kurma hakkının kullanılmasına ilişkin koşullar (koşulun gevşetilmesi sonra tekrar sıkılaştırılması) yönünden ele alınmıştır.
57	Case C-268/11 <i>Gill/balce</i> ECLI:EU:C:2012:695	Almanya	2012	Beş Hakimli Daire	Var HS Bot	Aynı yönde	Komisyon Almanya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 6	1/80 sayılı OKK md. 6'nın birinci fıkrasının birinci girmisi yorumlanmıştır. Oturma izninin geriye dönük etkiyle geri alınması ele alınmıştır.
58	Case C-451/11 <i>Diliger</i> ECLI:EU:C:2012:504	Almanya	2012	Beş Hakimli Daire	Var HS Bot	Aynı yönde	Komisyon Almanya Avusturya İtalya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 7 yorumlanmıştır. Türk işçisinin aile üyesinin üçüncü ülke vatandaşı olabileceği tespit edilmiştir.
59	Case C-225/12 <i>Dentir</i> ECLI:EU:C:2013:725	Hollanda	2013	Beş Hakimli Daire	Var HS Wahl	Aynı yönde	Komisyon Hollanda	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 13	1/80 sayılı OKK md. 13 yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasağı bir üye devletin ülkesine ilk grise, oturmaya ve istihdama uygulanan maddi ve/veya usuli koşullar yönünden ele alınmıştır.

No	Dava / Karar Künyesi	Bayuru Yapan Üye Devlet Mahkemesi	Karar Yılı	Adalet Divanının Yargılama Birimi	Hukuk Sözleşti Görüşü	HS girişi ile ABAD kararı (ana hatlarıyla) aynı yönde mi?	Görüm Sunan Devletler / Kurumlar	Konu (ana hatlarıyla)	Hüküm Fikrasi Çerçevesinde Ortaklık Hukuku Düzenlemesi	Kısaca ABAD kararı ne hakkında?
60	Case C-91/13, <i>Essent Energie Productie</i> ECLI:EU:C:2014:2206	Hollanda	2014	Beş Hakimli Daire	Var HS Bot	Aynı yönde	Komisyon Danimarka Hollanda	İşçilerin Serbest Dolaşımı İş Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 13 Katma Protokol md. 41	1/80 sayılı OKK md. 13 ve Katma Protokol md. 41'in birinci fıkrası yorumlanmıştır. İlgili maddeler, somut uyumsuzlukta uygulanabilir bulunamıştır.
61	Case C-138/13, <i>Dogan</i> ECLI:EU:C:2014:2066	Almanya	2014	Beş Hakimli Daire	Var HS Mengozi	Aynı yönde	Komisyon Almanya Avusturya Danimarka Hollanda	İş Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı	Katma Protokol md. 41	Katma Protokol md. 41'in birinci fıkrası yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasası aile birleşimi yönünden ele alınmıştır.
62	Case C-171/13, <i>Demirci and Others</i> ECLI:EU:C:2015:8	Hollanda	2015	Beş Hakimli Daire	Var HS Wahl	Aynı yönde	Komisyon Hollanda	İşçilerin Serbest Dolaşımı	3/80 sayılı OKK md. 6	3/80 sayılı OKK md. 6 yorumlanmıştır. Türk işçisinin, birisi Türk vatandaşlığı olmak üzere, çifte vatandaşlığı durumu ele alınmıştır.
63	Case C-561/14, <i>Genc</i> ECLI:EU:C:2016:247	Danimarka	2016	Büyük Daire	Var HS Mengozi	Aynı yönde	Komisyon Avusturya Danimarka	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 13	1/80 sayılı OKK md. 13 yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasası aile birleşimi yönünden ele alınmıştır.
64	Case C-507/15, <i>Agro Foreign Trade & Agency</i> ECLI:EU:C:2017:129	Belçika	2017	Beş Hakimli Daire	Var HS Szpunar	Aynı yönde	Komisyon Belçika	İş Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı	Ankara Anlaşması md. 14 ve Katma Protokol md. 41 Katma Protokol md. 41	Ankara Anlaşması md. 14 ve Katma Protokol md. 41'in birinci fıkrası yorumlanmıştır. Sonraki madde, somut uyumsuzlukta uygulanabilir bulunamıştır.
65	Joined Cases C-508/15 and C-509/15, <i>Ucar and Kilic</i> ECLI:EU:C:2016:986	Almanya	2016	Beş Hakimli Daire	Var HS Mengozi	Aynı yönde	Komisyon	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 7'nin birinci cümlesinin birinci girmisi yorumlanmıştır. Türk işçisinin bir üye devletin işgücü pazarına dahil olması ile aile üyesinin oturma süresi arasındaki ilişki ele alınmıştır.
66	Case C-652/15, <i>Tekdemir</i> ECLI:EU:C:2017:239	Almanya	2017	Beş Hakimli Daire	Var HS Mengozi	Aynı yönde	Komisyon Almanya Avusturya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 13	1/80 sayılı OKK md. 13 yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasası göç akımlarının etkin yönetimini sağlama hedefi yönünden ele alınmıştır.

No	Dava / Karar Kimyesi	Başvuru Yapan Üye Devlet Mahkemesi	Karar Yılı	Adalet Divanının Yargılama Birimi	Hukuk Sözleşli Görüşü	HS görüşü ile ABAD kararı (ana hatlarıyla) aynı yönde mi?	Gözlem Sunan Devletler / Kurumlar	Konu (ana hatlarıyla)	Hüküm Fikrasi Çerçevesinde Ortaklık Hukuku Düzenlemesi	Kısaca ABAD kararı ne hakkında ?
67	Case C-65/16 <i>Istanbul Lojistik</i> ECLI:EU:C:2017:770	Macaristan	2017	Beş Hakimli Daire	Var HS Saugmandsgaard Øe	Aynı yönde	Komisyon İtalya Macaristan	Malların Serbest Dolaşımı	1/95 sayılı OKK md. 4	1/95 sayılı OKK md. 4 yorumlanmıştır. Gümrük vergisine eş etkili vergi yasası tanımlanmıştır.
68	Case C-629/16 <i>CX</i> ECLI:EU:C:2018:556	Avusturya	2018	Beş Hakimli Daire	Var HS Saugmandsgaard Øe	Aynı yönde	Komisyon Avusturya Macaristan	İş Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı	Katma Protokol md. 41	Katma Protokol md. 41'in birinci fıkrası yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasası taşımacılık kotaları yönünden ele alınmıştır.
69	Case C-123/17 <i>Von</i> ECLI:EU:C:2018:652	Almanya	2018	Beş Hakimli Daire	Var HS Sharpston	Farklı yönde (2/76 sayılı OKK md. 7, aile birleşimi vizesine uygulanmaz.)	Komisyon Almanya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	2/76 sayılı OKK md. 7	2/76 sayılı OKK md. 7 yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasası aile birleşimi vizesi yönünden ele alınmıştır.
70	Case C-677/17 <i>Çoban</i> ECLI:EU:C:2019:408	Hollanda	2019	Beş Hakimli Daire	Var HS Sharpston	Farklı yönde (3/80 sayılı OKK md. 6 çerçevesinde ikamet koşulu aranmaz.)	Komisyon Hollanda	İşçilerin Serbest Dolaşımı	3/80 sayılı OKK md. 6	3/80 sayılı OKK md. 6'nın birinci fıkrası yorumlanmıştır. Bu çerçevede sosyal güvenlik yönünden ikamet koşulu ele alınmıştır.
71	Case C-70/18 <i>A and Others</i> ECLI:EU:C:2019:823	Hollanda	2019	Beş Hakimli Daire	Var HS Pitruzzella	Farklı yönde (İhtilafli önlem yeni kısıtlama oluşturmaz.)	Komisyon Birleşik Krallık Danimarka Hollanda İrlanda	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 13	1/80 sayılı OKK md. 13 yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasası geçici oturma izni / biyometrik veriler yönünden ele alınmıştır.
72	Case C-89/18 <i>A</i> ECLI:EU:C:2019:580	Danimarka	2019	Beş Hakimli Daire	Var HS Pitruzzella	Aynı yönde	Komisyon Danimarka	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 13	1/80 sayılı OKK md. 13 yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasası aile birleşimi yönünden ele alınmıştır.
73	Case C-258/18 <i>Solak</i> ECLI:EU:C:2020:98	Hollanda	2020	Üç Hakimli Daire	Yok (HS Sharpston) (Gerekçeli Karar)	---	Komisyon	İşçilerin Serbest Dolaşımı	3/80 sayılı OKK md. 6	3/80 sayılı OKK md. 6'nın birinci fıkrası yorumlanmıştır. Bu çerçevede sosyal güvenlik yönünden ikamet koşulu ele alınmıştır.
74	Case C-720/19 <i>GR</i> ECLI:EU:C:2020:847	Almanya	2020	Üç Hakimli Daire	Yok (HS Pitruzzella)	---	Komisyon Avusturya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 7	1/80 sayılı OKK md. 7'nin birinci cümlesi yorumlanmıştır. Türk işçisinin aile üyesinin, Türk vatandaşlığını kaybederek, ev sahibi üye devlet vatandaşlığını kazanması ele alınmıştır.

No	Dava / Karar Künyesi	Başvuru Yapan Üye Devlet Mahkemesi	Karar Yılı	Adalet Divanının Yargılama Birimi	Hukuk Sözleşti Görüşü	HS görüşü ile ABAD kararı (ana hatlarıyla) aynı yönde mi?	Gizlem Sunan Devletler / Kurumlar	Konu (ana hatlarıyla)	Hükim Fikrasi Çerçevesinde Ortaklık Hukuku Düzenlemesi	Kısaca ABAD kararı ne hakkında?
75	Case C-194/20 <i>BY and Others</i> ECLI:EU:C:2021:436	Almanya	2021	Üç Hakimli Daire	Yok (HS Pitruzzella)	---	Komisyon Danimarka Hollanda Polonya	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 9	1/80 sayılı OKK md. 9 yorumlanmıştır. Bu maddenin ebeveyni md. 6 veya 7'deki koşulları karşılayan Türk çocuğu tarafından ileri sürülebileceği tespit edilmiştir.
76	Case C-379/20 <i>B</i> ECLI:EU:C:2021:660	Danimarka	2021	Beş Hakimli Daire	Yok (HS Hogan)	---	Komisyon Danimarka	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 13	1/80 sayılı OKK md. 13 yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasağı aile birleşimi yönünden ele alınmıştır.
77	Case C-279/21 <i>X</i> ECLI:EU:C:2022:1019	Danimarka	2022	Beş Hakimli Daire	Var HS Pitruzzella	Aynı yönde	Komisyon Danimarka	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 13	1/80 sayılı OKK md. 13 yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasağı aile birleşimi yönünden ele alınmıştır.
78	Case C-402/21 <i>S, E and C</i> ECLI:EU:C:2023:77	Hollanda	2023	Beş Hakimli Daire	Yok (HS Pitruzzella)	---	Komisyon Almanya Danimarka Hollanda	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 13 ve 14 13 1/80 sayılı OKK md. 14	1/80 sayılı OKK md. 13 ve 14 yorumlanmıştır. Md. 13'ün md. 6 veya 7'deki hak sahipleri tarafından ve md. 14 kapsamında da ileri sürülebileceği tespit edilmiştir.
79	Case C-652/22 <i>Kolín Inšaat Turizm Sanayi ve Ticaret</i> ECLI:EU:C:2024:910	Hırvatistan	2024	Büyük Daire	Var HS Collins	Aynı yönde	Komisyon Avusturya Çekya Danimarka Estonya Fransa Hırvatistan Polonya	İş Kurma Hakkı ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı	Katma Protokol md. 41 41	Katma Protokol md. 41'in birinci fıkrası yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasağı kamu alımları yönünden ele alınmıştır.
80	Case C-375/23 <i>EV</i> ECLI:EU:C:2024:572	Danimarka	2024	Üç Hakimli Daire	Yok (HS Emiliou)	---	Komisyon Danimarka	İşçilerin Serbest Dolaşımı	1/80 sayılı OKK md. 13	1/80 sayılı OKK md. 13 yorumlanmıştır. Yeni kısıtlama getirme yasağı kalıcı oturma izni yönünden ele alınmıştır.

ABD KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKU KONULU *RESTATEMENT II* İLE AYNI KONULU *RESTATEMENT III* GEÇİCİ TASARISININ SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİ ALANINDA GENEL OBJEKTİF BAĞLAMA KURALLARI

*USA Restatements II and Tentative Draft of III on Conflict of Laws
and Their General Objective Choice of Law Rules on Contractual
Obligations*

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR*

ÖZ

Çalışmamızda ABD Kanunlar İhtilâfı Hukuku alanında kabul edilen Restatement II ve tasarı halindeki Restatement III'ün sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında getirdikleri objektif genel bağlama kuralları incelenecektir. Bu şekilde Restatement metinlerinin sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında objektif genel bağlama kuralı düzeyinde gelişimi de ortaya koyulmuş olacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Restatement*, Sözleşmeler, objektifleştirme, esnek bağlama kuralları, istisna kuralı.

ABSTRACT

In this study general objective choice-of-law rules of Restatement II and third and fourth tentative drafts of Restatement III on Conflict of Laws on contractual obligations shall be examined. Accordingly, we shall put forth the development of general objective choice-of-law rules in the field of contractual obligations in Restatements on Conflict of Laws.

Keywords: *Restatement, Contracts, objectification, flexible choice-of-law rules, exception clause.*

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: ggungor@law.ankara.edu.tr, ORCID:0000-0002-7689-2389.

GİRİŞ “RESTATEMENT”LARIN HAZIRLANMASI

Restatement’lar (R.) pek çok seçkin Amerikalı hukukçunun yer aldığı özel bir örgüt olan Amerikan Hukuk Enstitüsünün (*American Law Institute*) himayesi altında çeşitli alanlarda hazırlanan özel belgelerdir; kanun ya da kanun gücünde değildirler.¹ Herhangi bir alandaki *Restatement*, kanun ya da kanun gücünde olmaması sebebiyle bağlayıcı da değildir.² *Restatement*, mahkemeler tarafından yaratılan ortak hukuktan hareketle hazırlanan metinler olup, onlardan beklenen uygulamada mahkemelere rehberlik etmeleridir.³

Herhangi bir alanda *Restatement* hazırlamak zaman alan çetin bir iş olarak görülmüştür.⁴ Kanunlar ihtilâfi hukuku alanında hazırlanmış birinci *Restatement* on bir yılda (1923-1934), ikinci *Restatement* ise on yedi yılda (1952-1969) tamamlanmıştır.⁵ Kanunlar ihtilâfi hukuku alanında üçüncü *Restatement* üzerinde çalışmalar ise raportör *Kermit Roosevelt III*’ün 2014 yılında atanması üzerine 2015 yılında başlamış olup⁶, halen devam etmektedir.

Restatement hazırlanmasında ilk aşama bir veya birden çok raportör atanmasıdır.⁷ Raportör veya raportörler tarafından hazırlanan orijinal veya değiştirilmiş ön tasarı (*preliminary draft*) danışmanlar (*advisors, consultative group*) tarafından gözden geçirilir. Daha sonra Amerikan Hukuk Enstitüsü Konseyine (*Council*) ve Enstitü üyelerine (*membership*) sunulur.⁸ Hazırlanan

¹ REESE, Willis L.A.: “From the Old Restatement of Conflict of Laws to the New”, <https://www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/9n3/reese.pdf>, erişim: 04.01.2024, s.8, 9, (From the Old).

² REESE, From the Old, s.9; SINGER, Joseph W.: “Choice of Law Rules”, *Cumberland Law Review*, 2020, C.50, S.2, <http://scholar.harvard.edu>, erişim: 24.07.2025, s.347.

³ SINGER, s.347; Restatement of the Law Third, Conflicts of Laws, Tentative Draft No.3, March 2022, s.x, Submitted by the Council to the membership of The American Law Institute for consideration at the 2022 Annual Meeting on May 16-18, 2022, www.ali.org, erişim: 27.12.2023 (Restatement III, Tentative Draft No.3); Restatement of the Law Third Conflict of Laws, Tentative Draft No.4 (March 2023), Submitted by the Council to the membership of The American Law Institute for consideration at the 2023 Annual Meeting on May 22-24, 2023, s.x (Restatement III, Tentative Draft No.4).

⁴ REESE, From the Old, s.9.

⁵ REESE, From the Old, s.10; REESE, Willis L.M.: “Contracts and the Restatement of Conflict of Laws”, *Second, The International and Comparative Law Quarterly*, 1960, C.9, S.4, s.531 (Contracts).

⁶ Roosevelt to serve as Reporter for Conflict of Laws Restatement, November 21, 2014, <https://www.law.upenn.edu>, erişim: 17.02.2025.

⁷ REESE, From the Old, s.8.

⁸ Süreç için bkz. REESE, From the Old, s.8-9; ayrıca bkz. Restatement III, Tentative Draft No.3, s.ix. Ayrıca bkz. ROOSEVELT III, Kermit: “Choice of Law and Statutory

tasarı, alanında uzman hukukçular tarafından ön incelemeden geçirilir.⁹ Raportör veya raportörlerin danışmanlar tarafından önerilen gerekli düzeltmeleri yapmasından sonra tasarı seçkin hâkim avukat, hukuk fakültesi dekanları ve hukuk profesörlerinden oluşan Amerikan Hukuk Enstitüsü Konseyine sunulur.¹⁰ Konsey ileri düzeltme isteyerek tasarıyı raportör veya danışmanlara iade edebilir ya da geçici onay (*tentative approval*) verebilir.¹¹ Bu durumda gerekli düzeltmeler yapıldıktan sonra tasarı (*tentative draft, discussion draft*) yıllık toplantıda Enstitü üyelerine sunulur.¹² Üyeler tasarıya geçici onay verebilir ya da raportör, danışmanlar ve Konsey tarafından yeniden gözden geçirilmek üzere iade edebilir.¹³ Teklif edilen tasarinın bütün kısımları Konsey ve üyelerin geçici onayını aldıktan sonra birleştirilmiş tasarı nihaî onay için önce Konseye arkasından üyelere sunulur.¹⁴

I. *RESTATEMENT II* ve SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİ ALANINDA OBJEKTİF GENEL İHTİLÂF KURALLARI

A. *Restatement II* ve Genel Bağlama Yaklaşımı

Kanunlar ihtilâfı alanında *II. Restatement*,¹⁵ Willis L.M. Reese'in baş raportörlüğünde hazırlanmış ve kabul edilmiştir. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku da konu edinen genel ihtilâf kuralı olan ve §6 ile birlikte işleyen §188 “*sözleşen taraflar ve hukukî işlem ile en önemli ilişkiyi haiz hukukun*” (*the law of the state which has the most significant relationship to the parties and the transaction*) bulunması temeline dayanmaktadır.¹⁶ Anılan

Specifications of Scope”, Journal of Transnational Law&Policy, 2024-2025, C.34, s.71-72 (Scope).

⁹ *ibid.*

¹⁰ REESE, From the Old, s.8-9; ayrıca bkz. Restatement III, Tentative Draft No.3, s.ix.

¹¹ *ibid.*

¹² REESE, From the Old, s.9; ayrıca bkz. Restatement III, Tentative Draft No.4,s.ix.

¹³ REESE, From the Old, s.9.

¹⁴ *ibid.*

¹⁵ Restatement II of the Law, Second, Conflict of Laws 2d. §§ 1 to 221, As Adopted and Promulgated by the American Law Institute (Revisited and Enlarged), St. Paul, Minn, 1971.

¹⁶ “§ 188. Law Governing in the Absence of Effective Choice by the Parties

(1) The rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in §6.

paragraflar Reese'e göre kuraldan ziyade yaklaşım özelliği taşıyan yapılardır.¹⁷ Reese kuralları "uygulandıkları zaman sonuca götüren yapılar" yaklaşımları ise "sonuca ulaşılması için göz önünde tutulması gereken noktalara işaret eden sistemler" olarak tanımlamaktadır.¹⁸

Ancak Reese'in teorisi, en önemli ilişkiyi haiz hukukun tayini ile son bulmamaktadır. Reese'e göre sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk alanında dar kapsamlı bağlama kurallarına ihtiyaç vardır. Dar kapsamlı bağlama kuralları sevk edilinceye kadar ise (ara aşama) mahkemelere kanunlar ihtilâfı hukukunun amaçlarını konu edinen yaklaşımların yol göstermesini düşünmüştür.¹⁹

B. En Önemli İlişkiyi Haiz Hukuk

Sözleşen tarafların geçerli bir hukuk seçimi bulunmayan hallerde sözleşmeden doğan borç ilişkisini en önemli ilişkiyi haiz hukukun idare etmesi kabul edilmiştir (R. §188):

§188. Sözleşen Tarafların Geçerli Seçimi Bulunmadığı Halde Uygulanacak Hukuk

(2) In the absence of an effective choice of law by the parties (§187), the contacts to be taken into account in applying the principles of §6 to determine the law applicable to an issue include:

(a) the place of contracting,

(b) the place of negotiation of the contract,

(c) the place of performance,

(d) the location of the subject matter of the contract, and

(e) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties.

These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.

(3) If the place of negotiating the contract and the place of performance are in the same state, the local law of this state will usually be applied, except as otherwise provided in §§189-199 and 203."

¹⁷ REESE, Willis L.M.: "Choice of Law: Rules or Approach", Cornell Law Review, 1972, C.57, No. 3, s.315-316 (Approach); ayrıca bkz. GÜNGÖR, Gülin: Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Restatement II, Roma Sözleşmesi, İsviçre LDIP, MÖHUK, Ankara 2007 künyeli eserimiz s.29-30 (Yakınlık İlkesi).

¹⁸ REESE, Approach,, s.315; ayrıca bkz. GÜNGÖR, Yakınlık İlkesi, s.29.

¹⁹ REESE, Willis L.M.: "Choice of Law in Torts and Contracts and Directions for the Future", Columbia Journal of Transnational Law, 1977, C.16, s.40 vd. (Future); REESE, Approach, s.323-324; REESE, Willis L.M.: "General Course on Private International Law", Recueil Des Cours, C.150, 1976/II, s.52 (General Course); ayrıca bkz. GÜNGÖR, Yakınlık İlkesi, s.29.

- (1) Sözleşmede yer alan bir konu itibariyle sözleşen tarafların hak ve yükümlülükleri, o konu itibariyle, §6'daki ilkelere göre işlem ve sözleşen taraflarla en önemli ilişkiyi haiz devletin mahallî hukukuna göre tayin edilir.
- (2) Sözleşen tarafların geçerli bir hukuk seçiminin (§187) bulunmaması halinde, bir konuya uygulanacak hukukun tespiti için §6'da yer alan ilkeleri uygularken dikkate alınacak irtibatlarla:
 - (a) sözleşmenin yapıldığı yer,
 - (b) sözleşmenin müzakerelerinin yapıldığı yer,
 - (c) ifa yeri,
 - (d) sözleşmenin konusunun bulunduğu yer,
 - (e) sözleşen tarafların ikametgâhı, meskeni, vatandaşlığı, tüzel kişilik kazandığı yer ve işyeri dâhildir.

Bu irtibatlar belirli bir konu itibariyle haiz oldukları göreceli öneme göre değerlendirilir.

- (3) Sözleşmenin müzakere edildiği yer ile ifa yeri aynı devlette ise, bu devletin mahallî hukuku, §§189-199 ve 203'te aksi öngörülen haller dışında, genellikle uygulanacaktır.²⁰

1. En Önemli İlişkiyi Haiz Hukuk ve Objektifleştirme

Restatement II §188, en önemli ilişkiyi haiz hukuku objektifleştirmiş, bir başka ifade ile objektif bir bağlama kuralında somutlaştırmıştır (R. §188/3). Buna göre, sözleşmenin müzakere edildiği yer ile sözleşmenin ifa yeri aynı devlette ise *Restatement II* §§ 189-199 ve 203'teki özel hükümler müstesna birleşme yerinin mahallî hukuku uygulanacaktır.

Restatement II §188/3'te yer alan kural *ad hoc* tayine geçmeden önce uygulanacaktır. Bu itibarla bu kural en önemli ilişkiyi haiz hukuk karinesi olarak nitelendirilmeye fikrimizce elverişlidir.

Sözleşmenin müzakere edildiği yer ile sözleşmenin ifa yerinin aynı devlette bulunmadığı, bu irtibatların nerede yerleştiğinin tespit edilemediği ya da birleşme yeri hukukunun en önemli ilişkiyi temsil etmediği hallerde ise, karine

²⁰ Bu tercüme Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, *Restatement II*, Roma Sözleşmesi, İsviçre LDIP, MÖHUK, Ankara 2007 künyeli eserimizden (s.35) alınmıştır.

uygulanamayacağından en önemli ilişkiyi haiz hukukun *ad hoc* tayini gerekecektir.

2. En Önemli İlişkiyi Haiz Hukukun *Ad Hoc* Tayini

Restatement II §188/3'teki karinenin uygulanamadığı her bir somut olayda (*case-to-case*) ve her bir hukukî sorun kategorisi itibariyle (*issue-to-issue*) sözleşme ve taraflar ile en önemli ilişkiyi haiz hukukun *ad hoc* tayini gereği vardır. Bu tayinde mahkemelere *Restatement II* §188/2'de bildirilen irtibatlar ile § 6'daki bağlama ilkeleri yol gösterecektir. (R. §188/1).²¹

Restatement II §188/2'de en önemli ilişkiyi haiz hukukun tayininde dikkate alınacak irtibatlar sınırlı olmayacak şekilde sayılmıştır. Bu irtibatlar,

- a) sözleşmenin yapıldığı yer (R. §188/2-a),
- b) sözleşmenin müzakere edildiği yer (R. §188/2-b),
- c) ifa yeri (R. §188/2-c),
- d) sözleşmenin konusunun bulunduğu yer (R. §188/2-d),
- e) sözleşen tarafların yerleşim yeri, meskeni, vatandaşlığı, tüzel kişilik kazandığı yer ve işyerinin bulunduğu yerdir (R. §188/2-e).

Yukarıdaki irtibatlar belirli bir hukukî sorun kategorisi itibariyle sahip oldukları göreceli öneme göre değerlendirilecektir (R. §188/2).²²

²¹ GÜNGÖR, Yakınlık İlkesi, s.37.

²² LANDO, Ole: "New American Choice of Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts", American Journal of Comparative Law, 1982, C.30, No.1, s.28. İrtibatların ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz. GÜNGÖR, Yakınlık İlkesi, s.37-42. Belirtelim ki Amerikan kanunlar ihtilâfı hukukunda uygulanacak hukuk somut olay (*case to case*) ve hukukî sorun (*issue to issue*) temelinde araştırılır.

En önemli ilişkiyi haiz hukuk araştırmasında *Restatement II* §6'da²³ bildirilen bağlama ilkeleri de dikkate alınacaktır.²⁴ Buna göre, ilk olarak, mahkemenin hukukunda sözleşmeden doğan borç ilişkilerini konu edinen bağlama kuralları olup olmadığı araştırılacak, varsa bu kurallar uygulanacaktır (R. §6/1). Aksi takdirde, *Restatement II* §6/2'de

- a) dahilî ve milletlerarası sistemin ihtiyaçları (R. §6/2/a),
- b) mahkemenin konu ile ilgili politikaları (R. §6/2/b),
- c) diğer ilgili devletlerin konu ile ilgili politikaları ve o devletlerin belirli bir konunun tayininde göreceli menfaatleri (R. §6/2/c),
- d) haklı beklentilerin korunması (R. §6/2/d),
- e) belirli bir hukuk alanının altında yatan temel politikalar (R. §6/2/e),
- f) kesinlik, öngörülebilirlik ve sonucun yeknesaklığı (R. §6/2/f) ile
- g) uygulanacak hukukun tespit ve uygulanmasında kolaylık (R. §6/2/g),

olarak sınırlı olmayacak bir biçimde sayılmış bağlama ilkeleri temelinde yerleştirme yapılacaktır.

Restatement II, uygulanacak hukukun tayini konusunda bunun dışında bir rehberlik sunmamaktadır. Bu sebeple burada Reese'ın metodolojisinden istifade etme lüzumu bulunmaktadır. Öncelikle yarışan hukuk düzenlerine işaret eden irtibatların somut olayda göreceli önemi araştırılacak, önemsiz irtibatlar bir kenara bırakılacaktır.²⁵ Bu tespit *Cavers*'ın uygunluk (*relevancy*)²⁶ fikri ile uyumludur. Arkasından önemli irtibatlardan hareketle somut olayla ilgili hukuk düzenleri tespit edilecektir. Takiben ilgili hukuk düzenlerinin konu ile ilgili

²³ § 6. *Choice-Of-Law Principles: (1) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law. (2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include (a) the needs of the interstate and international systems, (b) the relevant policies of the forum, (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue, (d) the protection of justified expectations, (e) the basic policies underlying the particular field of law, (f) certainty, predictability and uniformity of result, and (g) ease in the determination and application of the law to be applied.*

²⁴ Bu hükme ilişkin açıklamalarımızda GÜNGÖR, Yakınlık İlkesi, kısa künyeli eserimizin 44. sayfasında yer alan tercüme kullanılmıştır.

²⁵ İrtibatların önemi ve göreceli uygunluğu hakkında detaylı bilgi için bkz. GÜNGÖR, Yakınlık İlkesi, s.65-66.

²⁶ REESE, Discussions, s.378.

kuralları, bunların gerisinde yatan hukuk politikaları ve mülâhazalar tespit edilecektir. Daha sonra ilgili hukuk düzenlerinden her birinin hukukun uygulanması halinde *Restatement II* §6'da sayılan bağlama ilkeleri/ politikalarından²⁷ hangisinin ileriye götürüleceği, belirlenecektir. Mahkeme bu aşamada hangi bağlama ilkesi/politikasını münferit hukukî sorun kategorisi itibariyle önemli kabul ederse bunu gerçekleştirmeye hizmet edecek politikaya sahip hukukun uygulanacak hukuk olarak tayinine karar verecektir. Böylece o hukukun politikası geliştirilmeye ve korunmaya değecek kadar önemli bulunmuş olacaktır.²⁸ Bu şekilde tayin edilen hukuk en önemli ilişkiyi haiz hukuk, o hukuka işaret eden irtibat en önemli irtibat, gözetilen ilkeler en önemli ilkeler ve bu sonuçlara ulaştıran mülâhazalar da somut olayda en önemli mülâhazalardır.²⁹

Tekrar belirtelim ki *Reese*'in metodu burada sona ermemektedir. Amaç zaman içinde verilen mahkeme kararlarının tahlilinden hareketle dar kapsamlı özel bağlama kurallarına ulaşmaktır.³⁰

II. RESTATEMENT III GEÇİCİ TASARISI VE SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİ ALANINDA OBJEKTİF GENEL İHTİLÂF KURALLARI

A. Genel Olarak

Kanunlar ihtilâfı hukuku alanında hazırlanmakta olan *Restatement III*'ün raportörü *Kermit Roosevelt III*, *Restatement III*'ün amacını, *Restatement II* ile *Reese*'in başlattığı projeyi tamamlamak, bu bağlamda mahkemelerin *Restatement II* ve diğer yaklaşımları nasıl kullandıklarını araştırmak, ABD ve diğer devletlerin kanunlarını göz önünde tutmak ve uygulama elverdiği ölçüde dar kapsamlı ve politika duyarlı kurallar (*policy sensitive rules*) yapmak olarak

²⁷ Bu ilkeler, ABD kanunlar ihtilâfı hukukunun amaçları olarak da değerlendirilebilir.

²⁸ Bu paragrafta yer alan açıklamalar için bkz. REESE, General Course, s.46; REESE Willis L.M.: “*Discussions of Major Areas of Choice of Law*”, Recueil des Cours, C.111, 1964/I, s.380; REESE, Approach, s.318; ayrıca bkz. GÜNGÖR, Yakınlık İlkesi, s.66-67, 69.

²⁹ *Reese*'in metodu hakkında geniş bilgi için bkz. GÜNGÖR, Yakınlık, s.68-73 ve orada bildirilen kaynaklar.

³⁰ REESE, Future, s.40, 43; ayrıca bkz. GÜNGÖR, Yakınlık İlkesi, s.29.

ifade etmektedir.³¹ Ona göre Amerikan kanunlar ihtilâfı devrimi henüz tamamlanmış değildir.³²

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında ABD kanunlar ihtilâfı hukukunun genel tecrübesi, mahkemelerin izlediği metotlarının çeşitlenmesi, öngörülemez olması bazen de çelişkili yaklaşımlar sergiledikleri yönünde olmuştur.³³ Pek çok mahkemenin irtibatların değerlendirilmesi konusunda sezgisel bir strateji izlediği yöneltlen diğer bir eleştiridir.³⁴ *Restatement II*'nin mahkemelere yeterli rehberlik yapamadığı³⁵ ve teoriden yoksun olduğu³⁶ doktrinde ifade edilmiştir. *Restatement II* mahkemelerin iş yükünü arttırmış, öngörülebilirliği ve yeknesaklığı azaltmıştır.³⁷ Bu nedenle, öngörülebilirliği azaltan, tarafların ve mahkemenin iş yükünü arttıran *Restatement II*'nin kabul ettiği en önemli ilişki analizi sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında *Restatement III*'ün geçici tasarısında kabul görmemiş,³⁸ esnek en önemli ilişki analizinin sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygun olmadığı değerlendirilmiştir.³⁹

³¹ ROOSEVELT III, Kermit / JONES, Bethan R.: “*The Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws: A Response to Brilmayer & Listwa*”, The Yale Journal of Forum, 2018, C.128, s.295 (A Response); benzer şekilde bkz. SYMEONIDES, Symeon C.: “*Conflict of Laws in the ALI's First Century*”, <https://academic.oup.com/book/45786/chapter/400603397>, erişim: 29.11.2023, s.150.

³² ROOSEVELT III, Kermit: “*Response, Legal Realism and the Conflict of Laws*”, U.Pa.L.Rev Online, C.163, 2014-2015, s.329, <http://scholarship.law.upenn.edu>, erişim: 24.07.2025 (Legal Realism).

³³ Restatement III, Tentative Draft No.4, s.156; Russell J. Weintraub'a göre ise, ABD mahkemeleri tutarlı kararlar verdikleri zaman ancak üçüncü bir restatement hazırlanabilir. Bkz. WEINTRAUB, Russel J.: “*The Restatement Third of Conflict of Laws: An Idea Whose Time Has Not Come*”, Indiana Law Journal, 2000, C.75, S.2, s.686.

³⁴ Restatement III, Tentative Draft No.4, s.156.

³⁵ VASQUEZ, Carlos M.: “*Introduction to Symposium on the Third Restatement of Conflict of Laws*”, Symposium on the Third Restatement of Conflict of Laws, AJIL Unbound, C.110, 2016-2017, s.137; ayrıca bkz. MICHAELS, Ralf: “*The Conflicts Restatement and the World*”, AJIL Unbound, 2016, C.110, <http://www.cambridge.org>, erişim: 20.11.2023, s.157.

³⁶ ROOSEVELT III, Kermit / JONES, Betham R.: “*What A Third Restatement of Conflict of Laws Can Do*”, Symposium on the Third Restatement of Conflict of Laws, AJIL Unbound, C.110, 2016, <http://doi.org/10.1017/S2300002968>, erişim: 20.11.2023, Published online by Cambridge University Press, 2016, s.142 (Symposium).

³⁷ ROOSEVELT III/JONES, Symposium, s.141.

³⁸ Restatement III, Tentative Draft No.4, Contracts, Introductory Note, s.156.

³⁹ *ibid.*

Restatement III’ün raportörü *Kermit Roosevelt III*’ün genel olarak üzerinde durduğu en önemli konu öngörülebilirliktir.⁴⁰ Belirtelim ki, uygulanacak hukukun *ad hoc* tespit edilmesi yaklaşımında öngörülebilirlik eksikliği hukukî sorun olarak her zaman ortadadır. Bu durumun farkında olan Kara Avrupası hukuk düzenleri ve Avrupa Birliği hukuku bu tehlikeye karşı tedbir almış ve bazı hukukî düzenlemelerde en sıkı irtibatlı hukuku, birinde ise en sıkı irtibatlı ülkeyi objektifleştirme yoluna gitmişlerdir. Bu özellik örneğin İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu⁴¹ m.117’de, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme⁴² (Roma Sözleşmesi) m.4/2,3 ve 4’te, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Tüzük⁴³ (Roma I Tüzüğü) m.4/1, 2’de ve 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁴⁴ (MÖHUK) m.24/4’te mevcuttur. Objektifleştirmeye rağmen, belirtelim ki öngörülebilirliği nihai olarak sağlayabilecek kurallar kesin bağlama kurallarıdır. Karine/ faraziye niteliği kazandırılmış bağlama kuralları esnek bağlama kuralı özelliğinde olup bir istisna kuralı ile bertaraf edilebilecekleri için öngörülebilirliği tam olarak sağlayabilecek yapılar değildir.

Restatement III’ün öngörülebilirliği sağlamaktan kastı ve amacı açık uçlu (*open ended*) bir yaklaşım izlemek yerine muayyen kurallar getirmektir.⁴⁵ Sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında da açık uçlu kurallar yerine yine muayyen kurallar kabul edilmesi arzu edilmekte ve yeni kuralların sözleşmeler için öngörülebilir bir bağlama rejimi tesis etmesi hedeflenmektedir.⁴⁶ Bu yeni

⁴⁰ Roosevelt III / Jones, Symposium, s.141; Roosevelt III / Jones, A Response, s.312.

⁴¹ Federal Act on Private International Law, Status as of 1 January 2025, <http://fedlex.admin.ch>, erişim: 17.07.2025.

⁴² Convention 80/934/EEC on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980, <http://eur-lex.europa.eu>, erişim: 17.07.2025.

⁴³ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177/6, 4.7.2008, <http://eur-lex.europa.eu>, erişim: 17.07.2025.

⁴⁴ RG. 12.12.2007-26728. Türk kanunlar ihtilâfı hukukunda objektifleştirme hakkında bilgi için bkz. GÜNGÖR, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Kanunlar İhtilâfı Hukuku, Milletlerarası Usul Hukuku, B.5, Ankara 2025 künyeli eserimiz s.86, 194-200 (MÖH).

⁴⁵ Roosevelt III / Jones, Symposium, s.141; Roosevelt III / Jones, A Response, s.312. Yazarlar çalışmalarında *hard and fast choice-of-law rules* ifadesine yer vermedikleri için ve özellikle Restatement III daha uygun hukuk istisna kuralına yer verip bu hukukun uygulanması ihtimalini saklı tuttuğu için yeni kuralları kesin bağlama kuralları olarak nitelendirme imkânı fikrimizce yoktur.

⁴⁶ Restatement III Tentative Draft No.4, Contracts, Introductory Note, s.156; VÁZQUEZ, s.137-138. Restatement II’nin tamamen bir kenara bırakılmasına karşı çıkan yazarlar da olmuştur. Bkz. BRILMAYYER, Lea: “*What I Like Most About the Restatement (Second)*

bağlama rejimine ait kuralların mahkemelere kesin rehberlik etmesi düşünülmektedir.⁴⁷ Ayrıca keyfî kuralların daha iyi kurallarla değiştirilmesi amaçlanmaktadır.⁴⁸

B. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri Alanında Teklif Edilen Genel Objektif Bağlama Kuralları

Taraflar arasındaki sözleşmede hukuk seçimi kaydı bulunmuyorsa, hukuk seçimi kaydı uygulanabilir değilse, yeterince geniş olarak kaleme alınmamışsa ya da somut olay *Restatement III*'te yer alan özel sözleşme türlerini düzenleyen kuralların uygulama alanına girmiyorsa sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanına ait genel objektif bağlama kuralları uygulanacaktır.⁴⁹

Hakkında özel hüküm⁵⁰ bulunmayan sözleşmeler için, ilk olarak, sözleşmenin müzakere yeri ile ifa yeri aynı devlette ise bu hukukun uygulanması kabul edilmiştir (R. §8.11).⁵¹ Bu yerlerden anlaşılması gereken baskın müzakere yeri (*predominant place of negotiating*) ile baskın ifa yeridir (*predominant place of performance*). Baskın müzakere yeri ve baskın ifa kavramları ise, ayrıca açıklanmamış; baskın kavramının faaliyetin önemi ve miktarına atfen niteliksel ve niceliksel açıdan değerlendirileceğinin bildirilmesiyle yetinilmiştir.⁵² Sözleşmenin baskın müzakere yeri ile baskın ifanın yapıldığı yer aynı devlette ise, *Restatement III* geçici tasarısı §5.03 uyarınca başka bir devletin hukukunun uygulanması hukukî sorunu çözmek

of Conflicts, Why It Should Not Be Thrown Out With the Bathwater", Symposium on the Third Restatement of Conflict of Laws, AJIL Unbound, 2016, C.110, <http://www.cambridge.org>, erişim: 20.11.2023, s.144-149..

⁴⁷ ROOSEVELT III, Legal Realism, s.329; CHILDRESS III, Donald E.: "*International Conflict of Laws and the New Conflict Restatement*", Duke Journal of Comparative and International Law, 2017, C.27, s.362.

⁴⁸ *ibid.*

⁴⁹ Restatement III Tentative Draft No.4, Comment (b), s.160.

⁵⁰ Bu kurallar Restatement III'de *subject matter rules* ya da *subject specific rules* olarak anılmaktadır. Bunlar, §8.06 (hizmet sözleşmeleri), §8.07 (hayat sigortası sözleşmeleri), §8.08 (sorumluluk ve mal sigortası sözleşmeleri), §8.09 (taşınmaz üzerindeki menfaatlerin satımı sözleşmeleri), §8.10 (şahsî mallar üzerindeki menfaatlerin devri sözleşmeleri) olarak plânlanmıştır. Bkz. Restatement III Tentative Draft No.3, Projected Table of Contents, s.xxi; Restatement III Tentative Draft No.4, Introductory Note, Comment (c), s.158. Özel sözleşme türleri hakkındaki bağlama kuralları henüz açıklanmış değildir.

⁵¹ Restatement III Tentative Draft No.4, Introductory Note, Comment (c), s.158.

⁵² Restatement III Tentative Draft No.4, § 8.01, Comment (c), s.162.

bakımından daha uygun olmadıkça, §8.11 gereği birleşme yeri devletin hukuku uygulanacaktır.⁵³

Sözleşme konu itibarıyla *Restatement III* geçici tasarısı §8.06 ilâ 8.10'daki özel sözleşmeler hakkındaki kurallar (*subject specific rules*) kapsamında değilse ve sözleşmenin baskın müzakere yeri ile baskın ifanın yapıldığı yer aynı devlette değilse bu kez sözleşmenin yapıldığı yer (*place of making the contract*) ile sözleşmenin büyük ya da önemli kısmının ifa edildiği yerin (*major place of performing the contract*) aynı devlette olup olmadığına bakılacaktır.⁵⁴ Sözleşmenin yapıldığı yer ile sözleşmenin ana, büyük ya da önemli kısmının ifa edildiği yerin aynı devlette olduğu ihtimalde, *Restatement III* geçici tasarısı §5.03 uyarınca başka bir devletin hukukunun uygulanması hukukî sorunu çözmek bakımından daha uygun olmadıkça, § 8.11 gereği birleşme yeri devletin hukuku uygulanacaktır. Kamu düzeninin müdahalesi saklıdır.⁵⁵

Böylece *Restatement III* geçici tasarısı §8.11'in iki karine kabul ettiği görülmektedir.⁵⁶ Bununla birlikte §5.03'te yer alan daha uygun hukuk kuralının bir istisna kuralı olarak müdahale etmesine izin verilmesi ilk olarak bunların katı ve mekanik objektif bağlama kuralları ya da başka bir ifadeyle kesin bağlama kuralları olmadığını, esnek bağlama kuralları olduğunu fikrimizce ortaya koymaktadır.

Restatement III, müzakere yerinin çoğalmasına bağlı olarak öneminin gerilemesine karşı baskın müzakere yeri, ifa yerinin çoğalmasına karşı ise baskın ifa veya sözleşmenin büyük ya da önemli kısmının ifa edildiği ifa yeri tercih ederek öngörülebilirliği sağlama yönünde tedbir almıştır. Sözleşmenin yapıldığı yer irtibatı hakkında ise bir belirlemede bulunmamıştır. Oysa sözleşmenin yapıldığı yer irtibatının değeri ya da duruma göre önemi somut olayda gerileyebilir.⁵⁷ Taraflar sözleşmeyi tarafsız bir ülkede yapma düşüncesiyle hareket etmiş veya posta, telefon, e-posta, faks, teleks aracılığıyla veya *Zoom*, *Skype* gibi platformlar üzerinden kurmuşlarsa sözleşmenin nerede

⁵³ Restatement III Tentative Draft No.4, § 8.01, Comment (b), s.160-161.

⁵⁴ Restatement III Tentative Draft No.4, § 8.01, Comment (b), s.161. Diğer taraftan, baskın ifa yeri ile sözleşmenin büyük/önemli kısmının ifa edildiği yer kavramlarının ayrı kavramlar olduğu anlaşılmakla birlikte her iki kavram da açıklanmamıştır.

⁵⁵ Restatement III Tentative Draft No.4, § 8.01, Comment (b), s.161.

⁵⁶ Sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanındaki genel bağlama kuralları Restatement III, Tentative Draft No.4'te etraflıca açıklanmış ancak henüz *black-letter rules* şeklinde yayımlanmamıştır.

⁵⁷ Bu irtibat hakkında ayrıca bkz. GÜNGÖR, Yakınlık İlkesi, s.38-39.

yapıldığı hukukî sorun olarak ortaya çıkacağından sözleşmenin yapıldığı yerin önemi gerileyecektir.⁵⁸ Bu aşamada uygulanacak hukuk da henüz tayin edilmemiş olacağından bağlama noktasının anlamlandırılması / yorumu noktasında ya iç hukuka (*lex fori*) bağlanma yapılacak ya da bu bağlama noktasını açıklayan özel bir kanunlar ihtilâfı kuralına (yorum kurallarına) ihtiyaç duyulacaktır. Bu sebeple tarafların sonuçlarını öngörerek sözleşmenin müzakere yerini ve sözleşmenin yapıldığı yeri bilinçli olarak seçmelerinin önemi ortadadır.⁵⁹ Mevcut durumda öngörülebilirliğin sağlanması sözleşen tarafların üzerinde bırakılmış bir kanunlar ihtilâfı amacı olarak karşımıza çıkmaktadır. Öngörülebilirlikten fayda uman taraflar sözleşmeyi nerede müzakere ettiklerine, nerede nihai halini verdiklerine ve nerede ifa edeceklerine azamî dikkat etmek durumundadırlar.⁶⁰

Karinelerin sağlıklı bir biçimde işlememesi onlardan ayrılmayı gerektiren bir durumdur. *Restatement III* geçici tasarısında, karinelerin uygulanmadığı hallerde uygulanacak hukukun tayini için §8.12'de ilkeler belirleneceği bildirilmektedir (*multi factor test*).⁶¹ Bu ilkeler henüz yayımlanmış değildir. Bununla birlikte *Restatement II* §6 ve 188 benzeri politika eksenli bir yaklaşımın sürdürüleceği; sınırlı sayıda olmayan irtibatlar⁶² ve yine hukuk düzenlerine ait sınırlı sayıda olmayan politikalar ve sözleşmeler alanında kabul edilen genel politikalar çerçevesinde bir yerleştirme yapılacağı bazı doktrin tarafından ifade edilmiştir.⁶³ Nitekim *Restatement III* tasarısında, §8.12'de bağlama noktalarının yer alacağı anlaşılmakta; bunların sözleşmeler alanında çatışan millî hukuk düzenlerinin politikaları ışığında değerlendirileceği; mahkemelerin irtibat ve politikaları sözleşmeler hukukunun genel amaçları çerçevesinde incelemesi gerektiği; bu incelemede, taraf beklentilerinin korunması, işlem plânlamasının kolaylaştırılması, devlet menfaati ve taraflardan birini diğer tarafın yüksek pazarlık gücüne karşı koruma dikkat edilmesi gereken noktalar olduğu bildirilmektedir.⁶⁴ Karinelerin işlemediği hallerde uygulanacak hukuk

⁵⁸ Bu irtibat hakkında ayrıca bkz. GÜNGÖR, Yakınlık İlkesi, s.38-39.

⁵⁹ *Restatement III*, Tentative Draft No.4, Contracts, Introductory Note, s.157.

⁶⁰ *ibid.*

⁶¹ *Restatement III*, Tentative Draft No.4, § 8.01, Comment (b) ve (c), s.159, 161 ve Reporters' Notes, s.163.

⁶² Karinelerde kullanılan irtibatların (müzakere yeri, ifa yeri, sözleşmenin yapıldığı yer) belli başlı irtibatlar olarak burada da yerini alacağını öngörüyoruz.

⁶³ Bkz. HAY, Peter: On the Road to a Third American Restatement of Conflicts of Law, *Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts*, 42 Jahrgang, Heft 3, Mai-Juni 2022, s.216.

⁶⁴ *Restatement III*, Tentative Draft No.4, § 8.01, Introductory Note, Comment (c), s.157.

Restatement III geçici tasarısı §8.12'deki ilkelere göre tayin edilecek olmakla birlikte bir başka hukukun açıkça daha uygun hukuk olarak ortaya çıkması da yine ihtimal dâhilinde görülmektedir.⁶⁵ Bu sebeple *Restatement III* geçici tasarısı § 8.12'deki ilkelere göre tayin edilecek hukuk da §5.03 uyarınca bir başka devlet hukukunun daha uygun olmaması şartıyla uygulanacaktır. Bu halde de kamu düzeninin müdahalesi saklıdır.⁶⁶

Restatement III geçici tasarısı § 8.12 ve izleyeceği metod henüz açıklanmamış olmakla birlikte *Kermit Roosevelt III*, *Restatement III* ile getirilmek istenen bağlama kurallarının önerdiği iki aşamalı teorinin çıkarımları olduğunu ifade etmiştir.⁶⁷ Bu sebeple, *Restatement III*'ün kanunlar ihtilâfı analizinin nasıl yapılacağı hakkında genel nitelikli olarak sunduğu iki aşamalı teorinin (*two-step theory*) incelenmesi uygun olacaktır (§§ 5.01, 5.02). Yine, *Kermit Roosevelt III*'ün bu açıklaması sebebiyle *Restatement III*'te yer alan tüm objektif bağlama kurallarının çalışmayı hazırlayanların başlangıç faraziyeleri ya da başka bir deyişle en uygun hukuk karineleri olduğu değerlendirilebilir. Belirtelim ki, en önemli ilişkiyi haiz hukuk kuralını ya da en yakın ilişki yaklaşımını benimsemediği bildirilen *Restatement III* bunların yerine en uygun hukuk yaklaşımını getirmektedir.

III. İKİ AŞAMALI TEORİ

Restatement III tasarısı esasen kural temelli bir çalışma olarak görülmektedir.⁶⁸ Kuralların rehberlik edemediği nadir haller için ise iki aşamalı teorinin (R. §5.1)⁶⁹ oluşturulduğu bildirilmektedir.⁷⁰

⁶⁵ Restatement III, Tentative Draft No.4, § 8.01, Comment (b), s.161.

⁶⁶ *ibid.*

⁶⁷ BRILMAYER, Lea / LISTWA, Daniel B.: “*Continuity and Change in the Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws: One Step Forward and Two Steps Back?*”, The Yale Law Journal Forum, 22.11.2018, s.280'den naklen (Continuity and Change).

⁶⁸ BRILMAYER / LISTWA: Continuity and Change, s.274.

⁶⁹ §5.01. Nature and Development of Choice of Law

Choice of law analysis is a two step process that: (i) identifies the laws that are relevant to the determination of the rights and liabilities of persons involved in matters having connection to more than one state; and, if relevant laws conflict, (ii) selects the most appropriate law to govern particular issues in such matters.

⁷⁰ BRILMAYER / LISTWA: Continuity and Change, s.274; İki aşamalı teori hakkında bir değerlendirme için ayrıca bkz. ZACHARIASIEVCZ, Maria Anna / ZACHARIASIEVCZ, Maciej: “*Modern Changes in the Conflict-of-Laws Methodology: The Blending of the Savignian Multilateralism, the American Unilateralism, and the Recognition of Legal*

İki aşamalı teoriye göre, kanunlar ihtilâfı hukukuna ilişkin bir problemin var olduğu hallerde önce uygun hukuklar bulunmalı, bunların çatışması halinde ise, öncelik verilecek en uygun hukuk tayin edilmelidir.⁷¹ Böylece *Restatement II* § 6'da kendisine yer bulamamış uygunluk (*relevancy/Cavers*) kriteri *Restatement III* tasarısında yerini almıştır.

Olayın vakıaları, hukukî sorunu o hukukun kapsamına dâhil ediyorsa o hukuk uygun hukuktur.⁷² Uygun bulunmayan bir hukukun kanunlar ihtilâfı analizinde yeri yoktur.⁷³ Birinci aşamada, somut olayda yarışan hukuk düzenlerinin uygulama alanı her bir hukukun somut olaya uygulanmasındaki menfaati temelinde tespit edilecektir.⁷⁴ Uygunluğu ortaya koyacak olan husus menfaat analizidir.⁷⁵ Uygulanmasında menfaati olan hukuk, uygulanması ile gerisindeki politikaların ileriye götürüleceği hukuktur.⁷⁶ Böylece somut olaya uygun hukuklar ortaya konacaktır.⁷⁷ Eğer somut olayda tek bir devletin hukuku en uygun hukuk (*the most appropriate relevant law*) olarak tespit edilmişse araştırma (mülkî yaklaşım / *territorial approach*) burada sonlanmaktadır.⁷⁸

Somut olayda, birinci aşamanın sonucuna göre birden fazla devlet hukuku uygun hukuk olarak tespit edilmişse ikinci aşamaya geçilecektir. İkinci aşama, kapsamı örtüşen kurallar arasındaki nihâi ihtilâfın bunlardan biri tercih edilerek hâllidir.⁷⁹ Tercih edilecek hukuk en uygun hukuk olup tayini yarışan kurallar arasında geçecek bir öncelik (*priority*) meselesi olarak görülmüştür

Relationship", Problemy Prawa Prywatnego Miedzynarodowego, ISSN 2353-9852, T.35, <https://doi.org/10.31261/PPPM.2024.35.02>, erişim: 08.08.2025, s.61-68.

⁷¹ Restatement III, Tentative Draft No.3, Introductory Note, Comment (b), s.4; ayrıca bkz. ROOSEVELT III, Scope, s.71.

⁷² Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.01 Comment (a), s.5 ve §5.02 Comment (a), s.17; ayrıca bkz. ROOSEVELT, Kermit: "What the Restatement Actually Says: A Response to Brilmayer and Listwa", tlblog.org, erişim: 05.09.2025, s.1-4 (Blog).

⁷³ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.02, Comment (a), s.18.

⁷⁴ MICHAELS, s.158.

⁷⁵ ROOSEVELT III / JONES, A Response, s.302.

⁷⁶ ROOSEVELT III / JONES, A Response, s.302. Kanunlar ihtilâfı analizi bu noktada Reese'in Restatement II § 188 için öngördüğü yaklaşım ile benzerlik taşımaktadır.

⁷⁷ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.01, Comment (b), s.4.

⁷⁸ ROOSEVELT III / JONES, A Response, s.302.

⁷⁹ § 5.02. *Choice-of-law Analysis: a) A court will decide a choice-of-law issue by determining whether there exists a material difference among relevant laws and, if so, deciding which of the conflicting laws will be given priority. b) A court, subject to constitutional limitations, will follow a local statute that identifies the law to be given priority. c) In the absence of such a statute, a court will use the rules of this Restatement to identify the law to be given priority.* Ayrıca bkz. ROOSEVELT III / JONES, A Response, s.302.

(R. §. 5.02/a).⁸⁰ Şu halde öncelik tanınan hukuk, en uygun hukuk olarak tezahür edecektir (R. §§ 5.01, 5.02/a). En uygun hukukun, daha fazla ihlâl edilmiş, daha büyük menfaati bulunan, ağırlık merkezi ya da en önemli ilişkiye sahip olan hukuk olarak düşünülmediği bildirilmektedir.⁸¹ En uygun hukuk kavramı, kesinlik, öngörülebilirlik, uygulanmasında kolaylık (*systemic factors*) ve sonucun arzu edilirliliği bağlamında kabul edilmiştir (*right answer factors*).⁸²

Bununla birlikte, anayasal sınırlamalar⁸³ saklı kalarak, hâkimin hukukunda önceliği belirleyen bir kanun varsa mahallî kanunun öncelik tanıdığı hukuk uygulanacaktır (R. §5.02/b). Uygulanacak hukukun mahallî kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarından hareketle tayin edildiği hallerde o hukuk en uygun hukuk olarak kabul göreceğinden *Restatement III* § 5.03 uyarınca açıkça daha uygun hukukun bulunup bulunmadığı araştırılmazken, kamu düzeninin müdahalesi saklı tutulmuştur.⁸⁴

Hâkimin hukukunda önceliği belirleyen bir kanunun bulunmadığı hallerde ise, öncelik verilecek/ en uygun hukuk *Restatement III*'e göre tayin edilecektir (R. §5.02/c).⁸⁵

Restatement III geçici tasarısı §5.02'de kanunlar ihtilâfı analizinin nasıl yapılacağı gösterilmiştir. Mahkeme ilk olarak iki veya daha fazla uygun hukuk arasında bir çatışma olup olmadığına karar verecektir.⁸⁶ Herhangi bir hukuk, somut olaydaki vakıaların/ irtibatların hukukî sorunu o hukukun kapsamına dâhil ettiği hallerde uygun kabul edilmiştir.⁸⁷ Dolayısıyla kanunların uygulama alanları ile kabul ettiği sınırların da belirleyici olduğu ortaya çıkmaktadır.⁸⁸ Kanunun uygulama alanı kanun koyucu tarafından sınırlanmış olabileceği gibi mahkemelerin de yorum yoluyla kanunların uygulama alanlarını sınırlandırabileceği bildirilmektedir.⁸⁹ Kanununun uygulama alanı

⁸⁰ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.01, Comment (b), s.4; ayrıca bkz. CHILDRESS III, s.362; BRILMAYER / LISTWA, Continuity and Change, s.270.

⁸¹ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.02, Comment (e), s.23.

⁸² *ibid.*

⁸³ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.02, Comment (b), s.20.

⁸⁴ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.02, Comment (b), s.20.

⁸⁵ Benzer yaklaşım Restatement II § 6/1'de de mevcuttur. Bkz. Restatement II § 6(1): A court subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.

⁸⁶ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.02, Comment (a), s.17.

⁸⁷ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.02, Comment (d), s.22.

⁸⁸ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.02, Comment (a), s.18.

⁸⁹ *ibid.*

federe devlet dışı vakıaları kapsamayan bir hukukun uygulanacak olarak tayini mümkün görülmemiştir.⁹⁰

Çatışma bulunup bulunmadığı yönündeki karar ise, somut olaydaki uygun hukukların maddî muhtevaları arasında farklılık olup olmamasına göre verilir.⁹¹ Bir hukukî sorun itibariyle uygun hukukların farklı çözümler sunduğu hallerde maddî farklılık mevcut kabul edilmiştir.⁹² Eğer mahkeme somut olayda yer alan uygun hukukların maddî muhtevaları arasında farklılık bulunduğunu tespit ederse hangi hukuka öncelik vereceğine karar verecektir (R §5.02/a). Ancak, menfaati düşük ya da sınırlı olan bir hukukun öncelik kazanması öngörü dâhilinde görülmemektedir.⁹³ Öte yandan, somut olaydaki uygun hukukların maddî muhtevaları arasında farklılık olmadığı durum üzerinde ise açıklıkla durulmamıştır. Roosevelt, kanunlar ihtilâfı sorunu yoksa ikinci aşamaya geçilmeyeceğini bildirmektedir.⁹⁴ Bu açıklama somut olaydaki uygun hukukların maddî muhtevaları arasında farklılık olmadığı durumların kanunlar ihtilâfı sorunu olarak görülmediği şeklinde anlaşılmaya müsaittir.

Öncelik, göreceli önceliklidir.⁹⁵ Belirli bir hukukî sorun kategorisine uygulanacak hukukun tayininde öncelik meselesi uygun hukukların o hukukî sorun kategorisi itibariyle politikalarına, hukukî sorun ile ilgili devletlerin bağlantılarına ve tarafların haklı beklentilerine göre araştırılacaktır.^{96, 97}

Öte yandan, en uygun hukukun tespiti hukukî sorun bazında (*issue to issue*) yapılacağından parçalama (*dépeçage*) kaçınılmazdır.⁹⁸ Ancak parçalama

⁹⁰ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.02, Comment (a), s.18.

⁹¹ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.02, Comment (a), s.17; ayrıca bkz. ROOSEVELT, Blog, s.1.

⁹² Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.02, Comment (a), s.17.

⁹³ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.02, Comment (a), s.18.

⁹⁴ ROOSEVELT, Blog, s.4.

⁹⁵ Restatement III, Tentative Draft No.3, § 5.01, Comment (b), s.6.

⁹⁶ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.01, Comment (d), s.9.

⁹⁷ Diğer taraftan, hâkimin hukukunda öncelik konusunda bir kanun varsa anayasal sınırlamalar saklı kalarak, o kanunun işaret ettiği hukuk uygulanacaktır (R § 5.02/b). Mahallî hukukun kendi hukukunun belirli şartlar altında uygulanacağını öngördüğü tek yanlı bağlama kurallarına sahip olması hâlinde ise, sadece kendi ülkesinde açılan davalarda hâkimin hukukunun öncelik kazanacağı, diğer federe devletlerde açılan davalarda bağlayıcı olmadığı ifade edilmiştir. Buna örnek olarak X devleti ülkesinde sadece X devleti vatandaşlarına ödenebilir sigorta poliçelerine X devleti hukukunun uygulanacağını öngören kural gösterilmektedir. Bkz. Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.02, Comment (a), s.19.

⁹⁸ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.02, Comment (f), s.23.

neticesinde ortaya çıkan sonucun tüm ilgili devletlerin politikalarına aykırı olduğu hallerde parçalama önerilmemektedir.⁹⁹ Parçalamanın iki halde uygun olmayacağı belirtilmiştir.¹⁰⁰ İlki ilgili devletin aynı konuda amaçsal olarak yakından bağlantılı iki ayrı kuralının bulunduğu hallerde bunlardan birinin uygulanmasının kabul edilemez bir bozukluk yaratmasıdır. İkinci hal ise, ilgili devletin birbirini dengeleme veya hafifletme amacı taşıyan iki hukuk kuralı bulunan hallerde bunlardan sadece birinin uygulanacak olmasının o devletin politikası ile bağdaşmayacak olmasıdır.¹⁰¹ Parçalamanın uygun olmadığını değerlendiren mahkeme hukukî soruna tek bir hukuku uygulamalıdır.¹⁰² Mahkeme hangi hukukun uygulanacağına karar verirken hukukî sorunları aslı/birincil ve talî/ikincil hukukî sorunlar olarak ayırt edecek ve aslı hukukî sorunlara uygulanacak hukuku talî hukukî sorunlara da uygulayacaktır.¹⁰³

Restatement III'ün raportörü olan *Roosevelt III* çağdaş yaklaşımların da iki aşamalı bir model izlediğini, bu metodun *Brainard Currie*'nin "menfaat analizi" ile benzer olduğunu, eğer birden fazla uygun hukuk varsa başka metod izlediklerini ifade etmiştir.¹⁰⁴

İkinci aşama *Brainard Currie*'nin devlet menfaatinin tahlili metodunun bir uygulaması olarak doktrinde algılanmıştır.¹⁰⁵ Yine teori bazı doktrin tarafından *Restatement III*'ün 20. Yüzyılın ortalarında ileri sürülmüş yaklaşımlara teslim olduğu ileri sürülerek eleştirilmiştir.¹⁰⁶ Nitekim bu aşamadaki araştırma 20. yüzyıl Amerikan metodlarının ortak özelliği ile benzerlik taşımaktadır. Yarışan hukuk düzenlerine ait hukuk kurallarının gerisinde yatan politikaların tespiti 20. yüzyılın ortalarında ileri sürülen Amerikan metodlarının ortak özelliğidir.¹⁰⁷

Raportör *Roosevelt III* ve *Jones*'un birlikte hazırladıkları bir çalışmada (2016) *Restatement III* geçici tasarısı ile ilgili olarak, federe devlet kanunlarının uygulama alanının tespitinin *Currie*'nin yaklaşımında olduğu gibi bir yorum

⁹⁹ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.02, Comment, (g), s.24.

¹⁰⁰ *ibid.*

¹⁰¹ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.02, Comment, (g), s.24

¹⁰² *ibid.*

¹⁰³ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.02, Comment (g), s.24-25.

¹⁰⁴ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.01, Comment (b), s.4.

¹⁰⁵ BRILMAYER / LISTWA, Continuity and Change, s.268, 271-272; MICHAELS, Ralf/ Whytock, Cristopher A.: "Internationalizing the New Conflict of Laws Restatement", *Duke Journal of Comparative and International Law*, C.27, 2017, s.355.

¹⁰⁶ BRILMAYER / LISTWA, Continuity and Change, s.267.

¹⁰⁷ 20. Yüzyıl Amerikan metodları hakkında genel bilgi için bkz. TURHAN, Turgut: Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İka Yeri Kuralı, Ankara 1989, s.72-80.

meselesi olduğunu kabul ettiklerini ancak bu noktada *Currie*'nin önerdiği yoruma, devlet menfaati konusundaki varsayımlarına veya federe devlet hukuklarının kapsamı konusunda vardığı sonuçlara katılma zorunluluğu bulunmadığını ifade etmişlerdir.¹⁰⁸ Raportör *Roosevelt III*, sonraki ve daha yakın tarihli (2023) bir çalışmasında ise, bir dizi yaklaşımın ortak özelliklerini telif eden çağdaş bir yönelim içinde olduklarını bildirmektedir.¹⁰⁹

Bu noktada, *Brainerd Currie*'nin devlet menfaatinin tahlili metoduna menfaat analizi itibarıyla sınırlı bir benzerliğin ya da yakınlığın mevcut olduğunu düşünüyoruz. Menfaat analizi *Currie*'nin metodunun bir kısmıdır. Nitekim gerçek olan ve olmayan ihtilâflar ayrımı üzerine kurulu devlet menfaatinin tahlili metodu genel olarak *lex forist* bir yaklaşıma sahiptir. Buna göre hukukunun uygulanmasında hâkimin mensup olduğu devletin menfaati varsa, diğer devletlerin menfaati olup olmadığı önem taşımamaktadır; *lex fori* uygulanır. Somut olayda hâkimin mensup olduğu devletin hukukunun uygulanmasında menfaati bulunmuyorsa o zaman yarışan diğer hukuk düzenlerinin hukuklarının uygulanmasında meşru menfaati olup olmadığı araştırılacak, böyle bir hukuk bulunabiliyorsa bu hukuk uygulanacaktır. Yarışan hukuk düzenleri arasındaki menfaat analizi bunlardan biri lehine sonuçlanamıyorsa başka bir deyişle çatışma giderilemiyorsa yine hâkimin mensup olduğu devletin hukuku (*lex fori*) uygulanacaktır.¹¹⁰

Diğer taraftan, gerek hâkimin hukukunun muhtevası ve anlamı gerek yabancı hukukun muhtevası ve anlamı, kendi hukukunda olduğu gibi anlaşılacak, yine yabancı hukuk kendi ülkesinde anlaşıldığı gibi uygulanacaktır.¹¹¹

¹⁰⁸ ROOSEVELT III / JONES, Symposium, s.143 dn.19. Bir kısım doktrin ise yabancı hukuklara ait kuralların kendi uygulama alanları noktasında açıkça veya zımnî olarak rehberlik yapmıyor olabileceğine işaret ederek bu yaklaşımı eleştirmektedir. Bkz. MICHAELS, s.158.

¹⁰⁹ ROOSEVELT III, Kermit: “*La Troisième Restatement et la question de la méthode: une réponse*”, Rev.crit.DIP, Janvier-Mars 2023/1, s.22 (La Troisième Restatement).

¹¹⁰ Devlet menfaatinin tahlili metodu hakkında bilgi için bkz. CURRIE, B.: “*The Constitution and the Choice of Law: Governmental Interests and the Judicial Function*”, University of Chicago Law Review, 1958, C.26, s.9-84; ayrıca bkz. GÜNGÖR, Yakınlık İlkesi, s.77-79; Devlet menfaatinin tahlili metodu için ayrıca bkz. AYGÜN, Mesut: “*ABD Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Akde Uygulanacak Hukuka İlişkin Currie'nin Devlet Menfaati Teorisi ve En Sıkı İrtibatlı Hukuk*”, Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan, İzmir 2001, s.443-460. Haksız fiiller alanı ile ilgili değerlendirmeler için bkz. TURHAN, s.84-87; MENEKŞE, Ayhan: “*Haksız Fiiller Alanında Örneklerle Devlet Menfaatinin Tahlili Metodu*”, Prof. Dr. Ernst HIRSCH'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s.501-561.

¹¹¹ Restatement III Tentative Draft No.3, §5.01, Comment (c), s.6.

IV. GENEL İSTİSNA KURALI: AÇIKÇA DAHA UYGUN HUKUK

Restatement III'te bildirilen bağlama kurallarına göre tayin edilen hukuk, başka bir devletin hukukunun açıkça daha uygun hukuk (*manifestly more appropriate law*) olduğu hallerde uygulanmayacaktır (R. §5.03).¹¹² Kural, sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanına özgü olmayıp, genel kaçış kuralları¹¹³ üst başlığı altında değerlendirebileceğimiz bir genel istisna kuralıdır.

Açıkça daha uygun hukuk kuralı *Restatement III* hazırlanırken öngörülemediği istisnâî olaylarda keyfî sonuçların önlenmesi için getirilmiştir.¹¹⁴ Böylece bir hukukî sorun itibariyle somut olayla daha önemli bağlantısı/irtibatı bulunan ve baskın menfaate sahip olan hukukun uygulanması hedeflenmektedir.¹¹⁵

Açıkça daha uygun hukukun uygulanması, *Restatement III*'ün geçici tasarısında açıklanmaktadır. Buna göre, *Restatement III*'te bildirilen kurallardan ayrılarak açıkça daha uygun hukukun uygulanması iki şartın varlığına bağlıdır. İlk olarak, davanın şartları istisnâî (*exceptional*) ve hesapta olmayan (*unaccounted-for*) şartlar olmalıdır.¹¹⁶ Bunlar, kurallar oluşturulurken olağan bir davada bulunmayacak olmaları sebebiyle dikkate alınmamış istisnâî faktörler olarak bildirilmektedir.¹¹⁷ Buna haksız fiiller alanından bir örnek olarak taraflar arasında önceden mevcut hukukî ilişki gösterilmiştir. İkinci olarak, bu faktörler bir başka devletin hukukuna açıkça daha uygun hukuk olarak bağlanmayı gerektirmelidir.¹¹⁸

Açıkça daha uygun olan hukuk, mahkemenin ve diğer ilgili devletlerin belirli bir hukukî sorun itibariyle göreceli menfaatlerinin, irtibatların gücü ve uygunluğu ile tarafların haklı beklentilerinin korunması ilkesi ışığında tespit

¹¹² Par. 5.03, Manifestly More Appropriate Law (T.D. No.3) (approved 2022): *The law selected by the rules of this Restatement will not be used if a case presents exceptional and unaccounted-for circumstances that make the use of a different state's law manifestly more appropriate. In such cases, the court will select the manifestly more appropriate law.*

¹¹³ Genel kaçış kuralları farklı başlıklar altında karşımıza çıkabilir. Örneğin, kamu düzeni, atf ve kanuna karşı hileyi düzenleyen kurallar da genel kaçış kuralları başlığı altında değerlendirilebilecek kurallardır.

¹¹⁴ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.03, Comment (c), s.33 ve Comment d, s.37.

¹¹⁵ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.03, Comment (d), s.37.

¹¹⁶ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.03, Comment (a) ve (b), s.31.

¹¹⁷ *ibid.*

¹¹⁸ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.03, Comment (d), s.31.

edilerek bulunan hukuktur.¹¹⁹ Amaç doğru cevaplara ulaşmak olup bu mülâhazalar bir bağlanmanın anlamlı mı yoksa keyfi mi olduğunu da ortaya koyacak; keyfi sonuçlar istisna kuralı ile önlenecektir.¹²⁰

Öte yandan, belirtelim ki, *Restatement III*'te yer alan kurallara göre uygulanacak hukukun mahkemenin kamu düzenine aykırı olması açıkça daha uygun hukuka başvuru sebebi olarak kabul edilmemektedir.¹²¹ Kamu düzeninin harekete geçmesi için yabancı hukuk, mahkemenin hukukunun köklü bir politikasına aykırı olmalı ve yabancı hukukun uygulanması mahkemenin hukuk politikasına gerçek bir zarar vermelidir.¹²² Kamu düzenine aykırılık halinde iki ihtimal öngörülmüştür.¹²³ Bunlar, mahkemenin davayı reddetmesi ya da başka bir hukuku en uygun hukuk olarak tayin etmesidir.¹²⁴ İkinci ihtimalde, pek çok davada bir sonraki en uygun hukukun hâkimin hukuku olarak tezahür edeceği ancak üçüncü bir devletin hukuku olarak da tezahür edebileceği bildirilmiştir.¹²⁵

SONUÇ

Restatement III geçici tasarısı §8.11, sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında karine niteliği taşıyan iki objektif bağlama kuralı sevk etmekle öngörülebilirliği ilkesel plânda benimsediğini ortaya koymaktadır. Buna göre, sözleşmenin müzakere edildiği yer hukuku ile ifanın yapıldığı yer hukuku birleşiyorsa bu hukuk uygulanacaktır. Aksi takdirde, sözleşmenin yapıldığı yer ile sözleşmenin büyük ya da önemli kısmının ifa edildiği yerin birleşip birleşmediğine bakılacak; birleşme halinde bu hukuk uygulanacaktır. Birleşme bulunmuyorsa uygulanacak hukuk §12'de yer alacak olup henüz açıklanmamış bağlama ilkelerine göre tayin edilecektir. Bu halde nasıl bir kanunlar ihtilâfı analizi yapılacağı açıklanmamıştır.

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında karine niteliği taşıyan iki objektif bağlama kuralının iki aşamalı teorisinin (§ 5.01, 5.02) çıkarımları olduğu bildirilmekle bu konu da ele alınmıştır. İki aşamalı teori menfaat analizine

¹¹⁹ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.03, Comment (c), s.33.

¹²⁰ *ibid.*

¹²¹ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.03, Comment d, s.33.

¹²² Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.04, Comment (b), s.35.

¹²³ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.04, Comment (c), s.36.

¹²⁴ *ibid.*

¹²⁵ Restatement III, Tentative Draft No.3, §5.04, Comment (c), s.36.

dayanmaktadır. Menfaat analizi neticesinde bulunan “en uygun hukuk” uygulanacaktır.

Yukarıdaki bağlama sistemine rağmen *Restatement III* § 5.03’te bir de genel istisna kuralına yer verilmektedir. Somut olayda, yukarıdaki kurallara göre tayin edilmiş hukuktan başka bir hukuk açıkça daha uygun hukuk olması hâlinde o hukuk uygulanacaktır. Bu hukukun uygulanması, davanın şartlarının istisnâ olması ve bağlama kuralları oluşturulurken dikkate alınmamış ancak somut olayda ortaya çıkmış hesapta olmayan şartların varlığı ile açıklanmaktadır.

KAYNAKÇA

- AYGÜN, Mesut: “*ABD Kanunlar İhtilâfî Hukukunda Akde Uygulanacak Hukuka İlişkin Currie’nin Devlet Menfaati Teorisi ve En Sıkı İrtibatlı Hukuk*”, Mahmut Tevfik BİRSEL’e Armağan, İzmir 2001, s.443-460.
- BRILMAYER, Lea: “*What I Like Most About the Restatement (Second) of Conflicts, Why It Should Not Be Thrown Out With the Bathwater*”, Symposium on the Third Restatement of Conflict of Laws, AJIL Unbound, 2016, <http://www.cambridge.org>, erişim: 20.11.2023, C. 110, s.144-149.
- BRILMAYER, Lea /LISTWA, Daniel B.: “*Continuity and Change in the Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws: One Step Forward and Two Steps Back?*” The Yale Law Journal Forum, 22.10.2018, s.266-292. (Continuity and Change)
- CHILDRESS III, Donald Earl: “*International Conflict of Laws and the New Conflict Restatement*”, Duke Journal of Comparative and International Law, 2017, C.27, s.361-379.
- Convention 80/934/EEC on the law applicable to contractual obligations (Rome, 19 June 1980), OJ L 266/1, 09.10.1980, <http://eur-lex.europa.eu>, erişim: 24.11.2023.
- CURRIE, Brainerd: “*The Constitution and the Choice of Law: Governmental Interests and the Judicial Function*”, University of Chicago Law Review, 1958, C.26, s.9-84.
- Federal Act on Private International Law, Status as of 1 January 2025, <http://fedlex.admin.ch>, erişim: 17.07.2025.
- GÜNGÖR, Gülin: Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Restatement II, Roma Sözleşmesi, İsviçre LDIP, MÖHUK, Ankara 2007 (Yakınlık İlkesi).
- GÜNGÖR, Gülin: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Kanunlar İhtilâfî Hukuku, Milletlerarası Usul Hukuku, B.5, Ankara 2025 (MÖH).
- HAY, Peter: “*On the Road to a Third American Restatement of Conflicts of Law*”, Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts, 42 Jahrgang, Heft 3, Mai-Juni 2022, s.205-219.
- LANDO, Ole: “*New American Choice of Law Principles and the European Conflict of Laws of Contracts*”, American Journal of Comparative Law, 1982, C.30, No. 1, s.19-35.
- MENEKŞE, Ayhan: “*Haksız Fiiller Alanında Örneklerle Devlet Menfaatinin Tahlili Metodu*”, Prof. Dr. Ernst HIRSCH’in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s.501-561.
- MICHAELS, Ralf: “*The Conflicts Restatement and the World, Symposium on the Third Restatement of Conflict of Laws*”, AJIL Unbound, C.110, 2016, <http://www.cambridge.org>, erişim: 20.11.2023, s.349-359.
- MICHAELS, Ralf/ WHYTOCK, Cristopher A.: “*Internationalizing the New Conflict of Laws Restatement*”, Duke Journal of Comparative and International Law, 2017, C.27, s.349-359.
- REESE, Willis L.A.: “*From the Old Restatement of Conflict of Laws to the New*”, <https://www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/9n3/reese.pdf>, erişim: 04.01.2024, s.8-17. (From the Old)
- REESE, Willis L.M.: “*Choice of Law in Torts and Contracts and Directions for the Future*”, Columbia Journal of Transnational Law, 1977, C.16, s.1-44. (Future)
- REESE, Willis L.M.: “*Choice of Law: Rules or Approach*”, Cornell Law Review, 1971-1972, C.57, s.315-334. (Approach)

- REESE, Willis L.M.: “*Contracts and the Restatement of Conflict of Laws, Second*”, The International and Comparative Law Quarterly, 1960, C.9, S.4, s.531-541. (Contracts)
- REESE, Willis L.M.: “*Discussions of Major Areas of Choice of Law*”, Recueil Des Cours, C.111, 1964/I, s.315-414. (Discussions)
- REESE, Willis L.M.: “*General Course on Private International Law*”, Recueil Des Cours, C.150, 1976/II, s.1-193. (General Course)
- Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177/6, 4.7.2008, <http://eur-lex.europa.eu>, erişim: 24.11.2023.
- Restatement of the Law of Conflict of Laws As Adopted and Promulgated by the American Law Institute, Washington DC, 11 May 1934.
- Restatement II of the Law, Second, Conflict of Laws 2d. §§ 1 to 221, As Adopted and Promulgated by the American Law Institute (Revisited and Enlarged), St. Paul, Minn, 1971.
- Restatement of the Law Third, Conflicts of Laws, Tentative Draft No.3 (March 2022), Submitted by the Council to the membership of The American Law Institute for consideration at the 2022 Annual Meeting on May 16-18, 2022, www.ali.org, erişim: 27.12.2023. (Restatement III Tentative Draft No.3)
- Restatement of the Law Third Conflict of Laws, Tentative Draft No.4 (March 2023), Submitted by the Council to the membership of The American Law Institute for consideration at the 2023 Annual Meeting on May 22-24, 2023 www.ali.org, erişim: 23.10.2023. (Restatement III Tentative Draft No.4)
- Roosevelt to serve as Reporter for Conflict of Laws Restatement, November 21, 2014, law.upenn.edu, erişim: 17.02.2025.
- ROOSEVELT III, Kermit: “*La Troisième Restatement et la question de la méthode: une réponse*”, Rev.crit.DIP, Janvier-Mars 2023/1, s.21-24. (La Troisième Restatement)
- ROOSEVELT III, Kermit: “*Response, Legal Realism and the Conflict of Laws*”, U.Pa.L.Rev Online, C.163, 2014-2015, <http://scholarship.law.upenn.edu>, erişim: 24.07.2025, s.325-329. (Legal Realism)
- ROOSEVELT, Kermit: “*What the Restatement Actually Says: A Response to Brilmayer and Listwa*”, tblog.org, erişim: 05.09.2025, s.1-4. (Blog)
- ROOSEVELT III, Kermit: “*Choice of Law and Statutory Specifications of Scope*”, Journal of Transnational Law&Policy, 2024-2025, C.34, s.49-80. (Scope)
- ROOSEVELT III, Kermit / JONES, Bethan R.: “*The Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws: A Response to Brilmayer & Listwa*”, The Yale Journal of Forum, 2018, C.128, s.293-314. (A Response)
- ROOSEVELT III, Kermit / JONES, Bethan R.: “*What A Third Restatement of Conflict of Laws Can Do*”, Symposium on the Third Restatement of Conflict of Laws, AJIL Unbound, C.110, 2016, <http://doi.org/10.1017/S2300002968>, erişim: 20.11.2023, Published online by Cambridge University Press, 2016, s.139-143. (Symposium)
- SINGER, Joseph W.: “*Choice of Law Rules*”, Cumberland Law Review, 2020, C.50, S.2, <http://scholar.harvard.edu>, erişim: 24.07.2025, s.307-385.

- SYMEONIDES, Symeon C.: "Conflict of Laws in the ALI's First Century", 2023<https://academic.oup.com/book/45786/chapter/400603397>, erişim: 29.11.2023, s.149-151
- TURHAN, Turgut: Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İka Yeri Kuralı, Ankara 1989.
- VÁZQUEZ, Carlos M.: "Introduction to Symposium on the Third Restatement of Conflict of Laws", AJIL Unbound, 2016-2017, C.110, s.137-138.
- WEINTRAUB, Russell J.: "The Restatement Third of Conflict of Laws: An Idea Whose Time Has Not Come", Indiana Law Journal, 2000, C.75, S.2, s.679-686.
- ZACHARIASIEVCZ, Maria Anna / ZACHARIASIEVCZ, Maciej: "Modern Changes in the Conflict-of-Laws Methodology: The Blending of the Savignian Multilateralism, the American Unilateralism, and the Recognition of Legal Relationship", Problemy Prawa Prywatnego Miğdzynarodowego, ISSN 2353-9852, T.35, <https://doi.org/10.31261/PPPM.2024.35.02>, erişim: 08.08.2025, s.39-108.

DÖNÜŞEN ULUSLARARASI HUKUKTA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GELECEK PAKTI'NA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

*An Evaluation of the United Nations Pact for the Future within the
Context of Transforming International Law*

Prof. Dr. Ülkü HALATÇI ULUSOY*

ÖZ

Gelecek İçin Pakt, Birleşmiş Milletler'in (BM) 21. yüzyılın çoklu krizler çağında karşılaştığı normatif, kurumsal ve etik dönüşüm ihtiyacına verilen kapsamlı bir yanittir. Bu çalışma, *Pakt*'ın uluslararası hukukun evrimi bağlamındaki önemini, küresel yönetim krizine getirdiği çözümleri ve geleceğe yönelik yeni normatif yapıları incelemektedir. *Pakt*'ın iki temel bileşeni olan *Küresel Dijital Mutabakat* ve *Gelecek Nesiller Bildirisi*, hem dijital dönüşümün insan hakları ve sürdürülebilir kalkınma üzerindeki etkilerini hem de kuşaklar arası adaletin kurumsallaşmasını ele almaktadır. Çalışma, BM Güvenlik Konseyi reformuna ilişkin çağrıların Pakt ile birlikte ilk kez kapsamlı bir zirve belgesinde yer aldığını ve temsil adaleti ile veto yetkisinin sınırlandırılması konularının uluslararası meşruiyet açısından kritik önem taşıdığını vurgulamaktadır. Türkiye'nin Pakt'a yönelik yaklaşımı; çok taraflı diplomasi, dijital yönetim ve sürdürülebilir kalkınma politikalarıyla uyumlu, aktif ve reformist bir çerçeve sergilemektedir. Sonuç olarak Pakt, uluslararası hukuku devlet merkezli yapısından çıkararak "gelecek merkezli hukuk" anlayışına yönelten normatif bir dönüm noktası olarak değerlendirilebilir.

Anahtar Kelimeler: Birleşmiş Milletler, Gelecek İçin Pakt, Yumuşak Hukuk, Küresel Dijital Mutabakat, Gelecek Nesiller Bildirisi.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: ulkuhalatci@yahoo.com, ORCID: 0000-0002-3507-4339.

Bu çalışma, yazarın, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kuruluşunun 100. yıl dönümü vesilesiyle 03.11.2025-07.11.2025 tarihleri arasında düzenlenen 21. Yüzyılda Hukukun Dönüşümü Sempozyumu'nun ikinci gününde gerçekleştirilen "*Uluslararası Hukukun Dönüşümü*" başlıklı oturumda sunmuş olduğu "*Dönüşen Uluslararası Hukukta Birleşmiş Milletler'in Geleceği*" başlıklı tebliğin geliştirilmiş halidir.

ABSTRACT

The Pact for the Future represents a comprehensive response to the United Nations' (UN) need for normative, institutional, and ethical transformation in an era defined by multiple global crises. This article examines the significance of the Pact within the evolution of international law, its proposed remedies to the current crisis of global governance, and the new forward-looking normative structures it introduces. Its two key annexes—the Global Digital Compact and the Declaration on Future Generations—address the human-rights and sustainability implications of digital transformation, while institutionalizing the principle of intergenerational justice. The article highlights that calls for UN Security Council reform are, for the first time, explicitly incorporated into a major summit document, emphasizing the centrality of representational fairness and limitations on the veto power for global legitimacy. Türkiye's stance toward the Pact reflects an active and reform-oriented commitment aligned with its policies on multilateral diplomacy, digital governance, and sustainable development. Ultimately, the Pact may be regarded as a normative milestone that shifts international law from a state-centric paradigm toward a "future-oriented" legal ethic designed to protect the rights and interests of generations yet to come.

Keywords: *United Nations, Pact for the Future, Soft Law, Global Digital Compact, Declaration on Future Generations.*

GİRİŞ

21. yüzyılın ikinci çeyreğine girerken insanlık, literatürde “çoklu krizler çağı” olarak tanımlanan bir dönemin eşiğindedir. Ekonomik dalgalanmalar, iklim değişikliği, enerji güvenliği, dijital uçurum, siber tehditler ve artan küresel eşitsizlikler, uluslararası düzenin sürdürülebilirliğini tehdit etmektedir. Bu çok boyutlu tablo karşısında Birleşmiş Milletler (BM), varoluşsal bir sınavla karşı karşıyadır: yeni bir dünya düzeninde, eski kurumsal yapılarla nasıl var olunabilir?

Bu soruya yanıt arayışı, Eylül 2024'te New York'ta gerçekleştirilen **Gelecek Zirvesi (Summit of the Future)** ile somutlaşmıştır. Zirvenin çıktısı olan **Gelecek İçin Pakt (Pact for the Future)**, BM'nin 79. Genel Kurulu tarafından 22 Eylül 2024 tarihinde kabul edilmiştir.¹ Belge, çok taraflılığı güçlendirmeyi, BM sistemini dijital ve ekolojik dönüşüme uyarlamayı ve gelecek kuşakların haklarını uluslararası hukuk düzlemine taşımayı amaçlamaktadır.

84 paragraf ve 56 eylem maddesinden oluşan *Pakt*, ayrıca iki ek içermektedir: **Küresel Dijital Mutabakat (Global Digital Compact)** ve **Gelecek Nesiller Bildirisi (Declaration on Future Generations)**. Bu ikili yapı, teknolojik dönüşüm ve kuşaklararası sorumluluk eksenlerinde şekillenmiştir. Böylece BM tarihinde nadiren görülen bütüncül bir vizyon ortaya konularak yalnızca mevcut sorunlar değil, henüz doğmamış kuşakların hakları da uluslararası hukukun gündemine taşınmıştır.

Pakt, diplomatik bir deklarasyon olmanın ötesinde “gezegenin geleceği üzerine kurulan yeni bir küresel yönetim etiği”² olarak nitelendirilmekte ve insanlığın uzun süredir aradığı normatif yenilenmeyi temsil etmektedir. BM tarihinde ilk kez bir zirve belgesinde, gelecek kuşakların refahı ile dijital dönüşüm arasındaki bağlantı böylesine açık biçimde kurulmuştur. Belge, hukuk devleti, insan hakları, barış ve sürdürülebilir kalkınma gibi temel normları yeniden merkezine alarak uluslararası toplum için ortak bir yön çizebilecek normatif bir çerçeve sunmaktadır.³

¹ United Nations, *A/RES/76/307*, <https://docs.un.org/en/A/RES/76/307> (erişim: 15.11.2025).

² DESAI, Bharat H., *The UN Pact for the Future and the Future of the Planet: A Stocktaking*, SAGE Publications, New York, 2024, s. 4.

³ IBHAWOH, Bonny, “*Analysis: How the United Nations' Pact for the Future Could Help Heal a Fractured World*”, McMaster University, 11 Eylül 2024, <https://news.mcmaster.ca/analysis-how-the-united-nations-pact-for-the-future-could-help-heal-a-fractured-world/> (erişim: 15.11.2025).

2024 yılında *Verfassungsblog*'da yayımlanan bir değerlendirmede, bu yeni vizyonun “hukukun üstünlüğü kavramını yalnızca devletler için değil, insanlığın geleceği için de geçerli kıldığı” vurgulanmaktadır.⁴ Bu yorum, *Pakt*'ın klasik uluslararası hukukta bir paradigma değişimini temsil ettiğini ortaya koymaktadır.

BM Genel Sekreteri António Guterres'in Gelecek Zirvesi'ndeki “Torunlarımıza uygun bir gelecek, büyükbabalarımızın kurduğu sistemlerle inşa edilemez.” sözü yalnızca retorik bir uyarı değil, küresel yönetişimin yeniden tanımlanması çağrısıdır. Bu çağrı, BM'nin normatif kapasitesini “siyasi diplomasi”den “gelecek merkezli hukuk” düzlemine taşımaktadır.⁵

I. ULUSLARARASI HUKUKUN EVRİMİ VE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER'İN KRİZİ

1648 Vestfalya Barışı, modern uluslararası hukukun temellerini atan dönüm noktası olarak kabul edilir. Egemen eşitlik ilkesi, devletlerin iç işlerine karışmama prensibi ve güçler dengesi anlayışı, uluslararası düzenin temel taşlarını oluşturmuştur. Ancak bu yapı, iki dünya savaşı sonrasında kolektif güvenlik kavramının yükselişiyle sarsılmıştır.

1945'te kurulan BM, uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanımını yasaklayan ilk küresel sistemdir. BM Antlaşması, “uluslararası barış ve güvenliği koruma” amacını merkeze alarak devlet egemenliğini hukukun sınırları içine çekmiştir. Soğuk Savaş yıllarında Güvenlik Konseyi'nin sık sık veto krizi yaşaması, örgütün etkinliğini zayıflatmıştır. Soğuk Savaş sonrasında dahi Kosova (1999), Irak (2003), Suriye (2011) ve Ukrayna (2022) örnekleri, BM sisteminin karar alma mekanizmalarının 21. yüzyıl gerçeklerine yanıt veremediğini göstermektedir.⁶

2000'li yıllardan itibaren uluslararası hukukta “norm yorgunluğu” olarak adlandırılan bir dönem başlamıştır. Çok taraflılık, ulusal çıkar önceliklerinin gölgesinde kalmış; Paris İklim Anlaşması gibi düzenlemeler dahi devletlerin

⁴ Verfassungsblog, “United Nations Summit of the Future – Attention to the Rule of Law”, 2024, <https://verfassungsblog.de/united-nations-summit-of-the-future-attention-rule-of-law/> (erişim: 15.11.2025).

⁵ DESAI, s. 4.

⁶ DESAI, s. 4.

politik tercihine bırakılmıştır. Bu bağlamda **Gelecek İçin Pakt**, çok taraflılığın yeniden diriltilmesi için normatif bir girişimdir.⁷

Verfassungsblog'un 2024 tarihli bahsi geçen yorumuna göre bu dönem, “uluslararası hukukun krizinin yalnızca normatif değil, aynı zamanda kurumsal” bir nitelik kazandığını göstermektedir.⁸ Bu nedenle, *Pakt* gibi belgeler, yalnızca birer “niyet beyanı” değil; aynı zamanda uluslararası düzenin meşruiyetini yeniden kurma çabasıdır.

BM Antlaşması'nın, “uluslararası toplumun anayasası” niteliğinde olduğu düşünülmüştür.⁹ Antlaşma, ilk kez barışı koruma, insan haklarını geliştirme ve uluslararası iş birliğini kurumsallaştırma hedeflerini tek metinde birleştirmiştir. Ancak bu kurumsal ideal, 21. yüzyılda ciddi bir meşruiyet krizine girmiştir. Modern küresel sorunlar artık “devletler arası” nitelikte değil, gezegensel niteliktedir.¹⁰ Dolayısıyla 1945 modeli, günümüzün iklim, siber güvenlik ve dijital eşitlik gibi sorunlarını çözmekte yetersiz kalmaktadır.

BM'nin meşruiyet krizinin temelinde üç ana neden bulunduğu söylenebilir: Güvenlik Konseyi'nin yapısal adaletsizliği, çok taraflılığın işlevsellik kaybı ve hukuki bağlayıcılıkla siyasal irade arasındaki kopukluk. BM'i başarısız kılan esas neden, örgütün ilkeleri değil; üyelerinin siyasî çıkarları olmuştur. 2011'den bu yana Konsey'in çoğu kritik konuda — Suriye, Yemen, Ukrayna, Filistin — ortak karar alamaması, BM'nin kurumsal meşruiyetini zedelemiştir.¹¹ Bu kriz, “BM'nin 20. yüzyılın kurumsal refleksleriyle 21. yüzyılın dinamik sorunlarını yönetmeye çalışması” olarak tanımlanmıştır.¹² İlgili görüş, kurumsal donukluğun yalnızca reform çağrısı değil, varoluşsal bir dönüşüm ihtiyacı doğurduğunu ortaya koymaktadır.

BM Genel Sekreteri António Guterres'in 2024 Zirvesi'nde dile getirdiği “Küresel kurumlarımız yirminci yüzyılda inşa edildi. Oysa karşı karşıya

⁷ WEISS, Thomas G., “Multilateralism in Crisis: Rethinking Global Governance in the 21st Century”, *Global Governance Review*, C. 30, S. 2, 2024, s. 3.

⁸ *Verfassungsblog*, “United Nations Summit of the Future – Attention to the Rule of Law”, 2024, <https://verfassungsblog.de/united-nations-summit-of-the-future-attention-rule-of-law/> (erişim: 15.11.2025).

⁹ FASSBENDER, s. 44.

¹⁰ BIERMANN, Frank, *Earth System Governance: World Politics in the Anthropocene*, MIT Press, Cambridge, 2014, s. 4.

¹¹ LUCK, Edward C., *UN Security Council Reform and the Crisis of Legitimacy*, New York, 2019, s. 18.

¹² BRENDER, Reinhold, “The UN Pact for the Future: A Modest Boost for Global Governance Reform”, Egmont Paper No. 132, Brussels, 2024, s. 2.

olduğumuz tehditler yirmi birinci yüzyıla ait.” sözü, bu durumu açıkça özetlemektedir.¹³ Bu nedenle, *Gelecek İçin Pakt* yalnızca bir vizyon belgesi değil, uluslararası hukukun yeniden yapılanması için siyasi bir çağrıdır.

II. KÜRESEL YÖNETİŞİM VE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER REFORMU

21. yüzyılın başından itibaren çok taraflılık, artan milliyetçilik ve jeopolitik kutuplaşmalar nedeniyle ciddi bir gerileme sürecine girmiştir. BM, Soğuk Savaş sonrasında “uluslararası toplumun vicdanı” olarak nitelendirilmiş olsa da son on yılda bu algı zayıflamıştır. Özellikle Güvenlik Konseyi’nin krizlerde yetersiz kalışı, Örgüt’ün temsil adaletini aşındırmıştır. Bu durum, uluslararası yönetişimde meşruiyet sorununu derinleştirmiştir.¹⁴

2024 Zirvesi, bu krizi kabul ederek “çok taraflılığa yeni bir başlangıç” çağrısı yapmıştır. *Pakt*’ın üçüncü paragrafında yer alan “Bugün çok taraflılıkta yeni bir başlangıca söz veriyoruz” ifadesi, BM tarihinin en açık normatif dönüşüm beyanlarından biri olarak değerlendirilmektedir.¹⁵ Bu anlayış, artık yalnızca devletleri değil; sivil toplumu, akademiye, özel sektörü ve bireyleri de karar süreçlerine dâhil etmeyi amaçlamaktadır.¹⁶

Küresel yönetişim yapısındaki bu dönüşüm, geleneksel merkezî modelden ağ temelli bir yapıya geçişi ifade etmektedir. Karar alma süreçlerinin çok katmanlı hale gelmesi, meşruiyetin yalnızca devlet temsiline değil, toplumsal katılıma da dayandırılmasına yol açmaktadır.¹⁷ Ancak yapılan çalışmalarda, özellikle kent yönetimleri ve yerel aktörlerin bu süreçlerde yeterince temsil edilmediği vurgulanmaktadır.¹⁸ Bu durum, uluslararası sistemde “yerel meşruiyet açığı” olarak nitelendirilmektedir.

BM sisteminin en tartışmalı organı Güvenlik Konseyi’dir. Beş daimi üye olan ABD, Rusya, Çin, Fransa, Birleşik Krallık, veto yetkileriyle uluslararası barışa ilişkin pek çok kararı engelleme gücüne sahiptir. Bu yapı, 1945 sonrası dönemin güç dengelerini yansıtmakla birlikte günümüzde küresel

¹³ United Nations, *Summit of the Future – Press Release*, New York, Eylül 2024.

¹⁴ WEISS, s. 14.

¹⁵ United Nations, *Pact for the Future*, A/RES/79/1, New York, 2024, para. 3.

¹⁶ BRENDER, s. 2.

¹⁷ BRENDER, s.3.

¹⁸ SZPAK, Agnieszka “The UN Summit of the Future – Where Are Cities? A Lost Chance for Local Participation”, *Cities*, 2025, s. 6.

meşruiyetini büyük ölçüde yitirmiştir. Reform tartışmalarının temelinde üç ana sorun öne çıkmaktadır. İlk olarak **temsilde adalet** meselesi, Konsey'in meşruiyetini doğrudan etkilemektedir. Afrika'nın kalıcı üyesinin bulunmaması ve Latin Amerika, Orta Doğu ile Güney Asya gibi bölgelerin nüfus ve bölgesel ağırlıklarına rağmen karar alma mekanizmasına sınırlı biçimde dâhil olması, yapısal bir temsil krizine işaret etmektedir.¹⁹

İkinci tartışma başlığı, **veto yetkisinin kapsamı ve niteliğidir**. Daimi üyelerin veto hakkı, özellikle Suriye, Ukrayna ve Filistin gibi krizlerde Konsey'in etkin şekilde karar alamamasına yol açmış; bu durum veto yetkisine yönelik reform çağrılarını güçlendirmiştir.²⁰ İnsani krizlerde veto kullanımının kısıtlanması veya gönüllü olarak sınırlandırılması yönündeki girişimler (ACT Grubu ve Fransa-Meksika girişimi gibi) bu çerçevede önem kazanmaktadır.²¹

Üçüncü önemli unsur, **Konsey'in etkinlik kapasitesi ve hesap verebilirliğidir**. Günümüz uluslararası güvenlik mimarisi, devlet-dışı aktörlerin yükselişi, siber tehditler ve bölgesel çatışmalarla dönüşürken, Konsey'in yetki ve araçları bu yeni dinamikleri karşılamada sınırlı kalmaktadır.²² Barış operasyonlarının yetkinliği, sivillerin korunması normlarının uygulanması ve hızlı tepki mekanizmalarının eksikliği de reform arayışını beslemektedir.

Bugüne kadar birçok reform önerisi gündeme gelmiştir: G4 ülkelerinin (Almanya, Japonya, Hindistan, Brezilya) kalıcı üyelik talepleri; Afrika Birliği'nin Ezulwini Mutabakatı; genişletme ve veto reformunu dengelemeyi amaçlayan "orta yol formülleri" ... Ancak daimi üyelerin jeopolitik çıkarları, reform girişimlerinin en temel engeli olmaya devam etmektedir.²³

Pakt, Güvenlik Konseyi reformunu ilk kez açık biçimde bir zirve belgesine dâhil etmiştir. Belgenin 67. paragrafında "BM Güvenlik Konseyi daha temsili, kapsayıcı, şeffaf, etkili, demokratik ve hesap verebilir bir yapıya

¹⁹ United Nations, *Report of the Secretary-General: In Larger Freedom*, A/59/2005.

²⁰ SZPAK, s. 6.

²¹ ACT Group, *Code of Conduct regarding Security Council action against genocide, crimes against humanity or war crimes*, 2015.

²² BELLAMY, Alex J.; WILLIAMS, Paul D., *Understanding Peacekeeping*, Polity Press, 2016.

²³ African Union, *Ezulwini Consensus*, 2005.

kavuşturulmalıdır.” ifadesi yer almaktadır.²⁴ Bu ifade, uluslararası sistemin demokratikleşmesi yönünde güçlü bir iradeyi göstermektedir.

Reform tartışmalarında, temsil adaletinin güçlendirilmesi ve veto yetkisinin sınırlandırılması konuları öne çıkmaktadır. Modern tehditlerle başa çıkabilen bir Güvenlik Konseyi için “kapsayıcı meşruiyet ve işlevsel etkinlik” dengesinin kurulması gerektiği belirtilmektedir.²⁵ Aynı doğrultuda yapılan araştırmalar, mevcut yapının küresel güvenlik mimarisinde eşitliği sağlayamadığını ortaya koymuştur.²⁶ Özellikle Küresel Güney devletleri, daimi üyelik sisteminin tarihsel ayrıcalıklara dayandığını ve uluslararası eşitliği ihlal ettiğini ileri sürmektedir.²⁷

Bu tartışmaların tarihsel temelleri, Konsey reformuna ilişkin ilk girişimlerin değerlendirildiği kapsamlı çalışmalarda da görülmektedir. 19. yüzyıldan bu yana gelişen temsil anlayışının, Soğuk Savaş sonrası dönemde yeniden sorgulandığı belirtilmektedir.²⁸ Ayrıca güncel akademik incelemeler, reformun yalnızca yapısal değil, normatif bir adalet meselesi olduğunu vurgulamaktadır.²⁹

Pakt ayrıca, veto yetkisinin sınırlandırılması meselesine dolaylı biçimde değinmektedir. 2022 yılında kabul edilen BM Genel Kurulu’nun 76/262 sayılı kararı uyarınca, bir daimi üye veto hakkını kullandığında Genel Kurul’un 10 gün içinde toplanması zorunlu kılınmıştır.³⁰ Bu uygulama, *Pakt* ile birlikte hesap verebilirlik mekanizması olarak güçlendirilmiştir.

Güvenlik Konseyi’nin bugünkü yapısı, dünya nüfusunun yalnızca %30’nu temsil eden beş devlete kalıcı karar gücü tanımaktadır. Bu durum, özellikle Afrika, Latin Amerika ve Asya ülkeleri açısından temsil adaletsizliği yaratmaktadır. *Pakt*’ın 70. paragrafında “Konsey, küresel gerçeklikleri

²⁴ United Nations, *Pact for the Future*, A/RES/79/1, New York, 2024, para. 67.

²⁵ KHALIL, Mona Ali – LAVAUD, Floriane (ed.): *Empowering the UN Security Council: Reforms to Address Modern Threats*, Oxford University Press, Oxford, 2024, s. 28.

²⁶ Reforming the United Nations Security Council: Increasing Equality in the International Arena, *Georgetown Journal of International Affairs*, 2022, s. 11.

²⁷ KHALIL; LAVAUD, s. 34.

²⁸ NADIN, PETER, *The History and Politics of UN Security Council Reform*, Routledge, Londra, 2021, s. 41.

²⁹ Reforming the United Nations, s. 13.

³⁰ United Nations General Assembly, Resolution 76/262, 26 Nisan 2022.

yansıtacak biçimde genişletilmelidir.” ifadesi yer almakta, bu da doğrudan bir değişiklik öngörmese de reform sürecine meşruiyet temeli sağlamaktadır.³¹

Bütün bu girişimlere rağmen reformun uygulanabilirliği tartışmalıdır. Güvenlik Konseyi reformu, BM tarihinde en uzun süredir konuşulan ancak en az ilerleme kaydedilen konudur. *Pakt*’ın “BM reformuna mütevazı ama anlamlı bir ivme kazandırdığı” ifade edilse de ³² büyük güçlerin çıkar dengesi değişmedikçe reformun somut sonuç doğurmasının güç olduğu vurgulanmaktadır.³³

Pakt, reformun ötesinde uluslararası meşruiyetin yeniden inşası için temel bir belge niteliğindedir. Reformun başarısı, hukuki düzenlemelerden ziyade politik sahiplenme ve uygulama iradesine bağlı olacaktır. BM Genel Sekreteri’nin ifadesiyle, “çok taraflılığı uçurumun kenarından geri getirmek” bu dönemin en büyük diplomatik sınavıdır.

III. SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA VE DİJİTAL DÖNÜŞÜM: KÜRESEL DİJİTAL MUTABAKAT

Küresel sistem, insanlık tarihinin en yoğun teknolojik dönüşüm sürecinden geçmektedir. Yapay zekâ, büyük veri, blok zinciri ve kuantum bilişim gibi teknolojiler yalnızca üretim biçimlerini değil, yönetim anlayışını da köklü biçimde dönüştürmektedir. Ancak bu dönüşüm beraberinde ciddi etik, ekonomik ve çevresel riskler getirmiştir. Bu durum, dijitalleşmenin insan hakları, sürdürülebilir kalkınma ve çevre hukuku alanlarında yeni hukuki sorunlar doğurduğunu göstermektedir.³⁴

BM, bu sorunlara bütüncül bir yanıt geliştirmek amacıyla 2024 yılında **Küresel Dijital Mutabakat (Global Digital Compact)** adlı belgeyi kabul etmiştir.³⁵ Bu Mutabakat, dijitalleşmenin etik sınırlarını ve küresel yönetim ilkelerini tanımlayan ilk kapsamlı BM düzenlemesi olma niteliğini taşımaktadır.³⁶ Belge, teknolojinin yalnızca bir kalkınma aracı değil, aynı zamanda bir insan hakları konusu olduğunu vurgulamaktadır.

³¹ United Nations, *Pact for the Future*, A/RES/79/1, New York, 2024, para. 70.

³² BRENDER, s. 4.

³³ BRENDER, s. 5.

³⁴ BRENDER, s. 5.

³⁵ <https://www.un.org/en/summit-of-the-future/global-digital-compact>

³⁶ United Nations, *Pact for the Future*, A/RES/79/1, New York, 2024, para. 70. para. 37.

Küresel Dijital Mutabakat beş temel hedef üzerine inşa edilmiştir: dijital uçurumların kapatılması, dijital ekonomiye adil erişim, insan haklarına dayalı güvenli dijital alanların oluşturulması, verilerin adil ve birlikte işler biçimde yönetilmesi ve yapay zekânın küresel düzeyde yönetişi.³⁷ Bu hedefler, dijitalleşmeyi insan merkezli olmaktan çıkararak insan hakları merkezli bir çerçeveye taşımaktadır.³⁸

Belgenin temel amacı, teknolojik gelişmenin etik ve hukuki sınırlarını belirlemektir. Mutabakat'ın “dijital çağın normatif anayasası” olarak işlev gördüğü ifade edilmektedir.³⁹ Bu yönüyle belge, yumuşak hukuk (soft law) niteliğinde olmakla birlikte, devletler üzerinde güçlü bir davranışsal bağlayıcılık yaratmaktadır.⁴⁰

Küresel dijitalleşme, kapsayıcılık vaadine rağmen yeni bir eşitsizlik biçimi doğurmuştur. *Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (ITU)* verilerine göre dünya nüfusunun yaklaşık üçte biri hâlâ internet erişiminden yoksundur.⁴¹ Bu durum, dijital ekonomiye katılım açısından büyük bir uçurum yaratmaktadır. Mutabakat, bu eşitsizlikleri gidermek amacıyla gelişmekte olan ülkelere teknoloji transferi, dijital kapasite geliştirme ve finansal destek mekanizmaları önermektedir.⁴²

Belge, aynı zamanda yapay zekâ teknolojisinin uluslararası hukuk açısından yönetimini düzenleyen ilk BM girişimidir. Bu çerçevede, “**Uluslararası Yapay Zekâ Bilimsel Paneli**”nin kurulması öngörülmüştür.⁴³ Bu panel, yapay zekâ teknolojisinin etik, sosyal ve çevresel etkilerini izlemeyi ve denetlemeyi amaçlamaktadır. Uluslararası hukukta bu adım, dijital teknolojinin “insanlığın ortak çıkarı” çerçevesinde ele alınması yönünde atılmış en ileri adımlardan biridir.

Dijital haklar kavramı, insan hakları hukukunun kapsamını genişleten yeni bir kategori olarak ortaya çıkmıştır.⁴⁴ Bu kapsamda dijital mahremiyet,

³⁷ United Nations, *Pact for the Future*, A/RES/79/1, New York, 2024, para. 45.

³⁸ DESAI, s. 7.

³⁹ DESAI, s. 9.

⁴⁰ SHELTON, D., *Soft Law in International Law: Its Functions and Limits*, Oxford University Press, 2020, s. 121.

⁴¹ International Telecommunication Union, *Global Connectivity Report*, Cenevre, 2024, s. 11.

⁴² United Nations, para. 46.

⁴³ United Nations, para. 49.

⁴⁴ ALSHARIF, Mohammed, “Digital Human Rights: Legal Debates and Emerging Issues.” *Journal of Humanities and Applied Law* 7, no. 1 (2025), 45–59.

veri mülkiyeti, algoritmik şeffaflık ve yapay zekâ hesap verebilirliği gibi ilkeler ön plana çıkmaktadır.⁴⁵ Bu gelişmeler, bireylerin dijital alanda da hukuki koruma altına alınmasını sağlamaktadır.

Mutabakat, dijital teknolojilerin çevresel etkilerine de özel bir vurgu yapmaktadır. Veri merkezleri, kripto madenciliği ve enerji yoğun bilişim süreçlerinin karbon emisyonlarını artırdığı; buna karşılık yapay zekâ destekli sistemlerin enerji verimliliğini artırarak sürdürülebilirliğe katkı sağladığı belirtilmektedir.⁴⁶ Bu ikili durum “dijital paradoks” olarak tanımlanmakta, Mutabakat ise “yeşil dijital altyapı” kavramını küresel politika gündemine taşımaktadır.⁴⁷

Bu yaklaşımlar, “gezegensel hukuk” anlayışının dijital boyutunu temsil etmektedir. BM raporlarına göre, dijital dönüşümün çevresel sürdürülebilirlikle uyumlu hâle getirilmesi, 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'nin gerçekleştirilmesi açısından zorunludur.⁴⁸

Belgenin uygulama alanı, yalnızca küresel düzeyde değil, bölgesel düzeyde de önem taşımaktadır. Örneğin Türkiye, “**Dijital Türkiye 2030 Vizyonu**” ve “**Milli Yapay Zekâ Stratejisi (2021–2025)**” belgeleriyle dijitalleşme sürecini etik ilkeler çerçevesinde yönlendirmektedir. Bu belgelerde, veriye dayalı yönetim, yapay zekâ güvenliği ve dijital eşitlik kavramları Mutabakat ile örtüşen hedefler olarak yer almaktadır.⁴⁹ Ayrıca Türkiye, **Birleşmiş Milletler Teknoloji Bankası (Gebze)** aracılığıyla düşük gelirli ülkelere teknoloji transferi sağlayarak Mutabakat'ın “küresel dijital dayanışma” vizyonuna katkı sunmaktadır.⁵⁰

Küresel Dijital Mutabakat, hukuken bağlayıcı olmamakla birlikte, etik bağlayıcılığı güçlü bir uluslararası belge niteliği taşımaktadır. Bu nedenle dijital çağın uluslararası hukuk sistemi üzerindeki en önemli yumuşak hukuk girişimlerinden biri olarak kabul edilmektedir.⁵¹

⁴⁵ BOSSELMANN, Klaus, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, 3. Baskı, New York, 2021, s. 58.

⁴⁶ DESAI, s. 12.

⁴⁷ UNITED NATIONS, para. 53.

⁴⁸ BRENDER, s. 6.

⁴⁹ T.C. Dijital Dönüşüm Ofisi, *Milli Yapay Zekâ Stratejisi (2021–2025)*, Ankara, 2022, s. 4.

⁵⁰ United Nations Technology Bank, *Annual Report*, Gebze, 2023, s. 7.

⁵¹ DESAI, s. 14.

IV. GELECEK NESİLLER BİLDİRİSİ: AHLAKİ VE HUKUKİ YENİLİK

Uluslararası hukuk tarihinde en dikkat çekici gelişmelerden biri, henüz doğmamış bireylerin haklarının gündeme gelmesidir. Bu düşünce ilk kez 1945 tarihli BM Antlaşması'nın başlangıcında yer alan “gelecek kuşakları savaşın felaketinden korumak” ifadesiyle temellenmiştir. Seksen yıl sonra, bu kavram **Gelecek Nesiller Bildirisi** aracılığıyla yeniden anlam kazanmıştır. Bildiri, insanlığın etik hafızasında yarım kalmış bir vaadi yeniden canlandırarak geleceği uluslararası hukukun doğrudan konusu hâline getirmektedir.⁵²

Klasik uluslararası hukuk, hak ve yükümlülükleri yalnızca mevcut devletlere ve bireylere tanınmış olmakla birlikte çevre hukuku ve insan hakları hukukunun gelişimiyle birlikte “gelecek kuşakların çıkarı” kavramı meşruluk kazanmıştır. 2024 tarihli Bildiri, bu kavramı bir adım daha ileri taşıyarak geleceği soyut bir ideal olmaktan çıkarıp hukuken tanımlanabilir bir yükümlülük alanına dönüştürmüştür.⁵³

Belge dört ana bölümden oluşmaktadır: önsöz, yol gösterici ilkeler, taahhütler ve eylemler. Bu yapı, devletlerin yalnızca bugünün değil, yarının insanlarına karşı da sorumluluk taşıdığını ortaya koymaktadır. *Bildiri*, “henüz doğmamış, ancak bu gezegeni miras alacak tüm insanlar” ifadesiyle, uluslararası hukukta doğmamış bireylerin ilk kez hukuki özne olarak tanımlanmasına imkân sağlamıştır.⁵⁴ Bu tanım, çevre hukukundaki “insanlığın ortak mirası” ilkesinin zamansal boyut kazanmış biçimi olarak değerlendirilmektedir.

Bu yenilik, uluslararası hukukta “zamanlar arası temsil” fikrinin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bildiri'nin 28. paragrafında öngörülen “**Gelecek Nesiller Özel Temsilcisi**” kurumu, gelecek kuşakların çıkarlarını BM sistemi içinde temsil etmeyi hedeflemektedir.⁵⁵ Bu temsil, uluslararası düzlemde “geleceğin sesi”nin kurumsal biçimde duyurulmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Uygulama düzeyinde, bu temsilcilik fikri “geleceğin kurumsal savunuculuğu” olarak nitelendirilmektedir.

⁵² United Nations, *Pact for the Future*, A/RES/79/1, New York, 2024, Annex II, para. 2.

⁵³ BHARDWAJ, Arun, *The Future We Build: Multilateralism and Global Governance in the 21st Century*, New York, 2024, s. 58.

⁵⁴ United Nations, Annex II, para. 2.

⁵⁵ UNITED NATIONS, a.g.e., Annex II, para. 28.

Ayrıca *Bildiri*, üye devletleri ulusal düzeyde “gelecek nesiller ombudsmanlığı” benzeri yapılar kurmaya teşvik etmektedir.⁵⁶ Bu model, bazı ülkelerde başarıyla uygulanmış ve sürdürülebilir politika denetimi sağlamıştır. *Bildiri*, bu yönüyle uluslararası çevre hukukunun “önleyici adalet” kavramını genişleterek kuşaklar arası adaletin kurumsal temellerini güçlendirmektedir.

Bildirinin en önemli özelliği, etik sorumluluğu hukuki bir yükümlülüğe dönüştürme çabasıdır. Bu anlayışta, gelecek kuşaklara karşı sorumluluk yalnızca ahlaki değil, normatif bir gereklilik olarak tanımlanmıştır.⁵⁷ Uluslararası hukuk literatüründe bu yaklaşım “**gelecek merkezli hukuk (future-oriented law)**” olarak adlandırılmaktadır. Bu kavram, hukuk düzeninin zamansal boyutunu genişleterek, devletlerin yalnızca bugünün değil, geleceğin öznelere karşı da yükümlülük taşıdığını öne sürmektedir.

Bu çerçevede *Gelecek Nesiller Bildirisi*, çevresel sürdürülebilirlik, kaynak paylaşımı ve iklim borcu kavramlarını kuşaklar arası adalet anlayışıyla bütünleştirmektedir.⁵⁸ Ayrıca belge, insan merkezli etik anlayışın ötesine geçerek “**gezegen merkezli etik (planetary ethics)**” anlayışını benimsemektedir. Bu yaklaşım, çevre hukukunun geleceğini şekillendirecek en önemli normatif dönüşümlerden birini temsil etmektedir.⁵⁹

Türkiye, çevre ve kalkınma politikalarında uzun süredir gelecek kuşaklar temasını benimsemektedir. 1982 Anayasası’nın 56. maddesi, “herkes sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına sahiptir” hükmüyle devlet ve bireylere çevreyi koruma yükümlülüğü getirmiştir. Bu hüküm dolaylı olarak “gelecek nesillerin çevre hakkı” kavramını içermektedir.⁶⁰ Türkiye ayrıca 2022 *Stockholm+50 Konferansı*’nda, çevrenin korunmasını “gelecek kuşaklara karşı ahlaki ve hukuki borç” olarak nitelendirmiştir.⁶¹ Bu yönüyle Türkiye’nin yaklaşımı, *Bildiri*’nin etik ve hukuki temelleriyle uyumludur.

Sonuç olarak *Gelecek Nesiller Bildirisi*, uluslararası hukuku “devletler arası” bir sistem olmaktan çıkarıp “kuşaklar arası” bir yapıya dönüştürmektedir. Bu belge, insanlığın gelecekle yaptığı sembolik bir

⁵⁶ WEISS, s. 30.

⁵⁷ United Nations, *Pact for the Future*, A/RES/79/1, New York, 2024, Annex II, para. 2.

⁵⁸ BOSSELMANN, Klaus, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, 3. Baskı, New York, 2021, s. 68.

⁵⁹ BHARDWAJ, s. 60.

⁶⁰ GÜNEŞ, İrem., “Anayasa’da Çevre Hakkı ve Gelecek Kuşaklar”, *Türkiye Çevre Hukuku Dergisi*, C. 5, S. 2, 2023, s. 114.

⁶¹ T.C. Dışişleri Bakanlığı, *Stockholm+50 Konferansı Basın Açıklaması*, Ankara, 2022.

sözleşme olarak değerlendirilebilir.⁶² Böylece hukuk, yalnızca mekânsal değil, zamansal bir adalet sistemi hâline gelmekte; uluslararası hukuk “geçmişin hatalarını değil, geleceğin haklarını koruma hukuku” niteliği kazanmaktadır.⁶³

V. TÜRKİYE’NİN BM İLE İLİŞKİSİ VE GELECEK PAKTI’NA İLİŞKİN TUTUMU

Türkiye, BM’nin kurucu üyelerinden biri olarak örgütle uzun süredir yapıcı bir ilişki sürdürmektedir. 1945’ten bu yana çok taraflı diplomasiyi dış politikasının merkezinde tutan Türkiye, küresel sistemde barış, kalkınma ve temsil adaleti ilkelerini eş zamanlı olarak savunmaktadır.⁶⁴

Soğuk Savaş döneminde Batı ittifakının bir üyesi olarak güvenlik odaklı bir dış politika izleyen Türkiye, 1990’lardan itibaren çok taraflı diplomasiye dayalı normatif bir dış politika çizgisi benimsemiştir. Bu dönüşüm, Türkiye’nin sadece bölgesel değil, küresel düzeyde norm üretimine katkı sağlayan bir aktör hâline gelmesine zemin hazırlamıştır.

BM barış operasyonlarına ve kalkınma projelerine aktif katılım, bu politikanın somut göstergesidir. Türkiye, 2023 itibarıyla 16 farklı BM barış misyonuna personel veya lojistik destek sağlamıştır.⁶⁵ Ayrıca insani yardım alanındaki çalışmalarıyla “donör ülke” kimliğini güçlendirmiştir. Türk İşbirliği ve Koordinasyon Ajansı (TİKA), BM hedefleriyle uyumlu kalkınma programlarını Afrika ve Asya’da yürütmektedir.⁶⁶

Türkiye’nin dış politikasında “aktif diyalog ve eşit ortaklık” ilkesi öne çıkmaktadır. Bu yaklaşım, “**reformist realizm**” olarak tanımlanmakta ve küresel düzende statükoyu değil, adil temsile dayalı yenilenmeyi savunmaktadır.⁶⁷ Türkiye’nin uzun süredir dile getirdiği “**Dünya beşten büyüktür**” söylemi, bu normatif duruşun en görünür ifadesidir. Söylem,

⁶² BHARDWAJ, s. 65.

⁶³ FASSBENDER, B., *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Brill, Leiden, 2020, s. 55.

⁶⁴ DAVUTOĞLU, Ahmet, *Stratejik Derinlik: Türkiye’nin Uluslararası Konumu*, Küre Yayınları, İstanbul, 2012, s. 217.

⁶⁵ T.C. Dışişleri Bakanlığı, *Faaliyet Raporu*, Ankara, 2023, s. 12.

⁶⁶ TİKA, *Yıllık Faaliyet Raporu*, Ankara, 2023, s. 7.

⁶⁷ BHARDWAJ, A., *The Future We Build: Multilateralism and Global Governance in the 21st Century*, New York, 2024, s. 71.

Güvenlik Konseyi'ndeki yapısal adaletsizliğe dikkat çekmekte ve çok taraflılığın demokratikleşmesini talep etmektedir.

Gelecek İçin Pakt'ın kabul edildiği 2024 Zirvesi sırasında Türkiye heyeti, belgenin insan merkezli dijital dönüşüm ve kuşaklar arası adalet vizyonunu açık biçimde desteklemiştir.⁶⁸ Türkiye, BM kayıtlarında yer alan beyanında Pakt'ın “küresel yönetimi daha adil, şeffaf ve kapsayıcı hâle getirme potansiyeline sahip olduğunu” vurgulamıştır.⁶⁹ Bu ifade, Türkiye'nin sadece belgeye oy vermekle kalmayıp, normatif içeriğine de sahip çıktığını göstermektedir.

Türkiye'nin dijital diplomasi politikası, ulusal stratejik belgelerle uyum içindedir. “**Dijital Türkiye 2030 Vizyonu**” belgesi, dijitalleşmeyi etik yönetim ve sürdürülebilir kalkınmayla bütünleştirmektedir.⁷⁰ Türkiye ayrıca, UNESCO çatısı altında düzenlenen “**Yapay Zekâ Etiği Konferansı**”na aktif katılım göstererek etik, şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkelerini savunmuştur. Bu yaklaşımlar, Türkiye'nin teknolojiyi sadece kullanan değil, yöneten bir aktör olma hedefini yansıtmaktadır.

Sürdürülebilir kalkınma açısından, Türkiye'nin 2016'da kabul ettiği “**Ulusal Sürdürülebilir Kalkınma Stratejisi**” BM'in 2030 Gündemi ile doğrudan uyumludur.⁷¹ Bu belge çevresel denge, ekonomik büyüme ve sosyal adaletin eş zamanlı sağlanmasını hedeflemekte ve *Gelecek Nesiller Bildirisi*'nin ilkeleriyle örtüşmektedir. 1982 Anayasası'nın 56. maddesi, çevre hakkını “gelecek nesillerin refahı” ile ilişkilendirerek kuşaklar arası adaletin anayasal temelini oluşturmuştur.⁷²

Türkiye, BM reformu tartışmalarında da aktif bir rol oynamaktadır. BM Güvenlik Konseyi'nin temsil adaletinin güçlendirilmesi ve veto yetkisinin sınırlandırılması yönündeki önerileri desteklemektedir. Bu tutum, *Gelecek İçin Pakt*'ın 67. paragrafında öngörülen reform çağrısıyla uyum içindedir.⁷³ Türkiye'nin bölgesel krizlerde arabulucu rol üstlenmesi — özellikle 2022

⁶⁸ United Nations, *Pact for the Future*, A/RES/79/1, New York, 2024.

⁶⁹ T.C. Dışişleri Bakanlığı, *Gelecek İçin Pakt Zirvesi Basın Açıklaması*, 23 Eylül 2024.

⁷⁰ T.C. Dijital Dönüşüm Ofisi, *Milli Yapay Zekâ Stratejisi (2021–2025)*, Ankara, 2022, s. 4.

⁷¹ T.C. Kalkınma Bakanlığı, *Ulusal Sürdürülebilir Kalkınma Stratejisi (2016–2030)*, Ankara, 2016, s. 9.

⁷² GÜNEŞ, s. 117.

⁷³ United Nations, para. 67.

Ukrayna krizinde yürüttüğü diplomatik girişimler — çok taraflı diplomasi kapasitesini güçlendiren örneklerdir.⁷⁴

Bu çerçevede Türkiye, BM sisteminde yalnızca uygulayıcı değil, aynı zamanda normatif katkı sağlayan bir aktör olarak konumlanmaktadır. Çok taraflılık, dijital etik ve sürdürülebilir kalkınma alanlarındaki politikaları, *Gelecek İçin Pakt*’ın amaçlarıyla uyumlu bir vizyon ortaya koymaktadır.⁷⁵

SONUÇ

Gelecek İçin Pakt, uluslararası hukuk tarihinde yalnızca diplomatik bir belge değil, aynı zamanda normatif bir dönüm noktası olarak değerlendirilmektedir. Belge, klasik devlet merkezli hukuk anlayışını aşarak, insanlığın ortak geleceğini koruma etiğine dayalı yeni bir uluslararası düzenin temellerini atmıştır. Pakt’ın en önemli katkısı, üç boyutlu bir dönüşümü ifade etmesidir: normatif, kurumsal ve etik dönüşüm.

Normatif düzlemde belge, yumuşak hukuk araçlarının (soft law) uluslararası davranış kalıplarını belirlemedeki etkisini güçlendirmiştir. Pakt hukuken bağlayıcı değildir, yani “yumuşak hukuk” kategorisinde yer alır; ancak içerdiği ilkesel yönlendirme, gelecek kuşaklara ilişkin yeni normatif dil ve izleme mekanizmaları sayesinde bağlayıcı olmayan belgeler arasında kayda değer bir normatif ağırlığa sahiptir. Kurumsal düzlemde *Pakt*, BM’in karar alma yapısının daha kapsayıcı, hesap verebilir ve temsil adaletine dayalı biçimde reforme edilmesi yönünde ilk kapsamlı çerçeveyi sunmuştur. Etik düzlemde ise, dijital dönüşüm, sürdürülebilir kalkınma ve kuşaklar arası adalet kavramlarını hukukun merkezine yerleştirerek “gelecek merkezli hukuk” anlayışının zeminini oluşturmuştur.

Gelecek İçin Pakt, uluslararası hukukta “önleyici adalet” yaklaşımını güçlendirmiş; hukuku yalnızca çatışma sonrası düzen kuran değil, çatışma öncesi dengesizlikleri gideren bir sistem hâline getirmiştir. Bu yönüyle *Pakt*, uluslararası hukukta “yumuşak hukukun sert etkileri” olarak adlandırılan yeni bir aşamayı temsil etmektedir.

Türkiye açısından Pakt, çok taraflı diplomasi, dijital dönüşüm ve sürdürülebilir kalkınma politikalarının kesişiminde önemli bir fırsat alanı

⁷⁴ United Nations, *Press Release on Istanbul Mediation Initiative*, 2022.

⁷⁵ AYDIN, M., “Türkiye’nin Çok Taraflı Diplomasi Politikaları”, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. 15, S. 60, 2018, s. 149.

yaratmaktadır. Türkiye, tarihsel olarak savunduğu reformist ve kapsayıcı yaklaşımıyla, belgenin uygulama sürecine normatif katkı sunabilecek konumdadır. Sonuç itibarıyla *Gelecek İçin Pakt*, uluslararası hukuku “geçmişin krizlerini yönetme aracı” olmaktan çıkarıp “geleceğin haklarını koruma etiği”ne dayalı bir düzene dönüştürmektedir. Bu dönüşüm, yalnızca hukukî değil, aynı zamanda uygarlık ölçeğinde bir paradigmadır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- BELLAMY, Alex J.; WILLIAMS, Paul D., *Understanding Peacekeeping*, Polity Press, 2016.
- BIERMANN, Frank, *Earth System Governance: World Politics in the Anthropocene*, MIT Press, Cambridge, 2014.
- BHARDWAJ, Arun, *The Future We Build: Multilateralism and Global Governance in the 21st Century*, New York, 2024.
- BOSELMMANN, Klaus, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, 3. Baskı, New York, 2021.
- DAVUTOĞLU, Ahmet, *Stratejik Derinlik: Türkiye'nin Uluslararası Konumu*, Küre Yayınları, İstanbul, 2012.
- DESAI, Bharat H., *The UN Pact for the Future and the Future of the Planet: A Stocktaking*, Sage Publications, New York, 2024.
- FASSBENDER, Bardo, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Brill, Leiden, 2020.
- KHALIL, Mona Ali – LAVAUD, Floriane (ed.), *Empowering the UN Security Council: Reforms to Address Modern Threats*, Oxford University Press, Oxford, 2024.
- LUCK, Edward C., *UN Security Council Reform and the Crisis of Legitimacy*, New York, 2019.
- NADIN, Peter, *The History and Politics of UN Security Council Reform*, Routledge, Londra, 2021.
- SHELTON, Dinah, *Soft Law in International Law: Its Functions and Limits*, University Press, Oxford, 2020.

Makaleler

- ALSHARIF, Mohammed, “Digital Human Rights: Legal Debates and Emerging Issues”, *Journal of Humanities and Applied Law*, C. 7, S. 1, 2025, s. 45–59.
- BRENDER, Reinhold, “The UN Pact for the Future: A Modest Boost for Global Governance Reform”, Egmont Paper No. 132, Brussels, 2024, s. 1–40.
- Georgetown Journal of International Affairs, “Reforming the United Nations Security Council: Increasing Equality in the International Arena”, 2022, s. 11.
- GÜNEŞ, İrem, “Anayasa’da Çevre Hakkı ve Gelecek Kuşaklar”, *Türkiye Çevre Hukuku Dergisi*, C. 5, S. 2, 2023, s. 114–117.
- IBHAWOH, Bonny, “Analysis: How the United Nations’ Pact for the Future Could Help Heal a Fractured World”, McMaster University, 11 Eylül 2024. (<https://news.mcmaster.ca/analysis-how-the-united-nations-pact-for-the-future-could-help-heal-a-fractured-world/>)
- SZPAK, Agnieszka, “The UN Summit of the Future – Where Are Cities? A Lost Chance for Local Participation”, *Cities*, 2025, s. 6.
- WEISS, Thomas G., “Multilateralism in Crisis: Rethinking Global Governance in the 21st Century”, *Global Governance Review*, C. 30, S. 2, 2024, s. 3–14.

Raporlar ve Resmî Belgeler

- ACT Group, *Code of Conduct regarding Security Council Action against Genocide, Crimes against Humanity or War Crimes*, 2015.
- African Union, *Ezulwini Consensus*, 2005. (<https://old.centerforunreform.org/sites/default/files/Ezulwini%20Consensus.pdf>, (erişim: 15.11.2025)).
- Egmont Institute, *The UN Pact for the Future: A Modest Boost for Global Governance Reform*, Brüksel, 2024.
- International Telecommunication Union, *Global Connectivity Report*, Cenevre, 2024.
- T.C. Dijital Dönüşüm Ofisi, *Millî Yapay Zekâ Stratejisi (2021–2025)*, Ankara, 2022.
- T.C. Dışişleri Bakanlığı, *Faaliyet Raporu*, Ankara, 2023.
- T.C. Dışişleri Bakanlığı, *Gelecek İçin Pakt Zirvesi Basın Açıklaması*, 23 Eylül 2024.
- T.C. Dışişleri Bakanlığı, *Stockholm+50 Konferansı Basın Açıklaması*, Ankara, 2022.
- T.C. Kalkınma Bakanlığı, *Ulusal Sürdürülebilir Kalkınma Stratejisi (2016–2030)*, Ankara, 2016.
- TİKA, *Yıllık Faaliyet Raporu*, Ankara, 2023.
- United Nations, *A/RES/76/307*, <https://docs.un.org/en/A/RES/76/307> (erişim: 15.11.2025).
- United Nations, *Pact for the Future*, A/RES/79/1, New York, 2024.
- United Nations, *Report of the Secretary-General: In Larger Freedom*, A/59/2005.
- United Nations, *Summit of the Future – Press Release*, New York, Eylül 2024.
- United Nations General Assembly, *Resolution 76/262*, 26 Nisan 2022.
- United Nations Technology Bank, *Annual Report*, Gebze, 2023.

İnternet Kaynakları

- United Nations, “Global Digital Compact”, <https://www.un.org/en/summit-of-the-future/global-digital-compact> (erişim: 15.11.2025).
- Verfassungsblog, “United Nations Summit of the Future – Attention to the Rule of Law”, 2024, <https://verfassungsblog.de/united-nations-summit-of-the-future-attention-rule-of-law/> (erişim: 15.11.2025).

ADİL BİR VERGİ SİSTEMİNE DAİR DÜŞÜNCELER

Thoughts on a Fair Tax System

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ*

ÖZ

Devlet, insanların bir arada yaşama zaruretinin bir sonucu olarak ortaya çıkmış, oluşmuş, oluşturulmuş bir hükmi şahsiyettir. Devlet, ülkesinde yaşayan insanların ve faaliyette bulunan işletmelerin müşterek ihtiyaçlarını gidermek için vardır. Bu müşterek ihtiyaçların giderilmesi kamunun yararına sonuçlar doğurmaktadır. Kamu ihtiyaçları kamu hizmetine; kamu hizmeti ise, kamu giderine/harcamasına sebep olmakta, gerekçe oluşturmaktadır.

Devletin kamunun müşterek ihtiyaçlarının tatmin edilmesi amacıyla yerine getirdiği hizmetler için yaptığı harcamalara *kamu harcaması* denilmektedir. Devlet, bu harcamaları kamu kudretine, egemenlik yetkisine dayanarak ülke ekonomisinden aldığı paylar-paralar ile gerçekleştirmektedir. Bu paylar-paralar farklı niteliğe sahiptir ve değişik gerekçelere dayanmaktadır.

Kamu gelirlerinin en geniş kapsamlı kaynağını vergiler oluşturmaktadır. Vergiler, kamu giderlerinin karşılığı olması amacı ve şartıyla tahsil edilmektedir. Muhataplar ülkede yaşamak ve/ya da faaliyette bulunmak gerekçesi ile vergi ödemektedir. Vergi ödemek, kamu hizmetlerinin maliyetine katkıda bulunmaktır. Katkıda bulunmanın ölçüsü kişinin malî gücüdür.

Türk Vergi Sisteminin malî güce göre vergilendirme ilkesine uygun bir vergilendirmenin yapılabilmesi hususunda eksikliklerinin, aksayan yanlarının olduğu bilinen bir gerçektir. Bu sebeple, vergi yükünün adil ve dengeli dağılımı gerçekleşmemektedir. Bunun en açık göstergesi vergi gelirleri içinde vasıtalı vergilerin payının vasıtasız vergilerin iki katı olmasıdır. Bu durum hem gelir ve servet dağılımı adaletsizliğini desteklemekte hem de dar ve sabit gelirlilerin hayat standardını düşürmektedir.

Adil bir vergi sistemi sadece gelir yönüyle değil, vergi gelirlerinin *neye, niye ve nasıl* harcandığı ile de irdelenmelidir. Harcama alanında ortaya çıkan yanlışlıklar,

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Malî Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: yusuf.karakoc@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9347-471X.

adaletsizlikler doğrudan bunların kaynağını oluşturan vergileri de etkilemektedir. Gereksiz, kamu hizmeti ile alâkasız harcamalar için vergi ödenmesi kişilerin vergi yükünü artırmaktadır. Vergi yükünün en çok arttığı kesim ise, düşük gelir sahipleridir.

Vergi sistemi üç ana sütun üzerinde yükselmektedir. Ancak, sütunların boyları/yüksekliği birbirinden çok farklıdır. En yüksek sütun *muamele-harcama* vesilesi ile alınan *vergilerin* sütunudur. *Özel tüketim vergisi* ile *katma değer vergisi* bağının iyi kurulamaması yüzünden *verginin vergisinin alınması* sebebiyle bu sütun uzundur. *Gelirden alınan vergiler* sütunu harcamalardan alınan vergiler sütununun yarısı kadardır. *Servet* vesilesiyle alınan *vergiler* sütunu ise, en kısa olanıdır.

Vergilendirmede adaletsizliğin asıl kaynağı, gelirin hem gerçek kişiler hem de kurumlar nezdinde amaca uygun olmayan, vergi yükünü âdil ve dengeli dağıtmayan vergilendirmedir. Çünkü, harcama ve servet gelirin elde edilmesinden sonraki aşamaları ifade etmektedir. Bu sebeple, bir vergi sisteminin âdil olup olmadığını anlamak için gelirin nasıl vergilendirildiğine bakmak gerekir.

Bu çalışmada, daha çok vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımının sağlanmamasından kaynaklanan adaletsizlikleri tespit etmek ve bunlar için çözüm önerilerinde bulunmak amaçlanmaktadır. *Adil bir Vergi Sisteminin* oluşturulmasında dikkat edilmesi gereken hususlara işaret etmeye gayret edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vergi, vergilendirme, vergi sistemi, vergi adaleti, asgari kurumlar vergisi, tek oranlı vergi.

JEL Sınıflandırması: H12, H20, K34.

ABSTRACT

The state is a legal entity that emerged, formed, and established as a result of the necessity for people to live together. The state exists to meet the common needs of the people living in its territory and the businesses operating within it. Meeting these common needs results in the public interest. Public needs give rise to public services, and public services, in turn, justify public expenditures.

Public expenditures are expenditures made by the state for services provided to meet the common needs of the public. The state carries out these expenditures using shares of the national economy, relying on its public power and sovereign authority. These shares of the country have different characteristics and are based on different justifications.

Taxes constitute the most comprehensive source of public revenues. Taxes are collected for the purpose and condition of covering public expenses. Those who pay taxes pay taxes because they live and/or operate in the country. Paying taxes means contributing to the cost of public services. The criterion for contribution is a person's financial means.

It is a well-known fact that the Turkish Tax System has shortcomings and flaws in its ability to implement taxation in accordance with the principle of taxation based on financial means. Consequently, a fair and balanced distribution of the tax burden is not being achieved. The clearest indication of this is that indirect taxes account for twice as much of direct taxes as direct taxes in tax revenues. This situation not only reinforces inequitable income and wealth distribution but also lowers the standard of living of low-income and fixed-income earners.

A fair tax system should be examined not only from a revenue perspective, but also from a perspective of what, why, and how tax revenues are spent. Errors and injustices in expenditure directly impact the taxes that form their source. Paying taxes for unnecessary, unrelated expenses related to public services increases individuals' tax burdens. Low-income earners experience the greatest increase in the tax burden.

The tax system is built on three main pillars. However, the columns vary widely in length. The tallest pillar is the pillar for taxes levied on transactions and expenditures. This pillar is long because the special consumption tax and value-added tax are not well-connected, and the pillar is levied on the tax itself. The pillar for taxes on income is half the length of the pillar for taxes on expenditures. The pillar for taxes on wealth is the shortest.

The true source of injustice in taxation is taxation that is inappropriate for both individuals and corporations and fails to distribute the tax burden fairly and evenly. This is because spending and wealth represent the stages after income is earned. Therefore, to understand whether a tax system is fair, it is necessary to examine how income is taxed.

This study primarily aims to identify injustices resulting from the failure to ensure a fair and even distribution of the tax burden and to propose solutions. It attempts to highlight the issues that must be considered in establishing a fair tax system.

Keywords: Tax, taxation, tax system, tax justice, minimum corporate tax, single rate tax.

JEL Classification: H12, H20, K34.

GİRİŞ

Devlet, insanların bir arada yaşama zaruretinin bir sonucu olarak ortaya çıkmış, oluşmuş, oluşturulmuş bir hükmi şahsiyettir. Devlet, ülkesinde yaşayan insanların ve faaliyette bulunan işletmelerin müşterek ihtiyaçlarını gidermek için vardır. Bu müşterek ihtiyaçların giderilmesi kamunun yararına sonuçlar doğurmaktadır. Kamu ihtiyaçları kamu hizmetine; kamu hizmeti ise, kamu giderine/harcamasına sebep olmakta, gerekçe oluşturmaktadır.

Devletin kamunun müşterek ihtiyaçlarının tatmin edilmesi amacıyla yerine getirdiği hizmetler için yaptığı harcamalara *kamu harcaması* denilmektedir. Devlet, bu harcamaları kamu kudretine, egemenlik yetkisine dayanarak ülke ekonomisinden aldığı paylar-paralar ile gerçekleştirmektedir. Bu paylar-paralar farklı niteliğe sahiptir ve değişik gerekçelere dayanmaktadır.

Devlet, kendisine ait olan mülk ve teşebbüs gelirleri ile ihtiyaç duyduğu geliri sağlayamadığı için kamu kudretine ve egemenlik yetkisine dayanmak suretiyle tek taraflı olarak birtakım malî yükümlülükler ihdas etmektedir. Bu yükümlülüklerin sebebi konusunda farklı yaklaşımların varlığı bilinmektedir. Bu yaklaşımların hiçbirisi tek başına malî yükümlülüklerin sebebini, mahiyetini ve gerekçesini açıklamaya yeterli değildir.

Bazı yükümlülükler, kamu hizmetlerinden yararlanmanın bir bedeli niteliğinde gibidir. Çünkü, bu yükümlülükler kamu hizmetlerinden yararlananlardan talep-takip ve tahsil edilmektedir. Ancak, ödenen para ile yararlanılan hizmetin maliyeti arasında bir aynılık-denklik söz konusu değildir. Bazı hallerde ödenen bedel yararlanılan hizmet maliyetinin altında kalmaktadır; bazı hallerde ise, hizmetten yararlanmanın maliyeti ya da sağlanan şahsî menfaatin karşılığı hesaplanamadığı için hizmete aracılık eden şeyin maliyetinden daha fazla bir ödeme yapılması gerekmektedir. Pasaport harcı bunun en tipik örneğini oluşturmaktadır. Yurtdışına çıkış harcının ise, herhangi bir kamu hizmeti ile ilişkilendirilmesi mümkün değildir.

Bir Devletin günümüz şartlarında kendi mülk ve teşebbüs gelirleri ile üstlenmiş olduğu kamu hizmetleri için yapılan harcamaları karşılayamadığı, yararlanma vergileri denilen, hizmetten yararlananlardan talep-takip ve tahsil edilen gelirlerin de ihtiyacı karşılamakta çok yetersiz kaldığı-olduğu bilinen bir gerçektir. Devlet, bu sebeple egemenlik yetkisine dayanarak ülkesinde yaşayan kişi ve/ya da faaliyet gösteren kurumlardan-işletmelerden malî güçleri nispetinde-oranında vergi talep-takip ve tahsil etmek mecburiyetindedir.

Kamu gelirlerinin en geniş kapsamlı kaynağını vergiler oluşturmaktadır. Vergiler, kamu giderlerinin karşılığı olması amacı ve şartıyla tahsil edilmektedir. Muhataplar/mükellefler ülkede yaşamak ve/ya da faaliyette bulunmak gerekçesi ile vergi ödemektedir. Vergi ödemek, kamu hizmetlerinin maliyetine katkıda bulunmaktır. Katkıda bulunmanın ölçüsü kişinin malî gücüdür.

Tam-pür kamu hizmetlerinden şahsen yararlanma, yararlanmaya engel olma, yararlanmanın derecesini ölçme mümkün olmadığından bu tür kamu hizmetlerinin maliyetine genel olarak katkıda bulunma mecburiyeti ortaya çıkmaktadır. Malî gücü olan herkesin malî gücü oranında bu yükü taşıması gerekir. Bunun için vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımını sağlamak şarttır. Vergi ödeme yükümlülüğünün muhataplar arasında haksızlığa ve adaletsizliğe yol açmadan yerine getirilmesi gerekir.

Türk Vergi Sisteminin malî güce göre vergilendirme ilkesine uygun bir vergilendirmenin yapılabilmesi hususunda eksikliklerinin, aksayan yanlarının olduğu bilinen bir gerçektir. Bu sebeple, vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımı gerçekleşmemektedir. Bunun en açık göstergesi vergi gelirleri içinde dolaylı-vasıtalı vergilerin payının dolaysız-doğrudan-vasıtasız vergilerin iki katı olmasıdır. Bu durum hem gelir ve servet dağılımı adaletsizliğini desteklemekte hem de dar ve sabit gelirlilerin hayat standardını düşürmekte, yok etmektedir.

Gelir ve servet dağılımındaki adaletsizliğin tek sebebi vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımının sağlanamamış olması değildir. Ancak, bunu derinleştirme ve kalıcı hale getirme hususunda en önemli sebep vergi yükünün âdil ve dengeli dağıtılmamasıdır.

Vergilendirme yetkisinin kullanılmasından kaynaklanmayan *eşitsizlik*leri vergi sisteminde yapılacak düzenlemeler ile ortadan kaldırmak, azaltmak mümkün değildir. Ancak, vergi sisteminde gerçekleştirilecek düzeltme ve düzenlemelerle, vergilendirme yetkisinin hukuka, adalete, hakkaniyete aykırı olarak kullanılması yüzünden gerçekleşen *adaletsizlik*lere engel olmak, bunun olumsuz sonuçlarını bertaraf etmek önemli ölçüde sağlanabilir.

Adil bir vergi sistemi sadece gelir yönüyle değil, vergi gelirlerinin *neye*, *niye* ve *nasıl* harcandığı ile de irdelenmelidir. Harcama alanında ortaya çıkan yanlışlıklar, adaletsizlikler doğrudan bunların kaynağını oluşturan vergileri de etkilemektedir. Gereksiz, kamu hizmeti ile alâkasız harcamalar için vergi ödenmesi kişilerin vergi yükünü artırmaktadır. Vergi yükünün en çok arttığı

kesim ise, düşük gelir sahipleridir. İşçi, memur, emekli, esnaf bu kesimi oluşturmaktadır.

Vergi sistemi üç ana sütun üzerinde yükselmektedir. Ancak, sütunların boyları/yüksekliği birbirinden çok farklıdır. En yüksek sütun *muamele-harcama* vesilesi ile alınan *vergilerin* sütunudur. Geliri ve özellikle kurum kazançlarını doğru-dürüst vergilendirmeyip *vergi harcamasını* tercih etme; *özel tüketim vergisi* ile *katma değer vergisi* bağının iyi kurulamaması yüzünden *verginin vergisini alma* sayesinde bu sütun uzundur. *Gelirden alınan vergiler* sütunu harcamalardan alınan vergiler sütununun yarısı kadardır. *Servet* vesilesiyle alınan *vergiler* sütunu ise, en kısa olanıdır.

Muamele vergilerinin sütununu kısaltmak gerekir. Ancak, bu sütunun kısaltılabilmesi için gelirden alınan vergilerin sütunu ile servetten alınan vergilerin sütununun uzatılması-yükseltilmesi şarttır. Bu sütunların dengesizliği Türk Vergi Sisteminin ne derece çarpık bir yapıya sahip olduğunu göstermektedir.

Vergilendirmede adaletsizliğin asıl kaynağı, gelirin hem gerçek kişiler hem de kurumlar nezdinde amaca uygun olmayan, vergi yükünü âdil ve dengeli olarak dağıtmayan vergilendirilmesidir. Çünkü, harcama ve servet gelirin elde edilmesinden sonraki aşamaları ifade etmektedir. Bu sebeple, bir vergi sisteminin âdil olup olmadığını anlamak için gelirin nasıl vergilendirildiğine bakmak gerekir.

Bu çalışmada¹, daha çok vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımının sağlanmamasından kaynaklanan adaletsizlikleri tespit etmek ve bunlar için çözüm önerilerinde bulunmak amaçlanmaktadır. Adil bir Vergi Sisteminin oluşturulmasında dikkat edilmesi gereken hususlara işaret etmeye gayret edilmektedir.

I. VERGİLENDİRMENİN ANLAMI VE KAPSAMI

Devlet, kamu hizmeti üretmek ve sunmak için vardır. Hizmetin üretilmesi ve sunulması harcama yapmayı gerektirmektedir. Devletin harcama yapabilmesi, gelirinin olmasına bağlıdır. Devletin gelirinin ana kaynağı

¹ Bu çalışma, teknik hukuk çalışması değil; *Maliye-Vergi Politikası* çalışmasıdır. Bu sebeple, kanun hükümlerine, yargı kararlarına pek yer verilmemiştir. Bu çalışma teorik temelli bir çalışmadır. Bu sebeple, verilere, tablolara, anketlere yer verilmemiştir. Metnin değerlendirilmesinde bu hususun dikkate alınmasında yarar vardır.

vergilerdir. Bu itibarla, Devlet var ise, vergi de vardır. Bunun aksi düşünülemez. Vergi varsa, o ülkede yaşayan herkesin bu yüke muhatap olması gerekir/şarttır. Bu muhatap olmanın ölçüsü de *malî güçtür*.

Vergi, kamu mal ve hizmetleri için yapılan harcamaların kaynağını oluşturmaktadır. *Kamu hizmeti*, *Kamu Maliyesinin* en temel konusu, kurumu, kavramı ve terimidir. Çünkü, Devlet kamunun müşterek ihtiyaçlarını karşılamak-tatmin etmek için vardır. *Kamu Maliyesi* de bu ihtiyaçların tespitine ve tatminine aracılık etmektedir. Tespit edilen kamu ihtiyaçlarının tatmini amacıyla birtakım mal ve hizmetlerin üretilmesi ve sunulması gerekmektedir. Şüphesiz her mal ve hizmet üretiminin ve temininin bir bedeli-maliyeti vardır. Bu bedel-maliyet *kamu gideri-harcaması* olarak ortaya çıkmaktadır. Şayet kamu ihtiyacı *doğru-dürüst* belirlenmiş ve bunların tatmini için üretilen ve temin edilen mal ve hizmetlerin bedeli-maliyeti *doğru-dürüst* bir şekilde oluşmuş-oluşturulmuş ise, *kamu ihtiyacı-kamu hizmeti-kamu gideri ilişkisi* düzgün olarak kurulmuş demektir.

Kamu hizmetleri için yapılan harcamalara, bir ülkede yaşayan ve/ya da faaliyette bulunan kişilerin kamu hizmetlerinden serbestçe yararlanması, bu yararlanmanın ölçülememesi ve fiyatlandırılmaması sebebiyle malî gücü olan herkesin malî gücü oranında katkıda bulunması uygun, mümkün ve gereklidir. Bu ilkeye uygun davranılması halinde, kural olarak, *gelir ve servet dağılımına* vergi yükünün etkisi *nötr* olarak kalabilir. Ancak, vergilendirmede kamu giderlerinin karşılığı olarak bir yükümlülük belirlenmesi yerine verginin/vergilendirmenin başka amaçlara da aracı olması bu *nötr* etkiyi bertaraf etmektedir. Bu yolla, bazen gelir ve servet dağılımında adaletin sağlanması amaçlandığı söylene de tam tersi bir sonucun doğması kaçınılmaz olmaktadır.

Tek tek vergiler ele alınıp incelendiğinde gerçek ya da kanunî mükellefler arasında birtakım adaletsizlik örneklerine, uygulamalarına rastlamak mümkündür. Şayet tek kaynaktan vergi alınıyor olsa idi, ona ilişkin matrah ve oran belirlenmesinde belki daha hassas-dikkatli davranıp adalete daha yakın bir düzenleme ve uygulama yoluna gidilebilirdi. Ne var ki, vergi sistemleri tek vergiden değil, çok sayıda irili-ufaklı vergilerden oluşmaktadır. Bunlardan bir kısmı verimlilik-gelir hasılatı bakımından ihmal edilecek büyüklüktedir. Nitekim, vergilerin ilk amacının kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için gelir sağlamak olsa da tamamının tek amacı gelir elde etmek değildir. Bazen iktisadî kıymetlerin hareketlerini takip etmek ve disiplin altına almak; bazen kişilerin zararlı faaliyetlerini ve tüketimlerini kısıtlamak amacıyla da vergiler konulmakta ve alınmaktadır.

Devletin gelir ihtiyacı gerekçe gösterilerek kolay kavranan, verimliliği yüksek; fakat, olumsuz etkileri çok olan kaynakların vergilendirilmesi yoluna gidilmektedir. Örneğin, harcamalar üzerinde *vergi yığılması/yoğunlaşması* bunun bir göstergesidir.

Gelir ve servet dağılımında makûl bir dengenin sağlanamaması yüzünden genel, yoğun ve derin bir *adaletsizlik* ortaya çıkmaktadır. Nitekim, bazıları zaruri ihtiyaçlarını bile karşılayamaz iken, bazıları ise, zenginlik içinde yaşamaktadır. Aslında, *zenginler malvarlıkları içindeki fakirlerin haklarını vermiş olsalar, hiç kimse fakr-u zaruret içinde yaşamak zorunda kalmaz*. Çünkü, Dünyada mevcut zenginliklerin âdil ve dengeli dağıtılması halinde herkese yeteceği muhakkaktır. Adaletsiz ve dengesiz taksimat-bölüşüm yüzünden çarpık bir sonuç ortaya çıkmaktadır. İnsanların bir kısmı imkânsızlıklar yüzünden; bir kısmı da malvarlığını-servetini korumak için kıvranmaktadır.

Fakirlerini doyuramayan milletler zenginleri koruyamaz.

Yapılan akademik çalışmalarda ve hazırlanan Raporlarda zenginliklerin toplam nüfusa dağılımının çok çarpık ve dengesiz sonuçları olduğu tespit edilmektedir. Kişiler makûl, geçerli ve gerçek olmayan gerekçelere dayanarak çok farklı düzeylerde gelir elde edebilmektedir. Bu yolla gelir dağılımında büyük bir adaletsizlik oluşmakta, gelişmekte ve yerleşmektedir. Bu olumsuz sonuç-etki sadece ve yalnızca gelirin elde edilmesi aşaması ile sınırlı kalmamaktadır. Elde edilmiş gelirin harcanması ve harcanmayan kısmının servete dönüşmesi de gelirin elde edilmesi aşamasında ortaya çıkan adaletsizlikten etkilenmektedir. Düşük düzeyde gelir ile ancak düşük düzeyde harcama yapmak mümkündür. Düşük gelir sahibi sadece ve yalnızca geçimini sağlamaya, hayatını idame ettirmeye gayret ederken harcamalarından fazla gelir elde edenler bir taraftan da servet sahibi olabilmektedir. Gelirin düşüklüğü, az harcama ve hiç servet olarak tezahür etmektedir. Belli bir zaman diliminde başlayan bu eşitsizlik-adaletsizlik zamanla derinleşerek devam etmektedir. Çünkü, *para parayı çekmektedir*.

Eşitsizlik, kişilerden bağımsız olarak haricî şartlarla; adaletsizlik ise, insan iradesinin müdahalesi ile ortaya çıkan dengesizlik halidir (ykk).

Sosyal ve iktisadî alanda ortaya çıkan *adaletsiz-dengesiz* sonuçların kısmen de olsa azaltılması için vergilerin bir araç olarak kullanılması gerektiği, kullanılmaya çalışıldığı bilinmektedir. Ancak, bu arzu edilmeyen sonucun bir kısmının vergiler yüzünden ortaya çıktığını da kabul etmek gerekir.

Hemen her vergi düzenlemesinin *Genel Gerekçesinde* ya da *Orta Vadeli Programın* amaç ve hedefler kısmında *gelir ve servet dağılımı adaletsizliğinin giderilmesi* ifadeleri yer almaktadır. Fakat bu zamana kadar *gelir ve servet dağılımında adaletsizliği* azaltan bir vergiden söz etmek mümkün değildir. Her bir vergi düzenlemesinde *sosyal ve iktisadî amaçlı* bazı muafiyet, istisna ve indirimler yer almaktadır. Ancak, bu *vergi kolaylıkları* ile iktisadî alanda faaliyet gösteren işletmelere ve dolayısıyla sahipleri ile ortaklarına sağlanan *iktisadî imkânlar* sayesinde dengenin bozulması yüzünden hedeflenen iyileştirmenin sağlanması mümkün olmamaktadır. Bir tarafı tamir ederken öbür tarafta yıkım devam etmektedir.

II. VERGİ SİSTEMİ²

A. Genel Açıklama

Sistem, belli bir anlam bütünlüğü olan, birbiriyle bağlantılı ve birbirini tamamlayan unsurlar manzumesidir. Başka bir deyişle, *sistem*, aynı amaca yönelik birbirini tamamlayan ve birbiriyle uyum içinde olan müesseselerin oluşturduğu bir bütündür³.

Sosyal Sistem, her şeyden önce toplumla ilgili bir kavramdır. Niteliği gereği, bir örgütlenme, bir oluş halini belirtmektedir. O halde *sosyal sistem*, insanların birbiriyle doğrudan veya dolaylı olarak meydana getirdikleri, zaman içinde bütünlük ve süreklilik kazanan, çerçevesi belirlenmiş ilişkiler ve etkileşimler ağı-yumağı olarak tanımlanmaktadır⁴.

Vergi sistemi, belli bir ülkede belli bir dönemde var olan ve uygulanan vergiye ilişkin düzeni ve düzenlemeyi ifade etmektedir. Vergi sistemini, vergilere ilişkin hukukî düzenlemeler, bu düzenlemelere ilişkin uygulamalar ile bu düzenleme ve uygulamalardan kaynaklanan anlaşmazlıkların/ uyuşmazlıkların çözümü oluşturmaktadır.

Dar anlamda vergi sistemi, bir ülkede, belli bir zamanda uygulanan vergilerin hepsini ifade etmektedir. Bu itibarla, *Türk Vergi Sistemi*, bugün *Türkiye*'de uygulanan vergilerin tamamı-hepsi anlamına gelmektedir.

² Vergi sistemleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Nadaroğlu**, s. 387-394; **Uluatam**, s. 303-305; **Edizdoğan-Çetinkaya-Gümüş**, s. 338-342; **Erdem-Şenyüz-Tathoğlu**, s. 288-289; **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 214-217.

³ Bkz. **Karakoç**, Sosyal Maliye 3, s. 25.

⁴ Bkz. **Karakoç**, Sosyal Maliye 3, s. 25.

Vergi sistemi zamana ve yere göre değişmektedir. Nitekim, *Türk Vergi Sistemi* de zaman içinde gelişerek ve değişerek bugünkü halini almıştır. Ayrıca, aynı zaman diliminde farklı ülkelerde değişik vergi sistemleri uygulanmaktadır. Çünkü, *vergi sistemi* her sosyal sistem gibi uygulandığı ülkenin sosyal, kültürel, iktisadî, malî ve siyasî şartlarının bir ürünüdür.

Vergi sisteminin temel amacı, Devletin ihtiyaç duyduğu gelirin dayanağını oluşturmaktadır.

Vergi yapısı, vergi sisteminin anatomisini, iskeletini oluşturmaktadır. Daha ayrıntılı bir tanımla *vergi yapısı*, vergi sistemini meydana getiren çeşitli vergilerin hem toplam vergiler hem de *Gayri Safi Millî Hasıla* ve kamu gelirleri gibi diğer makro ekonomik büyüklükler içindeki nispi paylarını ve önemlerini ifade etmektedir.

Vergi yapısı, bir ülkedeki vergi sistemi hakkında belli teşhis ve tespitlerde bulunmak, iktisadî birimler üzerindeki vergi yüklerini karşılaştırmak bakımından önemlidir. Devletin vergi gelirlerinin içinde hangi tür verginin daha geniş yer tutacağı; kamu gelirlerinin ne kadarının vergilerden sağlanacağı gibi konuların analizinde vergi yapısından yararlanılmaktadır.

Farklı ülkelerde değişik vergi yapıları benimsenmektedir. Aynı ülkede vergi yapısı zamanla belirli noktalarda değişiklikler gösterebilmektedir. Vergi yapısını her ülkenin kendi sosyal, iktisadî, malî ve siyasî şartları belirlemekte ve etkilemektedir.

Vergi sisteminin içinde yer alan vergilerin sayısına bağlı olarak ikili bir ayırımı gidilmektedir. Buna göre vergi sistemleri, *tek vergili sistem* ve *çok vergili sistem* olarak adlandırılmaktadır. Ayrıca, çok sayıda vergi ve benzeri malî yükümlülüklerin birbirine karıştırılmış olduğu sistemsizliği ifade etmek için *karışık/karmaşık vergi sisteminden* söz edilmektedir⁵.

B. Tek Vergili Sistem⁶

Tek vergi yaklaşımı, belli bir ülkede birçok kaynaktan ve farklı adlarla vergi almak yerine, çok verimli olduğu düşünülen bir kaynaktan tek vergi

⁵ Bkz. Karakoç, Kamu Maliyesi, s. 217.

⁶ Tek Vergili Sistem hakkında geniş bilgi için bkz. Nadaroğlu, s. 389-392; Uluatam, s. 303-305; Akdoğan, Kamu Maliyesi, s. 318-322; Edizdoğan-Çetinkaya-Gümüş, s. 339-342; Erdem-Şenyüz-Tathioğlu, s. 288-289; Susam, s. 269; Karakoç, Kamu Maliyesi, s. 215-217.

alınması ile yetinilmesini savunmaktadır. Farklı zaman ve ülkelerde ileri sürülmüş olmasına rağmen, tek vergi yaklaşımı hiçbir zaman uygulanmamış ve günümüzde de önemini tamamen yitirmiştir. Tek vergi önerisinde bulunanlar tek verginin konusunda mutabakat sağlayamamıştır. Başka bir deyişle, tek vergi önerisinde bulunanların her biri verginin başka kaynaklardan alınmasını önermiştir. Ayrıca, öneri sahiplerinin dayandıkları gerekçeler de biri diğerinden farklıdır. Tek vergi taraftarları bu verginin basit, anlaşılır, verimli, iktisatlı ve âdil olduğunda birleşmektedir⁷.

Tek vergi kaynağı olarak birçok konu önerilmiştir. Bunlar arasında sadece kazancın, arazinin, tarımın, ilk maddenin, global gelirin, enerjinin vergi konusu yapılması ve sadece bu kaynaktan vergi alınması bulunmaktadır⁸.

Tek vergili sistemin ilk sistematik örneği *fizyokratlarda* görülmektedir. Bunlar sadece *tarım sektörünün* vergilendirilmesini öneriyorlardı. 1953'te Fransız sanayici E. *Schüller*, tek vergi konusu olarak *enerjinin* esas alınmasını; yani, sadece enerjiden vergi alınmasını önermiştir. Teorik olarak tek vergiden oluşan bir vergi sistemi düşünmek mümkündür. Ancak, böyle bir sistemin günümüz şartlarında uygulanabilme şansı bulunmamaktadır. Bu itibarla, günümüzde tek vergili sisteme ilişkin düşünceler hayal ve teorik düzeyde kalmaktadır⁹.

Tek vergili sistemin birtakım sakıncaları bulunmaktadır.

- Tek vergi uygulandığında, o verginin kaynağı kuruyabilir ya da ağır ölçüde yararlanılamaz hale gelebilir. Örneğin, enerjinin vergilendirilmesi üretimin azalmasına; hatta durmasına yol açabilir.
- Tek vergi ile malî gücün yeterince kavranması mümkün değildir. *Gelir*, *servet* ve *harcama* malî gücün göstergeleri olarak kabul edilmektedir. Bunlardan birini vergilendirmek malî gücü bir bütün olarak kavramayı engeller.
- Tek kaynaktan vergi alınması vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımını imkânsızlaştırır.
- Devletin ihtiyaç duyduğu geliri tek kaynaktan vergi almak suretiyle sağlaması mümkün değildir. Yüksek oranlı bir vergi, vergiye karşı

⁷ Benzer açıklamalar için bkz. **Nadaroğlu**, s. 389; **Akdoğan**, Kamu Maliyesi, s. 318; **Edizdoğan-Çetinkaya-Gümüş**, s. 339.

⁸ Bkz. **Nadaroğlu**, s. 389-392; **Uluatam**, s. 304-305; **Akdoğan**, Kamu Maliyesi, s. 318-322; **Edizdoğan-Çetinkaya-Gümüş**, s. 339-342.

⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Nadaroğlu**, s. 391-392.

geniş çaplı tepkilere yol açar. Bu da yüksek oranlı vergi kayıp ve kaçağına sebep olur¹⁰.

C. Çok Vergili Sistem¹¹

Birden çok kaynaktan vergi alınan sistemler, çok vergili sistemlerdir. Günümüzde bilinen her Devlet *çok vergili sistemi* benimsemektedir. Çok vergili sistemde kural olarak, *gelir, harca ve servet* üzerinden-vesilesiyle vergiler alınmaktadır. Çok vergili sistemlerde uygulanmakta olan vergileri belli kategorilerde toplama girişimi vergi sistematliğini gündeme getirmektedir.

Bundan sonra yapılan açıklamalar çok vergili sisteme ilişkin olduğundan burada kısaca işaret etmekle yetinilmektedir.

Ç. Karışık/Karmaşık Vergi Sistemi¹²

Bu sistemde de çeşitli kaynaklardan vergi alınmaktadır. Ancak, alınan vergilerin birbiri ile uyumuna dikkat edilmemektedir. Aynı kaynaktan-gelirden farklı oranlarda vergi talep-takip ve tahsil edilmektedir. Nitekim, ücret geliri birden çok ya da farklı oranda vergiye tâbi tutulmaktadır. Ayrıca, aynı kanuna tâbi vergi konularının vergilendirilmesinde tek oranlı, artan oranlı, beyan edilmesi gereken, beyanı gerekmeyen, beyan edilmesi halinde beyana dahil olması gereken, beyana dahil olması gerekmeyen gelir unsurlarının varlığı karışıklığı-karmaşıklığı açıkça göstermektedir.

Bir malın tesliminde birden çok vergi ve diğer malî yükümlülüklerin ya da özel tüketim vergisinin katma değer vergisinin matrahına dahil edilerek verginin hesaplanması, talep-takip ve tahsil edilmesi eşine pek rastlamayan ve uygulanması da gerekmeyen örneklerdir. Yurda girenden değil, yurt dışına gidenden *yurtdışı çıkış harcı* alınması bu sistemin karışık/karmaşıklığının bir yansımasıdır.

Böyle bir vergi yapısı hakkında bir sistemden söz edilmesi mümkün değildir. *Türkiye*'de mevcut vergi yapısı bu tür vergi sisteminin (!) en tipik

¹⁰ Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 216-217.

¹¹ Çok Vergili Sistem hakkında açıklamalar için bkz. **Nadaroğlu**, s. 392-393; **Edizdoğan-Çetinkaya-Gümü**, s. 342; **Erdem-Şenyüz-Tathoğlu**, s. 289-290; **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 217.

¹² Bu nitelikleme ve sınıflandırma için bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 217.

örneğidir. Aslında *karışık/karmaşık vergi sistemi*, çok vergili sistemin belli bir ülkeye özgü uygulama şeklidir.

D. Sistem Tercihi¹³

Çağdaş bir vergi sisteminin oluşturulabilmesi için şu temel konularda anlamlı-kalıcı-etkili tercihlerin yapılması şarttır.

Vergi,

- *Ne için;*
- *Kim tarafından;*
- *Kimden;*
- *Ne üzerinden;*
- *Ne zaman;*
- *Ne kadar;*
- *Nasıl alınır?*

Vergi,

- *Kamu hizmetlerinin finansmanı için;*
- *Kamu hizmetini yerine getiren Devlet ve/ya da kamu idareleri tarafından;*
- *Malî gücü olandan ve/ya da kamu hizmetinden yararlandandan;*
- *Gelir, harcama ve servet üzerinden ya da kamu hizmetinden yararlanma vesilesiyle;*
- *Malî yükümü/vergiyi doğuran olay gerçekleştiğinde anlık, aylık, yıllık olarak;*
- *Kamu hizmetlerinin finansmanına yetecek ve ödeyenlerin katlanabileceği/taşıyabileceği kadar;*
- *Hukukî cebre dayanarak;*

¹³ Rasyonel vergi sistemleri hakkında geniş bilgi için bkz. **Turhan**, s. 389-409.

- *Kaynakta tevkif yoluyla alınır ve/ya da beyana dayalı olarak tahsil edilir.*

Bu tercihler yapılarak ve parçaların birbirini bütünleyici nitelikte olması sağlanarak oluşturulan sistemde, her bir parçanın büyüklüğü ve etkinliğine de dikkat edilmesi gerekir. Örneğin, vergi gelirlerinin dolaylı-dolaysız vergiler arasındaki paylaşımı; servetin vergilendirilmesinde malî amaca öncelik verilip verilmeyeceği; özellikle gelir üzerinden alınan vergilerde kaynakta tevkif yoluyla bir tahsilin mi, yoksa beyana dayanan bir tarh yönteminin mi tercih edileceği; yaygın, fakat etkin olmayan bir istisna ve muafiyet uygulamasının mı, yoksa az, fakat anlamlı bir istisna ve muafiyetin mi kabul edileceği gibi konularda tercih yapılması ve bunun kararlılıkla uygulanması şarttır.

III. VERGİLERİN SINIFLANDIRILMASI¹⁴

A. Genel Açıklama

Vergi sistemi, çok vergili sistemin değişik kıstaslara göre ifade edilmesidir. *Vergi sistemi* ile *vergisi sistemi* kavramları birbiriyle karıştırılmamalıdır. Tek vergili sistemin sistematik hale getirilmesi mümkün değildir. Çünkü, tek vergili sistem bir unsurdan oluşmaktadır. Sistematik hale getirmek için birden ziyade unsurun varlığı şarttır. Bu sebeple, *vergisi sistemi*, çok vergili sistem için geçerlidir¹⁵.

Günümüz vergi sistemleri, çok sayıda vergiden oluşmaktadır. Vergiler, kişilerin gelir elde etmeleri, servet sahibi olmaları, gelir ve servetlerini harcamaları ya da bunlarla ilgili işlemleri yapmaları sebebiyle konulmakta ve alınmaktadır¹⁶.

Çeşitli kaynak ve işlemlerin vergi konusu olması, yapıları, şekilleri ve nitelikleri bakımından birbirinden farklı vergi çeşitlerinin meydana gelmesi sonucunu doğurmuştur. Nitekim, bir kişi, iktisadî faaliyeti karşılığında gelir etse, bundan vergi alınır; gelirinin bir kısmını tüketim için harcarsa, ayrı bir vergi alınır; gelirinin bir kısmını harcamayıp servete dönüştürse, bundan da

¹⁴ Bu konuda farklı bir sınıflandırma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Nadaroğlu**, s. 336-348; **Turhan**, s.103-119; **Türk**, s. 149-161; **Uluatam**, s. 303-315; **Akdoğan**, Kamu Maliyesi, s. 264-318; **Edizdoğan-Çetinkaya-Gümüş**, s. 263-275; **Erdem-Şenyüz-Tatlıoğlu**, s. 162-180; **Şen-Sağbaş**, s. 61-81; **Susam**, s. 265-269; **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 217-221.

¹⁵ Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 217.

¹⁶ Bkz. **Erginay**, s. 77.

bir vergi alınır. Bunların yanında, bu üç unsurun çeşitli işlem ve kullanılış şekillerine göre birçok malî yükümlülük söz konusudur¹⁷.

Günümüzde tahsil edilmekte olan vergi ve diğer malî yükümlülükler, gelir, harcama ve servet işlemleri ve kaynaklarına dayanmaktadır. Servet ve tasarrufun, gelirin tüketiminden arta kalan kısmı olması; harcamanın gelir ve/ya da servetten yapılması sebebiyle vergilerin kaynak olarak sonunda mutlaka gelire dayandığı açıktır. Buna rağmen bir ülkede talep-takip ve tahsil edilmekte olan çok sayıda vergi vardır. Bunlar konularına, yapılarına, özelliklik veya şekillerine göre sınıflara ayrılabilir. Amaç, vergileri niteliklerine göre gruplara ayırmak ve bir sistem altında incelemektir¹⁸.

Çok vergili bir sistemde alınmakta olan vergiler değişik açılardan sınıflandırmaya tâbi tutulmaktadır. Nitekim,

- Devletin vergi gelirlerinin ne kadarının yabancı ülke ekonomilerinden ne kadarının millî ekonomiden alınan vergilerden oluştuğu sorusuna bağlı olarak, vergileri *dış ekonomik ilişkilerden alınan vergiler* ve *iç ekonomik ilişkilerden alınan vergiler* diye ikiye ayırıp incelemek mümkündür.

- Vergiyi toplayan idare esas alınarak yapılan sınıflandırmaya göre, *merkezî idare vergileri*, *mahallî idare vergileri* söz konusudur. Bu ayrım belli bir amaca yönelik olarak yapılan belli bir araştırma için önem taşıyabilir. Mahallî idarelerin iktisadî, siyasî etkinliği hakkında yapılan bir araştırmada ya da *Türkiye*'de kamu sektörü içinde mahallî idarelerin önemi araştırılırken bu ayrım önemlidir.

- Diğer bir ayrım da harcamalar bakımından yapılan ayrımdır. Buna göre, *yurtiçi harcamalardan alınan vergiler*, *yurtdışı harcamalardan alınan vergiler* sınıflandırması yapılmaktadır. Yurtiçi harcamalardan alınan hangi vergilerin bulunduğunu ve kapasitesinin ne kadar olduğunu tespit etmek mümkün ve kolaydır. Yurtdışı harcamalarından alınan vergilerin bilinmesi, millî gelirin hesaplanmasında önem arz etmektedir. Başka ülke ekonomisinin üretimine yönelik harcamada; yani, ithalat sırasında belli vergiler ödenmektedir. Dış ticaret açığının belirlenmesi ve giderilmesi bakımından da bu ayrım önemlidir. İthalatı azaltmak için alınan vergiyi yükseltmek mümkün ve gereklidir¹⁹.

¹⁷ Bkz. **Erginay**, s. 77.

¹⁸ Bkz. **Erginay**, s. 77.

¹⁹ Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 218.

Tüm bu ayrımlar vergi sistematığının geliştirilmesi bakımından önemlidir. Bunlar özel-ayrıntılı araştırmalara dayanan sınıflandırmalardır. Ancak, *vergi sistematığı* kapsamında yapılan daha teknik analizler de bulunmaktadır. Bunlar arasında,

- Vergi mükellefinin şahsî durumu,
- Vergiyi ödeyen kişi ile vergi yükünü taşıyan kişi,
- Verginin kapsamı ve
- Verginin iktisadî kaynağı

esas alınarak yapılan sınıflandırma en yaygın olanlarıdır²⁰.

B. Şahsî (Sübjektif) Vergiler – Gayrişahsî (Objektif) Vergiler²¹

Bu sınıflandırma, vergilendirme sırasında mükellefin şahsî durumunun göz önüne alınıp alınmamasına göre yapılan sınıflandırmadır. Herhangi bir vergi ihdas edilirken ve uygulanırken mükellefin şahsî durumunun göz önüne alınması halinde *şahsî (sübjektif) vergi*; buna karşılık, mükellefin şahsî durumunun dikkate alınmaması durumunda ise, *gayri şahsî (objektif) vergi* söz konusudur. Örneğin, bir binadan emlak vergisi alınırken, bu binanın sahibinin –muaf olanlar dışında- çok zengin ya da kıt imkânlara sahip bir kişi olmasına bakılmaksızın vergi ödemesi gerekmektedir. Çünkü, emlak vergisinde mükellefin şahsî durumu dikkate alınmamaktadır. Dolayısıyla, emlak vergisi *gayrişahsî (objektif)* bir vergidir. Bunun gibi, harcamalardan alınan vergilerde de aynı özellik söz konusudur. Buna karşılık, gelirin vergilendirilmesinde her mükellefin geliri ve ailevî durumu dikkate alınarak vergilendirme yapılmaktadır. Mükellefin şahsî durumu esas alınarak vergi hesaplandığından gelir vergisi *şahsî (sübjektif)* bir vergidir²².

Bir vergi sisteminde *şahsî (sübjektif)* vergilerin ağırlığı ölçüsünde o vergi sistemi adalete daha uygun sayılabilir. Fakat her vergi *şahsileştirmeye* (sübjektif hale getirmeye) elverişli değildir²³.

²⁰ Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 218.

²¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Erginay**, s. 80-81; **Nadaroğlu**, s. 336-348; **Turhan**, s. 102-103; **Türk**, s. 160; **Uluatam**, s. 310-311; **Akdoğan**, Kamu Maliyesi, s. 314; **Edizdoğan-Çetinkaya-Gümüş**, s. 265; **Erdem-Şenyüz-Tatlıoğlu**, s. 164-165; **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 218-219.

²² Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 218-219.

²³ Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 219.

C. Vasıtalı (Dolaylı) Vergiler – Vasıtasız (Dolaysız-Doğrudan) Vergiler²⁴

Vergiye ödeyen kişi ile vergi yükünü taşıyan kişi bazı vergilerde farklı; bazı vergilerde ise, aynı kişidir. Buna bağlı olarak vergiler, *vasıtalı (dolaylı) vergi* ya da *vasıtasız (dolaysız-doğrudan) vergi* olarak nitelendirilmektedir²⁵.

Herhangi bir vergide, vergiyi ödeyen ile vergi mükellefi aynı kişi ise, *vasıtasız (dolaysız-doğrudan) vergiden* söz edilir. Örneğin, servetten alınan vergiler *vasıtasız (dolaysız-doğrudan) vergilerdir*. Buna karşılık, herhangi bir vergide, vergiyi ödeyen kişi ile vergi mükellefi farklı kişi ise; yani, vergi yansıtılabiliyorsa *vasıtalı (dolaylı) vergi* söz konusudur. Örneğin, katma değer vergisi *vasıtalı (dolaylı-doğrudan) bir vergidir*. Katma değer vergisinde verginin mükellefi malı teslim eden, hizmeti ifa eden olmasına rağmen, vergi yükünü nihaî tüketici taşımaktadır. Vergiyi vergi dairesine yatıran satıcı; verginin yükünü taşıyan alıcıdır²⁶.

Bir vergi sistemi bakımından bir ülkede uygulanmakta olan *vasıtalı (dolaylı)-vasıtasız (dolaysız-doğrudan) vergilerin* nispî ağırlıklarının belirlenmesinin belli bir amacı ve önemi vardır. Bir vergi sisteminde *vasıtalı (dolaylı) vergilerin* ağırlıklı olması, o vergi sisteminin vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımından nispî olarak uzaklaştığı anlamına gelmektedir. *Vasıtasız (dolaysız) vergilerin* ağırlıklı olduğu ölçüde vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımına nispeten yaklaşılmaktadır²⁷.

Türkiye’de vergi gelirleri 1981’de %60 *vasıtasız (dolaysız)*, %40 *vasıtalı (dolaylı) vergilerden*; 1987-1988’de %50 *vasıtasız (dolaysız)*; %50 *vasıtalı (dolaylı) vergilerden* oluşmaktaydı. Bunun olumlu bir dağılım olarak kabul edilmesi mümkündür. Ancak, 2000’li yıllarda bu gelişme önce yavaşladı ve sonra tersine bir seyir izlemeye başladı. Son yıllarda *vasıtalı (dolaylı) vergilerin* toplam vergi gelirleri içindeki payı %60-70’ler seviyesinde seyretmektedir²⁸.

²⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Erginay**, s. 78-79; **Nadaroğlu**, s. 339-345; **Turhan**, s. 104-108; **Türk**, s. 155-158; **Uluatam**, s. 306-309; **Akdoğan**, Kamu Maliyesi, s. 301-311; **Edizdoğan-Çetinkaya-Gümüş**, s. 269-275; **Erdem-Şenyüz-Tatlıoğlu**, s. 169-174; **Susam**, s. 266-267; **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 219-220.

²⁵ Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 219.

²⁶ Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 219.

²⁷ Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 219-220.

²⁸ Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 220.

Ç. Genel Vergiler – Özel Vergiler²⁹

Bu sınıflandırma çerçevesinde *genel vergi*, *özel vergi* olmak üzere ikili bir ayırım yapılmaktadır. Herhangi bir vergi, vergi konusu olarak kabul edilen iktisadî değerin tamamını ya da büyük bir kısmını vergilendiriyorsa, *genel vergi*; buna karşılık, herhangi bir vergi, vergi konusunun tamamını değil, sadece belli bir kısmını vergilendiriyorsa *özel vergi* söz konusudur³⁰.

Bu sınıflandırmayı *geniş kapsamlı vergi-dar kapsamlı vergi* biçimde de ifade etmek mümkündür. Örneğin, *gelir vergisi* yedi kalem geliri; yani, ticarî kazanç, ziraî kazanç, serbest meslek kazancı, ücret, gayrimenkul sermaye iradı, menkul sermaye iradı ile diğer kazanç ve iratları vergilendirmektedir. *Gelir vergisi*, gelir üzerinden alınan *genel bir vergidir*³¹.

Veraset ve intikal vergisi bir tür servet vergisidir. Miras yoluyla ve/ya da sağlar arası ivazsız olarak intikal eden tüm değerleri (menkul, gayrimenkul mallar, hak ve alacaklar) kapsamına almaktadır. *Veraset ve intikal vergisi* bu geniş kapsamı dolayısıyla *genel bir servet vergisidir*. Buna karşılık *emlak vergisi*, *özel bir servet vergisidir*. Çünkü, vergi konusu olarak servet unsurlarından sadece gayrimenkulleri (bina, arsa ve arazi) alınmaktadır. Aynı şekilde, *motorlu taşıtlar vergisi* de servet unsurlarından sadece *Kanunda* belirtilen motorlu taşıtlar hakkında uygulanmakta olduğundan *özel bir servet vergisidir*. Başka bir deyişle, *motorlu taşıtlar vergisi*, motorlu taşıtın sahibinin mülkiyetinde (trafik siciline kayıtlı) bulunduğu sürece her yıl ödenen *özel bir vergidir*. Çünkü, servet kavramı kapsamına girebilecek tüm unsurları değil, sadece bir kısmını/unsuru vergilendirmektedir³².

Katma değer vergisi, *genel bir harcama vergisidir*. Çünkü, kural olarak, her türlü mal teslimi, hizmet ifası ve mal ve hizmet ithalatına ilişkin harcamaları vergilendirmektedir. Buna karşılık, katma değer vergisi gibi bir harcama vergisi olan *özel tüketim vergisi*, harcamalardan sadece belli

²⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Erginay**, s. 82. Geniş tabanlı ve dar tabanlı vergiler ayrımı hakkında bkz. **Nadaroğlu**, s. 347-348. Ayrıca bkz. **Türk**, s. 149-154; **Akdoğan**, Kamu Maliyesi, s. 315-316; **Edizdoğan-Çetinkaya-Gümüş**, s. 266-267; **Erdem-Şenyüz-Tatlıoğlu**, s. 168-169; **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 220-221.

³⁰ Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 220.

³¹ Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 220.

³² Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 220-221.

grup mal teslimini-harcamayı vergilendirdiği için *özel bir harcama vergisidir*³³.

D. İktisadî Kaynağına Göre Vergiler³⁴

Bu sınıflandırmada üçlü bir ayırım söz konusudur;

- Gelirden alınan vergiler,
- Servetten alınan vergiler,
- Harcamalardan alınan vergiler.

Bu bağlamda, *gelir*, *servet*, *harcama* olmak üzere üç temel iktisadî kavramdan söz edilmektedir. Bir verginin konusunun ne olduğunu belirlemek bakımından, bu sınıflandırmada esas alınan gelir, servet ve harcamanın ne anlama geldiğinin bilinmesi gerekir³⁵.

Gelir, üretim faktörlerinin üretimden almış oldukları pay ya da belli bir zaman diliminde -dönemde- meydana gelen satın alma gücünde ortaya çıkan artış anlamına gelmektedir. Burada gelir dinamik bir nitelik göstermektedir³⁶.

Servet, belli bir andaki para ve para ile ölçülebilen malvarlığının toplamını ifade etmektedir³⁷.

Servet ile gelir arasındaki farklar için şunlar söylenebilir. *Gelir*, dinamik, iktisadî bir kavramdır. *Gelir*, bir akımdır. Belli bir zaman dilimine izafe edilir. *Servet* ise, statik bir kavramdır. *Gelir*, akım değişkendir; *servet*, stok değişkendir. *Gelir*, zaman içinde bir akışı; *servet* ise, belli bir andaki duruşu-durumu ifade etmektedir³⁸.

Harcama ise, mal teslimi ve/ya da hizmet ifası karşılığında mal teslim eden ve/ya da hizmet ifa eden kişiye yapılan iktisadî değer aktarılması-

³³ Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 221.

³⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Erginay**, s. 83-85; **Nadaroğlu**, s. 345-347; **Turhan**, s. 115-119; **Uluatam**, s. 315; **Akdoğan**, Kamu Maliyesi, s. 265-301; **Edizdoğan-Çetinkaya-Gümüş**, s. 268-269; **Erdem-Şenyüz-Tatlıoğlu**, s. 166-167; **Susam**, s. 265-266; **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 221.

³⁵ Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 221.

³⁶ Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 221.

³⁷ Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 221.

³⁸ Bkz. **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 221.

ödeme yapılmasıdır. Bu ödemelerin nakden-hesaben; peşin-taksitle yapılması önemli değildir³⁹.

E. Muamele Vergileri

1. Genel Olarak

Muamele vergileri, yapılan, gerçekleştirilen birtakım işlemler vesilesiyle alınan vergilerdir. *Muamele vergileri*, muamelenin niteliğine bağlı olarak iki ana gruba ayrılmaktadır. Bunlar, *iktisadî muamele vergileri* ile *hukukî muamele vergileri*dir.

2. İktisadî Muamele Vergileri

İktisadî muamele vergileri, iktisadî bir faaliyet sebebi ile talep-takip ve tahsil edilen vergilerdir. Nitekim, mal teslimi ve hizmet ifası ya da ithalatı sebebiyle talep-takip ve tahsil edilen *katma değer vergisi* ile bazı malların ilk iktisabında talep-takip ve tahsil edilen *özel tüketim vergisi* iktisadî muamele vergilerinin en önemli örnekleridir. Ayrıca, dış ticaret işlemleri sebebi ve vesilesiyle talep-takip ve tahsil edilen *geniş anlamda gümrük vergisi* kapsamında yer alan vergiler ile diğer malî yükümlülükler de iktisadî muamele vergisi olarak nitelendirilmektedir.

Her verginin bir iktisadî muamele bağlantısı olduğu muhakkaktır.

3. Hukukî Muamele Vergileri

Hukukî muamele vergileri bir hukukî muamele sebebiyle ve vesilesiyle talep-takip ve tahsil edilen vergilerdir. Bu tür vergilerin en önemli örneği *Damga Vergisi*dir. *Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi*ni de bu nitelikte bir vergi olarak kabul etmek mümkündür. *Harçlar* da geniş anlamda hukukî muamele vergisi kapsamında yer almaktadır.

IV. TÜRK VERGİ SİSTEMİNE İLİŞKİN TESPİTLER

A. Genel Açıklama

Devletin üstlenmesi ve yerine getirmesi gereken kamu mal ve hizmetleri için ihtiyaç duyduğu geliri tek kaynaktan karşılaması mümkün değildir. Düşük ya da makul-ortalama oranlı vergileme ile gelir ihtiyacını tamamen karşılayacak, taşıyacak herhangi bir kaynak da yoktur. O zaman kaynak

³⁹ Bkz. Karakoç, Kamu Maliyesi, s. 221.

çeşitlemesine gitmek kaçınılmazdır. Nitekim, şu an itibariyle *gelir, harcama ve servet* olmak üzere üç ana kaynaktan vergi alınmaktadır.

Vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımı, vergi mükelleflerinin hallerine münasip bir vergi yükünü taşımasını/vergi yüküne katlanmasını ifade etmektedir⁴⁰.

Haline münasip olma, fert açısından günümüz dilinde *ölçülülük* anlamına gelmekte; aynı zamanda başkaları ile mukayese edildiğinde ise, *dengeli olma* anlamında kullanılmaktadır. *Ölçülü olma*, taşınması gereken yükün taşınabilir miktarda/büyükte olmasını ifade etmektedir. *Dengeli olma* ise, toplam yükün yükü taşıyacaklar arasında taşıma kapasitesi (malî güç) dikkate alınarak (dengeli-ölçülü-âdil) dağıtılmış olmasıdır⁴¹.

Verginin kaynağını *malî güç/satın alma kapasitesi* oluşturmaktadır. *Malî güç/satın alma kapasitesi* elde edildiğinde, kullanıldığında-harcandığında ya da *stok değer* olarak muhafaza edildiğinde vergilendirme yapılmaktadır. Satın alma kapasitesinin elde edilmesi, *gelirin elde edilmesi* anlamına gelir. *Gelir aşaması, gelir vergisi ve kurumlar vergisi* ile kavranmaktadır. Bunlara *dijital hizmet vergisini* de eklemek gerekir. Gelir aşamasının tamamen ya da tamamına yakın olarak kavranması mümkün olmadığından, gelir aşamasında yapılan vergilemeden elde edilen gelir, ihtiyaç duyulan gelirin yaklaşık üçte birini karşılamaktadır⁴².

Türkiye, her zaman ve özellikle son yıllarda uygulanan yanlış iktisat ve maliye politikaları yüzünden gelir ve servet dağılımı adaletsizliğinde Dünyada en üst sıralarda yer almaya devam etmektedir. Her *Vergi Kanunu Gereğesinde* ve *Orta Vadeli Program* metninde *verginin tabana yayılması, vergide adaletin sağlanması* ifadelerine yer verilse de bu zamana kadar ne vergi yükünün *âdil ve dengeli dağılımının* sağlanmasında bir başarı, düzelme ne de *gelir ve servet dağılımı adaletsizliğinde* bir gerileme ya da duraklama yaşanmamaktadır. Hızla yukarı doğru tırmanma devam etmektedir. Bu çarpık bölüşüm zengini daha zengin, fakiri daha fakir hale getirmektedir.

B. Gelir Vergileri

Adil bir vergi sistemi iktisadî değerın büyüklüğünü, hacmini ve el değıştirmesini esas alır. *Gelir*, bir kişinin iktisadî varlığının değışik vesile ile

⁴⁰ Bkz. **Karakoç**, Vergi Adaleti, s. 178.

⁴¹ Bkz. **Karakoç**, Vergi Adaleti, s. 178.

⁴² Bkz. **Karakoç**, Vergi Adaleti, s. 177.

üçüncü kişiye intikaline dayanmaktadır. Aslında bir kişinin geliri, diğerinin harcaması-maliyeti olarak ortaya çıkmakta, gerçekleşmektedir. İktisadî değer-varlığın ilk el değiştirmesi geliri, satın alma gücünü oluşturmaktadır. Nitekim, bağımlı çalışan işçi-memur hizmeti karşılığında ücrete hak kazanmaktadır. İşverenin yaptığı ödeme kendisi için bir harcama-maliyet, çalışan için ise, satın alma gücünün artmasını sağlayan ücret, gelirdir.

İktisadî değer, gelir, harcama ve servet olarak işlev görmektedir. Aslında birincil iktisadî değer sahipliği *gelir elde etme* ile başlamaktadır. Adaletin sağlanması da öncelikle gelir aşamasında gereklidir. Gelir aşamasında gelir ve servet dağılımı adaletsizliğine sebep olup ardından ona vergiler yoluyla sınırlama getirmeye kalkmanın anlamlı bir sonucu yoktur. Bir vergi sistemi iktisadî değer esaslı bir vergilendirmeyi esas almalıdır.

Tek başına geliri vergilendirmek uygun ve mümkün değildir. Çünkü, tek başına gelirin vergilendirilmesi halinde, Devletin ihtiyaç duyduğu gelirin temini için yüksek oranlı bir vergilendirme yapılması şarttır. Yüksek oranlı vergi vergiye karşı tepkilere yol açar. Bu da yüksek oranlı ve tutarlı vergi kayıp ve kaçığına sebep olur. Bu yolla vergi ödemekten kurtulanlar lehine bir sonuç doğar. Vergilendirilenler ise hem yüksek oranın hem de vergi dışı kalmış olanların yükünü taşımak zorunda kalır.

Gelir aşamasını vergilendirme önemlidir. Ancak, gelir elde edenlerin hayatlarını insanca sürdürebilmeleri gereken bir kısım gelirin vergi dışı bırakılması şarttır. *En az geçim indiriminin* dışında kalan gelirin *tek/düz oranlı* olarak vergilendirilmesi gerekir. Bu vergilendirmede gelir türlerine göre farklılaştırılmış oran uygulanması mümkündür. Ancak, aynı gelir türünde birden çok oran uygulamasına gidilmesi uygun ve mümkün değildir.

Gelir vergisinin olabildiğince kaynakta kesme yöntemi ile tahsil edilmesinde yarar vardır. Çünkü, beyannameli mükellefler, çok sayıda kişi ile ilişkileri sebebiyle-sayesinde gelir elde etmektedir. Bu sebeple, onların beyan edecekleri gelirin hesaplanması, beyan edilmesi, verginin ödenmesi özel bir yöntemi-süreci gerekli kılmaktadır. Kaynakta kesme yoluyla vergilendirilenler, bağımlı çalışanların kendilerine ödenen ücret için *tek/düz oranlı* bir vergilendirme halinde beyanname vermesine gerek yoktur. Başka bir deyişle, tek/düz oranlı bir vergilendirmenin benimsenmesi halinde kaynakta kesme yöntemi ile vergilendirilmiş gelirler için beyanname verilmesi gereksizdir. Bu gelirin kaç tür ve kaynaktan elde edilmiş olması bir farklılık oluşturmaz.

C. Servet Vergileri

Servet de gelir ile bağlı ve bağlantılıdır. Servet ya hazır buluş ya da gelirin harcanmayan kısmının stok değer haline getirilmiş halidir. Ancak, servet tek tür, yekpare bir varlık değildir. Çok çeşitli servet unsuru vardır. Gelirin ve harcamanın kayıtlı bir ekonomide takibi kolaydır. Servetin ise, bu kadar kolay değildir. Çünkü, servet unsurlarını ilk iktisap aşamasında takip ve kavrama mümkün ise de daha sonrasında bunun sağlıklı bir şekilde takip ve kavranması zordur. Nitekim, gayrimenkul, araba, hisse senedi vb. kayıtlı olan servet unsurları kayıtlı olduğu müddetçe takip edilebilir, belli ölçüde kavranabilir. Ancak, bankacılık sistemi dışında alınan ve muhafaza edilen döviz, altın, gümüş, tablo, halı, televizyon, beyaz eşyaların alımı sırasında takip ve kavranması mümkün olsa da sonrasında ne oldukları, değerlendirilip değerlendirilmedikleri bilinemez.

Satın alma kapasitesinin *stok değer* olarak karşılığını oluşturan *servetin vergilendirilmesinden* çok sınırlı bir gelir sağlanmaktadır. Çünkü, servet aşamasında vergi oranları düşük; istisna ve muafiyetler ise, yaygın ve yüksektir. Bu yüzden, genel olarak servet vergilerinin gelir verimliliği düşüktür. Sadece motorlu taşıtlar vergisinde kısmî bir yükseklik söz konusudur. O da, âdil bir dağılıma elverişli olarak düzenlenmemiştir⁴³. Nitekim, vergiye tâbi araçların kasko değerinin belli bir oranında vergi alınması sağlanamamış; buna karşılık yüksek vergi tutarında üst sınır bir alt basamakta ödenen vergi olarak belirlenmiştir⁴⁴.

Servet üzerinden alınan vergiyi sadece satın alma gücü stokundan alınan vergiden ibaret sanmamak gerekir. Satın alma gücü stokunun temini aşamasında alınan vergileri de *dolaylı servet vergisi* olarak nitelemek mümkündür. Nitekim, motorlu taşıt alımında tahsil edilen *katma değer vergisi* ve *özel tüketim vergisi* ile gayrimenkul malların el değiştirmesi aşamasında alınan *tapu harçları* bu nitelemeye dahildir. Bu vergi ve harçların oranları ise, yüksektir. Hatta, caydırıcı etkiye sahiptir⁴⁵.

⁴³ Bkz. **Karakoç**, Vergi Adaleti, s. 178.

⁴⁴ “(I) sayılı tarifiede yer alan otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtları ve benzerlerine ait vergi tutarlarının Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği tarafından her yılın ocak ayında ilan edilen kasko sigortası değerlerinin %10'unu aşması halinde, taşıtlara ait vergi tutarlarını, bir önceki satırdaki aynı yaş grubunda bulunan taşıtlara isabet eden vergi tutarı olarak belirlemeye, bu oranı %4'e kadar indirmeye ve kanuni oranına kadar artırmaya Cumhurbaşkanlığı yetkilidir (MTVK.m.5/V).

⁴⁵ Bkz. **Karakoç**, Vergi Adaleti, s. 178.

Servetin varlığından ve/ya da intikalinden alınan vergi ve diğer malî yükümlülüklerin toplam vergi gelirleri içindeki payı özel olarak belirlenmediği için düşük olduğu sanılmaktadır. Belki servetin varlığından, veraset ve/ya da sağlar arası intikalinden alınan vergilerin toplam vergi gelirleri içindeki payı şimdilik düşüktür. İstisnası motorlu taşıtlar vergisidir. Ancak, yeni takdir edilmiş değerler üzerinden alınacak emlak vergisi ile değerli konut vergisinin de artık toplam vergi gelirleri içindeki payı yükselmiş olacaktır.

Servet unsurlarının bir şahsın mülkiyetine geçmesi aşamasında motorlu taşıtlar için talep-takip ve tahsil edilen *özel tüketim vergisi* ile *katma değer vergisinin* toplam vergi gelirleri içindeki payı yüksektir. Ayrıca, gayrimenkullerin mülkiyetinin devrinde talep-takip ve tahsil edilen tapu harçları da yüksektir. Taraflar bu yüzden tapu devir işlemlerini rayiç değer yerine asgari beyan/vergi değerleri üzerinden yaptırmaktadır. Bu uygulamanın sakıncaları malumdur.

Kayıt dışı bir servetin takip ve kavranması ancak ya bir şekilde üçüncü kişilere devri aşamasında ya da bir sebeple arama ve el koyma sayesinde mümkündür. Bu işin mahiyeti, eşyanın tabiatı gereğidir. Atıl hale gelmiş, getirilmiş servet unsurlarının hiç kimseye yararı yoktur. Sahibi tarafından paraya çevrilmediği müddetçe *beklemece-müstakbel* bir zenginlik kaynağıdır. Gerçek zenginlik kaynağı olup olmadığı statüsünün değişmesi aşamasında ortaya çıkar. Çoğu zaman saklı servetten serveti oluşturan ve sahibi olan değil, kendisine intikal eden yararlanır.

Ç. Harcama Vergileri

Gelir aşamasında elde edilen vergi gelirin eksikliği harcamalardan alınan vergilerle telâfi edilmeye çalışılmaktadır. Başka bir deyişle, eksik kalan gelirin elde edilmesinde hem tabanının genişliği hem de verimliliği yüksek olan bir aşamanın vergilendirilmesi yoluna gidilmektedir. Bu yüzden, *satın alma kapasitesinin kullanılması*, yani *harcama aşaması* vergilendirilmektedir⁴⁶.

Harcamaların kavranması, gelirin kavranmasından daha kolaydır. Harcamalardan alınan vergiler *Hazineye* daha kısa sürede intikal etmektedir. Bu sebeple, ihtiyaç duyulan gelirin önemli bir kısmı harcamalardan alınan vergilerden elde edilmektedir⁴⁷.

⁴⁶ Bkz. **Karakoç**, Vergi Adaleti, s. 177.

⁴⁷ Bkz. **Karakoç**, Vergi Adaleti, s. 177.

Harcama vergilerinin objektif niteliği gereği düşük gelirli kişiler açısından adaletsiz vergi olarak nitelendirilmesi bile gelirin vergilendirilmesi ile bağlantılıdır. Şayet gelirin elde edilmesi aşaması adalete uygun vergilendirilir, vergi yükü adil ve dengeli dağıtılsa, harcamalar üzerinden tahsil edilen vergilere olan ihtiyacın seviyesinin düşmesi kaçınılmazdır. Bu itibarla, gelirden alınan vergilerin vergi gelirleri içindeki payı yükseldikçe harcamalardan alınan vergilerin payı ve düşük gelirli kişilerin vergi yükü düşecektir.

D. Vergi Yükü Hesabı

Toplam ya da şahsî vergi yükü hesabında sadece ödenen bir verginin esas alınması doğru, uygun ve mümkün değildir. Kişilerin ve kurumların- işletmelerin ödedikleri hem vergiler hem de diğer malî yükümlülükler dikkate alınarak geniş anlamda vergi yüklerini dikkate almak gerekir. Aksi halde, eksik ve yanlış bilgiler ile meseleyi açıklamak yanıltıcı olmaktadır. *Yanlış teşhis tedaviyi anlamsızlaştırır (ykk).*

İşverenin doğrudan vergi ödemeleri dikkate alınarak değerlendirme yapılması hem yanlış hem de yanıltıcıdır. Çünkü, işverenin malî yükümlülüğü sadece kendi nam ve hesabına doğrudan ödediği vergilerden ibaret değildir. İşveren ayrıca hem çalıştırdığı kişilerin hem de işveren primlerini ödemektedir. Ücretini alan elde ettiği geliri bilir. *Sosyal Güvenlik Kurumuna* ödenen prim ile vergi vb. kesinti ve ödemeler de işverenin taşıdığı yüklerdir. Bunları dikkate almadan sadece işçiye, çalışana ödenen net ücreti esas alarak çalışan maliyeti hesabı yanlıştır.

Bağımlı çalışanın vergisi kaynakta kesilmektedir. Bu vergiyi çalışanın ödediği kabul edilmektedir. Çünkü, eğer o vergiyi çalışan ödemeseydi, eline geçen ücretinin ödenen vergi kadar fazla olması gerekirdi. Bu açıdan bakıldığında değerlendirme doğru gibidir. Çünkü, çalışan kaynakta kesme yöntemi ile ödenen vergiyi beyan ederek ödemek durumundadır. Ancak, işveren açısından çalışanın maliyeti sadece ödenen net ücretten ibaret değildir. Buna ek olarak hem kesilen vergi hem de işçi ve işveren primi ödenmektedir. Primlere sosyal sigorta primi ile işsizlik sigortası primleri dahildir. Bu toplam yükün en azından bilinmesi ve farkında olunmasında yarar vardır.

Şahısların ve kurumların- işletmelerin ödedikleri çok sayıda vergi ve diğer malî yükümlülük vardır. Bunların hepsinin toplamını alıp kişinin, kurumun- işletmenin geliri ile mukayese edildiğinde bulunan oran o şahsın

taşıdığı toplam vergi yükünün oranını gösterir. Bu oran, bir kişinin, kurumun-ışletmenin yıllık olarak toplamda ne kadar bir malî yükü taşıdığını ifade eder.

V. VERGİ YÜKÜNÜN TEMELİ: MALÎ GÜÇ⁴⁸

A. Genel Açıklama

Malî güç, kişinin mücerret alım gücü kapasitesi-potansiyeli anlamına gelmektedir. *Malî güç*, bir potansiyeli-stok değeri ifade etmektedir. Para ve paraya çevrilebilir; para ile ifade edilebilir iktisadî değerler toplamı malî gücü oluşturmaktadır. Bunun her bir somut olayda değişime aracılık etmesi ise, *ödeme gücü* olarak ortaya çıkmaktadır.

Vergi, kamu giderlerine kaynak olması için-amacıyla ödenmektedir. Bir Devletin vatandaşı olmak, bir ülkede yaşamak ve/ya da iktisadî faaliyette bulunmak bu yükün taşınması için gerekli ve yeterlidir. Ancak, *bu yükün* kişilerin malî güçleri dikkate alınarak *adaletli ve dengeli* olarak *dağıtılması* şarttır. Nitekim, *Anayasanın 73'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre*, “*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır*”.

Adalet, her zaman, her yerde, herkes için istenen, beklenen olmasına rağmen, kişilerin adalet anlayışı ve vurgusu farklılaşınca müşterek bir adalet duygusundan bahsetmek mümkün değildir.

B. Vergi Yükünün Adil ve Dengeli Dağılımında Malî Gücün Esas Alınması

Malî güç, kişilerin, işletmelerin mameleki anlamına gelmektedir. Mameleki, para ve paraya çevrilebilir malvarlığı unsurları-iktisadî değerler oluşturmaktadır. *Malî güç* göstergeleri olarak *gelir, servet ve harcamalar* esas alınmaktadır. Başka bir deyişle, *malî güç*, elde edilen *gelir*, yapılan *harcama* ve sahip olunan *servet* anlamına gelmektedir. Ancak, vergilendirme bakımından malî güç kişinin sahip olduğu mamelekin tamamını kapsamamaktadır. Çünkü, mamelekin tamamı üzerinden vergi alınması halinde kişilerin hayatlarını sürdürebilmeleri bir hayli zordur. Bu sebeple, kişilerin hayatlarını asgarî düzeyde sürdürebilmeleri için ihtiyaç duydukları gelirin vergi dışı bırakılması gerektiği kabul edilmektedir. Bunu sağlamak için vergi sistemlerinde *en az geçim indirimine* yer verilmektedir.

⁴⁸ Malî güç hakkında geniş bilgi için bkz. Tamer **Budak**, Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Malî Güç, (Oniki Levha Yayıncılık), İstanbul 2010.

Vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımının sağlanması bağlamında malî güce göre vergilendirmede esas alınan *malî güç* aslında *vergilendirilebilir iktisadî değeri* ifade etmektedir. *Gelir*, *harcama* ve *servet*, malî gücün kaynağı-göstergesi olarak kabul edilen üç iktisadî değerdir. Bu bağlamda, vergilendirilebilir gelirden, harcamadan ve servetten söz etmek gerekir. Nitekim, gelirin, harcamanın ve servetin tamamının vergilendirilmesi mümkün değildir.

Malî güce göre vergilendirme ilkesi, bir yandan malî gücün vergilendirmede esas alınması; bir yandan da malî gücü aynı olanların aynı, farklı olanların farklı vergi yüküne muhatap olması anlamına gelmektedir.

Malî güce göre vergilendirme, kişilerin iktisadî ve şahsî durumlarının göz önüne alınarak vergilendirilmesini ifade etmektedir. Verginin konusunun, matrahının ve oranının malî güce uygun olarak belirlenmesi gerekmektedir. Devletler geliri, harcamayı ve serveti esas alarak vergilendirme yapmaktadır. İhtiyaç duyulan verginin bu malî güç unsurları arasında âdil ve dengeli bir biçimde dağıtılması şarttır.

Malî güç, para ya da paraya çevrilebilir iktisadî değerlerin belli bir seviyede/büyükölükte olmasını ifade etmektedir. Bunun örnekleri olarak, *gelir*, *servet* ve *muameleler/harcamalar* kabul edilmektedir. Bunların aslında ilk kaynağını (emek karşılığı) elde edilen gelir oluşturmaktadır. Çünkü, ihraz edilmemiş/hazır bulunmamış, ivazsız intikal yoluyla geçmemiş ise, kişilerin servetinin kaynağı gelirin harcanmayan kısmıdır. Harcama da servet gibi gelirin bir fonksiyonudur.

Bütün bunlardan sonra gelir birçok kere vergilendirilmekte gibidir. Bunun bir *mükerrer vergileme* olduğu düşünülebilir. Ancak, sadece gelirin elde edilmesi aşamasında vergilendirilmesi halinde yüksek oran uygulanması gerekir. Böyle bir durumda geliri olmayan, fakat serveti bulunan kişilerin vergiden kurtulması mümkündür. Servetin paraya çevrilmesinin gelir sayılması halinde, gelir yine iki kere vergilendirilmiş demektir. Ayrıca, gelirin elde edilmesi aşamasında takip edilemeyen ve kavramayan gelir sahiplerinin vergilendirilmesi yapılamayacak olması, gelirin farklı hallerinin esas alınarak vergilendirilmesini gerektirmektedir.

VI. GELİRİN VERGİLENDİRİLMESİ

A. Genel Açıklama

Gelir, üretim faktörleri olarak ifade edilen emek, sermaye, hammadde (rant) ve teşebbüs sebebiyle üretim ve sonucundan alınan paydır. Başka bir deyişle, *gelir*, bir kişinin malvarlığında/harcama kapasitesinde meydana gelen iktisadî artışı ifade etmektedir. Malvarlığının değişik sebeplere bağlı olarak kendi değerinde meydana gelen artış bir *farazî/fiktif gelir* anlamına gelmektedir. Çünkü, malvarlığı değerlerinin paraya çevrilmesinden önce ortaya çıkan artış sadece *kazanç ihtimali* olarak tezahür etmektedir. Paraya çevrilmesi halinde ise, *maliyet bedeli* ile *satış bedeli* arasındaki *müspet fark* kadar bir satın alma gücü artışından söz edilebilir. Bu paraya çevirme gerçekleşmeden *malvarlığı değer artışı* sadece gelecekte *beklenti* oluşturan bir artış varsayımdır. Zaman içinde bu artışın dalgalanması da mümkündür. *Reel artış*, paraya çevirme sonucu ortaya çıkan ve enflasyondan arındırılmış müspet farktır. Bu itibarla, zaman içinde malvarlığı değerlerinde oluşan; fakat paraya çevirme suretiyle nakde dönüşmeyen artışların gelir olarak nitelendirilmesi uygun ve mümkün değildir⁴⁹.

Asıl gelir, malvarlığına dışarıdan eklenen harcama kapasitesi artışıdır. Bu iki şekilde gerçekleşebilmektedir. *Birincisi*, nakit olarak bir iktisadî değer eklenmesidir. *İkincisi*, yapılması gereken harcamaların eksiltilmesidir⁵⁰.

Gelir, harcamanın ve servetin kaynağıdır. Çünkü, harcama ve servet gelirin değişime uğramış halidir. Hazır bir servete sahip olma dışında servet, gelirin harcanmayan kısmından kaynaklanmaktadır/oluşmaktadır. Aslında vergilendirme geliri hedef almaktadır. Gelir olmaksızın harcama yapılmasından ve servet oluşumundan söz edilemez. Böyle bir vergilendirmenin *mükerrer vergileme* olduğunun iddia edilmesi mümkündür. Ancak, aynı konudan aynı niteliği muhafaza ederken tekrar vergi alınması söz konusu değildir. Başka bir deyişle, gelirden tekrar gelir vergisi alınmamaktadır. Vergi, gelirin elden çıkarılması (harcanması) ya da servetin elde edilmesi ve/ya da stok halinde muhafaza edilmesi halinde talep-takip ve tahsil edilmektedir.

Servet unsurlarından bazıları, çoğunlukla sahibinin kullanması halinde dolaylı, başkasına kullandırılmasında ise, doğrudan gelir kaynağı olmaktadır. Kişi sahibi olduğu daireyi kendisi kullanırsa, barınma ihtiyacını kira

⁴⁹ Bkz. **Karakoç**, Vergi Adaleti, s. 175-176.

⁵⁰ Bkz. **Karakoç**, Vergi Adaleti, s. 176.

ödemeden giderir. Bu yolla, satın alma gücüne, kira ödememe suretiyle katkıda bulunur. Kişinin ödemediği kira kadar satın alma gücünde eksilme engellenmiş olur. Daireyi kiraya vermesi halinde ise, kira geliri elde etmek suretiyle satın alma gücü artışı gerçekleşmektedir.

Gelir aşamasında vergilendirme yapılırken *muafiyet, istisna ve indirimler* yoluyla vergilendirmeyi vergilendirilenin şahsına özgü hale getirmek mümkündür; hatta gereklidir. Bu sebeple, bu vergilere *şahsî vergiler* denilmektedir. Ancak bu yapılırken âdil bir dengenin gözetilmesi şarttır⁵¹.

Gelirin vergilendirilmesinde gelir elde edenlerin tamamının mükellef olması-tutulması mümkün değildir. Nitekim, elde edilen gelirin tutarı, gelir elde edenin özel şartları vergilendirme yapılmamasını gerekli kılabilir. Bu bağlamda, *esnaf muafılığı, engellilik indirimi, en az geçim indirimi* gibi vergi kolaylıkları, belli bir miktar gelirin ve/ya da bazı kişilerin vergi dışı kalmasını sağlamaktadır-gerektirmektedir. Böyle bir durumda, gelir elde edilmiş olmasına rağmen, gelir üzerinden vergi ödenmesi gerekmemektedir. Başka bir deyişle, bu hallerde taşınan vergi yükü ya sıfırdır ya da düşük düzeydedir⁵².

Gelirin kavranmasının kolay olmaması sebebiyle herkesin ve her elde edilen gelirin vergilendirilmesi nispeten zordur. Nitekim, *kayıtsız, kayıt dışı* olma hali yüzünden kişilerin elde ettikleri gelirin tamamına yakınına tespit edebilmek mümkün değildir. Her türlü gayrete rağmen, mutlaka kayıp ve kaçak olmaktadır. Önemli olan bunun nispetini olabildiğince düşük tutabilmektir. Yapılan düzenlemeler ve uygulamalarla kayıp ve kaçığın artmasına, tercih edilmesine sebebiyet vermemek gerekir.

Gelirin tek başına vergilendirilmesi mümkün ve uygun olmamasına rağmen, sanki sadece gelir vergilendiriliyormuş gibi bir tavrın-gayretin içine girmenin bir anlamı ve sağlıklı bir sonucu yoktur.

B. Gelirin Vergilendirilmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

Gelir vergilendirilirken *düşük gelir(li) korunmalıdır*. Bunun için *doğrudırüst* bir *en az geçim indirimi* endeksi oluşturulmalıdır. *En az geçim indiriminin* ölçüsü *asgarî ücret* olmalıdır. *En az geçim indirimi* karşılığı olarak *asgarî ücretin* vergi dışı bırakılması halinde, geliri *asgarî ücret* düzeyinde olan kişinin gelir vergisi ödemesi gerekmemektedir. Geliri *asgarî ücretin* üzerinde

⁵¹ Bkz. Karakoç, Vergi Adaleti, s. 179.

⁵² Bkz. Karakoç, Vergi Adaleti, s. 179.

olan kişilerin ise, en az geçim indiriminden (asgarî ücretten) arta kalan kısım üzerinden vergi ödemeleri gerekir⁵³.

Asgarî ücret vergi dışı bırakılmalıdır. En düşük emekli maaşı da asgarî ücret kadar olmalıdır. Çalışmayan eş için *yüzde kırk* ve bir yerde çalışmayan-geliri olmayan 24 yaşından küçük üç çocuğun her biri için ise, en az geçim indirimin *beşte biri* kadar bir tutar vergi dışı bırakılmalıdır. Ancak, *eş ve çocuklar için vergi dışı bırakılan tutar en az geçim indirimini aşamaz*. Bu yolla, bir aile için vergi dışı gelir en az geçim indiriminin iki katıdır. Vergi dışı bırakılan böyle bir gelir düzeyinin ülkede birçok meseleyi kendiliğinden halletmesi mümkün ve muhtemeldir.

Başlangıçta bir gelir kaybı gibi görünen bu uygulama sayesinde vergi geliri artışı sağlanması beklenebilir. Çünkü, kişilerin harcanabilir gelirlerinin, harcama ve/ya da servet şeklinde yeni vergiyi doğuran olaylara vesile olması sayesinde vergi tahsilatının artması mümkün ve muhtemeldir. Başka bir deyişle, yapılan harcamalar ya da edinilen servet unsurları sayesinde tahsil edilen vergilerin hasılatında kendiliğinden bir artışın olması muhakkaktır. Nitekim, gelir aşamasında vazgeçilen verginin bir kısmının harcamaların vergilendirilmesi yoluyla telâfi edilmesi mümkün ve muhtemeldir. Kişilerin vergi dışı bırakılan gelirleri oluşturduğu satın alma gücü sayesinde yeni üretim yapılması istihdamı; istihdam talebi ve talep arzı tetikleyerek *çarpan-hızlandırıcı* etkisi ile *Millî Gelir* artar. Büyümüş olan millî gelirden alınan bir pay niteliği taşıyan vergi gelirlerinin de artması muhakkaktır.

En az geçim indiriminin ve asgarî ücretin doğru-dürüst belirlenmesi ve belli tutarı geçmeyen gelirin kaynağı dikkate alınmaksızın vergi dışı bırakılması halinde *tek oranlı* bir verginin daha fazla hasılat sağlaması mümkün ve muhtemeldir. Hem zaman içinde tarife basamakları yüzünden ortaya çıkan meselelerin hem de kayıp-kaçağın şimdiki kadar olması düşünülemez.

Gelirin vergilendirilmesinde adalete ulaşmanın aracı olarak gösterilen ve *kutsal bir emirmiş* gibi sahiplenilen, dokunulmazlık sağlanmış olan *artan oranlı tarife* de adaletsizlik sebebidir. Çünkü, *artan oranlı tarife*, düzenlenmesi ve uygulamasındaki karmaşa ve karışıklık yüzünden gerçekleşmesine aracı olduğu sanılan-düşünülen amaca hizmet etmekten çok uzaktır. Bir kere, *doğru-dürüst* olarak düzenlenmemekte ve uygulanmamaktadır. Uygulanmayan bir düzenlemenin amacına uygun sonuç

⁵³ Bkz. Karakoç, Vergi Adaleti, s. 179.

doğurması mümkün değildir. Kaldı ki, belli bir tutarı aşan gelir *tek oranlı* olarak vergilendirilmektedir. Oysa, *vergilendirilebilir gelirin tamamının tek-düz oranlı* olarak vergilendirilmesi şarttır.

Artan oranlı tarifenin sağlıklı bir şekilde uygulanamadığı bilinen bir gerçektir. Bu zamana kadar uygulanmış olmasına rağmen, vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımına kayda değer bir katkısı olduğuna ilişkin bir veri bulunmamaktadır. Artan oranlı tarifenin ağırlığını ve olumsuzluk yükünü daha çok bağımlı-bağımsız emek geliri sahipleri taşımaktadır.

Yıllardır *işçi-işveren kesimi* gelir vergisi tarifesinde değişiklik talep etmektedir. Bu talep bir karşılık ve muhatap bulamamaktadır. Bir yandan enflasyonun diğer yandan tarife basamağının artması-farkı yüzünden hem *reel* hem de *nominal* gelir kaybı yaşanmaktadır. *Tek oranlı vergi* mutlak anlamda *nominal gelir kaybını* ve dolayısıyla kısmen de olsa *reel gelir kaybını* da önleyecektir. Tek oranlı verginin işlem maliyetlerini azaltıcı bir etkiye sahip olduğu da muhakkaktır.

Artan oranlı tarife her yıl *yeniden değerlendirme oranında* güncellenmediği için *tersine artan oranlı etkiye* sahip *aşırı* bir *vergilendirmeye* sebep olmaktadır. Bu sebeple, *artan oranlı tarife* düşük gelir sahibini mağdur etmektedir. Artan oranlı tarifenin ilk basamaklarında *uzunluk farkı* çok kısadır. Düşük gelir sahibi kısa süre içinde ikinci, üçüncü tarife basamağından vergilendirilmeye başlamaktadır. Ayrıca, yüksek ücret geliri elde edenler düşük gelir sahiplerine nazaran daha fazla korunmaktadır (Bkz. GVK.m.103). Diğer gelirler ile uzunluk farkı farklılaştırılması böyle bir eşitsizliğe, adaletsizliğe sebep olmaktadır.

Gelir aşamasında makûl oranlı bir vergi alma tercih edilmelidir. Sadece gelir vergileniyormuş gibi, *artan oranlı* bir tarifeye de gerek yoktur. Kaldı ki, artan oranlı tarife de gereği gibi uygulanmamaktadır. Uyulmayan ve uygulanmayan kurallarla kişileri kurallara aykırı davranıyor hale getirmenin gereği yoktur. *Tek/düz oranlı* bir vergileme gerekli ve yeterlidir. Ortalama gelir vergisi oranı %25 olarak belirlenmelidir. Büyük ihtimalle bu yolla gelir vergisi hasılatı şimdikinden daha fazla olacaktır. Kurumların tek oranlı (%25) olarak vergilendirildiği bir yerde gerçek kişilerin %15-40 oran aralığında vergilendirilmesinin makûl ve mantikî bir gerekçesi yoktur.

Matrahın tespitinde kabul edilen giderler konusunda serbest meslek erbabı ve bağımlı çalışanlar için de düzenleme yapılmalıdır. İşin, mesleğin ifası-icrası için yapılan harcamaların indirim konusu yapılması mümkün olmalıdır. Bir ara uygulanan *özel gider indirimi*, *çalışanlara vergi iadesi*

uygulamalarının olumlu yanlarına rağmen birçok yönden sakıncaları da vardı; yürürlükten kaldırıldı. Belli ölçütlere göre ulaşım, kitap-kırtasiye, kira, giyim-kuşam, yeme-içme giderlerinin matrahtan düşülmesi sağlanmalıdır. Ancak, bu indirim konusu giderler günün şartlarını yansıtmalıdır. Her yıl yeniden değerlendirme oranı kadar artış yapılarak devam ettirilmelidir.

Gelir, bütün bunlar dikkate alınarak vergilendirilirse, vergi alınacak matrah bulunamaz denilebilir. Bir ülkede insanları insanca yaşatmak Devletin görevidir. *Vergi harcamaları* azaltılır/kaldırılır, *kamunun gösteriş/itibar harcamaları* sonlandırılır, yapılan işler amaca ve gerçeğe uygun fiyatlarla yapılırsa tahsil edilen vergiler kamu giderlerini karşılamaya yeter ve artar bile.

Gelir ve servet dağılımındaki adaletsizlik, düşük gelirliilerin ödemek mecburiyetinde kaldıkları vergilerin Kamu idaresi tarafından yüksek gelir sahiplerine aktarılması ya da bunların ödemesi gereken vergilerin istisna, muafiyet ve indirimlerle tahsil edilemez hale getirilmesi (*vergi harcaması*) ile oluşmaktadır. Nitekim, *vergi harcamaları* daha çok yüksek gelir sahibi olan şahıs ve kurumlar lehinedir. Onlara sağlanan muafiyet, istisna ve indirimler sayesinde ödenmesi gereken vergiden vazgeçilmektedir. *Kur Korumalı Mevduat Hesabı* sebebiyle ödenen faizler, bu faiz gelirlerinin uzun süre vergiden istisna edilmesi yine üst gelir grupları lehine sonuç doğurmuştur⁵⁴. *Kamu-Özel İşbirliği-Ortaklıkları, yap-işlet-devret modeli* ile yapılan işler için Hazine tarafından yolcu, hasta, araç garantileri için yapılan ödemeler yine dar ve sabit gelirliilerin ödemek mecburiyetinde oldukları vergilerin üst gelir gruplarına, sınırlı bir kesime aktarılmasıdır. Bütün bunlar aşağıdan yukarıya servet transferi niteliği taşımaktadır. Bu uygulamalar yüzünden dar ve sabit gelirli daha yüksek oranda malî yük taşımaya mahkûm olmaktadır.

Asgarî kurumlar vergisi, kurum kazancı olan kurumlar vergisi mükelleflerinin hepsini muhatap almalıdır. Kurum kazancı üzerinden öncelikle *asgarî kurumlar vergisinin* hesaplanması; kalan kurum kazancı üzerinden indirim ve istisnaların uygulanması gerekir. Buna rağmen, artan kurum kazancı var ise, bunun üzerinden normal-olağan kurumlar vergisi hesaplanıp *asgarî kurumlar vergisi* ile toplanmak suretiyle ödenecek nihaî kurumlar vergisinin tespit edilmesi mümkün ve gereklidir.

⁵⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Yusuf Karakoç, “Kur Korumalı Mevduat Hesabının Mali Hukuk Açısından İrdelenmesi”, (Editörler Halit Aker/Zeynel T. Kangal, Prof. Dr. Doğan Şenyüz’e Armağan (Hukuk), Ekin Kitabevi, Bursa 2023, s. 262-283).

VII. MUAMELE VERGİLERİ

A. Genel Açıklama

Harcama, bir mal ve hizmetten yararlanmak istenildiğinde malın teslimi ve/ya da hizmetin ifası karşılığında yapılan ödemedir. Başka bir deyişle, *harcama*, teslim edilen malın ve/ya da ifa edilen hizmetin bedeli olarak malı teslim edene ya da hizmeti ifa edene verilen paradır.

Harcama hem malî gücü hem de ödeme gücünü temsil etmektedir. Başka bir deyişle, *harcama*, malî gücün bir yansımasıdır/göstergesidir; satın alma/harcama kapasitesini gösterir. Kısacası, *harcama*, bir iktisadî değer in muhataba intikalini gerektirdiğinden ödeme gücünün bizzat kendisini ifade etmektedir.

İktisadî muamele (harcama) vergilerinin en yaygın örnekleri *katma değer vergisi* ile *özel tüketim vergisi*dir. Ayrı bir vergi olarak düzenlenmesi uygun değilse de *konaklama vergisi* de *harcama vergileri* arasında yer almaktadır. Ayrıca, dış ticaretten alınan ve *geniş anlamda gümrük vergisi* olarak adlandırılan vergi ve diğer malî yükümlülüklerin de *harcama vergisi* olduğu kabul edilmektedir. Bu vergi tek bir vergi değil, birden çok vergi, fon payı, benzeri ve/ya da ek malî yükümlülüklerden oluşmaktadır. *Gümrük Kanunu*'nda ayrıca ve özellikle düzenlenmiş olan geniş anlamda gümrük vergilerine ilişkin değerlendirme bu çalışmanın kapsamına dahil değildir⁵⁵. Bu konunun başka bir çalışmada ele alınması-incelenmesi-irdelenmesi düşünülmektedir.

Genel harcama vergileri, malî gücün kavranmasına en elverişli vergilerdir. Çünkü, genel harcama vergileri en geniş tabanlı, en verimli, olabildiğince kayıtlı-kayıtsız ekonomiyi kavrayan objektif nitelikte olan vergilerdir.

Gelir vergisinden muaf olan ya da kazancı istisna kapsamında kalanlar da harcama yaptığında, üst düzey gelir sahipleri ile aynı oranda vergi ödemektedir. Çünkü, harcama yapanın gelir düzeyi esas alınarak değil, yapılan harcama üzerinden vergi alınmaktadır. Harcamalar üzerinden alınan vergiler *şahsa özgü vergiler* değildir. Bu olumsuz sayılan sonuç, bazı yollarla dengeli-âdil hale getirilmeye çalışılmaktadır. *Birincisi, farklılaştırılmış oran*

⁵⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa **Uyanık**, Dış Ticaretten Alınan Mali Yükümlülüklerde İdarenin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi, (Adalet Yayınevi), Ankara 2021; Özgecan **Gök**, Gümrük Vergisinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, (Yetkin Yayınları), Ankara 2019.

uygulanması yoluyla *fakir malları-zaruri ihtiyaç maddelerinin* daha düşük oranda vergiye tâbi tutulmasıdır. *İkincisi, istisna ve muafiyet* yoluyla *vergi kolaylıkları* sağlanmasıdır⁵⁶. Ancak, adaletsiz durumun giderilmesi bakımından mevcut düzenleme ve uygulama yetersizdir. Çünkü, düşük oran uygulanan mal ve hizmetlerin belirlenmesinde eksiklikler ve aksaklıklar vardır. Ayrıca, daha çok yüksek gelir sahiplerinin aldıkları mal ve yararlandıkları hizmetlerin vergisi ya düşük oranlıdır ya da bunlar tamamen vergi dışıdır. Bu yüzden, yapılan bu tür vergilendirmeler hem vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımı ilkesine aykırıdır hem de gelir ve servet dağılımı adaletsizliğinin bizatihi sebebidir.

Şu an itibariyle harcamalar üzerinden alınan vergilerin toplam vergi gelirleri içindeki oranı epeyce yüksektir. Bunun eleştiri konusu yapılması mümkündür. Ancak, sebeplerine bakılması halinde, eleştirilecek yanının pek fazla olmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü, Devlet *vasıtalı (dolaylı) vergiler* de denilen harcamalar üzerinden alınan vergilere iki ana gerekçe ile yönelmektedir. *Birincisi*, bu tür vergilerin geniş tabanlı olmaları sayesinde gelir verimliliğinin yüksek olmasıdır. *İkincisi*, bu tür vergilerin tahsili kolay ve *Hazineye* intikali kısa sürede gerçekleşmektedir. Çünkü, vergi idaresinin muhatabı az sayıda mükelleftir ve vergilendirme dönemi yıl değil, ay olarak uygulanmaktadır. Ayrıca, gelir aşamasında vergiden kaçınanları ve vergi kaçırانları da yakaladığı/kavradığı için adaletin tecellisine de aracılık etmektedir⁵⁷.

Katma değer vergisi ile özel tüketim vergisinin objektif niteliğe sahip olmasından ziyade, oran yapısı ve toplam vergi gelirleri içindeki yeri ve oranı ile tersine artan oranlı bir etkiye sahip olması adaletsizdir. Aynı malı teslim alanlar, aynı hizmetten yararlananlar arasında farklılık yapılmaması işin mahiyeti gereğidir. Burada bir farklılık yapılması mümkün değildir. Ancak, dar ve sabit gelirliilerin gelir aşamasında vergi yüklerini kaldırma ya da düşürme sayesinde taşıdıkları toplam vergi yükünde azalma sağlanması mümkündür.

B. Harcamaların Vergilendirilmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

Vasıtalı (dolaylı) vergiler, dar ve sabit gelirliiler üzerinde *tersine artan oranlı bir etki* yaptığı için *adaletsiz vergiler* olarak nitelendirilmektedir.

⁵⁶ Bkz. Karakoç, Vergi Adaleti, s. 180.

⁵⁷ Bkz. Karakoç, Vergi Adaleti, s. 180.

Ancak, Devletin *gelir ihtiyacı* ile *vergilendirme kolaylıkları* dikkate alındığında, harcamaların vergilendirilmesinden vazgeçilmesi mümkün değildir. *Farklılaştırılmış oran* ve *negatif gelir vergisi*⁵⁸ uygulaması yoluyla, harcamalar üzerinden alınan vergilerin adaletsiz sayılabilecek yanlarının giderilmesini; az harcıyandan az, çok harcıyandan çok vergi alınmasını sağlamak mümkün ve muhtemeldir.

Harcamalar üzerinden alınan vergilerden vazgeçmek mümkün değildir. Lâkin, vergi gelirlerinin üçte ikisinin harcamalardan alınan vergilerden oluşması vergi yükünün dar ve sabit gelirli kişiler üzerinde yoğunlaştığı anlamına gelmektedir. Çünkü, bir yandan gelirin elde edilmesi aşamasında doğru-dürüst bir vergileme yapılmamaktadır; diğer yandan zarurî mallar, temel ihtiyaç maddeleri, lüks tüketim doğru-dürüst tespit edilmemektedir. Ancak, düşük oran uygulanacak mal ve hizmet grubunun doğru-dürüst oluşturulması ve lüks tüketimin yüksek oranlı vergilendirilmesi sayesinde/halinde dar ve sabit gelirli kişilerin toplamda ödediği katma değer vergisinin oranı düşük kalacak/olacaktır.

Katma değer vergisi-özel tüketim vergisi bağının-bağlantısının doğru-dürüst kurulması gerekir. Birinin diğerinin matrahına dahil edilmesi suretiyle *verginin vergisinin alınması* uygulamasına son verilmelidir. *Özel tüketim vergisi*, bir yandan gelir ihtiyacının bir gereği, diğer yandan lüks-zararlı tüketimin caydırılmasının bir aracı gibidir. Vergiye tâbi mal gruplarının sayısının artırılması yüzünden *mükerrer vergileme* haline dönüşmektedir. Bu da vergi sisteminde uyulması gereken ilkelere aykırılık oluşturmaktadır. Özel tüketim vergisine konu malların kapsamının daraltılması ve oranının makul seviyelere indirilmesi şarttır.

Katma değer vergisine konu mal ve hizmetler ile özel tüketim vergisine konu malların farklılaştırılması gerekir. Bir mal tesliminden hem katma değer vergisi hem de özel tüketim vergisi alınmasının makul ve mantıklı bir izahı yoktur. Özel tüketim vergisi, genel tüketim vergisinin uygulanmasının gerekli ve yeterli olmadığı malların teslimi için uygulanmalıdır. Aynı mal için hem katma değer vergisi hem de özel tüketim vergisi alınması açık-aleni bir

⁵⁸ Negatif gelir vergisi hakkında geniş bilgi için bkz. Türkân Öncel, “Gelirin Yeniden Dağılım Politikası Aracı Olarak Negatif Gelir Vergisi”, (İÜ. Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 28. Seri, 1981-1982, İstanbul, s.1-14); Öner Kabasakal, “Gelirin Dağılımını Düzenleyen Bir Araç Olarak Negatif Gelir Vergisi”, (Yeni Türkiye, 1995/6, s. 183-188); Coşkun Can Aktan-İstiklal Y. Vural, “Gelir Dağılımında Adaletin Sağlanması Açısından Negatif Gelir Vergisi Önerisi”, (Coşkun Can Aktan, Vergi Cilt-I: Vergi Teorisi, Vergi Politikası, Normatif Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 153-163).

mükerrer vergilemedir. Ayrıca, ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bir hakkın kullanımını zorlaştırma, engel olma niteliği taşımaktadır. Örneğin, motorlu taşıtlardan alınan özel tüketim vergisi ve bu vergi dahil bedel üzerinden katma değer vergisi tahsil edilmesi aracın vergisiz fiyatını katlamaktadır.

Ayrı bir *konaklama vergisine* gerek yoktur. *Katma değer vergisinin* mal ve hizmet grupları-oranları ile meselenin halledilmesi mümkündür. *Dijital hizmet vergisine* de gerek yoktur. *Katma değer vergisi* ve/ya da *gelir vergisi* kapsamında gerekli düzenleme ve uygulama yapılması yeterlidir.

Günah vergilerini de abartmamak gerekir. Aksi halde, günah işlemeye engel olmak isterken, bu yüzden yeni günahların işlenmesine sebep olmak kaçınılmazdır. Nitekim, merdiven altı üretilmiş ürünlere yönelik ve/ya da kaçakçılık artmaktadır. Her iki halde de denetimsiz üretilen malların tüketimi can kayıplarına sebep olmaktadır. Ayrıca, Devlet vergi gelirinden mahrum kalmaktadır. *Dimyata pirince giderken evdeki bulgurdan olmamak* gerekir.

VIII. SERVETİN VERGİLENDİRİLMESİ

A. Genel Açıklama

Servet, para ve paraya çevrilebilir menkul ve/ya da gayrimenkul malların, hakların ve alacakların toplamından oluşmaktadır. *Servet*, malî gücün en belirgin kaynağıdır. *Servet*, kural olarak likit değil, stok değer olarak bilinmektedir. Varlığı bizatihi ödemenin bir aracı değildir. Ancak, paraya çevrilmesi ve/ya da serbest bırakılması halinde ödemeye aracılık etmesi mümkün ve gereklidir⁵⁹.

Servet, gelirin harcanmayan kısmından oluşan *stok-iktisadî değer*dir ve malî gücün bir yansıması/unsurudur. İnsanlık tarihi boyunca servet doğrudan ve/ya da dolaylı olarak hep vergi konusu olmuştur. *Servetin vergilendirilmesi* gün geçtikçe önemli hale gelmektedir. Mevcut hali ile vergi gelirleri içindeki oranı düşük olsa da yakın bir gelecekte *servetlerin vergilendirilmesi* yönünde yeni düzenleme ve uygulamaların olması beklenmektedir. Servet, ayrı bir iktisadî güç olması sebebiyle birikmiş bir vergi potansiyeline sahiptir⁶⁰.

⁵⁹ Bkz. **Karakoç**, Vergi Adaleti, s. 176.

⁶⁰ Servetin vergilendirilmesine ilişkin olarak son yıllarda yapılan tartışmalar için bkz. Thomas **Piketty** (Çeviren Hande **Koçak**), Yirmibirinci Yüzyılda Kapital, 5. Bası, (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları), İstanbul 2023; Thomas **Piketty** (Çeviren Hande **Koçak**); Kapital ve İdeoloji, (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları), İstanbul 2023; N. Gregory **Mankiw**,

Servetin bir malî güç kaynağı olduğunda şüphe yoktur. Servetin neyi ifade ettiği, kapsadığı hususu belirsizlik içermektedir. Gayrimenkuller ile sicile kayıtlı gemi ve diğer menkul mallar-değerler servete dahildir. Ancak, kişilerin zenginliği bunlardan ibaret değildir. Herhangi bir sicile, yere kaydı bulunmayan döviz, altın-gümüş vb. değerli madenler, halı-kilim, vazo-avize, koltuk takımı, resim-tablo, saat-kalem-para-pul-tesbih koleksiyonu, kitaplar ve benzeri ve devamı şeylerin de değerli birer servet unsuru olduğu kabul edilmektedir. Bu tür servet unsurlarının tespiti, değerlemesi, kayda alınması ve takibi kolay değildir. Servetin önemli bir kısmını, hatta bazı kişilerin servetinin tamamını oluşturan bu unsurlar dahil edilmediği, edilemediği takdirde ihdas edilen-uygulanen servet vergisinin genel-gerçek bir servet vergisi sayılması mümkün değildir.

B. Tapu Harçları

Tapu ve kadastro harçları, Tapu idarelerince gayrimenkuller ile ilgili olarak yapılan tescil, devir, terkin, taksim ve birleştirme, ipotek tesisi ve diğer işlemler; kadastro ve tapulama işlemleri sonucunda gayrimenkullerin kadastro veya tapu işlemleri sebebiyle talep-takip ve tahsil edilmektedir.

Tapu harçlarının yüksekliği yüzünden gayrimenkullerin rayiç değer üzerinden değil, vergi (asgari beyan) değeri üzerinden işlem görmesi hem kanuna aykırı davranışa hem de gelir kaybına sebebiyet vermektedir. Ayrıca,

“*(Zorunluysanız) Zenginlerden Alınan Vergiler Nasıl Artırılır?*”, (Editörler Olivier **Blanchard**-Dani **Rodrik** (Çeviri: Abdullah Cemal **Balcı**), Eşitsizlikle Mücadele Devletin Rolünü Yeniden Düşünmek, Efil Yayınevi, Ankara 2022, s. 166-170); Lawrence H. **Summers**, “*Servet Vergisinin Eşitsizlikle Mücadeleye Katkısı Olur Mu?*”, (Editörler Olivier **Blanchard**-Dani **Rodrik** (Çeviri: Abdullah Cemal **Balcı**), Eşitsizlikle Mücadele Devletin Rolünü Yeniden Düşünmek, Efil Yayınevi, Ankara 2022, s. 171-183); Emmanuel **Saez**, “*Serveti Vergilendirmeli miyiz?*”, (Editörler Olivier **Blanchard**-Dani **Rodrik** (Çeviri: Abdullah Cemal **Balcı**), Eşitsizlikle Mücadele Devletin Rolünü Yeniden Düşünmek, Efil Yayınevi, Ankara 2022, s. 184-191); Wojciech **Kopczuk**, “*Bölüşümcü Politikaların Desteklenmesinde Vergilendirme Üzerine Düşünceler?*”, (Editörler Olivier **Blanchard**-Dani **Rodrik** (Çeviri: Abdullah Cemal **Balcı**), Eşitsizlikle Mücadele Devletin Rolünü Yeniden Düşünmek, Efil Yayınevi, Ankara 2022, s. 296-305); Stefanie **Stantcheva**, “*Neden Daha Fazla Bölüşümü Desteklemiyoruz? Ekonomi Araştırmalarından Yeni Açıklamalar*”, (Editörler Olivier **Blanchard**-Dani **Rodrik** (Çeviri: Abdullah Cemal **Balcı**), Eşitsizlikle Mücadele Devletin Rolünü Yeniden Düşünmek, Efil Yayınevi, Ankara 2022, s. 306-313); Gabriel **Zuckman**, “*Servet Vergisi Uygulanabilir Mi?*”, (Editörler Olivier **Blanchard**-Dani **Rodrik** (Çeviri: Abdullah Cemal **Balcı**), Eşitsizlikle Mücadele Devletin Rolünü Yeniden Düşünmek, Efil Yayınevi, Ankara 2022, s. 314-319); Fatih **Saraçoğlu/Rana Dayıoğlu Erul**, “*Servet Vergisinin Tam Zamanı*”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 404, Mayıs 2022, s. 13-37).

piyasa bozucu bir etkiye de sahiptir. *Gelir ve servet dağılımı adaletsizliğine* ve bunun doğru-dürüst hesaplanamamasına yol açmaktadır. Oysa, daha düşük oranlı (*binde bir*) tapu harcı talep-takip ve tahsil edilse, gayrimenkullerin rayiç değeri için asgarî olarak her yıl yeniden değerlendirme oranında artış yapılırsa, piyasadaki rayiç değerlere yakın işlem yapılması mümkün olacaktır. Bu sayede hem tapu harcı hem de her yıl emlak vergisi gelirinde artış sağlanacaktır.

C. Emlâk Vergisi

1. Genel Olarak

Emlâk vergisi (asgarî beyan) değerlerinin gerçeğe yaklaştırılmasında yarar vardır. Tapu harçlarının olabildiğince düşük (binde bir) belirlenip beyan değerlerinin yükseltilmesini sağlamak gerekir.

Tapu harcı oranı yüksek olduğundan taraflar *menfaat birliği* yapıp *asgarî vergi (beyan) değeri* üzerinden işlem yaptırmaktadır. *Asgarî vergi (beyan) değeri*, tapu harcında kayba yol açmaktadır. Daha önemlisi emlak vergisinde oluşturduğu kayıptır. Daha da önemlisi mübadelenin hukuka aykırı yapılmasına, düzenlenen belgelerin muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge niteliği taşımasına, hariçten kayıtsız ödemeler yapılmasına sebebiyet vermektedir. Kısacası, kayıt düzeni bozulmakta ve *mali güce göre vergilendirme ilkesine* aykırılık oluşmaktadır.

Müteahhitlerin geliri az görülmekte; katma değer vergisi az hesaplanmaktadır. Kayıt dışı gelir elde edilmesine; sözleşme taraflarının ya da temsilcilerinin-aracılarının suç işlemesine ya da suça iştirak etmesine sebep olmaktadır. Devlet, vergi idaresi bunu bile bile gerekli düzenleme ve uygulama yapmamaktadır. Neredeyse, bu yolla işlendiği düşünülen suçlarda bu uygulamanın *hukuka uygunluk sebebi* sayılması mümkün hale gelmektedir.

2. Takdir Edilen Değer Meselesi

2026-2029 yılları arasında vergi matrahının tespitinde esas alınacak emlak vergisi vergi (asgarî beyan) değerlerinin Takdir Komisyonları tarafından çok yüksek belirlendiği ifade edilmektedir. Çok yüksek belirlenen vergi (asgarî beyan) değerleri sayesinde birçok konutun değerli konut haline geleceği beklenmektedir. Bu yüzden yüksek takdirlerin önüne geçilmelidir. Bu takdirlerin gerçeği yansıtmadığı düşünülmektedir.

Takdir edilen değerler emlak vergisi, değerli konut vergisi, veraset ve intikal vergisi, katma değer vergisi, gelir vergisi ya da kurumlar vergisi ile

tapu harçlarını etkilemektedir. Bu beş vergi ile bir harcın hesaplanmasına esas alınması gereken vergi (asgari beyan) değerlerinin idareler arası iş birliği ile aynı değer üzerinden işlem yapmalarının sağlanmasında yarar vardır. Tapu kayıtlarında başka, Belediye kayıtlarında başka değerlerin olması aynı gayrimenkule ilişkin malî yükümlülüklerin farklı hesaplanması sonucunu doğuracaktır. Bu da kamu alacağı kaybına yol açacaktır. Böyle bir sonuca sebebiyet verilmemesi gerekir.

Ç. Değerli Konut Vergisi

Servetin vergilendirilmesinde de basitlik, kolaylık, verimlilik ve her şeyden önce adalet gözetilmelidir. Mevcut haliyle *değerli konut vergisi*, vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımına uygun bir vergi değildir. Hem düzenlenme biçimi hem konusu, matrahı ve oranı hem de mahallî idareler için değil, *Merkezî İdare Bütçesine* gelir kaydediliyor olması *adaletle uygun vergilendirme* ile bağlantısının olmadığını göstermektedir. Bu düzenlemenin amacı ile çelişen sonuçlar doğurmasının anlaşılması üzerine matrahın tespitinde esas alınacak olan ölçüt farklılaştırılmıştır. Ayrıca işyerlerinin verginin konusuna dahil edilmemesi ve sadece *tek konutun değeri* esas alınmak suretiyle vergilendirme yapılması, birden ziyade konutun değerleri toplamı vergiye tâbi tutarın üstünde olsa da vergiye tâbi tutulmaması bilakis *gelir ve servet dağılımı adaletsizliğine* yol açabilmektedir.

Değerli konut vergisi ile *emlâk vergisi* ilişkisi, *özel tüketim vergisi* ile *katma değer vergisi* ilişkisine benzemektedir. Aynı mal sebebi ve vesilesi ile alınmaktadır. *Mükerrer vergileme* niteliği taşımaktadır. Tek farklılık, *emlâk vergisinin* Mahallî İdarelerin bütçesine; *değerli konut vergisinin* Genel Bütçeye dahil olmasıdır.

Değerli konut vergisi gibi bir vergiye gerek yoktur. Çünkü, *vergi (asgari beyan) değerlerinin doğru-dürüst* belirlenmesi halinde zaten her emlâkın vergisi değerine göre farklılaşmaktadır. Kaldı ki, *değerli konut vergisi* verimli bir vergi de değildir. Ülke genelinde sınırlı sayıda konut *değerli konut vergisine* tâbidir. Ocak-Ağustos 2025 döneminde tahsil edilen *değerli konut vergisi* yaklaşık 92 Milyon Türk Lirası kadardır.

D. Motorlu Taşıtlar Vergisi

Motorlu taşıtlar vergisini kasko değere bağlayarak daha âdil hale getirmek mümkündür. Yaş ve motor hacmi, verginin âdil ve dengeli dağıtılmasına yetmemektedir. Çünkü, aynı yaşa ve motor hacmine sahip

araçların değerleri arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır. Bu itibarla, aynı değerde olmayan iki aracın aynı vergiye tâbi olması açıkça adaletsizlik oluşturmaktadır.

Motorlu taşıtlar vergisinde lüks araçlar için bir üst sınır getirilmesine gerek yoktur. Çünkü, vergilerin aracın kasko değerinin belli bir oranı esas alınarak belirlenmesi mümkündür. Bu değer üzerinden düşük oran uygulanıp bir üst sınır da getirilmemelidir. Kaldı ki, lüks araç kullananlar için bu verginin caydırıcı bir etkisinin olmadığı bilinmektedir. Nitekim, iktisadî buhran dönemlerinde hemen her şeyin tüketiminde belli oranda vazgeçme/azalma yaşanırken lüks araçlarda böyle bir vazgeçme/azalma olmamaktadır.

Motorlu taşıtların ve özellikle şahsî kullanıma mahsus araçların vergisiz fiyatının iki-üç katı fiyatına satılıyor olmasının kabul ve izah edilir bir yanı yoktur. Bunun mutlaka makul seviyeye indirilmesi şarttır. Ancak, vergi yükünü taşımak istemeyen o aracı almak mecburiyetinde değildir. O vergiyi ödeme gücü olan birisinin ödemesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Zaten öyle bir aracı satın alacak gücü olan da topluma katkıda bulunma yükümlülüğünü bu yolla mecburen yerine getirmelidir.

E. Veraset ve İntikal Vergisi

Veraset ve intikal vergisi, hem veraset yoluyla intikal eden servet unsurlarını hem de sağlar arası ivazsız intikalleri vergilendiren bir *servet vergisi*dir. Konusu, mirasçılara intikal etmesi mümkün olan servet unsurlarının tamamı olması sebebiyle *veraset ve intikal vergisi* bir *genel servet vergisi* olarak nitelendirilmektedir. *Veraset ve intikal vergisi itibarî* bir vergidir, *gerçek servet vergisi* değildir. Olması da gerekmemektedir.

Veraset ve intikal vergisinde de *çifte artan oranlı tarife* yerine *farklılaştırılmış oran* uygulanmalıdır. *Veraset yoluyla* ya da *sağlar arası ivazsız intikallerde* ayrı oran uygulanması uygun ve mümkündür. Lâkin veraset yoluyla intikallerde murise hısımlık derecesine bağlı farklı oran uygulanması uygun ve mümkün iken, matrah büyüklüğü esas alınarak artan oranlı bir tarife uygulanmasına gerek yoktur.

Artan oranlı bir vergilendirmeden vazgeçilmelidir. Artan oran vergi kayıp ve kaçığını tahrik ve teşvik etmekte; kaçakçılığa gerekçe oluşturmaktadır.

IX. VERGİ YÜKÜNÜN ADİL VE DENGELİ DAĞILIMINI SAĞLAMA AMACIYLA BENİMSENEN KURUMLAR⁶¹

A. Genel Açıklama

Kural olarak, verginin adaletinden söz edilemez. Çünkü, adalet insana ait bir duygu ve tavır alış halidir. Vergiyi ihdas, talep-takip ve tahsil etmede adaletten;

⁶¹ Vergi Yükünün Adil ve Dengeli Dağılımı İlkesi hakkında geniş bilgi için bkz. David **Ricardo** (Çev. B. **Zeren**); Siyasal İktisadın ve Vergilendirmenin İlkeleri, (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları), İstanbul 2018; Adam **Smith** (Çev. H. **Derin**); Milletlerin Zenginliği, (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları), İstanbul 2006, (Milletlerin Zenginliği); Abdurrahman **Akdoğan**, Gelir Vergisi Açısından Vergi Adaletine Teknik Bir Yaklaşım, (AİTİA. Maliye Fakültesi, Maliye ve Vergi Hukuku Enstitüsü Yayınları No: 137), Anlara 1980; Billur **Yaltı Soydan**, “Vergi Adaletinde Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları İle Okumak”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 119, Y. 1998, s. 98-118); Nihal **Saban**, “Yeni Yüzyılın Eşiğinde Yeniden Sorgulanan Adalet: Özü Eşitlik, Vergi Adaleti: Özü Vergide Eşitlik”, (Anayasal Mali Düzen, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, 14-16 Mayıs 1998, İstanbul, 2000, s. 65-79); Tamer **Budak**, Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç, (Oniki Levha Yayıncılık), İstanbul 2010; Funda **Başaran Yavaşlar**, Gelir Vergilendirmesinin Temelleri, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2011; Leyla **Ateş**, Vergilendirmede Eşitlik, (Derin Yayınları), İstanbul 2006; Mustafa Erkan **Üyümez**, Yüksek Mahkemelerin Kararları Işığında Vergilemede Eşitlik İlkesi, (T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları No. 2025), Eskişehir 2010; Bahar **Konuk**; “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergilendirmede Sosyal Devlet İlkesi”, (Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, Y. 2011, s. 799-833); Sema **Ayatar Kızılyar**, “Anayasa Madde 73, Fıkra 2’nin Bağlayıcılığı”, (Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, Y. 2011, s. 995-1011); Yusuf **Karakoç**, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2013, Prof. Dr. M. Polat SOYER’e Armağan, C. II, İzmir 2014, s. 1259-1308); Yusuf **Karakoç**, “Ek Kurumlar Vergisinin Anayasaya Uygunluğu Meselesi”, (İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 2023/22, s. 47-86), (Ek Kurumlar Vergisi), (İlkeler); Selin **Ertürk Atabey**, Teori ve Uygulamada Vergi Ödeme Gücü, (Gazi Kitabevi), Ankara 2016; Uğur **Bulut**, “Vergi Adaleti İlkesi”, (Editör Yusuf **Karakoç**, Vergi Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler (Makaleler), Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 255-311); Burcu **Demirbaş Aksüt**; “Vergi Hukukunda Sosyal Devlet İlkesi”, (Editör Yusuf **Karakoç**, Vergi Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler (Makaleler), Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 194-253); Sabri **Öz**, Türkiye’de 1980 Sonrası Maliye Politikaları İle Gelir Dağılımı ve Sosyal Adalet Arasındaki İlişkiler, (Hiperyayın), İstanbul 2018; Özge **Çeliktaş Türkbay**, “Vergi Adaleti İlkesinin Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet İlkeleri Kapsamında Değerlendirilmesi”, (Editör Yusuf **Karakoç**, Malî Hukuka İlişkin Temel İlkeler (Makaleler), Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 15-55); Özgür **Kızıltoprak**, Vergi Adaleti, (Ekin Kitabevi), Bursa 2022; Joseph **Stiglitz** (Çeviren Ozan **İşler**); Eşitsizliğin Bedeli, 2. Baskı, (İletişim Yayınları), İstanbul 2014; Hüseyin **Şen/İsa Sağbaş**, Vergi Teorisi ve Politikası, 5. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2023; Süleyman Emre **Zorlu/Gülen Çataloğlu**; AİHS ve Anayasa Hukuku Bağlamında Vergide Adalet İlkesi, (Adalet Kitabevi), Ankara 2023.

vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımından söz etmek mümkündür ve gereklidir. Belki, varsa, vergi sisteminin tamamının adalete uygunluk derecesinden söz etmek gerekir. Parçaların âdil olması, bütünün de âdil olacağına işaret etmektedir. Aksi bir durum varlığından söz etmek pek mümkün değildir. Ancak, parçalardaki küçük adaletsizlikler bütün içerisinde âdil bir bütünleşmeye dönüşebilir. Sistemin unsurlarının farklı niteliği, olumluyu olumsuzla çevirebildiği gibi, olumsuzu da olumluya çevirebilir. Bu sebeple bütünü esas alarak değerlendirme yapmak gerekir. Aksi halde, biri âdil olmasına rağmen, diğer parçanın o adaleti bertaraf etmesi mümkün ve muhtemeldir.

Malî gücü kavrayarak vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımını gerçekleştirme amacıyla çeşitli kurumların benimsenmekte olduğu bilinmektedir. *Anayasa Mahkemesi* kararlarında ve doktrinde malî güce nasıl ulaşılacağı konusunda *en az geçim indirimi*, *ayırma yaklaşımı (kuramı)*, *artan oranlı tarifeler* ile *istisna*, *muafiyet* ve *indirimler* üzerinde durulmaktadır. Bunlardan *en az geçim indirimi* ile *ayırma yaklaşımı* gerçek kişilerin gelir vergisinde; *artan oranlı tarife* gerçek kişilerin gelir vergisi, veraset ve intikal vergisi, değerli konut vergisinde; *istisna*, *muafiyet* ve *indirimler* ise, vergilerin hepsinde uygulanmaktadır.

Bu kurumların vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımını sağlamaya elverişli olup olmadıklarının tartışılmasında yarar vardır.

B. En Az Geçim İndirimi⁶²

“En az geçim indirimi, canı tende tutan tutardır (Muallâ Öncel).

1. Genel Olarak

Kişinin hayatını idame ettirmesi için ihtiyaç duyduğu belli büyüklükte bir gelirin vergilendirilmemesi şarttır. Çünkü, kişinin gelirinin vergi olarak elinden alınması halinde, Devletin topladığı vergi gelirlerinden bir kısmını aynı kişinin insanca yaşaması için iade etmesi zarureti vardır. Böyle yapmak yerine belli bir tutarın altında kalan geliri kişinin kendisine bırakmak daha uygun ve gereklidir.

En az geçim indirimi, gelirinin vergilendirilmesi amacıyla matrahın belirlenmesinde dikkate alınması gereken, mükellefin kendisine ve bakmakla

⁶² En az geçim indirimi hakkında geniş bilgi için bkz. **Erginay**, s. 54-59; **Nadaroğlu**, s. 327-332; **Akdoğan**, Kamu Maliyesi, s. 237-247; **Mutluer-Öner-Kesik**, s. 213-218; **Erdem-Şenyüz-Tathoğlu**, s. 195-201; **Ertürk Atabey**, s. 71-79; **Şen-Sağbaş**, 260-263; **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 197-198.

yükümlü olduğu eşi ve çocuklarına ilişkin olarak asgarî düzeyde hayatî ihtiyaçlarını karşılaması ve vergi dışı bırakılması kabul edilen gelir düzeyi/tutarı demektir. Vergi dışı bırakmanın tek ve yegâne gerekçesi *gelirin azlığıdır. En az geçim indiriminin* ölçüsü uygulanmakta olan *asgari ücret* olmalı ve gelir vergisi mükellefi olan her kişi için yıllık asgari ücretin net tutarı kadar gelir vergi dışı bırakılmalıdır.

Gelir aşamasında sistemin doğru-dürüst kurulması ve uygulanması şarttır. *En az geçim indirimi* bu aşamanın sosyal, iktisadî ve malî işleve sahip en önemli kurumudur. Bunu amacına uygun hale getirip istikrarlı bir şekilde uygulamak vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımına hizmet eder. Çünkü, düşük gelir sahiplerinin hem gelir hem harcama hem de servet vergilerinin yükünü azaltan, ağır yük taşımaya engel olan, asgari düzeyde de olsa yaşamasına katkıda bulunan bir kurumdur.

En az geçim indirimi sayesinde en az geçim indirimi kapsamında kalan gelirden gelir vergisi yükü oluşmayacak ve gelir vergisi alınmayacaktır. Ödenmesi gerekmeyen gelir vergisi kadar para kişinin elinde kalacak ve satın alma gücü bu ölçüde artmış ya da azalmamış olacaktır. Bu sebeple, en az geçim indirimini önemsemek ve sistemin merkezine yerleştirmek gerekir. Bu sayede en azından dar ve sabit gelirli gelir vergisi yükünden kurtarmak mümkündür.

Ülkemizde bu uygulama sadece ücret geliri elde edenler bakımından kabul edilmekte ve tam bir vergi istisnası niteliği taşımamaktadır. Oysa, sadece ücret geliri elde edenlerin değil, herkesin asgarî bir hayat standardına sahip olması gerektiği göz önünde bulundurularak, bu indirimin gelir vergisi mükellefi olan herkese uygulanması şarttır. Başka bir deyişle, genel olarak herkesin asgarî bir hayat standardına ihtiyacının var olduğu dikkate alınmak suretiyle *en az geçim indirimi* uygulanmasında objektif esasların belirlenmesi gerekir.

2. Vatandaşlık Geliri-En Az Geçim İndirimi İlişkisi⁶³

Son yıllarda dile getirilen ve tartışılan *vatandaşlık geliri*nin en önemli uygulama şekli *en az geçim indirimi*dir. Şüphesiz *vatandaşlık geliri* sadece ve

⁶³ Vatandaşlık geliri, temel gelir, asgari gelir konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Derleyenler Ayşe **Buğra**/Çağlar **Keyder** (Çev. İsmail **Çekem**) Bir Temel Hak Olarak Vatandaşlık Gelirine Doğru, (İletişim Yayınları), İstanbul 2007; Ali **Çımat**/Adnan **Erdal**, Bölüşüm Teorisi Çerçevesinde Asgari Gelir Hakkı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, (Asil Yayın Dağıtım), Ankara 2007; Guy **Standing** (Çev. Ceren **Demirdövdü**), Temel Gelir, (Tellek Yayınevi), İstanbul 2020; Nihan **Öksüz Narinç**, Bir Sosyal Politika Aracı Geçmişten Günümüze Evrensel Temel Gelir, (Gazi Kitabevi), Ankara 2023; Tarık **Duran**, Yoksulluk, Gelir Dağılımı ve Evrensel Temel Gelir (ETB) Sistemi, (Günce Yayınları), İstanbul 2025.

yalnızca *en az geçim indirimi* ile sağlanamaz. Çünkü, *en az geçim indirimi* gelir elde edenler için uygulama alanı bulmaktadır. *Vatandaşlık geliri* ise, herkesin sahip olması gereken *asgari geliri* ifade etmektedir. *Vatandaş geliri*, hiç ya da *en az geçim indirimi* tutarı kadar geliri olmayanlara sağlanması gereken gelirdir. Ancak, *free rider* (beleşçi) türetmemek gerekir. Aslında çalışıp geçimini sağlaması mümkün olan bir şahsın kendisine sunulan işi beğenmeyip işsizliği tercih etmesi halinde bu imkândan yararlanmasına sınır getirilmelidir.

Hiç geliri olmayana *en az geçim indirimi* tutarı kadar gelir sağlamanın kolay olmayacağı açıktır. Çünkü, *Kamu Maliyesi* bu yükü taşıyacak kapasiteye sahip değildir. Hesabının ve uygulamasının iyi yapılması şarttır. *Vatandaşlık geliri* ya da *negatif gelir vergisi* aynı anlama gelmekte ve aynı amaca hizmet etmektedir.

3. Etkisi

Zenginliklerin âdil paylaşımı sayesinde ülkede yaşamakta olan herkesin *asgari düzeyde* de olsa hayatını sürdürmesini sağlamak *sosyal devlet* olmanın bir gereğidir. Bu tür düzenleme ve uygulamanın ilk yıllarında belli birtakım güçlüklerin yaşanması mümkün ve muhtemeldir. Ancak, zamanla sistemin istikrar kazanması halinde, bu güçlükler aşılabilecektir. Vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımının sağlanması ve kamu kesiminde israfın önlenmesi halinde meselenin halli olabildiğince kolay olacaktır.

En az geçim indiriminin doğru-dürüst belirlenmesi ve istikrarlı bir şekilde uygulanması *ayırma yaklaşımını* (*kuramını*) da gereksiz hale getirebilir. Türkiye’de ücret gelirlerinin sermaye gelirlerinden farklı bir tarifye tâbi tutulması anlamına gelen *ayırma yaklaşımına* uygun bir vergileme mevcut haliyle bile zaten terkedilmiş bulunmaktadır. Günümüz şartlarında sosyal sigortalar, işsizlik sigortası, bireysel emeklilik sistemi vb. uygulamalar emek geliri sahibinin yaşaması muhtemel mağduriyetlerini önemli ölçüde bertaraf etmektedir.

Vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımını sağlamanın araçlarından birisi olan *en az geçim indirimi* kapsamında kalan gelirin vergi dışı bırakılması şarttır. *En az geçim indirimi* uygulanması sayesinde kişilerin hayatlarını kimseye muhtaç olmadan sürdürmesi amaçlanmaktadır. Gerçi, günümüzde ve özellikle ülkemizde bu müessesenin sağlıklı uygulandığını; *en az geçim indirimi* sayesinde kişilerin hayatlarının kolaylaştığını söylemek asla mümkün değildir.

En az geçim indirimi uygulamasının başlangıçta vergi geliri azalmasına yol açacağı muhakkaktır. Lâkin gelir aşamasında eksilen vergi harcama aşamasında kısmen telâfi edilecektir. Buna ek olarak *artan oranlı tarife* yüzünden farklı *vergilendirme* ya da *vergilendirmeme* sonucu kayba uğrayan verginin bir kısmı da tahsil edilebilir hale gelecektir. *Asgari kurumlar vergisi* sayesinde sağlanacak gelir artışı da en az geçim indiriminin her gelir türü için uygulanmasının gelir azaltıcı etkisini bertaraf etmede yararlanılacak bir gelir kalemidir. Bütün bunlar bir araya geldiğinde Devletin üstlendiği hizmetler için yapılması gereken harcamalara yetecek kadar gelirin toplanması mümkündür.

Kamunun *israf (gösteriş/itibar) harcamalarını* karşılamak için vergi ödenmesi düşünülemez. Çünkü, vergi kamu giderlerinin karşılığı olmak üzere ödenmesi gereken bir yükümlülüktür. Verginin kamu hizmeti olmayan herhangi bir konu-faaliyet için harcanması *Anayasa*'ya açıkça aykırıdır ve kamu zararına sebebiyet vermektir. *Kamu zararına sebep olmak* ise, suçtur.

4. Olması ve Uygulanması Gereken

Gelir sahibine tanınan *en az geçim indirimi* tutarına, eşinin çalışmaması halinde %40; üç çocuk için de çocuk başına %20 ilâve yapılmalıdır. Eşi çalışmayan ve üç çocuklu bir mükellefin asgari ücretin iki katı tutarında geliri vergi dışı bırakılmalıdır. Bunun üzerinde elde edilen gelir *tek-düz oranlı* bir vergiye tâbi tutulmalıdır. Bir kişi sadece asgari ücret kadar gelirinden vergi ödememeli; kural olarak başka bir istisna ve indirimden de yararlandırılmamalıdır. Başka bir deyişle, kişi hangi gelir türünden gelir elde ederse etsin, istisna olarak sadece en az geçim indiriminden yararlandırılmalıdır. *Engellilik indirimi* bunun tek istisnası olmalıdır.

Tevkif yoluyla vergilendirmede bu yöntem kolayca uygulanabilir. *En az geçim indirimi*, elde edilen gelir, aylar itibariyle vergi dışı bırakılmak suretiyle uygulanmalıdır. Birden fazla işverenden ücret geliri elde edenler asıl işverene bildirimde bulunmalı ve en az geçim indirimini o işveren uygulamalıdır.

Günümüzde bir kişi için birinci derecede önemli olan, ücretinin diğer gelir türlerine göre düşük oranda vergilendirilmesi değil, çalışıyor olması ve ücret alması, gelir sahibi olmasıdır. Bu itibarla, eski ezberleri tekrarlamak yerine, günümüz şartlarına uygun düzenleme ve uygulamaların yapılmasında yarar vardır.

En az geçim indirimi ile güçsüz, korumasız emeğin korunmasının sağlanması gerekir. Yüksek ücret geliri elde edenlerin diğer gelir

sahiplerinden farklı bir korunmaya ihtiyaçları yoktur. Kaldı ki, bağımlı çalışanlar kadar bağımsız çalışanların da düşük gelirlerinin korunması gerekir. Bunu sağlamanın yolu en az geçim indiriminin her gelir türü için uygulanmasıdır.

C. Ayırma Yaklaşımı (Kuramı-İlkesi)⁶⁴

Ayrırma yaklaşımı (kuramı-ilkesi), gelirin niteliği bakımından bir ayırım yapılmasını ve emek gelirininde daha düşük oranda vergilendirilmesini savunmaktadır. Başka bir deyişle, *ayırma yaklaşımına* göre emek gelirlerinin sermaye gelirlerine göre farklı oranda vergilendirilmesi gerekmektedir. Çünkü, emek gelirininde devamlılık özelliği zayıftır ve emek sahibinin emeği karşılığında elde ettiği gelire atfettiği değer, sermaye geliri sahibinin elde ettiği gelire atfettiği değerden daha fazladır. Bu yaklaşım genel yaşlılık ve sağlık sigortası ile işsizlik sigortası olmadığı dönemler için belki bir anlam ifade etmekteydi. Ancak, bu yaklaşım günümüzde önemini yitirmiştir.

Ayrırma yaklaşımı, sermayenin-tasarrufun bir anlamda cezalandırılması olarak nitelendirilmekte; tasarruf ve sermaye birikimi ile istihdam artışına engel olmaktadır. Önemli olan, gelir elde etmektir. İşsiz bir kimse için öncelikli olan çalıştığında aldığı ücretin düşük vergilendirilmesi değil, çalışıp ücret geliri elde edebilmesidir. Vergilendirmede böyle bir farklılaştırmaya gerek yoktur.

Emek geliri yerine düşük gelirin korunması şarttır. Düşük gelirin kaynağı önemli değildir. Kaldı ki, ücretlerin farklı vergilendirilmesi sözde kalmaktadır. Hatta yapılan uygulama *tersine artan oranlı* bir etki bile yapabilmektedir. Çünkü, emek gelirlerinin vergilendirilmesinde kavranan gelir kayıtlı gelirdir ve kaynaktan tevkif yöntemi ile vergilendirilmektedir. Matrah basit unsurlardan oluşmaktadır. Diğer gelir türlerinde uygulanan muafiyet, istisna ve indirimlere göre daha az vergi kolaylığından yararlanılmaktadır. Giderlerin matrahtan düşülmesi çok sınırlıdır. Adeta $\text{Ücret} = \text{Gelir} = \text{Matrah}$ üzerinden vergilendirme yapılmaktadır. Kayıt dışı istihdam ve bordro ile ödeme dışında açıktan ödeme halleri hariç, kural olarak, emek

⁶⁴ Ayırma yaklaşımı (kuramı) hakkında geniş bilgi için bkz. Ayça **Yaltı**, Vergi Hukukunda Ayırma Prensibi, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2025. Ayrıca bkz. **Erginay**, s. 59-64; **Nadaroğlu**, s. 332-335; **Akdoğan**, Kamu Maliyesi, s. 259-264; **Şener**, s. 251-255; **Erdem-Şenyüz-Tatlıoğlu**, s. 201-205; **Mutluer-Öner-Kesik**, s. 218-220; **Ertürk Atabey**, s. 90-97; **Şen-Sağbaş**, s. 264-266; **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 197-198.

gelirlerinin vergilendirilmesinde vergi kayıp ve kaçığı yoktur. Vergi affı vb. düzenlemelerden yararlanmak mümkün ve gerekli değildir.

Emek gelirinin, bağımsız ya da bağımlı çalışmaya bağlı olarak elde edilmesi halinde de başka bir vergilendirme-tahsil yöntemi tercih edilmektedir. Emek gelirinin vergilendirilmesinde oran yapısından ziyade, vergi dışı kalan kısmını önemsemek gerekir.

Türkiye’de ayırma yaklaşımına göre vergilendirme yapılmamaktadır. Çünkü, sadece eksik ve yanlış uygulanan en az geçim indirimi ile ayırma yaklaşımına uygun vergilendirme yapıldığı söylenemez. Düşük gelirin en yaygın olan türü emek geliridir. İşverenlerin taşıdığı istihdam vergilerini de dikkate almak gerekir. En az geçim indirimini tespit ederken sadece gerçek kişiler değil, işletmeler de dikkate alınmalıdır.

Ayırma yaklaşımının gerekli ve uygulamasının yeterli olmadığı açıktır. Bu sebeple diğer gelir türlerini elde edenler için matrahın hesabında dikkate alınan istisna ve indirimlerden ücret gelirlerinin mahiyetine uygun olduğu ölçüde yararlandırılması gerekir. Bu bağlamda, ulaşım, giyim-kuşam, kitap-kırtasiye, elektrik, su, doğalgaz, telefon ve internet harcamaları ile kira ödemeleri için belli ölçüde indirim sağlanmalıdır. İşveren avukatın vergiye tâbi geliri hesaplanırken dikkate alınan giderlerin belli ölçüde yanında çalışan avukat için de geçerli olmalıdır. Ancak, giderlerin matrahtan düşülebilmesi için işe ilişkin, gerçek ve belgeye dayalı olması şarttır.

Ç. Artan Oranlı Tarife⁶⁵

1. Genel Olarak

Artan oranlı tarife, vergi matrahı arttıkça, bu matraha uygulanacak oranların da yükselmesini ifade etmektedir. Vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımının sağlanması araçları arasında yer aldığı düşünülen *artan oranlı tarife*, vergilendirmenin adalete uygun yapılmasının değil, gelir ihtiyacının giderilmesinin bir aracıdır. Az kazananın az, çok kazananın çok vergi alınması, vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımını sağlamaktadır. Buna karşılık, az kazananın az, çok kazananın *daha çok* vergi alınması anlamına gelen artan oranlı tarifenin ise, adalete uygun vergilendirme ile doğrudan bir

⁶⁵ Artan oranlı tarife hakkında geniş bilgi için bkz. **Erginay**, s. 72-76; **Nadaroğlu**, s. 264-268; **Akdoğan**, Kamu Maliyesi, s. 249-257; **Erdem-Şenyüz-Tatlıoğlu**, s. 205-209; **Mutluer-Öner-Kesik**, s. 207-213; **Ertürk Atabey**, s. 79-90; **Şen-Sağbaş**, s. 251-260; **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 178-185.

ilgisi bulunmamaktadır. Çünkü, artan oranlı tarife gereği gibi uygulanmamakta, uygulanamamaktadır. Kaldı ki, *gelir ve servet dağılımı adaletsizliklerinin* giderilmesinde vergilerden çok kamu harcamalarının daha etkili bir araç olduğu kabul edilmektedir.

Malî güce göre vergilendirme ilkesine, kanun koyucuyu artan oranlı tarifeyi benimsemeye ve muhafaza etmeye mecbur ettiği yönünde bir anlam yüklenemez. Başka bir deyişle, *malî güce göre vergilendirme ilkesinin Anayasada yer almasının* böyle bir sonucu bulunmamaktadır. Kaldı ki, *malî güce göre vergilendirme ilkesinin Anayasada yer almaması*, önemli bir noksanlık da oluşturmaz. Çünkü, *vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımına* vurgu yapılması, onun bir uygulama şekli-aracı olan *malî güce göre vergilendirme ilkesini* de kavramakta ve kapsamaktadır. *Malî güce göre vergilendirme ilkesinin* var olması halinde de artan oranlı tarifieden başka bir oran yapısının (*tek-düz oran, flat tax*) kabulüne herhangi bir engel yoktur.

Vergilendirmede artan oranlı tarife uygulanması, vergi sisteminin daha karışık/karmaşık hale gelmesine sebep olduğu, vergi uyumunu güçleştirdiği, vergi kayıp ve kaçığına yol açtığı, herkese eşit olarak uygulanmadığı için tek oranlı vergilemenin benimsenmesi ve gerekirse oran farklılaştırılması yoluna gidilmesi gerektiği gibi gerekçelerle eleştirilmektedir.

2. Eleştirisi

Artan oranlı tarifenin malî güce göre vergilemenin/vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımının mutlak belirleyicisi olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Nisbî vergileme, âdil vergilemedir. Maktû vergilemenin âdil olmadığı muhakkaktır. *Artan oranlı tarife*, uyulması ve uygulanması zor bir vergilendirme sürecine kaynaklık etmekte; kayıp ve kaçığına sebep olmaktadır. Şüphesiz, tek oranlı/nisbî vergilerde de kayıp ve kaçık olması mümkün ve muhtemeldir. Ancak, tek oranlı vergide kayıp ve kaçık eğilimi ve ihtimali daha düşüktür.

Artan oranlı tarife *az kazananadan çok, çok kazananadan az* vergi almanın aracıdır. Vergilendirmede adalet malî güce göre vergi ödenmesini gerektirir. Malî gücü farklı olanların farklı vergi ödemesini maktu değil, nisbî vergi uygulaması sağlayabilir. Artan oranlı tarifeye göre vergilendirmenin yapılmadığı, yapılmadığı bilinen bir gerçektir. Bu tarife, düşük gelirler için uygulanan bir tarife olmaktan öte pek bir anlam ifade etmemektedir. Bu tespiti itiraz edenler olduğunu biliyorum. Ancak, onlarca yıldır uygulanan artan oranlı tarife sayesinde vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımına katkısının

olduğuna, gelir ve servet dağılımında adaletsizliğe engel olunduğuna ya da bu adaletsizliğin azalmasına katkıda bulunduğuna rastlanılmamıştır.

Artan oranlı tarife yüzünden özellikle düşük gelir sahiplerinin mağduriyetleri artmaktadır. Çünkü, belli bir süre sonra tarifenin ikinci-üçüncü basamağında yüksek vergi oranı uygulanmak suretiyle kişilerin kullanılabilir gelirleri nominal olarak azalmaktadır. Oranlar karşısında yer alan matrah büyüklüklerinin *yeniden değerlendirme* oranında yükseltilmesi gerekirken bunun yapılmaması artan oranlı tarifenin düşük gelirler için bir başka olumsuz etkisidir. Bu gelir azalmasına bir de enflasyon yüzünden satın alma gücünde meydana gelen eksilme eklenince *çifte kavrulmuş* bir mağduriyet yaşanmaktadır. *Tek-düz oran* uygulanması halinde en azından kişinin gelirinde aylar itibarıyla nominal bir eksilme olmayacaktır. Enflasyonun satın alma gücünde ortaya çıkardığı mağduriyetin ise, makûl, hakkaniyete uygun ücret artışları ile telâfi edilmesi mümkündür.

Artan oranlı tarifeye uyulup uygulanamaması bir yana maalesef varlığı bile geliri vergilendirmenin karışık/karmaşık hale gelmesine sebep olmaktadır. Nitekim, beyan edilmesi gereken-gerekmeyen; toplama yapılan-yapılmayan; farklı oranda vergilendirilen gelirlerin varlığı hep artan oranlı tarifenin bir gereği ve sonucu olarak sistem karışık/karmaşık hale gelmektedir. Bu sebeple, amaca hizmet etmeyip bilakis amaca ulaşmaya engel oluşturan böyle bir uygulamanın sona erdirilmesi gerekir. Matrahın hesaplanmasını, verginin ödenmesini kolaylaştıran tek/düz oran uygulanması yoluna gidilmelidir. Gerekirse, gelir-kazanç türleri bakımından farklılaştırılmış oran uygulaması tercih edilebilir.

Artan oranlı tarife mi, azalan oranlı vergi yükü mü sorusunun sorulması gerekir. Bir vergilendirmede artan oranlı tarife ile adalet efsanesi sadece yanılsamadır. Belli bir orandan sonra gelirin-servetin tamamının kamuya geçirilmesi söz konusu olmadığı müddetçe görünüşte bir fazla-yüksek oranlı vergilendirme serabı yaşanmaktadır. Çünkü, belli bir orandan sonra tek oranlı bir vergilendirme yapılmaktadır. Bu yüzden artan oranlı tarife azalan oranlı bir vergi yüküne sebep olmaktadır. Bu etkisi sebebiyle vergi adaletinin değil, aksine gömülü-gizli-gizlenmiş bir vergi adaletsizliğinin aracıdır. Bunun hesaplanması mümkündür.

Tarife basamağının son oranından ucu ucuna vergilendirilen kişinin vergi yükü ile o orandan vergilendirilmiş olan, fakat geliri-serveti çok yüksek olan kişinin nihai vergi yükü oranı daha düşük olacaktır. Artan oranlı tarifeye göre, hiç kimse gelirin-servetinin vergilendirildiği oranda bir vergi yükü taşımamaktadır.

Taşınan vergi yükü eksiksiz vergilendirme yapılsa bile, indirim ve istisnalar sebebiyle gelirin-servetin tamamına oranlandığında daha düşük oranlı bir vergi yükü haline geldiği görülmektedir. Bu sebeple, artan oranlı tarife ile geliri-serveti çok olanların daha fazla oranda vergi verdiği iddiası gerçeği yansıtmamaktadır. Daha fazla vergi verdikleri doğrudur. Miktar/tutar ile oran farklıdır. Oran adaletin aracıdır, göstergesidir; eşit muamelenin işaretidir.

Türkiye’de uygulanmakta olan *gelir vergisi tarifesi*, düşük gelir sahiplerini değil, yüksek gelir sahiplerini korumaktadır. Bu durum, ücret gelirlerinin vergilendirmesinde daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Çünkü, düşük ücret geliri elde edenler için diğer gelir sahiplerinden farklı bir oran uygulaması yapılmazken ücretin belli tutarı aşması halinde ücret geliri tarifesinde *uzunluk farkı* genişletilmiş bulunmaktadır. Yıllardır uygulanmakta olan artan oranlı tarifenin bu zamana kadar gelir ve servet dağılımında adaleti sağlamadığı ortada iken hala uygulanmasında ısrar edilmesini anlamak mümkün değildir. Haksız, adaletsiz, kayıp ve kaçağa yol açan bir artan oranlı tarifeden olumlu bir sonuç beklemek ya cehaletin ya da ihanetin eseridir.

Kayıp ve kaçağı meşrû hale getirmemenin en önemli aracı vergi yükünün/oranın makûl seviyelerde olmasıdır. Katlanabilir/taşınabilir bir oranın varlığı kayıt dışına çıkmayı kısmen azaltabilir. Gelirin *artan oranlı* bir *tarife* ile vergilendirilmesinden vazgeçilmesi halinde, kayıp ve kaçağın bir kısmı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Çünkü, yüzde 85-95’i kaynaktan tevkif yoluyla tahsil edilen gelir vergisinde *düz-tek oran* uygulanması halinde ödenmiş vergi için tekrar beyanda bulunma ihtiyacı olmayacaktır. *Gelir birleştirilmesi*, *beyan edilecek-beyan edilmeyecek gelir* ayrımı olmayacağından aynı büyüklükte gelir elde etmiş ve kaynaktan tevkif yöntemi ile vergisi tahsil edilmiş olan kişiler aynı oranda-tutarda vergi yükü taşımış olacaklardır. Çünkü, bu yolla *beyan eden-etmeyen*, *beyan dışı kalan-kalmayan* farklılaşması sona erecektir. Bu yöntem *malî güce göre vergilendirme-vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımı ilkesinin* de daha uygulanabilir hale gelmesini sağlayacaktır.

D. İstisna, Muafiyet ve İndirimler⁶⁶

Vergi kolaylıkları da denilen *istisna*, *muafiyet* ve *indirimler* sosyal, iktisadî, siyasî ve malî sebeplerle kabul edilmektedir. Bunlar sayesinde bazı

⁶⁶ İstisna ve muafiyetler hakkında geniş bilgi için bkz. **Erginay**, s. 72-76; **Nadaroğlu**, s. 264-268; **Akdoğan**, Kamu Maliyesi, s. 160-162; **Ertürk Atabey**, s. 97-99; **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 173-175.

konuların ve kişilerin vergi dışı kalması; matrahların küçülmesi sağlanmaktadır.

İstisna, vergi kanunu hükümleri kapsamında vergilendirilmesi gereken *belirli konuların* aynı kanun ya da başka bir kanun hükmüne göre kısmen veya tamamen, geçici veya süresiz bir şekilde vergi dışı bırakılmasıdır. Buna *objektif vergi sınırlandırılması* denilmektedir⁶⁷.

Muafiyet, vergi kanunlarına göre kendileri için vergi borcunu doğuran olay gerçekleşmesine rağmen, aynı kanun ya da diğer kanunlar ile belirli kişilerin, kişi gruplarının ya da kurum ve kuruluşların vergi mükellefiyeti dışında bırakılmasıdır. Bu vergi kolaylığına da *sübjektif vergi sınırlandırılması* denilmektedir⁶⁸.

İndirim, iktisadî, malî, siyasî, sosyal, çevre vb. sebep ve amaçlarla vergi matrahında yer alması gereken gelirden belli tutarın hesaba dahil edilmemesidir. *En az geçim indirimi, yatırım indirimi, engellilik indirimi* gibi uygulamalar buna örnek oluşturmaktadır.

İstisna, muafiyet ve *indirimden* yararlanan kişiler vergi yükünü ya hiç taşımamakta ya da daha az taşımaktadır. Yararlananlar için *vergi kolaylığı* sağlayan istisna, muafiyet ve indirimler başka kişilerin daha *ağır vergi yükü* ile muhatap olması sonucunu doğurmaktadır.

Vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımının sağlanması bakımından *istisna, muafiyet* ve *indirimlerin* azaltılması ve tek tipleştirilmesinde yarar vardır. Çünkü, bunlardan yararlanma çoğu zaman tamamen vergi dışı kalma sonucunu doğurabilmektedir. Yüksek iktisadî değere-varlığa sahip olan kişi ve işletmelerden bazıları istisna ve indirimler sayesinde hiç vergi ödememektedir. Nitekim, istisna ve indirimler sayesinde kurumlar vergisi ödemesi gerekmeyen bir şirketin ortağının ya da ortaklarının gelir vergisi rekortmeni olması bunun bir göstergesidir. Bu kişiler şahıslarına ait bir gelirin vergisini değil, başkalarının ödediği fazla verginin kendilerine tahsis edilen kısmının bir bölümünü geri ödemektedir. Bunun *gelir ve servet dağılımı adaletsizliğine* sebep olduğu açıktır. “*Piyasayı Piyasa desteklemeli; Devlet düşük geliri korumalıdır*” (ykk).

⁶⁷ Bkz. **Erginay**, s. 45; **Nadaroğlu**, s. 243; **Akdoğan**, Kamu Maliyesi, s. 161; **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 173.

⁶⁸ Bkz. **Erginay**, s. 45; **Nadaroğlu**, s. 243; **Akdoğan**, Kamu Maliyesi, s. 161; **Karakoç**, Kamu Maliyesi, s. 174.

İstisna, muafiyet ve indirim hallerinin olabildiğince sınırlandırılması şarttır. Çünkü, her vergi kolaylığı bir vergi harcamasıdır. Her vergi harcaması da vergi yükünün bazı konu ya da kişiler için hafifletilmesi karşılığında başka konu ve/ya da kişilerin vergi yükünün artması, adaletten uzaklaşılması anlamına gelmektedir.

X. ASGARÎ KURUMLAR VERGİSİ ÖNERİSİ⁶⁹

Türk Vergi Sisteminde yaygın olan, fakat çoğu gereksiz ve amaca elverişsiz muafiyet, istisna ve indirimler sayesinde bazı kurumların kazanç sağlamış olmasına rağmen vergi borcu doğmadığı bilinen ve eleştirilen bir husustur. Dar ve sabit gelirlilerden artan oranlı tarife göre vergi tahsil edilirken, kazancı olmasına rağmen bazı kurumların vergi borcu doğmaması vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımı ve malî güce göre vergilendirme ilkelerine açıkça aykırıdır. Bu kurumlardan almaktan vazgeçilen verginin başkalarının vergi yükü artışına sebep olduğu açıktır. Daha çok dolaylı vergiler aracılığıyla toplandığı için bu yükün taşıyanı dar ve sabit gelirlilardır. Vergi borcu doğmayan bir kurum ortağı ya da ortaklarının gelir vergisi rekortmeni olması bu çarpık hali açıkça göstermektedir. Bu haksızlığa, adaletsizliğe bir çözüm bulunması şarttır.

Özellikle ve öncelikle kurumlar vergisi mükelleflerinden istisna ve indirimler yapılmadan önceki matrahları üzerinden bir vergi talep-takip ve tahsil edilmesinde yarar vardır. Vergi kanunlarında böyle bir vergiye ilişkin düzenleme olmadığından bazı kişi ve kurumlar muafiyet, istisna ve indirimler sayesinde ya hiç vergi ödememekte ya da çok düşük oranda vergi ödemektedir. Bu yüzden vergi yükü âdil ve dengeli dağıtılmadığından gelir ve servet dağılımı adaletsizliği oluşmaktadır. Başka bir deyişle, gelir ve servet dağılımı adaletsizliğine çare olması gereken vergilendirme bilakis sebep olmaktadır.

Kurumlar Vergisi mükellefleri için *istisna ve indirim* öncesi bir *asgarî kurumlar vergisi*nin hesaplanmasından sonra kalan kurum kazancı üzerinden *istisna ve indirimlerin* uygulanması şarttır. Bu yolla, kazancı olan her kurumun asgarî (%5) oranında bir vergi ödemesi sağlanmalıdır. Kalan kurum kazancı üzerinden istisna ve indirimler hesaplandığında matrah çıkmaz ise,

⁶⁹ *Küresel asgarî kurumlar vergisi, millî-dahilde asgarî kurumlar vergisi* düzenlemesinden önce dile getirilmiş olan asgarî kurumlar vergisi önerisini bu metin içinde muhafaza etmenin uygun olduğu düşünülmektedir. Dahilde asgarî kurumlar vergisi önerisi için bkz. **Karakoç**, Ek Kurumlar Vergisi, s. 82-83.

asgari kurumlar vergisi dışında ayrıca *kurumlar vergisi* ödenmesi söz konusu değildir. Matrah çıkması halinde ise, %25 oranında genel *Kurumlar Vergisi* alınması yoluna gidilmeli ve önceden hesaplanan *asgarî kurumlar vergisi* ile bu tutar toplanmak suretiyle ödenecek olan *toplam-nihaî vergi* talep-takip ve tahsil edilmelidir.

Asgarî kurumlar vergisinin belirtilen şartlarla uygulanması halinde, kurum kazancı olan her kurumun *asgarî bir vergi* ödemesi sağlanacak; kurum kazancı olanlar içinde *indirim* ve *istisnalar* sayesinde hiç vergi ödemeyen kurum kalmayacaktır.

Yapılan son düzenleme ile yurt içinde de kurumlar için *asgarî kurumlar vergisi* ihdas edilmiştir (KVK.m.32/C). Ancak, getirilen istisnalar sayesinde *asgarî kurumlar vergisi* yükümlülüğünün sınırlı kaldığı; bazı kurumların bu vergiyi ödemesi gerekmediği görülmektedir.

Asgarî kurumlar vergisi yanında kurumlara ve özellikle halka açık şirketlere dağıtılabilir kârını belli oranda dağıtması mecburiyeti getirilmedi. Dağıtılan kâr payının beyan edilmesi gerekmesizin tek-düz oranlı gelir vergisi stopajı yapıp ertesi ayın yirminci günü sonuna kadar vergi dairesine yatırılması sağlanmalıdır. Vergi idaresi sisteminde mükellef kaydı olanların en az geçim indiriminden yararlanmadığının tespiti halinde en az geçim indiriminden yararlandırmak suretiyle stopaj yapılmalıdır.

Asgarî kurumlar vergisi ile *kâr payı dağıtımı* ve *stopaj* uygulamasına ilişkin düzenleme ve uygulamanın bir ya da birkaç yıl süre ile vergi gelirlerin azalmasına sebebiyet vermek gibi olumsuz etkileri olabilir. Sonrasında istikrarlı bir sistem kurulursa, bu olumsuz etkiler sona erecektir. Aksi halde, mevcut systemsizlik devam edecektir. Her yıl birkaç kere reform yapılacağı söylenip durulur. Adaleti sağlayacağınız sözleri ve taahhütleri hep boşa çıkar. “*Yalan ile gerçek; yanlış ile doğru bir arada bulunamaz*” (ykk).

XI. TEK ORANLI VERGİ ÖNERİSİ⁷⁰

Son yıllarda ülke içinden ve dışından çok sayıda *İktisatçı* ve *Maliyeci* tarafından ısrarla *artan oranlı tarife* üzerinden vergilendirme yapılması konusunda açıklamalar yapmaktadır. Oysa, malî güç sayılan ve

⁷⁰ Tek-düz oranlı vergi hakkında geniş bilgi için bkz. ve karşı. Coşkun Can **Aktan**/Dilek **Dileyici**, “Vergi Tarifelerinde Değişim: Artan Oranlı Vergilerden Düz Oranlı Vergilere”, (Coşkun Can **Aktan**, Vergi Cilt-I: Vergi Teorisi, Vergi Politikası, Normatif Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 115-137).

vergilendirilen iktisadî değerlerin *tek oranlı* bir vergiye tâbi tutulmasının hem vergi gelirlerinde artış sağlaması hem de gelir ve servet dağılımında adaletsizlikleri kalıcı hale getirmemesi ve derinleştirmemesi, hatta azaltması mümkün ve muhtemeldir.

Öncelikle gelirin vergilendirilmesinde artan oranlı tarifenin amaca hizmet etmediği bilinen bir gerçektir. Nitekim, *Gelir Vergisi Kanunu*’nda ücret gelirlerine çok sayıda farklı oran uygulanmaktadır. Her bir gelir ve kazanç türü için tanınan istisna, muafiyet ve indirimler dikkate alındığında, artan oranlı tarife daha çok kaynakta kesme yöntemi ile vergisi tahsil edilen kesimlere uygulanmakta ve onunla sınırlı kalmaktadır. Bu itibarla, artan oranlı tarife bağımlı çalışanın tarifesi gibidir. En ağır ve olumsuz etkisi dar ve sabit gelirliler tarafından hissedilmektedir.

Harcamalardan alınan vergilerde kural olarak tek oran uygulanmaktadır. Ancak, mal ve hizmet gruplarına ilişkin olarak oluşturulan listeler için farklı oranlar belirlenmektedir. *Farklılaştırılmış oran* uygulaması, yararlanılan mal ve hizmetin niteliğine, yararlananın dolaylı olarak malî durumuna uygun bir tercihtir.

Servet vergilerinde ise, *karışık/karmaşık* bir oran yapısı söz konusudur.

Vergi sisteminde *reform* yapılacağıнын yüksek sesle telaffuz edildiği bu günlerde, yine *basit, anlaşılır, tabana yayılı, âdil bir vergi* sisteminden söz edilmektedir. Bu zamana kadar *reform* diye sunulan düzenlemelerin *reform* olmadığı; basit ve anlaşılır olmaktan uzak; ömrünün kısa, dar ve sabit gelirliler üzerinde *vergi yoğunlaşması*na sebep olduğu; üst gelir gruplarına ve kurumlara *ek vergi kolaylıkları* sağlandığı bilinen gerçeklerdir. Özellikle katma değer vergisi ile vergi tabana çökmüş vaziyettedir. Önemli olan, verginin alana ve tavana yayılmasıdır.

Artan oranlı tarifeye bağlı vergilendirmeden vazgeçilmediği müddetçe basitlik ve anlaşılabilirlikten söz edilemez. İstisna, muafiyet ve indirimlerden arındırılmayan bir yapının alana ve tavana yayılması mümkün değildir. Bu sebeple, *tek oranlı* bir vergilemenin benimsenmesi şarttır. İşin mahiyeti ve şartlar dikkate alınarak farklılaştırılmış oran uygulaması mümkün ve muhtemeldir.

Tek oran sadece gelirin vergilendirilmesinde değil hem harcamalardan hem de servetten alınan vergilerde de geçerli olmalıdır.

Vergilendirmede *tek oran* uygulaması hem mükellefler hem de idare bakımından çok yönlü kolaylık sağlayacaktır. Verginin hesaplanması ve takibi

kolay, verimliliği yüksek olacaktır. Bir yandan düzenlemeden diğer yandan uygulamadan kaynaklanan farklılıklar yüzünden aynı malî güce sahip olanların farklı oranlarda vergi yükü taşımalarının önüne geçilebilecektir.

GENEL DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Kamunun-Devletin olağan dönemler için gelir ihtiyacının gerçeğe yakın ve samimi olarak tespit edilmesi şarttır. Bu tespit, şüphesiz yaklaşık bir takdiri ifade etmektedir. Ortalama bir gelir ihtiyacı esas alınmak suretiyle bir *yükümlendirme süreci*⁷¹ izlemek gerekir.

Tek kaynaktan vergi alınmasının mümkün ve uygun olmadığı dikkate alınarak toplam vergi yükünün farklı kaynak ya da aşamada âdil ve dengeli dağıtımının yapılması şarttır. Dağıtım yapılması mümkün ve muhtemel kaynaklar *gelir*, *harcama* ve *servettir*.

Yeni ihdas edilen her verginin/malî yükümlülüğün *Gereğçeleri* arasında *gelir ve servet dağılımı adaletsizliğini gidermek* ifadelerine yer verilmektedir. Buna rağmen, günümüzde ve ülkemizde vergi öncesi gelir ve servet dağılımı adaletsizliğini azaltma etkisine sahip hiçbir vergi düzenlemesi ve uygulamasından söz etmek mümkün değildir. Çünkü, vergiler aracılığı ile gelir ve servet dağılımı adaletsizliğinin azaltılmasından söz ederken tam tersi sonuçların doğduğu bilinmektedir.

Vergi gelirlerinin

- *yüzde kırkının gelirden alınan vergilerden;*
- *yüzde ellisinin harcamalardan alınan vergilerden;*
- *yüzde beşinin servet vergilerinden;*
- Geri kalan *yüzde beşinin* de diğer gelir kalemlerinden oluşması uygun ve mümkündür.

Gerçek kişilerin ve kurumların gelirinden-kazancından vergi gelirlerinin toplamının yüzde kırkını talep-takip ve tahsil etmeyi amaçlamak ve bu amaca ulaşmaya gayret etmek gerekir. Bu oranın altına düşülmesi halinde, diğer vergilerin yükünün artması; mevcut oranların üstüne çıkılması halinde de diğer vergi gelirlerine ihtiyacın azalması sonucunun doğması mümkündür.

⁷¹ Yükümlendirme süreci hakkında geniş bilgi için bkz. **Karakoç**, Kamu İcra, s. 42-47.

“*Bulduğun gibi bırak*” yaklaşımına uygun davranılması halinde, gelir ve servet dağılımında var olan ilişkinin, dengenin vergilendirmeden etkilenmeden varlığını sürdürmesi mümkündür. Oysa, yapılan düzenleme ve uygulamalar yoluyla vergilerin gelir ve servet dağılımına açık-net etki yapması istenmektedir. Bu yüzden vergi öncesi denge de bozulmaktadır.

Malî gücün unsurları olarak kabul edilen *gelir, harcama* ve *servetin* vergilendirilmesini birlikte ve uyumlu bir şekilde yapmak suretiyle *vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımını* sağlamak mümkündür. Bu üç unsurdan sadece birisinden vergi alınması halinde, kamu hizmetleri için ihtiyaç duyulan gelirin temininde yetersiz kalınması kaçınılmazdır. Bu sebeple, gelirin elde edilmesi, harcamanın yapılması ve servetin iktisabı ve varlığı vesilesiyle vergi alınması yoluna gidilmektedir.

Doğru-dürüst oluşturulan sistemin doğru-dürüst uygulanması-işletilmesi halinde verimliliğinin yüksek olması muhakkaktır. Her bir kaynaktan elde edilen vergi gelirleri dikkate alınarak zaman içinde ayarlama-uyarlama yapılması mümkündür.

Malî gücü olan hiç kimsenin ve/ya da kurumun vergi ödemekten kaçınması ve/ya da kurtulması mümkün olmamalıdır. *Vergi ödemek, bir insanlık-vatandaşlık ödevidir.* Çünkü, bir Devletin ülkesinde yaşayan kişilerin, faaliyette bulunan işletmelerin yararlandıkları kamu hizmetleri ödenen-tahsil edilen vergiler sayesinde gerçekleştirilebilmektedir.

Vergi yükünün âdil ve dengeli dağıtılmasının sağlanması halinde gelir ve servet dağılımında adaletsizlik en azından vergilendirme yüzünden daha fazla derinleşmeyecektir. Titiz bir düzenleme ve uygulama sayesinde bu adaletsizliğin azaltılması bile mümkündür. Ancak, mevcut düzenleme ve uygulama gelir ve servet dağılımında adaletsizliği desteklemektedir. Çünkü, daha çok vergi ödemesi gerekenlerin istisna ve indirimlerden yararlanması sayesinde vergi yükleri hep düşük kalmaktadır.

Vergi sistemi bir bütün olarak dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede gelirin, harcamanın ve servetin vergilendirilmesini hep birlikte değerlendirmek gerekir. Bu vergilerin birbiri arasında otokontrol sistemi oluşturulmalıdır.

*Vergilemede adalet*e ulaşmak için kabul edilen araçların elverişsiz olduğu muhakkaktır. Nitekim, *ayırma kuramı-yaklaşımı* ve *artan oranlı tarife* vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımının aracı olmaktan uzaktır. Çünkü, her ikisinde de öncelikle ve özellikle düzenleme eksikliği ve uygulama yanlışlığı bulunmaktadır.

Vergi kanunlarında yer alan vergi kolaylıklarını sınırlandırmak, belli bir düzene koymak ve benzer hale getirmek şarttır. Bir mükellef ya da mükellef kesimi için yüksek oranlı/miktarlı; bir mükellef kesimi için de çok sınırlı kolaylık sağlanması adaletin bizzat en büyük engelleyicisidir. Gelir, harcama, servet vergileri arasında âdil bir denge kurulması şarttır.

Asgarî kurumlar vergisi sayesinde matrahı olup da vergi ödemeyen kurum kalmayacaktır. İstisna, muafiyet ve indirimlerin azaltılması halinde *vergi harcaması* daha az gerçekleşecektir. Her iki uygulamadan sağlanan gelirin önemli bir büyüklüğe ulaşması mümkündür. Bu sağlanan gelir kadar vasıtalı vergilere duyulan ihtiyaç dikkate alınarak oranlarında indirim yapılması gerekir. Bu sayede, vergi gelirleri içinde *vasıtasız vergilerin* ağırlığı artarken *vasıtalı vergilerin* oranının düşmesi muhakkaktır.

Gelir, harcama ve *servet* olmak üzere üç ana kaynağı vergilendiren sistemler *istisna, muafiyet* ve *indirim*lerden arındırıldığında malî gücü olan herkes için *kendiliğinden gelen* bir *adalet*ten söz etmek mümkündür⁷². Bu adaletin mutlak bir adalet olduğundan söz edilemez. *Mutlak adalet*, idealdir. İdeallere ise, ulaşamaz; sadece yaklaşılabılır. Kaldı ki, adaletin ne anlam ifade ettiği; nasıl tesis edilebildiği-edilebileceği konusunda bir mutabakattan da söz edilemez. *Adaleti menfaat dengesi*; âdil vergilendirmeyi de vergi yükünün dengeli dağılımı olarak ifade etmek mümkündür.

Bütün bu anlatılanlara rağmen ve bağlı olarak yine de bu üç kaynaktan alınan vergilerle oluşan nisbî bir âdil dağılımın sağlanması mümkündür. Bu bağlamda, *kendiliğinden gelen/oluşan adalet*in varlığını kabul etmek gerekir. Nitekim, gelir aşamasında vergi dışı kalan harcama aşamasında vergilenmektedir. Harcama fazlasını servete dönüştürenlerin, *gelir, harcama* ve *servet vergisi* ödemesi suretiyle malî güce göre vergilendirme önemli ölçüde sağlanmış olmaktadır. Bu *kendiliğinden oluşan dağılımın/adalet*in düzgün düzenleme, uygun uygulama yoluyla muhafaza edilmesi şarttır.

Verginin adaletinden değil, *vergi sisteminin adaletinden* söz etmek gerekir. *Toplam adalet*⁷³, tüm vergilerin toplanması sonucunda ortaya çıkan adalettir. Tek başına gelir, harcama, servet esas alınarak bir vergi sisteminin adaletinden söz edilemez. Hatta, sadece vergiler esas alınarak da vergi

⁷² *Kendiliğinden gelen adalet* teriminin kullanımı hakkında bkz. **Karakoç**, Vergi Adaleti, s. 255 vd.

⁷³ *Toplam adalet* kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Yusuf **Karakoç**, “Hukukun Adaleti: Hakkaniyet”, (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 28. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2019, s. 251-260).

sisteminin adaletinden söz edilmesi mümkün değildir. Çünkü, kişilerin değişik ad ve nitelikte başka malî yükümlülükleri de vardır. Yılın-dönemin sonunda bütün bu yüklerin toplanması halinde adalete yaklaşıp yaklaşılmadığını tespit etmek mümkün ve gereklidir.

Bir vergi sisteminin adaleti sadece bir vergi üzerinden sorgulanamaz. Nitekim, vergi gelirleri içinde harcama vergilerinin payının yüksek olması, Devletin gelir ihtiyacının bir sonucudur. Gelir vergilerinin hâsılatının yüksek olması halinde, gelir ihtiyacı azalacağından harcama vergilerinin oranının da düşmesi mümkün ve muhtemeldir.

Gelir ve servet dağılımında adaletin sağlanmasına ve adaletsizliğin azaltılmasına ancak ve yalnızca âdil bir vergi sisteminin katkıda bulunması mümkündür. Ancak, sloganlardan medet ummamak gerekir. *Don't say, do it* (İngiliz Atasözü).

İnsanların aynı iktisadî ve sosyal imkânlarla sahip olması ne mümkün ne de gereklidir. Ancak, toplumların huzurlu, mutlu yaşayabilmesi için, fertlerin eşit haklara ve fırsat eşitliğine sahip olması şarttır.

Vergisiz devlet düşünülemez. Vergi *zarurî fenadır*. Bu *zarurî fenayı daha fena* hale getirmeyen düzenleme, uygulama ve yargılama yapmak gerekir.

Servetin iktisabı-intikali ve varlığına bağlı olarak alınmakta olan vergilerin gerçek değerler üzerinden ve makul oranlarda uygulanması şarttır.

Tapu harçları düşürülmeli ve tapu kayıtları rayiç değerlere yükseltilmelidir. Belediyeler bu değerler üzerinden emlak vergisi talep-takip ve tahsil etmelidir.

Emlak vergisinin oranı düşük tutulmalıdır. Vergi değeri, gerçek-rayiç değerlere yükseltilmiş olan beyan değerleri üzerinden düşük oranda alınan verginin şu an tahsil edilmekte olan vergiden daha fazla olacağı muhakkaktır.

Kira bedeli kiraya verilen gayrimenkulün tapudaki değerinin %5'inden fazla olmamalıdır. 5 Milyon Türk Lirası değerindeki bir dairenin yıllık kirası en fazla 250 Bin Türk Lirası olabilmelidir. Bunun ancak %10'u kadar bir fazlalık kabul edilebilir olmalıdır. Kira uyuşmazlıklarında alacağı-isteyeceği kira bedelini artırmak isteyen kişinin gayrimenkulün tapudaki-belediyedeki değerini yükseltmesi gerekmektedir. Bu sayede gayrimenkullerin beyan-kayıtlı değeri rayiç değer ile uyumlu hale gelecektir. Bu değerlere bağlı olarak, intikallerde tapu harcı alınacak; mülkiyeti devam ettiği sürece belediyeler bu değer üzerinden emlak vergisi, veraset ve intikal vergisi de yine bu değerler

esas alınarak talep-takip ve tahsil edilecektir. Bu sayede memlekette vergi ve harç gelirleri artacaktır; kira uyuşmazlıkları azalacaktır. Yine bu sayede vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımına katkıda bulunulacaktır. Çift işlemler, haricî ödemeler, kayıt dışı kalmış gelirler azalacak; vergi kayıp ve kaçığında önemli düşüşler yaşanacaktır. Sistem, daha doğru-dürüst işleyecektir.

Düşük gelirliyi korumak için kabul ve uygulanması gereken en az geçim indiriminin doğru-dürüst tespit edilip uygulanması halinde kişilerin-ailelerin harcanabilir gelirleri artacak; yaşamaları kolaylaşacak ve devletin de vergi gelirleri yükselecektir. Yeter ki, siyasî iktidar doğru-dürüst bir vergi sistemi kurma iradesine sahip olsun. Bir de bildiğini sanan ya da bildiği sanılanlarla değil, hakikaten bilenlerle çalışılsın. Bu zamana kadar yapılanların sonuçları ortadadır. Bilgi ve tecrübeleri sistem kurmaya yetmeyen akıl sahipleri ile doğru-dürüst bir sistemin kurulması ve başarı elde edilmesi mümkün değildir.

Son yıllarda bütün dünyada ve ülkemizde öncelikle çevre kirliliği ve iklim değişikliği merkezli olmak üzere çeşitli konularda çalışmalar yapılmaktadır. *Yeşil vergi, mavi vergi, beyaz vergi, pembe vergi, günah vergisi* vb. sıfatlarla anılan vergiler önerilmekte ve bazıları da uygulanmaya çalışılmaktadır. Bu tür yönlendirici vergiler daha çok ülke sınırlarını da aşan bir etkiye sahip olduğu için bir devletin tek başına vergi ihdas edip uygulaması anlamlı bir sonuç doğurmamaktadır. Şüphesiz *günah vergilerinin, yeşil verginin, mavi verginin* de önerilmesi, incelenmesi ve hatta belli ölçülerde uygulanması gerekir. Ancak, bu tür düzenleme ve uygulamalarla bir vergi sisteminin düzeltilmesi, verimli hale getirilip düzlüğe çıkarılması, aksayan yönlerinin giderilmiş olması mümkün değildir.

Eşitsizlik ve hayat pahalılığı vergilendirmenin bir sonucu değil ise, vergilendirme ile bu sonucun ortadan kaldırılması mümkün değildir. Şüphesiz, bu ülkede vergilendirme yoluyla eşitsizlik oluşturulduğu bilinen bir gerçektir. İşte bu olumsuz durum-sonuç vergilendirme yoluyla engellenebilir. Bu itibarla, *başka sebeplerden kaynaklanan eşitsizlikleri gidermeye kalkmak yerine özellikle ve öncelikle vergilendirme yoluyla eşitsizliklere yol açmamak gerekir.*

KAYNAKÇA*

Kitaplar

AKDOĞAN, Abdurrahman; Gelir Vergisi Açısından Vergi Adaletine Teknik Bir Yaklaşım, (AİTİA. Maliye Fakültesi, Maliye ve Vergi Hukuku Enstitüsü Yayınları No: 137), Anlara 1980, (Vergi Adaleti).

AKDOĞAN, Abdurrahman; Kamu Maliyesi, 23. Baskı, (Gazi Kitabevi), Ankara 2023, (Kamu Maliyesi).

AKSOY, Şerafettin; Kamu Maliyesi, (Filiz Kitabevi), İstanbul 1998.

ATEŞ, Leyla; Vergilendirmede Eşitlik, (Derin Yayınları), İstanbul 2006.

BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda; Gelir Vergilendirmesinin Temelleri, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2011.

BUDAK, Tamer; Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç, (Oniki Levha Yayıncılık), İstanbul 2010.

ÇİMAT, Ali/**ERDAL**, Adnan; Bölüşüm Teorisi Çerçevesinde Asgari Gelir Hakkı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, (Asil Yayın Dağıtım), Ankara 2007.

DURAN, Tark; Yoksulluk, Gelir Dağılımı ve Evrensel Temel Gelir (ETB) Sistemi, (Günce Yayınları), İstanbul 2025.

Derleyenler Ayşe **Buğra**/Çağlar **Keyder** (Çev. İsmail **Çekem**); Bir Temel Hak Olarak Vatandaşlık Gelirine Doğru, (İletişim Yayınları), İstanbul 2007.

EDİZDOĞAN, Nihat/**ÇETİNKAYA**, Özhan/**GÜMÜŞ**, Erhan; Kamu Maliyesi, 10 Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2019.

ERDEM, Metin/**ŞENYÜZ**, Doğan/**TATLIOĞLU**, İsmail; Kamu Maliyesi, Güncellenmiş 18. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2024.

ERGİNAY, Akif; Kamu Maliyesi, 17. Baskı, (Savaş Yayınları), Ankara 2003.

ERTÜRK ATABEY, Selin; Teori ve Uygulamada Ödeme Gücü, (Gazi Kitabevi), Ankara 2016.

GÖK, Özgecan; Gümrük Vergisinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, (Yetkin Yayınları), Ankara 2019.

KARAKOÇ, Yusuf; Kamu İcra Hukuku, (Yetkin Yayınları), Ankara 2016, (Kamu İcra).

KARAKOÇ, Yusuf; Sosyal Maliye, 3. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2024, (Sosyal Maliye 3).

* Dipnotlarda geçen eserler, yazarların soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar Kaynakçada parantez içinde gösterilen kısaltma ile yapılmıştır.

- KARAKOÇ**, Yusuf; Kamu Maliyesi, 4. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2024, (Kamu Maliyesi).
- KIZILTOPRAK**, Özgür; Vergi Adaleti, (Ekin Kitabevi), Bursa 2022.
- MUTLUER**, M. Kâmil/**ÖNER**, Erdoğan/**KESİK**, Ahmet; Kamu Maliyesi, 4. Baskı, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları), İstanbul 2016.
- NADAROĞLU**, Halil; Kamu Maliyesi Teorisi, 8. Baskı, (Beta Yayınları), İstanbul 1992.
- ÖKSÜZ NARİNÇ**, Nihan; Bir Sosyal Politika Aracı Geçmişten Günümüze Evrensel Temel Gelir, (Gazi Kitabevi), Ankara 2023.
- ÖZ**, Sabri; Türkiye’de 1980 Sonrası Maliye Politikaları İle Gelir Dağılımı ve Sosyal Adalet Arasındaki İlişkiler, (Hiper Yayın), İstanbul 2018.
- PIKETTY**, Thomas (Çeviren Hande **Koçak**); Yirmibirinci Yüzyılda Kapital, 5. Bası, (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları), İstanbul 2023, (Kapital).
- PIKETTY**, Thomas (Çeviren Hande **Koçak**); Kapital ve İdeoloji, (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları), İstanbul 2023, (İdeoloji).
- RICARDO**, David (Çev. B. **Zeren**); Siyasal İktisadın ve Vergilendirmenin İlkeleri, (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları), İstanbul 2018.
- SMITH**, Adam (Çev. H. **Derin**); Milletlerin Zenginliği, (Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları), İstanbul 2006, (Milletlerin Zenginliği).
- STANDIG**, Guy (Çev. Ceren **Demirdövdü**), Temel Gelir, (Tellek Yayınevi), İstanbul 2020.
- STIGLITZ**, Joseph (Çeviren Ozan **İşler**); Eşitsizliğin Bedeli, 2. Baskı, (İletişim Yayınları), İstanbul 2014.
- SUSAM**, Nazan; Kamu Maliyesi Temel Kavramlar ve Esaslar, Altıncı Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2025.
- ŞEN**, Hüseyin/**SAĞBAŞ**, İsa, Vergi Teorisi ve Politikası, 5. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2023.
- ŞENER**, Orhan; Teori ve Uygulamada Kamu Ekonomisi, Tıpkı 11. Baskı, (Beta Yayıncılık), İstanbul 2010.
- TURHAN**, Salih; Vergi Teorisi ve Politikası, 7. Baskı, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2020.
- TÜRK**, İsmail; Kamu Maliyesi, 8. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2010.
- ULUATAM**, Özhan; Kamu Maliyesi, 13. Baskı, (İmaj Yayınları), Ankara 2014.
- UYANIK**, Mustafa; Dış Ticaretten Alınan Mali Yükümlülüklerde İdarenin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi, (Adalet Yayınevi), Ankara 2021.
- ÜYÜMEZ**, Mustafa Erkan; Yüksek Mahkemelerin Kararları Işığında Vergilemede Eşitlik İlkesi, (T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları No. 2025), Eskişehir 2010.
- YALTI**, Ayça; Vergi Hukukunda Ayırma Prensibi, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2025.

ZORLU, Süleyman Emre/**ÇATALOĞLU**, Gülen; **AİHS ve Anayasa Hukuku Bağlamında Vergide Adalet İlkesi**, (Adalet Kitabevi), Ankara 2023.

Makaleler

AKTAN, Coşkun Can/**DİLEYİCİ**, Dilek; “Vergi Tarifelerinde Değişim: Artan Oranlı Vergilerden Düz Oranlı Vergilere”, (Coşkun Can **Aktan**, Vergi Cilt-I: Vergi Teorisi, Vergi Politikası, Normatif Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 115-137).

AKTAN, Coşkun Can/**VURAL**, İstiklal Y.; “Gelir Dağılımında Adaletin Sağlanması Açısından Negatif Gelir Vergisi Önerisi”, (Coşkun Can **Aktan**, Vergi Cilt-I: Vergi Teorisi, Vergi Politikası, Normatif Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 153-163).

AYATAR KIZILYAR, Sema; “Anayasa Madde 73, Fıkra 2’nin Bağlayıcılığı”, (Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, Y. 2011, s. 995-1011).

BULUT, Uğur; “Vergi Adaleti İlkesi”, (Editör Yusuf **Karakoç**, Vergi Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler, Yetkin Yayınları, Ankara 2017), s. 255-311.

DEMİRBAŞ AKSÜT, Burcu; “Vergi Hukukunda Sosyal Devlet İlkesi”, (Editör Yusuf **Karakoç**, Vergi Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler, Yetkin Yayınları, Ankara 2017), s. 195-253.

ÇELİKTAŞ TÜRKBAŞ, Özge; “Vergi Adaleti İlkesinin Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet İlkeleri Kapsamında Değerlendirilmesi”, (Editör Yusuf **Karakoç**, Mali Hukuka İlişkin Temel İlkeler (Makaleler), Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 15-55).

ELTİMUR, Dilara; “Vergi Hukukunda Ölçülülük İlkesi”, (Editör Yusuf **Karakoç**, Vergi Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler, Yetkin Yayınları, Ankara 2017), s. 313-389.

KABASAKAL, Öner; “Gelirin Dağılımını Düzenleyen Bir Araç Olarak Negatif Gelir Vergisi”, (Yeni Türkiye, 1995/6, s. 183-188).

KARAKOÇ, Yusuf; “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, 2013, Prof. Dr. M. Polat SOYER’e Armağan, C. II, İzmir 2014, s. 1259-1308), (İlkeler).

KARAKOÇ, Yusuf; “Adaleti-Adil Vergi Sistemi”, (Editör Selçuk **İpek**, Maliye Araştırmaları 2, Ekin Yayınevi, Bursa 2018, s. 167-186), (Vergi Adaleti).

KARAKOÇ, Yusuf; “Hukukun Adaleti: Hakkaniyet”, (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 28. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2019, s. 251-260), (Hakkaniyet).

KARAKOÇ, Yusuf; “Kur Korumalı Mevduat Hesabının Mali Hukuk Açısından İrdelenmesi”, (Editörler Halit **Aker**/Zeynel T. **Kangal**, Prof. Dr. Doğan Şenyüz’e Armağan (Hukuk), Ekin Kitabevi, Bursa 2023, s. 262-283), (Kur Korumalı).

KARAKOÇ, Yusuf; “Ek Kurumlar Vergisinin Anayasaya Uygunluğu Meselesi”, (İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 2023/22, s. 47-86), (Ek Kurumlar Vergisi), (Ek Kurumlar).

- KONUK**, Bahar; “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Vergilendirmede Sosyal Devlet İlkesi”, (Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, Y. 2011, s. 799-833).
- KOPCZUK**, Wojciech; “Bölüşümcü Politikaların Desteklenmesinde Vergilendirme Üzerine Düşünceler?”, (Editörler Olivier **Blanchard**-Dani **Rodrik** (Çeviri: Abdullah Cemal **Balcı**), Eşitsizlikle Mücadele Devletin Rolünü Yeniden Düşünmek, Efil Yayınevi, Ankara 2022, s. 296-305).
- MANKIW**, N. Gregory; “(Zorunluysanız) Zenginlerden Alınan Vergiler Nasıl Artırılır?”, (Editörler Olivier **Blanchard**-Dani **Rodrik** (Çeviri: Abdullah Cemal **Balcı**), Eşitsizlikle Mücadele Devletin Rolünü Yeniden Düşünmek, Efil Yayınevi, Ankara 2022, s. 166-170).
- ÖNCEL**, Türkân; “Gelirin Yeniden Dağılım Politikası Aracı Olarak Negatif Gelir Vergisi”, (İÜ. Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 28. Seri, 1981-1982, İstanbul, s.1-14).
- SABAN** Nihal; “Yeni Yüzyılın Eşiğinde Yeniden Sorgulanan Adalet: Özü Eşitlik, Vergi Adaleti: Özü Vergide Eşitlik”, (Anayasal Mali Düzen, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, 14-16 Mayıs 1998, İstanbul, 2000, s. 65-79).
- SAEZ**, Emmanuel; “Serveti Vergilendirmeli miyiz?”, (Editörler Olivier **Blanchard**-Dani **Rodrik** (Çeviri: Abdullah Cemal **Balcı**), Eşitsizlikle Mücadele Devletin Rolünü Yeniden Düşünmek, Efil Yayınevi, Ankara 2022, s. 184-191).
- SARAÇOĞLU**, Fatih/**DAYIOĞLU ERUL**, Rana; “Servet Vergisinin Tam Zamanı”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 404, Mayıs 2022, s. 13-37).
- STANTCHEVA**, Stefanie; “Neden Daha Fazla Bölüşümü Desteklemiyoruz? Ekonomi Araştırmalarından Yeni Açıklamalar”, (Editörler Olivier **Blanchard**-Dani **Rodrik** (Çeviri: Abdullah Cemal **Balcı**), Eşitsizlikle Mücadele Devletin Rolünü Yeniden Düşünmek, Efil Yayınevi, Ankara 2022, s. 306-313).
- SUMMERS**, Lawrence H.; “Servet Vergisinin Eşitsizlikle Mücadeleye Katkısı Olur Mu?”, (Editörler Olivier **Blanchard**-Dani **Rodrik** (Çeviri: Abdullah Cemal **Balcı**), Eşitsizlikle Mücadele Devletin Rolünü Yeniden Düşünmek, Efil Yayınevi, Ankara 2022, s. 171-183).
- YALTI SOYDAN**, Billur; “Vergi Adaletinde Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları İle Okumak”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 119, Y. 1998, s. 98-118).
- ZUCKMAN**, Gabriel; “Servet Vergisi Uygulanabilir Mi?”, (Editörler Olivier **Blanchard**-Dani **Rodrik** (Çeviri: Abdullah Cemal **Balcı**), Eşitsizlikle Mücadele Devletin Rolünü Yeniden Düşünmek, Efil Yayınevi, Ankara 2022, s. 314-319).

THE LEGAL IMPACTS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON THE SEAWORTHINESS UNDER THE CONVENTION-BASED RULES GOVERNING INTERNATIONAL CARRIAGE OF GOODS BY SEA

Deniz Yoluyla Uluslararası Eşya Taşımayı Düzenleyen Konvansiyon Bazlı Kurallar Tahtında Yapay Zekanın Denize Elverişlilik Üzerindeki Hukuki Etkileri

Prof. Dr. Hakan KARAN*
Ass. Prof. Mustafa YILMAZ**
Berilşah KARAN***

ABSTRACT

In recent years, artificial intelligence (AI) has gained significant traction in the maritime industry, playing a crucial role in areas such as autonomous navigation, voyage optimization and systems for the maintenance and monitoring of vessels. Looking ahead, AI is expected to be integrated into future ship designs. Given its growing influence on the carriage of goods by sea, the legal impacts of AI on seaworthiness under long-established convention-based rules governing the international carriage of goods by sea are of increasing importance.

This study introduces the concept of maritime autonomous surface ships (MASS), along with definitions of various levels of AI utilized in shipping and highlights some pioneering initiatives. It examines the impact of AI on the implementation of convention-based seaworthiness requirements, seeking to address potential questions surrounding the determination of these requirements for MASS

* LLM, PhD, Professor of the Sea and Maritime Law, Head of the Department of the Sea and Maritime Law at Ankara University Law Faculty (karan@ankara.edu.tr) – Director of the Sea and Maritime Law Association (LexMaris) (hakan.karan@lexmaris.org) (ORCID: 0000-0002-7254-6171).

** LLM, PhD, Assistant Professor of the Sea and Maritime Law, University of Liverpool (mustafayilmazz@hotmail.com) (ORCID: 0000-0002-4795-2899).

*** Member & Researcher of the Sea and Maritime Law Association (LexMaris); PhD Candidate at Ankara University Graduate School of Social Sciences (berilsah.karan@lexmaris.org) (ORCID: 0000-0001-5211-039X).

equipped with advanced AI, particularly under the regimes of the Hague Rules 1924, the Hague/Visby Rules 1968/79, and the Hamburg Rules 1978.

Furthermore, the discussion considers the implications of these new technologies on the carrier's liability regarding breaches of the obligation to carry goods on a seaworthy ship, as well as possible exemptions from such obligations. Ultimately, this article explores whether the use of AI will have any legal impact on the international carriage of goods by sea and whether the current interpretations of the convention-based rules are sufficient to encompass these advancements, keeping in mind their primary goal of unifying regulations and safeguarding cargo interests. In light of these considerations, the latter part of this article focuses on the necessity of amending the existing rules.

Keywords: Artificial intelligence, carrier's liability, carriage of goods by sea, Maritime Autonomous Surface Ships (MASS), seaworthiness, The Hague Rules, The Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules.

ÖZ

Son yıllarda, yapay zeka (AI) denizcilik sektöründe artan önemine istinaden ilgi çekmeyi başarmış, otonom seyriüsefer, seyahat optimizasyonu ve gemi bakımı ile izleme sistemleri gibi alanlarda kritik bir rol oynamaya başlamıştır. Gelecekte, yapay zekanın gemi tasarımlarına entegre edilmesi beklenmektedir. Deniz yoluyla eşya taşımacılığı üzerindeki artan etkisi göz önüne alındığında, yapay zeka kullanımı denize elverişlilik üzerindeki hukuki etkileri, deniz yoluyla uluslararası eşya taşınmasını düzenleyen uzun süredir yerleşik konvansiyon bazlı kurallar kapsamında giderek daha önemli hale gelmektedir.

Bu çalışma, deniz yüzeyinde otonom seyreden gemileri (MASS) tanıtmakta, denizcilikte kullanılan çeşitli yapay zeka seviyelerinin tanımlarını ve bazı öncü girişimleri ele almaktadır. Yapay zekanın konvansiyon bazlı denize elverişlilik gereksinimlerinin giderilmesi de çalışmada incelenmekte; özellikle 1924 tarihli Lahey Kuralları, 1968/79 tarihli Lahey/Visby Kuralları ve 1978 tarihli Hamburg Kuralları kapsamında, gelişmiş yapay zeka ile donatılmış MASS hakkındaki düzenlemelerin ne kadar kifayet ettiği sorusuna cevap bulabilmek de amaçlanmaktadır.

Ayrıca, çalışmada bu yeni teknolojilerin denize elverişli bir gemide eşya taşıma yükümlülüğünün ihlaliyle ilgili taşıyanın sorumluluğu üzerindeki etkileri ve bu yükümlülüklerden muafiyet halleri de ele alınmaktadır. Sonuç olarak, bu çalışma yapay zeka kullanımının deniz yoluyla uluslararası eşya taşımacılığı üzerinde herhangi bir hukuki etkisi olup olmayacağını ve konvansiyon bazlı kuralların mevcut yorumlarının, düzenlemeleri yeknesaklaştırma ve yükülgililerin menfaatlerini korumak gibi temel amaçlarını göz önünde bulundurarak bu gelişmeleri kapsamaya yeterli olup olmadığını incelemektedir. Bu hususlar ışığında, çalışmanın son bölümü mevcut kuralların değiştirilmesinin gerekliliğine odaklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yapay zeka, taşıyanın sorumluluğu, deniz yoluyla eşya taşıma, Deniz Yüzeyinde Otonom Seyreden Gemiler (MASS), denize elverişlilik, Lahey Kuralları, Lahey-Visby Kuralları, Hamburg Kuralları.

INTRODUCTION

Artificial intelligence now has a profound impact on our way of life with its implementation in various fields, from education and healthcare to finance and transport. AI prospers the shipping industry, especially with maritime autonomous surface ships (MASS), through its extensive use in autonomous navigation support and voyage optimisation in addition to systems and devices supporting the maintenance and monitoring of ships. With its pearls and pitfalls, introducing MASS will incontrovertibly reshape the transport principles. While minimizing human error and operational costs, MASS necessitate a substantial capital investment, especially during the initial phases of development. Additionally, it introduces new risks and threats, particularly concerning transport safety and security. It is crucial to assess whether current regulations and norms can adequately accommodate MASS or to what extent new standards should be established.

This article aims to examine the legal impacts of artificial intelligence on seaworthiness, specifically under the convention-based rules governing the international carriage of goods by sea. The Hague Regime encompassing the Hague Rules 1924¹ and the Hague/Visby Rules 1968/79 (the Hague Rules as amended by the Visby Protocol 1968² and the SDR Protocol 1979³) and the Hamburg Regime under the Hamburg Rules 1978⁴. Whereas the primary aim of the two regimes is the same—namely, to standardise and unify the legal risks faced by merchants involved in the international carriage of goods by sea while offering protection to cargo interests through convention-based uniform mandatory rules—they have inadvertently become the main source of lack of uniformity. This is due to their slightly differing approaches regarding the

¹ International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, Brussels, 1924, <http://www.admiraltylawguide.com/conven/haguerules1924.html>, (accessed 08/11/2025).

² Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, Brussels, 23 February 1968, <http://www.admiraltylawguide.com/conven/visbyrules1968.html>, (accessed 08/11/2025).

³ Protocol Amending the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading (25 August 1924, as Amended by the Protocol of 23 February 1968), Brussels, 21 December 1979, <http://www.admiraltylawguide.com/conven/sdrprotocol1979.html>, (accessed 08/11/2025).

⁴ United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea 1978, <http://www.admiraltylawguide.com/conven/hamburgrules1978.html>, (accessed 08/11/2025).

carrier's liability for loss of, damage to or delay in delivery of the goods carried.

According to Article 3 of the Hamburg Rules, these Rules should be interpreted with consideration for their international character and the necessity to promote uniformity, particularly in light of their current significance amid ongoing economic, social and technological changes. Any proposal to amend the Rules could disrupt the balance of interests that has been carefully established after extensive discussions among conflicting parties leading to their adoption. As a result, there has been a hesitance to propose revisions. Instead, it has been suggested that the Rules be interpreted within their modern contexts unless advancements in technology, including artificial intelligence, necessitate changes in the interest of justice.

The implementation of artificial intelligence in the shipping industry necessitates a thorough examination to determine its potential legal impacts on the international carriage of goods by sea. It is also essential to study whether the existing framework of the Rules is sufficiently broad to encompass such advancements, considering their primary objective of unifying domestic rules and safeguarding the cargo interests.

In light of this context, the remainder of this article will focus on the necessity for amending the Rules.

I. MARITIME AUTONOMOUS SURFACE SHIPS (MASS) EQUIPPED WITH ARTIFICIAL INTELLIGENCE TECHNOLOGIES

A. The Conceptual and Terminological Difference

There is currently no universally accepted term or title among authors for the new generation of unmanned ships, whether in technical or legal contexts. The International Maritime Organisation (IMO) prefers the “*maritime autonomous surface ship*” (MASS) to refer to such new-generation ships.

Nevertheless, the terms “*unmanned ship*”⁵, “*autonomous unmanned ship*”⁶, “*uncrewed/crewless ship*”⁷, “*self-steering ship*”⁸ and “*highly automated ship*”⁹ are also utilised.

MASS and unmanned ships are commonly regarded as synonymous; however, there are significant differences in their meanings and scopes, which lead to their characterisation through distinct elements. The term “*unmanned ship*” draws inspiration from its prevalent use in aviation (*Unmanned Aerial Vehicle/System*, UAV). While a UAV is an unmanned vehicle in the strictest sense, equipped only with specialized equipment and operated remotely or fully autonomously, the situation differs for autonomous ships. Even with a high level of autonomy, current technology and knowledge indicate that there will still be seafarers on board performing tasks beyond just managing the ship.

Terming a ship with a human on board as unmanned gives rise to confusion *per se*. It contradicts the fundamental idea that sprouted autonomous shipping, that is, to reduce human dependence while enhancing automation on such ships. Unsurprisingly, the term “MASS” covers unmanned ships in that, not every autonomous ship is unmanned, but every unmanned ship is autonomous¹⁰. Remarkably, the Comité Maritime

⁵ Hooydonk, E. V.; “The Law of Unmanned Merchant Shipping- An Exploration”, 20/3 *Journal of International Maritime Law* 2014, pp. 403-423; Serdy, A. & Tsimplis, M. & Veal, R.: “The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles”, University of Southampton Institutional Repository, p. 1ff., <<https://eprints.soton.ac.uk/428448/>> (accessed 08/11/2025).

⁶ Burmeister, C. & Bruhn, W. & Rodseth, O. & Porathe, T.: “Autonomous Unmanned Merchant Vessel and its Contribution towards the E-Navigation Implementation: The MUNIN Perspective”, 1/13 *e-Navi* 2014, p. 1.

⁷ Sözer, B.: “Mürettebatsız Gemiler ‘Unmanned Ships’”, in AMASYA S. (ed.): *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: İnsansız Araçlar - Sorumluluk ve Özel Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu* - 2019, İstanbul 2020, pp. 43-59.

⁸ Sözer, B.: “Self-Steering Ships”, 19/2 *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2020, p. 1345.

⁹ Smeele, F.: “Switching off Regulatory Requirements: Flag State Exemptions as a Tool to Facilitate Experiments with Highly Automated Vessels and Their Operational Implementation” in Ringbom, H. & Rosaeg, E. & Solvang, T. (eds.): *Autonomous Ships and the Law*, Taylor & Francis (e-book), 2020, Pt. II, Ch. 5, Sect. 2, para. 2, <<https://www.perlego.com/book/2095902/autonomous-ships-and-the-law-pdf>> (accessed 08/11/2025).

¹⁰ Also see Norwegian Forum for Autonomous Ships: “Why Autonomous”, <<https://nfas.autonomous-ship.org/why-autonomous/>> (accessed 08/11/2025); Yoon, I.:

International (CMI) has transitioned to using the term MASS instead of unmanned ships, following the IMO's recommendation. The authors of this article also support the terminological use of MASS.

B. Definition

The MASS is defined by many national and international organisations such as the Waterborne Technology Platform (WTP)¹¹, Maritime Unmanned Navigation through Intelligence in Networks (MUNIN)¹², Norwegian Forum for Autonomous Ships (NFAS)¹³, Lloyd's Register¹⁴, the CMI, and the IMO; and scholars suggest their definitions and classifications. Most definitions are significantly shaped by previously established categories and models related to road vehicle autonomy and human-machine interactions¹⁵.

The CMI's 'International Working Group on Unmanned Ships' (Maritime Law for MASS, IWG) defines unmanned ships as "...*which are capable of controlled movement on the water in the absence of any onboard crew*"¹⁶. However, while this definition corresponds to the word "unmanned" literal meaning, it is still far from fully expressing this novel phenomenon. Notably, the IMO defines MASS quite broadly as "*a ship which, to a varying*

"Technology Assessment: Autonomous Ships", Korea Institute of Marine Science & Technology Promotion, Technical Report, Seoul 2018, p. 15, <<https://www.researchgate.net/publication/328090361>> (accessed 08/11/2025). Felski, A. & Zwolak, K.: "The Ocean-Going Autonomous Ship-Challenges and Threats", 8/41 *Journal of Marine Science and Engineering* 2020, p. 4; Ringbom, H. & Colin, S.: Terminology and Concepts, Sects. 1-4; Rodseth, O. & Nordahl, H.: "Definitions for Autonomous Merchant Ships", Norwegian Forum for Autonomous Ships, Trondheim 2017, pp. 7-13; Soyer, B.: "Autonomous Vessels and Third-Party Liabilities: The Elephant in the Room" in Soyer, B. & Tettenborn, A. (eds.): *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Abingdon 2020, p. 100.

¹¹ Waterborne: "Setting the Agenda for Maritime Research in Europe: An Overview of the Research Waterborne TP Members", <<https://www.waterborne.eu/about>> (accessed 08/11/2025).

¹² Munin: "The Autonomous Ship", <<http://www.unmanned-ship.org/munin/about/the-autonomus-ship/>> (accessed 08/11/2025).

¹³ Rodseth & Nordahl, 5-6.

¹⁴ Shipright-Design and Construction: "Design Code for Unmanned Marine Systems", Lloyd's Register, 2017, <<https://www.lr.org/en/latest-news/lr-defines-autonomy-levels-for-ship-design-and-operation/>> (accessed 08/11/2025).

¹⁵ Rodseth & Nordahl, 6.

¹⁶ CMI: "CMI International Working Group Position Paper on Unmanned Ships and the International Regulatory Framework", <<https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-Position-Paper-on-Unmanned-Ships.pdf>> (accessed 08/11/2025).

*degree, can operate independently of human interaction”*¹⁷. As such, MASS can be defined as a ship with some form of autonomy that enables it to perform a set of specified operations, navigate, and be steered with minimal or no crew on board¹⁸.

C. Types

The IMO has identified four levels of autonomy, from ships with automated processes and decision support (MASS-1) to fully autonomous ships, in which the ship’s control system makes decisions and determines its movements by itself (MASS-4). The IMO introduced a new perspective on this terminological confusion by designating these vessels as MASS and categorizing them more distinctly based on their degree of autonomy. Since this article uses the IMO’s classification as a foundation for evaluating the legal impacts of autonomous shipping, it is pertinent to outline the defined levels of autonomy individually as follows:

1. MASS-1: Ship with Automated Processes and Decision Support

Seafarers are continuously present on board to operate and oversee various systems and functions of MASS-1. Although certain operations are automated, crew members are prepared to assume full control of the vessel at any moment. MASS-1 represents the type of autonomous ship that is most similar in system configuration to traditional vessels, which are routinely managed by crews on board. Consequently, the actions executed by MASS-1’s control system remain open to intervention by the crew.

2. MASS-2: Remotely Controlled Ship with Seafarers on Board

MASS-2 is an autonomous ship remotely controlled and operated from another location, namely the control centre¹⁹. The seafarers are present on board to assume command of the ship at any moment, while the control centre primarily supervises the vessel’s operations. Although discussions surrounding autonomous shipping primarily revolve around MASS-3 and MASS-4, the initial stages will likely be conducted with MASS-2, paving the way for the emergence of a truly autonomous shipping era. Additionally, as

¹⁷ IMO: “IMO takes first steps to address autonomous ships”, <<https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MSC-99-MASS-scoping.aspx>> (accessed 08/11/2025).

¹⁸ Rodseth & Nordahl, 7.

¹⁹ IMO, Takes First Steps.

noted by the IMO, MASS can function at varying levels of autonomy during a single voyage.

3. MASS-3: Remotely Controlled Ship without Seafarers on Board

MASS-3, or the remotely controlled ship, is a ship with no seafarer on board responsible for the ship's navigation and management²⁰ while being controlled and operated by the operators in the control centre. What distinguishes MASS-3 as unprecedented is the absence of the conventional ship's bridge in the navigation and management of the vessel. The importance of the ship's bridge diminishes, becoming redundant as full control is shifted to the control centre in MASS-3. It is essential to emphasize that although the operation and management of MASS-3 are conducted from the control centre, there will still likely be seafarers onboard to address specific tasks that require technical knowledge and expertise. This includes roles such as computer engineers, software developers and technicians, as well as entirely new jobs that will need to be fulfilled onboard²¹.

4. MASS-4: Fully Autonomous Ship

MASS-4 is an autonomous vessel equipped with state-of-the-art systems and technologies. The navigation and management of the ship are not the responsibility of either the seafarers or the personnel at the control centre. Instead, the advanced decision support system onboard makes independent decisions and determines actions²². The control centre for MASS-4 serves solely as a supervisory entity; the operators are tasked with supervising the voyage rather than steering the ship directly²³.

²⁰ IMO, Takes First Steps.

²¹ Sözer, Self-Steering Ships, 1347.

²² IMO, Takes First Steps.

²³ For further information on MASS see Chae, C. & Kim, M. & Kim, H.: "A Study on Identification of Development Status of MASS Technologies and Directions of Improvement", 10/13 *Applied Science* 2020, <<https://doi.org/10.3390/app10134564>> (accessed 08/11/2025); Porathe, T.: "Maritime Autonomous Surface Ships (MASS) and the COLREGS: Do We Need Quantified Rules or Is "the Ordinary Practice of Seamen" Specific Enough?", 13/3 *International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation* 2019, p. 512.

D. The Use of Artificial Intelligence in MASS

Artificial intelligence (AI) technology plays a crucial role in the MASS operations. While the concept of AI is widely recognized today, it is often mistakenly associated with external factors, leading to misunderstandings and misapplications. Importantly, there is no universally accepted definition of AI, as it continues to evolve in tandem with technological advancements. In essence, AI refers to systems and machines designed to mimic certain aspects of human intelligence in order to perform specific tasks, and these systems have the ability to improve themselves iteratively based on the data they gather²⁴.

There are two types of AI: “narrow (weak) AI” and “strong AI”²⁵. Narrow AI is the only type in existence now, used in many sectors surrounding social life, such as finance, health, transportation as well as education, and trained to perform a single limited task²⁶. Strong AI, on the other hand, can think like a human being, learn and act on its own, and perceive, judge and draw conclusions from objective facts. There are two types of strong AI: “general AI”, which is the closest intelligence to human intelligence, and “super AI”, which exceeds the limits of human intelligence. Nonetheless, there are currently no practical examples of strong AI in use.

It is important to emphasize that AI technology plays a significant role in MASS-4 operations. The ship control system responsible for managing the vessel may exhibit varying characteristics depending on the algorithms employed. There are two distinct types of ship control systems regarding their technical capabilities²⁷. First, the ship control system that relies on classical AI algorithms has a limited capacity to operate within the parameters set by the programmer. In this scenario, the control system cannot exceed the established rules or modify the outcomes it generates. Second, by employing machine learning and deep learning algorithms, programmers can develop control systems that enable the ship to learn from experience and make autonomous evaluations.

²⁴ Oracle, “What is AI? Learn about Artificial Intelligence”, <<https://www.oracle.com/artificial-intelligence/what-is-ai/>> (accessed 08/11/2025).

²⁵ IBM: “Artificial Intelligence (AI)”, 3 June 2020, <<https://www.ibm.com/cloud/learn/what-is-artificial-intelligence>> (accessed 08/11/2025).

²⁶ Some notable examples of Narrow AI are as follows: Alexa (Amazon), Siri (Apple), Cortana (Microsoft), IBM Watson, Google Translate.

²⁷ Yılmaz, M.: *Otonom Gemilerin Hukuki Boyutu*, Ankara 2022, pp. 56-58.

Accordingly, this article focuses solely on the MASS-3 and MASS-4, which are equipped with AI.

E. Some Pioneering Initiatives

Projects dedicated to developing autonomous ships or the required technology have mushroomed recently. Notably, *The Yara Birkeland* is the world's first fully electric and autonomous container ship with zero emissions²⁸, which was ordered by Yara International in 2017 and fitted at Vard Brattvåg in Norway. She completed her maiden voyage in Oslo fjord on 18 November 2021 and was put into commercial operation in Porsgrunn in early 2022.

The Falco, the world's first fully autonomous ferry developed as part of the "Safer Vessel with Autonomous Navigation" (SVAN) research project, deserves special mention. Harnessing advanced intelligent ship technologies, the Falco successfully completed her inaugural voyage autonomously from Parainen to Nauvo in early December 2018. The return trip was operated remotely from the Finferries Remote Control Centre in Turku²⁹.

Another critical project is *the Mayflower*, a fully autonomous trimaran with six AI-powered cameras and thirty onboard sensors powered by solar and wind energy³⁰. She set sail from Plymouth in the UK to Massachusetts in the US on 15 June 2021³¹. However, due to a failure in the ship's hybrid propulsion system, it was decided to return her to the control centre at Plymouth after three days into the voyage. Notably, her AI master accurately detected and avoided dangers and maintained situational awareness during this three-day journey³². Remarkably, on 5 June 2022, she completed a 40-day

²⁸ Yara: "Yara Birkeland", <<https://www.yara.com/news-and-media/media-library/press-kits/yara-birkeland-and-press-kit/>> (accessed 08/11/2025).

²⁹ Finferries: "Finferries' Falco world's first fully autonomous ferry", <<https://www.finferries.fi/en/news/press-releases/finferries-falco-worlds-first-fully-autonomous-ferry.html>> (accessed 08/11/2025).

³⁰ MAS400: "Mayflower Autonomous Ship", <<https://mas400.com/>> (accessed 08/11/2025).

³¹ MAYFLOWER400: "Mayflower Autonomous Ship begins transatlantic crossing to the US", <<https://www.mayflower400uk.org/news/2021/june/mayflower-autonomous-ship-begins-transatlantic-crossing-to-the-us/>> (accessed 08/11/2025).

³² IBM: "Mayflower Autonomous Ship - Transatlantic Mission Overview and Status Update", <<https://newsroom.ibm.com/Mayflower-Autonomous-Ship-Transatlantic-Mission-Overview-and-Status-Update>> (accessed 08/11/2025).

transatlantic voyage from Plymouth, UK, to Halifax, Nova Scotia, with no human captain or onboard crew.

The crucial legal initiative devoted to addressing technical, economic or legal implications following the MUNIN; the Advanced Autonomous Waterborne Applications (AAWA)³³; and the CMI Working Group for MASS was launched by the IMO as the body responsible for safe navigation and the protection of the marine environment against ship-sourced pollution in 2017³⁴. The IMO has already completed a regulatory scoping exercise on the applicability of the IMO instruments to ships with varying degrees of autonomy³⁵. Notably, at the 105th Session of the Maritime Safety Committee (MSC), 20-29 April 2022, the MSC approved a road map for developing a MASS Code³⁶. Therefore, a goal-based IMO instrument for MASS in the form of a non-mandatory Code is foreseen to be adopted in May 2026. This will be followed by a mandatory MASS Code expected to enter into force on 1 January 2032³⁷.

III. ROLE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE SEAWORTHINESS OF MASS-3&4

Although there is no definition in the convention-based rules, seaworthiness is a long-standing concept characterized by two distinguishing features: relativity and comprehensiveness³⁸. Seaworthiness is a concept that

³³ Jokioinen, E.: "Introduction" in Rolls-Royce plc (ed.): *Remote and Autonomous Ships - The Next Steps*, pp. 3-13, AAWA: *Position Paper*, 2016, p. 4.

³⁴ The IMO explores the benefits of autonomous shipping in light of safety and security concerns, its environmental impacts, the potential costs to the industry, and the impacts on personnel on board and ashore

³⁵ IMO: "Outcome of the Regulatory Scoping Exercise for the Use of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS)", MSC. 1/Circ. 1638, 3 June 2021.

³⁶ IMO: "Maritime Safety Committee (MSC 105), 20-29 April 2022", <<https://www.imo.org/en/MediaCentre/MeetingSummaries/Pages/MSC-105th-session.aspx>> (accessed 08/11/2025).

³⁷ IMO: <<https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx>> (accessed 08/11/2025).

³⁸ White, R.: "The Human Factor in Unseaworthiness Claims", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 1995, p. 221, 222; Foster, N. R.: "The Seaworthiness Trilogy: Carriage of Goods, Insurance, and Personal Injury", 40/2 *Santa Clara Law Review* 2000, p. 478; Karan, H.: *The Carrier's Liability under International Maritime Conventions the Hague, Hague-Visby, and Hamburg Rules*, New York 2004, pp. 7-12; Wilson, J. F.: *Carriage of Goods by Sea*, 7th ed., London 2010, p. 11; Chacon, V.: *The Due Diligence in Maritime Transportation in the Technological Era*, New York 2017, p. 118; Kassem A.:

is relative to each ship of a specific type and intended voyage. It encompasses the ship's overall competency and adequacy concerning its equipment, which includes not only the physical condition of the vessel but also the qualifications of the crew, the state of its loading and the supplies available for the journey. This assessment applies in the context of undertaking the voyage under normal perils and risks³⁹. The physical state of the ship refers to the state of the essential physical parts composing her, including but not limited to her hull, machinery, boiler or other physical equipment attached to the ship.

To evaluate the seaworthiness of MASS-3&4, it is essential to consider whether its AI equipment can be regarded as a fundamental physical component of the vessel. Given that MASS-3&4 operates and navigates primarily through AI, with or without human involvement, it follows that the AI equipment—whether located onboard or at the onshore control centre—should be recognised as an integral part of the vessel.

The AI equipment should be sufficient for encountering ordinary perils and risks of the voyage⁴⁰. The AI devices, systems, and equipment—including anti-collision, electronic positioning and satellite systems, as well as advanced sensor technologies utilizing infrared—along with the electric drive, battery and propulsion systems integrated into MASS-3&4, are directly linked to the ship's physical state. This encompasses the ship's structural elements—such as the hull, machinery, bunkers, stores and various equipment—which must

The Legal Aspects of Seaworthiness: Current Law and Development, PhD Thesis, Swansea University, Swansea 2006, p. 14; Yılmaz, M.: "The Evolution of the Obligation of Seaworthiness from the Hague Rules to the Rotterdam Rules", 29/2 *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2021, p. 883; Göğer, E.: "Sonraki Denize Elverişlilik Halinde Navlun Mukavelesi ve Taşıyanın Mesuliyeti", 52/5 *Adalet Dergisi* 1961, pp. 456-457; Okay, S.: *Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödücü Mukaveleleri*, 2nd ed., İstanbul 1971, p. 89; Kalpsüz, T.: *Deniz Ticareti Hukuku*, C. I: Giriş - Gemi, Ankara 1971, p. 109; Sözer, B.: *Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurmak Borcu*, Ankara 1975, p. 28; Çağa, T. & Kender, R.: *Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Sözleşmesi*, 10th ed., İstanbul 2010, p. 19; Yetiş Şamlı, K.: "Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları'nda Sefere Elverişlilik", 71/2 *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 2013, p. 483.

³⁹ Soyer, B.: *Warranties in Marine Insurance*, London 2001, p. 56

⁴⁰ *President of India v West Coast Steamship Co (The Portland Trader)* (1963) 2 *Lloyd's Rep.* p. 278, in which Judge Kilkenney stated that "... the required vessel means the standard is not an accident-free ship, nor an obligation to provide a ship or gear which might withstand all conceivable hazards.", p. 356.

be capable of withstanding all ordinary perils encountered during the planned journey⁴¹.

The control systems of the vessel, particularly regarding the threat of cyberattacks, are seen as one of the most pressing concerns associated with the operation of MASS-3&4. In this context, it is essential to assess the concept of cyber-worthiness alongside seaworthiness as defined by the convention-based rules, since advancements in the technological systems utilized on ships may introduce new risks⁴². The IMO is emphasizing cyber risk management for operators in their safety management systems, as modern ships are increasingly vulnerable to cyberattacks⁴³.

In situations where the protection system against cyber-attacks is deemed inadequate prior to or at the outset of the voyage, it should be regarded similarly to instances of incompetence or inadequacy in the MASS' equipment under the convention-based rules. Such a scenario could result in the ship being classified as unseaworthy if there is a potential impact on its safety⁴⁴. The carrier must consistently exercise due diligence when implementing standard protective measures against cyber-attacks. This includes training operators and crew on cyber hygiene, ensuring the segregation of onboard networks and controlling remote connections, physical devices and processes on the MASS.⁴⁵

The control centre requires special attention. As far as autonomous shipping is concerned, it should be borne in mind that there are two separate

⁴¹ Yilmaz, M, "Legal Assessment of Seaworthiness in Autonomous Cargo Ships: Is it time for a Change?", 3/2 DEHUKAM Journal of the Sea and Maritime Law 2020, p. 817.

⁴² Williams, R.: "Unmanned Ships- A Challenge to the Current International Regime Regulating the Carriage of Goods?" in *Ship Operations New Risks, Liabilities and Technologies in the Maritime Sector*, in Soyer, B. & Tettenborn, A. (eds.): *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Abingdon 2020, p. 221.

⁴³ *Maritime Cyber Risk*, <<https://www.imo.org/en/OurWork/Security/Pages/Cyber-security.aspx>> (accessed 08/11/2025).

⁴⁴ Leloudas, G.: "Cyber Risks, Autonomous Operations and Risk Perceptions", in Soyer, B. & Tettenborn, A. (eds.): *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework*, Oxford 2021, p. 101, 103; "Seaworthiness: In the Context of Cyber-risks or 'Cyberworthiness'" in Soyer, B. & Tettenborn, A. (eds.): *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Abingdon 2020, p. 101, 106.

⁴⁵ Leloudas, 103.

components or modules: The MASS herself and the control centre⁴⁶. The control centre collects all necessary data so that the relevant operators can remotely control or solely monitor the MASS but take control in an emergency⁴⁷.

The control centre represents a completely novel development in the shipping industry, and as such, its legal status is yet to be defined. It is anticipated that a significant number of MASS—approximately 90⁴⁸, according to MUNIN—will be managed or monitored from a single control centre. Notably, the ownership of the control centre may differ from that of the MASS themselves. Regardless, many argue that, particularly in the case of MASS-3, the control centre is a “*virtual bridge*” that takes on the function of the bridge on the conventional ship and substitutes her⁴⁹. Although the

⁴⁶ It is worth stressing that the ‘Shore Control Centre’ is a widely used term for that matter. Be that as it may, these facilities will likely be established not on the shores but on the land or a platform located on the sea, having regard to the economic aspects of the matter. See Sözer, *Self-Steering Ships*, 1367. Further to that, autonomous ships would be managed or monitored from any stationary or moving ship. It would be, hence, more apposite to use ‘Control Centre’ as an umbrella term instead of ‘Shore Control Centre’ or ‘Land-based Control Centre’ for these facilities.

⁴⁷ For further information see Kretschmann, L.: “Analysing the Economic Benefit of Unmanned autonomous Ships: An Exploratory Cost-comparison between an Autonomous and a Conventional Bulk Carrier”, 25/1 *Research in Transportation Business & Management* 2017, p. 78; Rodseth & Nordahl, 12.

⁴⁸ Porathe T. & Costa, N. & Tjora, Å.: “MUNIN D7.4: Organizational Layout of SOC”, *MUNIN Report* 2014, p. 2.

⁴⁹ Ringbom, H.: “Regulating Autonomous Ships-Concepts, Challenges and Precedents”, *Ocean Development & International Law*, p. 21, <<https://www.tandfonline.com/doi/>> (accessed 08/11/2025); Safari, F. & Sage, B.: “Legal and Liability Analysis for Remote Controlled Vessels”, MUNIN: G.N. 314286, 2013, p. 31; Rodseth, Ø. & Burmeister, C.: “Risk Assessment for an Unmanned Merchant Ship”, 9/3 *International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation* 2015, p. 357, 358; Kretschmann, 78; Quinn & Veal & Tsimplis & Serdy & Ntovas, 19; Ringbom, H. & Veal, R.: “Unmanned Ships and the International Regulatory Framework”, University of Southampton, p. 6, <<https://eprints.soton.ac.uk/430534/>> (accessed 08/11/2025); Tsimplis & Veal, 316; Baughen, S.: “Who is the Master Now? Regulatory and Contractual Challenges of Unmanned Vessels”, in Soyer, B. & Tettenborn, A. (eds.): *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Abingdon 2020, p. 129, 132; Pritchett, P.: “Ghost Ships: Why the Law Should Embrace Unmanned Vessel Technology”, 40/1 *Tulane Maritime Law Journal* 2015, p. 209; Ahvenjarvi, S.: “The Human Element and Autonomous Ships”, 10/3 *International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation* 2016, p. 519; Timbrell, W.: “Can the Prospect of Unmanned Ships Stay Afloat under the Current Collision Regulations”, 9/1 *Southampton Student Law Review* 2019, p. 54; Serdy & Tsimplis & Veal, 37; Baughen, S.: “Unmanned Vessels and

traditional approach to seaworthiness emphasizes the equipment onboard a vessel, the modern perspective recognizes that the control centre, equipped with artificial intelligence for the operation and navigation of MASS-3&4, is equally vital and should be regarded as an integral physical component of the ship, just like any other onboard apparatus.

Furthermore, the MASS-3 and MASS-4 should be adequately and competently staffed with personnel responsible for operating or managing the AI equipment, whether onboard or onshore, to ensure seaworthiness. Consequently, several key points need to be considered:

First, the classification of control centre personnel as crewmembers is subject to interpretation. In the case of MASS-3, the control centre undertakes the ship's command and management functions, whereas, in MASS-4, it retains only supervisory control. For MASS-3, operators at the control centre issue a range of commands directly to the ship throughout the voyage, as the independent decision-making mechanism is not fully operational. Conversely, for MASS-4, the control centre's primary role is to supervise and control the ship, with the control system itself steering the MASS. Nevertheless, operators have limited authority to make adjustments to operational parameters, including the ship's speed and navigation route, albeit infrequently.

Suppose the control centre is to be a virtual bridge. In that case, it could be suggested that if not all personnel, at least the operators who manage the ship remotely, are no different from the seafarers on the traditional master's bridge. Nonetheless, several possibilities put this argument in a deadlock. First, a MASS could be controlled from many different control centres during a single voyage, just as dozens of MASS can be controlled from one control centre⁵⁰. Moreover, the personnel responsible for managing or controlling MASS will naturally be working in shifts, which completely contradicts the traditional understanding of "*one ship, one master*"⁵¹ Considering all of this,

International Conventions for the Carriage of Goods by Sea", in Soyer, B. & Tettenborn, A. (eds): *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework*, Oxford 2021, p. 81, 83. Also see CMI, *Summary of Responses*, 4-5.

By contrast Sözer notes that the control centre cannot replace the bridge and cannot be considered a part or extension of the ship in that while a control centre established on the land will be in the status of immovable property and will always be subject to the law of the place in which it is registered, the nationality of an autonomous ship can change at any time as it is a movable property: Sözer, *Self-Steering Ships*, 1368.

⁵⁰ Porathe &, Costa & Tjora, 2; Yılmaz, *Otonom Gemiler*, 325-326.

⁵¹ Yılmaz, *Otonom Gemiler*, 263.

while it may seem appropriate to classify the control centre as an integral part of the ship—especially in light of liability and insurance concerns—it does not provide a permanent or definitive solution. This approach does not eliminate the necessity for new rules. Therefore, there is a clear need for a legislative resolution. Until such a solution is established, the personnel operating from the control centre may be recognised as seafarers, as they perform functions analogous to those onboard the vessel⁵².

Then, the second question arises regarding the qualification of the AI robot⁵³. The issue becomes more complex as the algorithms employed in the programming of the ship's control system directly influence the criteria for assessing seaworthiness. For instance, if classical learning algorithms are utilised, the control system is bound by the predetermined rules set by its programmer, raising questions about which aspects of seaworthiness—be it physical seaworthiness or human oversight—are relevant in the context of the autonomous system. Conversely, if machine learning and deep learning algorithms are implemented, the ship's control system attains a significant degree of independence from its programmer. It can learn autonomously, make decisions and develop a high level of situational awareness in response to real-world events⁵⁴.

In this context, a key question arises regarding whether the autonomous behaviours of the robot should be viewed as part of the ship's equipment, which would implicate seaworthiness obligations or if entirely new norms and standards should be established for this issue. Additionally, the potential for assigning a legal personality to the AI robot, specifically the control system, complicates the matter further. This raises the debate over whether the ship's control system can indeed be considered part of the ship's equipment, thereby affecting the physical seaworthiness of the vessel.

From the perspective of the authors of this work, it is deemed more advantageous for the AI robot—regardless of whether it operates autonomously or is stationed onboard or onshore—to be classified as part of the ship's equipment rather than as a seafarer. Importantly, it should be noted

⁵² Stevens, F: "Carrier Liability for Unmanned Ships: Goodbye Crew, Hello Liability" in Soyer, B. & Tettenborn, A. (eds.): *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Abingdon 2020, pp. 105-115, Abingdon 2020, 152.

⁵³ Yılmaz, Otonom Gemiler, 247.

⁵⁴ Yılmaz, Emerging Technologies, 267-268.

that there are no legal distinctions between deficiencies in equipment or crew that result in unseaworthiness, as they yield the same legal consequences.

Coming to programmers, they cannot be classified as seafarers; rather, they are employees of the ship's manufacturer. Programmers do not have responsibilities onboard the MASS, nor do they perform roles similar to those of seafarers.

IV. CARRIER'S LIABILITY FOR THE BREACH OF OBLIGATION TO CARRY THE GOODS ON BOARD THE SEAWORTHY MASS-3&4

One of the carrier's fundamental obligations is to provide a seaworthy vessel for the carriage of goods. Article 3(1) of the Hague and Hague-Visby Rules outlines the carrier's duty regarding unseaworthiness just before and at the commencement of the voyage. Nevertheless, the carrier's obligation to exercise due diligence to ensure the ship is seaworthy not only before and at the beginning of the voyage but also up to its end since it should be considered alongside the carrier's duty under Article 3(2) of the Hague and Hague-Visby Rules to properly and carefully carry the goods. Accordingly, the carrier must stow and maintain the goods on a seaworthy ship to fulfil its obligation throughout the entire journey. In essence, seaworthiness must be ensured for the whole voyage, extending from the port of loading to the port of discharge⁵⁵.

Consequently, the obligation to carry the goods with a seaworthy ship falls within the scope of both rules in Article 3(1) and (2) of the Hague and Hague-Visby Rules⁵⁶. Acting properly and carefully is synonymous with exercising due diligence. In both instances, the carrier and those acting under its liability are obligated to demonstrate the prudent carrier's care to ensure

⁵⁵ *SA v. Eastmount Shipping Corp.* 1974 AMC 1183 (SD NY 1974). Compared with the view of OIC, "Report of Canadian Carriage", p. 149 suggesting that there is no requirement to maintain seaworthiness after the voyage has begun.

⁵⁶ Wüstendörfer, H.: *Neuzeitliches Seehandelsrechts*, 2. Aufl, Tübingen 1950, p. 240; Göger, 464. For an opposite view see OIC, *Report of Canadian Carriage*, p. 151 - Al-Jazairy, M. R.: *The Maritime Carrier's Liability under the Hague Rules, Visby Rules and Hamburg Rules*, PhD Thesis, University of Glasgow, 1983, p. 85: It was argued that the requirement to make the vessel seaworthy does not continue throughout the voyage under the Hague Liability Regimes unlike the Hamburg Rules.

the ship's seaworthiness. The rationale for these two principles stems from the carrier's exemption from liability concerning the vessel's unseaworthiness.

With regard to the Hamburg Rules, there is no explicit mention of the carrier's obligation to provide a seaworthy ship. However, this does not imply that the carrier is exempt from the obligation to ensure a seaworthy ship for the carriage of goods by sea. Article 5(1) of the Hamburg Rules mandates that the carrier must take all reasonable measures to prevent both the occurrence giving rise to loss and its consequences. Implicitly, this obligation to provide a seaworthy vessel falls under the carrier's liability to carry goods with the standard of care expected of a prudent carrier⁵⁷.

The Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules do not require a minimum number of crew members or equipment to be present on board. Furthermore, the carrier is not obligated to provide the crew or equipment necessary to safely navigate the ship and cargo through any challenges that may arise⁵⁸. According to Article 3(1) of the Hague and Hague-Visby Rules, as well as Article 5(1) of the Hamburg Rules, the carrier is obligated to exercise the prudent carrier's care in adequately manning, equipping and supplying the ship for a voyage that involves ordinary risks and is appropriate for that type of vessel.

When utilising MASS-3&4, the expectation for seaworthiness remains centred on the care of a prudent carrier. This duty extends not only to the carrier itself but also to its servants or agents acting under its responsibility. As previously discussed, these servants or agents may operate either onboard the ship or from a control centre, provided that the services rendered are comparable to those performed aboard the vessel. The introduction of the control centre adds a new dimension to the concept of seaworthiness, suggesting that the carrier's responsibility for providing a seaworthy ship should also include supervision from the control centre⁵⁹. Consequently, regardless of whether the personnel are classified as seafarers, the carrier is obligated to exercise the care expected from a prudent carrier. This includes ensuring that all personnel are qualified and competent, possess the necessary

⁵⁷ Karan, 111.

⁵⁸ Stevens, 150. For the same view regarding the application of the Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS) Chapter V/14, see Var Türk, K.: "Gemi Adamı ile Donatılmamış (İnsansız) Gemilerin Deniz Hukuku Boyutuyla Değerlendirilmesi, 37/1 *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2021, p. 153, 179; Eder, 54.

⁵⁹ Yılmaz, *Emerging Technologies*, 259.

training and knowledge of the MASS-3&4 and understand their characteristics, limitations and the associated control centre and equipment.

The carrier is liable for any loss of, damage to or delay in delivery of the goods under its custody according to Article 3 of the Hague and Hague-Visby Rules, as well as Article 5 of the Hamburg Rules, irrespective of the underlying cause. Therefore, to establish the carrier's liability, it is unnecessary to demonstrate the reason for the loss, damage or delay; it suffices to show that the goods received by the carrier were not delivered to the person entitled to take delivery in the same state as described in the transport document or in the agreed time. Consequently, any loss, damage or delay related to a breach of the obligation to ensure a seaworthy MASS-3&4 becomes pertinent only when the carrier seeks to exempt itself from liability, as discussed below.

V. CARRIER'S EXEMPTION FROM THE LIABILITY FOR THE UNSEAWORTHINESS OF MASS-3&4

There is a fundamental difference between the Hague and Hamburg Regimes regarding the exemptions granted to the carrier for unseaworthiness of the MASS-3&4. Under Article 4(1) and (2) of the Hague and Hague-Visby Rules, a distinction is made concerning the timing of the occurrence of unseaworthiness, which influences the applicable law for the carrier's exemption, in contrast to Article 5 of the Hamburg Rules⁶⁰. If unseaworthiness arises before or at the commencement of the voyage, Article 4(1) of the Hague and Hague-Visby Rules is applicable. Conversely, if it occurs after the voyage has begun, Article 4(2) of the Hague and Hague-Visby Rules takes effect. Notably, Article 4(2) includes a list of exemptions.

In a comparison of all these exemption Rules, it seems that:

- Article 4(1) of the Hague and Hague-Visby Rules exempts the carrier from liability for loss of or damage to the goods arising from unseaworthiness only if the carrier, its servants or agents exercised due diligence to make the ship seaworthy before or at the beginning of the voyage;
- Article 4(2)(q) of the Hague and Hague-Visby Rules releases the carrier from liability for loss of or damage to the goods for any cause,

⁶⁰ Karan, 105.

including the unseaworthiness arising after the beginning of the voyage without the actual fault of the carrier, its servants or agents.

- Article 5(1) of the Hamburg Rules relieves the carrier from liability for loss of or damage to the goods arising from the occurrence, which could not be avoided even though the carrier, its servants or agents took all measures that could reasonably be required to prevent it.

The absence of adequate care or insufficient measures indicates fault on the carrier. Consequently, Article 4(1) and (2)(q) of the Hague and Hague-Visby Rules, along with Article 5(1) of the Hamburg Rules, feature a similar provision that exempts carriers from liability for occurrences that could be unavoidable, even if the carrier or its servants or agents have actually exercised reasonable care. The carrier, along with its servants and agents, is responsible for implementing all necessary measures to identify any defects leading to unseaworthiness. Upon detection, they must take appropriate steps to rectify them throughout the entire journey, starting from the loading of the goods until their discharge from the ship⁶¹.

Consequently, in the event of any defect in the AI system employed for the navigation or management of a vessel, it rests upon the carrier to demonstrate that the standard of care expected of a prudent carrier has been adhered to by itself or by its servants or agents operating under its responsibility. This is essential for the carrier to invoke the exemptions from liability granted by Articles 4(1) and (2) of the Hague and Hague-Visby Rules, as well as by Article 5(1) of the Hamburg Rules.

Recognising the fundamental distinctions between the Hague and Hamburg Regimes is imperative. The former provides for a nautical fault exemption under Article 4(2)(a) of the Hague and Hague-Visby Rules. This exemption pertains to the loss of or damage to the goods that arises from the actions of the carrier's servants or agents in the navigation or management of the ship, potentially resulting in the vessel's unseaworthiness after the commencement of the voyage.

Any actions taken for the benefit of the vessel rather than the cargo after the beginning of the voyage are categorised as part of the management of the ship. Consequently, any failings by the carrier's servants or agents in executing these measures could lead to unseaworthiness, for which the carrier

⁶¹ Karan, 317.

bears no liability unless it can be shown that the carrier itself was even partially at fault.

One rationale for the nautical fault exemption is the relinquishment of direct managerial control of the vessel by the carrier subsequent to the commencement of the voyage; thereafter, all navigational control transfers to the designated servants or agents. Therefore, shortcomings in the implementation of measures aimed at safeguarding the vessel not only jeopardise its seaworthiness but also pose a significant risk of damage to the ship, potentially undermining the carrier's business and imperilling the personnel on board. In light of these circumstances, it is incumbent upon the carrier and its servants or agents to adopt all requisite measures to mitigate the risk of loss or damage.

Due to advancements in AI technologies, MASS-3&4 are now operated by AI systems, either remotely from an onshore control centre or onboard the vessel, with or without human intervention from the carrier's servants or agents. In instances where there is no interference from the carrier's servants or agents, the carrier cannot invoke Article 4(2)(a) of the Hague and Hague-Visby Rules. However, if there is interference from the carrier's servants or agents, whether on the ship or at the control centre, the carrier aims to apply the nautical fault defence. An analysis of case law following the implementation of the Hague and Hague-Visby Rules suggests that there is no distinction between the carrier's servants or agents and independent contractors acting on its behalf, provided these individuals are involved in the navigation or management of the vessel. Consequently, it appears that, in principle, the nautical fault exemption may apply to failures of personnel engaged in the navigation or management of the MASS-3 located within the control centre.

This article questions the fairness of placing the full burden of the increased risks associated with the use of AI on the cargo interest stemming from the actions of the carrier's agents or servants. In this context, Article 5(2) of the Hamburg Rules, which does not provide an exemption for nautical fault, appears to be a more appropriate solution.

Furthermore, the inadequacy of existing systems and devices may render MASS-3&4 or the control centre susceptible to cyber-attacks. In such instances, the carrier cannot absolve itself of liability simply by invoking the

intentional act of a third party unless it can demonstrate that it has taken all necessary precautions to prevent such cyber-attacks⁶².

Lastly, despite the carrier receiving assurances from the producer or evaluations from the manufacturer or an expert, it remains obligated to exercise due diligence. This obligation is non-delegable, as outlined in Article 3(1) of the Hague and Hague/Visby Rules⁶³. When it comes to the control centre of the MASS, there may be an excessive number of malfunctions that could lead to loss of or damage to the goods due to its operation. In such cases, the carrier will be exempt from liability, provided they have exercised due diligence in selecting, installing, and maintaining the control system before or at the commencement of the voyage⁶⁴.

CONCLUSION

In light of the comprehensive analysis conducted on the legal impacts of AI on seaworthiness under the convention-based rules governing the international carriage of goods by sea, several critical conclusions can be drawn:

- (1) The deployment of advanced AI technologies is designated for extensive application exclusively aboard the MASS-3&4.
- (2) Convention-based rules must be interpreted in consideration of technological advancements that were unavailable at the time of their formulation, including the integration of AI technologies within maritime operations.
- (3) Such an interpretative approach suggests that the existing convention-based rules effectively address a majority of the issues pertinent to seaworthiness in this new technological context.

⁶² Stevens, 154.

⁶³ Williams, p. 225; *The Muncaster Castle* [1961] 1 Lloyd's Rep. 57, 71, 82 (HL); *The Amstelot* [1963] 2 Lloyd's Rep. 223, 229 (HL) / *Fireman's Fund Insurance Companies v. M/V Vigsnes* 1986 AMC 1899 (11 Cir. 1986); Greenwood, E. C. V.: "Problems of Negligence in Loading, Stowage, Custody, Care, and Delivery of Cargo; Errors in Management and Navigation; Due Diligence to Make Seaworthy in Carriage", 45 *Tulane Law Review* 1971, p. 790, 796; Wilson, J. F.: "Basic Carrier Liability and the Right of Limitation", in Mankabady, S. (ed.): *The Hamburg Rules* p. 137, 140.

⁶⁴ Williams, 155.

- (4) Any AI technological apparatus, including robotic systems employed in the operation of MASS-3&4, whether situated onboard the vessels or within the associated control centres, constitutes an integral component of the ship. This apparatus must be deemed competent and adequate for the intended voyage, accounting for ordinary maritime perils and risks.
- (5) Personnel engaged in the operation of AI technologies aboard MASS-3 or at the control centre act as servants or agents of the carrier, possessing the requisite competence and adequacy for the planned voyage amidst ordinary risks.
- (6) The carrier may be exempt from liability regarding the unseaworthiness of MASS-3&4 if any deficiencies in the AI technological equipment or personnel are deemed unavoidable even though the care of a prudent carrier was exercised not only by the carrier but also by its servants or agents.
- (7) Under Article 4(2)(a) of the Hague and Hague/Visby Rules, which contrasts with the provisions of the Hamburg Rules, the carrier is exempted from liability for the actions of personnel involved in the operation of AI technology employed in navigation and vessel management. Nonetheless, this exemption appears to unjustly allocate the escalating risks associated with such technologies onto cargo interests.
- (8) Furthermore, the carrier cannot absolve itself of liability by invoking the actions of manufacturers or programmers, as the duty to ensure the seaworthiness of MASS-3 and MASS-4 is inherently non-delegable.
- (9) This analysis underscores the need to re-examine legal frameworks in light of evolving maritime technology and its implications for liability and risk allocation.

ACADEMIC SOURCES

AAWA: *Position Paper*, 2016, p. 4.

AHVENJARVI, S.: “The Human Element and Autonomous Ships”, 10/3 *International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation* 2016, p. 519.

AL-JAZAIRY, M. R.: *The Maritime Carrier’s Liability under the Hague Rules, Visby Rules and Hamburg Rules*, PhD Thesis, University of Glasgow, 1983, p. 85.

BAUGHEN, S.: “Unmanned Vessels and International Conventions for the Carriage of Goods by Sea”, in Soyer, B. & Tettenborn, A. (eds): *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework*, Oxford 2021, p. 81.

BAUGHEN, S.: “Who is the Master Now? Regulatory and Contractual Challenges of Unmanned Vessels”, in Soyer, B. & Tettenborn, A. (eds.): *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Abingdon 2020, p. 129.

BURMEISTER, C. & BRUHN, W. & RODSETH, O. & PORATHE, T.: “Autonomous Unmanned Merchant Vessel and its Contribution towards the E-Navigation Implementation: The MUNIN Perspective”, 1/13 *e-Navi* 2014, p. 1.

CHACON, V.: *The Due Diligence in Maritime Transportation in the Technological Era*, New York 2017.

CHAE, C. & KIM, M. & KIM, H.: “A Study on Identification of Development Status of MASS Technologies and Directions of Improvement”, 10/13 *Applied Science* 2020, <<https://doi.org/10.3390/app10134564>> (accessed 08/11/2025).

CMI: “CMI International Working Group Position Paper on Unmanned Ships and the International Regulatory Framework”, <<https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-Position-Paper-on-Unmanned-Ships.pdf>> (accessed 08/11/2025).

ÇAĞA, T. & KENDER, R.: *Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Sözleşmesi*, 10th ed., İstanbul 2010.

FELSKI, A. & ZWOLAK, K.: “The Ocean-Going Autonomous Ship-Challenges and Threats”, 8/41 *Journal of Marine Science and Engineering* 2020, p. 4;

Finferries: “Finferries’ Falco world’s first fully autonomous ferry”, <<https://www.finferries.fi/en/news/press-releases/finferries-falco-worlds-first-fully-autonomous-ferry.html>> (accessed 08/11/2025).

Fireman’s Fund Insurance Companies v. M/V Vigsnes 1986 AMC 1899 (US 11 Cir. 1986).

FOSTER, N. R.: “The Seaworthiness Trilogy: Carriage of Goods, Insurance, and Personal Injury”, 40/2 *Santa Clara Law Review* 2000, p. 478.

GÖĞER, E.: “Sonraki Denize Elverişlilik Halinde Navlun Mukavelesi ve Taşıyanın Mesuliyeti”, 52/5 *Adalet Dergisi* 1961, p. 456.

GREENWOOD, E. C. V.: “Problems of Negligence in Loading, Stowage, Custody, Care, and Delivery of Cargo; Errors in Management and Navigation; Due Diligence to Make Seaworthy in Carriage”, 45 *Tulane Law Review* 1971, p. 790.

HOOYDONK E. V.: “The Law of Unmanned Merchant Shipping- An Exploration”, 20/3 *Journal of International Maritime Law* 2014, pp. 403.

IBM: “Artificial Intelligence (AI)”, 3 June 2020, <<https://www.ibm.com/cloud/learn/what-is-artificial-intelligence>> (accessed 08/11/2025).

- IBM: "Mayflower Autonomous Ship - Transatlantic Mission Overview and Status Update", <<https://newsroom.ibm.com/Mayflower-Autonomous-Ship-Transatlantic-Mission-Overview-and-Status-Update>> (accessed 08/11/2025).
- IMO: <<https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/Autonomous-shipping.aspx>> (accessed 08/11/ 2025).
- IMO: "IMO takes first steps to address autonomous ships", <<https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/08-MSC-99-MASS-scoping.aspx>> (accessed 08/11/2025).
- IMO: "Maritime Safety Committee (MSC 105), 20-29 April 2022", <<https://www.imo.org/en/MediaCentre/MeetingSummaries/Pages/MSC-105th-session.aspx>> (accessed 08/11/2025).
- IMO: "Outcome of the Regulatory Scoping Exercise for the Use of Maritime Autonomous Surface Ships (MASS)", MSC. 1/Circ. 1638, 3 June 2021.
- JOKIOINEN, E.: "Introduction" in Rolls-Royce plc (ed.): *Remote and Autonomous Ships - The Next Steps*, p. 3.
- KALPSÜZ, T.: *Deniz Ticareti Hukuku*, C. I: Giriş - Gemi, Ankara 1971.
- KARAN, H.: *The Carrier's Liability under International Maritime Conventions the Hague, Hague-Visby, and Hamburg Rules*, New York 2004.
- KASSEM, A.: *The Legal Aspects of Seaworthiness: Current Law and Development*, PhD Thesis, Swansea University, Swansea 2006. MAS400: "Mayflower Autonomous Ship", <<https://mas400.com/>> (accessed 08/11/2025).
- KRETSCHMANN, L.: "Analysing the Economic Benefit of Unmanned autonomous Ships: An Exploratory Cost-comparison between an Autonomous and a Conventional Bulk Carrier", 25/1 Research in Transportation Business & Management 2017, p. 78.
- LELOUDAS, G.: "Cyber Risks, Autonomous Operations and Risk Perceptions", in Soyer, B. & Tettenborn, A. (eds.): *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework*, Oxford 2021, p. 101.
- LELOUDAS, G.: "Seaworthiness: In the Context of Cyber-risks or 'Cyberworthiness'" in Soyer, B. & Tettenborn, A. (eds.): *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Abingdon 2020, p. 101.
- MANKABADY, S. (ed.): *The Hamburg Rules*.
- Maritime Cyber Risk*, <<https://www.imo.org/en/OurWork/Security/Pages/Cyber-security.aspx>> (accessed 08/11/2025).
- MAYFLOWER400: "Mayflower Autonomous Ship begins transatlantic crossing to the US", <<https://www.mayflower400uk.org/news/2021/june/mayflower-autonomous-ship-begins-transatlantic-crossing-to-the-us/>> (accessed 08/11/2025).
- MUNIN: "The Autonomous Ship", <<http://www.unmanned-ship.org/munin/about/the-autonomus-ship/>> (accessed 08/11/2025).
- Norwegian Forum for Autonomous Ships: "Why Autonomous", <<https://nfas.autonomous-ship.org/why-autonomous/>> (accessed 08/11/2025).
- OIC, *Report of Canadian Carriage*, p. 151.
- OKAY, S.: *Deniz Ticareti Hukuku II: Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödücü Mukaveleleri*, 2nd ed., İstanbul 1971.
- ORACLE, "What is AI? Learn about Artificial Intelligence", <<https://www.oracle.com/artificial-intelligence/what-is-ai/>> (accessed 08/11/2025).

- PORATHE, T.: “Maritime Autonomous Surface Ships (MASS) and the COLREGS: Do We Need Quantified Rules or Is “the Ordinary Practice of Seamen” Specific Enough?”, 13/3 *International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation* 2019, p. 512.
- PORATHE T. & COSTA, N. & TJORA, Å.: “MUNIN D7.4: Organizational Layout of SOC”, *MUNIN Report* 2014, p. 2.
- President of India v West Coast Steamship Co (The Portland Trader)* (1963) 2 *Lloyd’s Rep.* p. 278.
- PRITCHETT, P.: “Ghost Ships: Why the Law Should Embrace Unmanned Vessel Technology”, 40/1 *Tulane Maritime Law Journal* 2015, p. 209.
- RINGBOM, H.: “Regulating Autonomous Ships-Concepts, Challenges and Precedents”, *Ocean Development & International Law*, p. 21, <<https://www.tandfonline.com/doi/>> (accessed 08/11/2025).
- RINGBOM, H. & COLIN, S.: Terminology and Concepts, Sects. 1-4.
- RINGBOM, H. & ROSAEG, E. & SOLVANG, T. (eds.): *Autonomous Ships and the Law*, Taylor & Francis (e-book), 2020, Pt. II, Ch. 5, Sect. 2, para. 2, <<https://www.perlego.com/book/2095902/autonomous-ships-and-the-law-pdf>> (accessed 08/11/2025).
- RINGBOM, H. & VEAL, R.: “Unmanned Ships and the International Regulatory Framework”, University of Southampton, p. 6, <<https://eprints.soton.ac.uk/430534/>> (accessed 08/11/2025);
- RODSETH, Ø. & BURMEISTER, C.: “Risk Assessment for an Unmanned Merchant Ship”, 9/3 *International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation* 2015, p. 357.
- RODSETH, O. & NORDAHL, H.: “Definitions for Autonomous Merchant Ships”, Norwegian Forum for Autonomous Ships, Trondheim 2017, p. 7.
- Rolls-Royce plc (ed.): *Remote and Autonomous Ships - The Next Steps*.
- SA v. Eastmount Shipping Corp.* 1974 AMC 1183 (SD NY 1974).
- SAFARI, F. & SAGE, B.: “Legal and Liability Analysis for Remote Controlled Vessels”, MUNIN: G.N. 314286, 2013, p. 31.
- SERDY, A. & TSIMPLIS, M. & VEAL, R.: “The Legal Status and Operation of Unmanned Maritime Vehicles”, University of Southampton Institutional Repository, p. 1ff., <<https://eprints.soton.ac.uk/428448/>> (accessed 08/11/2025).
- Shipright-Design and Construction: “Design Code for Unmanned Marine Systems”, Lloyd’s Register, 2017, <<https://www.lr.org/en/latest-news/lr-defines-autonomy-levels-for-ship-design-and-operation/>> (accessed 08/11/2025).
- SMEELE, F.: “Switching off Regulatory Requirements: Flag State Exemptions as a Tool to Facilitate Experiments with Highly Automated Vessels and Their Operational Implementation” in Ringbom, H. & Rosaeg, E. & Solvang, T. (eds.): *Autonomous Ships and the Law*, Taylor & Francis (e-book), 2020, Pt. II, Ch. 5, Sect. 2, para. 2, <<https://www.perlego.com/book/2095902/autonomous-ships-and-the-law-pdf>> (accessed 08/11/2025).
- SOYER, B.: “Autonomous Vessels and Third-Party Liabilities: The Elephant in the Room” in Soyer, B. & Tettenborn, A. (eds.): *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Abingdon 2020, p. 100.

- Soyer, B.: *Warranties in Marine Insurance*, London 2001.
- SOYER, B. & TETTENBORN, A. (eds.): *Artificial Intelligence and Autonomous Shipping: Developing the International Legal Framework*, Oxford 2021.
- SOYER, B. & TETTENBORN, A. (eds.): *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Abingdon 2020.
- SÖZER, B.: “Mürettebatsız Gemiler ‘Unmanned Ships’”, in AMASYA S. (ed.): *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: İnsansız Araçlar - Sorumluluk ve Özel Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu - 2019*, İstanbul 2020, p. 43.
- SÖZER, B.: “Self-Steering Ships”, 19/2 *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2020, p. 1345.
- SÖZER, B.: *Taşıyanın Gemiye Sefere Elverişli Halde Bulundurmak Borcu*, Ankara 1975.
- STEVENS, F.: “Carrier Liability for Unmanned Ships: Goodbye Crew, Hello Liability” in Soyer, B. & Tettenborn, A. (eds.): *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Abingdon 2020, p. 105.
- The Amstelot* [1963] 2 Lloyd’s Rep. 223 (UK House of Lords).
- The Muncaster Castle* [1961] 1 Lloyd’s Rep. 57 (UK House of Lords)
- TIMBRELL, W.: “Can the Prospect of Unmanned Ships Stay Afloat under the Current Collision Regulations”, 9/1 Southampton Student Law Review 2019, p. 54.
- Summary of Responses*, 4-5. Waterborne: “Setting the Agenda for Maritime Research in Europe: An Overview of the Research Waterborne TP Members”, <<https://www.waterborne.eu/about>> (accessed 08/11/2025).
- VAR TÜRK, K.: “Gemi Adamı ile Donatılmamış (İnsansız) Gemilerin Deniz Hukuku Boyutuyla Değerlendirilmesi”, 37/1 *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2021 p. 153.
- WHITE, R.: “The Human Factor in Unseaworthiness Claims”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* 1995, p. 221.
- WILLIAMS, R.: “Unmanned Ships- A Challenge to the Current International Regime Regulating the Carriage of Goods?” in *Ship Operations New Risks, Liabilities and Technologies in the Maritime Sector*, in Soyer, B. & Tettenborn, A. (eds.): *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century*, Abingdon 2020, p. 221.
- WILSON, J. F.: “Basic Carrier Liability and the Right of Limitation”, in Mankabady, S. (ed.): *The Hamburg Rules* p. 137.
- WILSON, J. F.: *Carriage of Goods by Sea*, 7th ed., London 2010.
- WÜSTENDÖRFER, H.: *Neuzeitliches Seehandelsrechts*, 2. Aufl, Tübingen 1950, p. 240.
- YARA: “Yara Birkeland”, <<https://www.yara.com/news-and-media/media-library/press-kits/yara-birkeland-press-kit/>> (accessed 08/11/2025).
- YETİŞ ŞAMLI, K.: “Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları’nda Sefere Elverişlilik”, 71/2 *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 2013, p. 483.
- YILMAZ, M., “Legal Assessment of Seaworthiness in Autonomous Cargo Ships: Is it time for a Change?”, 3/2 *DEHUKAM Journal of the Sea and Maritime Law* 2020, p. 817.
- YILMAZ, M.: *Otonom Gemilerin Hukuki Boyutu*, Ankara 2022.

YILMAZ, M.: “The Evolution of the Obligation of Seaworthiness from the Hague Rules to the Rotterdam Rules”, 29/2 *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2021, p. 883.

YOON, I.: “Technology Assessment: Autonomous Ships”, Korea Institute of Marine Science & Technology Promotion, Technical Report, Seoul 2018, p. 15, <<https://www.researchgate.net/publication/328090361>> (accessed 08/11/2025).

TÜKETİCİ HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE MÜDAHALEYİ HAKLI KILAN SEBEPLER VE 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN

*Justifications for the Intervention in Freedom of Contract in
Consumer Law and Law No. 6502 on the Protection of Consumers*

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA*

ÖZ

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, tüm özel hukuk sisteminin temelini oluşturan vazgeçilmez bir ilkedir. Tüketicinin korunmasının sebeplerini açıklayan çeşitli model ve teoriler bulunmaktadır. Bunlardan tüketicinin tabiatı gereği zayıf olduğu için korunduğuna ilişkin sosyal model, toplumda her gerçek kişinin tüketici olduğu, dolayısıyla herkesin zayıf olduğu bir toplum düzeninden hareket edilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmektedir. Tüketicinin korunmasının sebebi, belli sözleşme kurma durumlarında piyasa aksaklığı sebebiyle yeterince bilgi sahibi olmadığı için sözleşme özgürlüğünü kullanamamasıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK), sözleşmeler hukuku alanında tüketicilerin korunması için sadece belli bazı sözleşme tipleri ve sadece belli konularda düzenlemeler içeren normların sistematik olmayan bir şekilde bir araya getirilmesi ile oluşmuş bir kanundur. Bu kanunun sistematik olmayan normlarının tamamını kapsayacak şekilde yapılan genel tanımlamalar, satış hariç tüm sözleşmeleri kapsayan hizmet ayıbı gibi genel maddeleri, sözleşme özgürlüğüne ve Anayasa'ya aykırılık oluşturacak müdahalelere sebebiyet vermektedir. TKHK'da düzenlenen ön ödemeli konut satışları Anayasa'ya aykırı unsurlar içermektedir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme özgürlüğü, tüketicinin korunması modelleri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun sözleşme özgürlüğüne müdahalesi,

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-posta: ckirca@etu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6817-7708.

TKHK'nun parçalı (*fragmental*) yapısı, n demeli konut satışlarının Anayasa'ya aykırılığı.

ABSTRACT

The principle of freedom of contract is the keystone of private law which cannot be waived. There are various modalities and theories that explain the reasons why consumers are to be rigidly protected. One of such theories which is called "the social model" indicates that the consumer must be protected due to their weak nature. This model is not accepted by the prevailing scholars. The opinion that a consumer is the weak part of the contract just because of her or his nature is not acceptable because this leads to the result that everyone in society is weak since every real person in the society is a consumer. The reason for protection of consumers is based on the idea that the consumers cannot avail themselves of freedom of contract because of having insufficient information regarding some specific contracts due to the market distortions. Act on the Protection of the Consumer is a statute that formed by a nonsystematic way of gathering the rules which are related to only some specific type of contracts or subjects. General definitions formulated to encompass all the non-systematic provisions of this Law, as well as general clauses such as provisions relating defective services provisions covering all contracts except sales, give rise to interferences with the freedom of contract and interventions that may constitute violations of the Constitution. The contracts on the prepaid housing sales regulated under the Consumer Protection Law (TKHK) contain elements that are contrary to the Constitution.

Keywords: *The principle of freedom of contract, modalities of protection of consumers, the intervention of the Act on the Protection of the Consumer in freedom of contract, fragmented structure of consumer protection act, unconstitutionality of prepaid housing sales.*

GİRİŞ

Sözleşme serbestisi bireylerin kendi hukuki ilişkilerini kendilerinin belirlemelerine olanak sağlayan, Anayasamızda (m. 48) kabul edilmiş temel haklar arasında yer alan evrensel bir ilkedir. Toplumdaki tüm özel hukuk ilişkileri bu ilke temelinde yürütülmektedir. Kişiler mal veya hizmetlere olan gereksinimlerini diğer kişilerle yaptıkları sözleşmeler ile karşılamaktadır. Sözleşmeler kişilerin hukuki işlem yapma konusundaki irade açıklamalarının uyuşması ile kurulmaktadır. Kurulan sözleşmeler ise bağlılığı gerektirir. Sözleşmeye bağlılık sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir gereğidir. İdeal haliyle sözleşme özgürlüğü, tüm katılımcıların aynı güce ve yetkilere sahip olduğu özgür ve şeffaf bir rekabet ortamında gerçeğe dönüşebilecektir. Ancak günümüzde rekabet ve piyasa şartlarının değişmesi ile ticari ve mesleki amaçlarla hareket edenler karşısında ticari ve mesleki amaçla hareket etmeyen tüketicilerin, bazı belirli durumlarda sözleşmenin kurulması ve içeriği konusundaki iradeleri serbestçe oluşmamaktadır. Tarafların farklı pazarlık gücüne sahip olmaları aralarında ekonomik dengesizliğe ve eşitsizliğe yol açmaktadır. İşte böyle durumlarda gerçek (maddi) sözleşme özgürlüğünü sağlamak amacıyla emredici normlarla müdahale gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada öncelikle tüketici hukukunda sözleşme özgürlüğüne emredici normların müdahalesinin gerekçeleri açıklanacaktır. Avrupa Birliği tüketici yönergelerini Türk hukukuna aktarma amacını taşıyan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Avrupa Birliği tüketici yönergelerini her birini ilgili Kanunda gerekli emredici düzenlemeleri yapmak yerine tek bir Kanun çatısı altında düzenlemiştir (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un parçalı yapısı). Tek bir kanun içerisinde tüketiciyi ilgilendirmek dışında birbirinden farklı birçok konunun düzenlenmesinin önemli sakıncaları ortaya çıkmıştır. Kanun'un tüm tüketici işlemlerini kapsamına alması ve hukuki olgu ve sonuçlarını düzenlemediği durumda genel hükümlerin uygulanacağını belirten atıf maddesi yoluyla kapsamı olağanüstü derecede genişletip özel hukuktaki tüm hukuki işlemleri kapsayacak şekilde yaygınlaştırması, sözleşme özgürlüğünü Anayasa'ya aykırı olarak önemli ölçüde sınırlamaktadır. Kanun'da ayrıca tüketiciyi gerekmediği halde koruyan, bu sebeple sözleşme özgürlüğüne aykırı olan düzenlemeler de bulunmaktadır. Bunlardan ön ödemeli konut satışları ayrıca ele alınacaktır.

I. TÜKETİCİ HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE MÜDAHALENİN GEREKÇELERİ

A. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi ve Şekli Sözleşme Özgürlüğü

Sözleşme serbestisi, bireylerin özel hukuka ilişkin meselelerini bağımsız ve kendi sorumlulukları altında kendi iradeleri ile düzenlemelerini sağlayan temel bir ilkedir. Sözleşme, sözleşme serbestisinin gerçekleştirilmesini sağlayan ana araçtır¹. Sözleşme serbestisi ve sözleşme özgürlüğü, sadece tarafların kendi iradelerinin gerçekleşmesini temin etmez; aynı zamanda kişinin kendi kurallarını kendisinin belirlemesine (*Selbstbestimmung*) de hizmet eder.² İnsan özgürdür; çeşitli alternatifler arasından seçme, bunlardan birini tercih etme hakkına sahiptir. Sözleşme özgürlüğü, insan özgürlüğünden kaynaklanmaktadır ve her hukuk düzeninde dar veya geniş bir şekilde kabul edilmiştir.³

Sözleşme özgürlüğü Anayasa'nın 48. maddesinde temel hak ve özgürlükler arasında düzenlenmiştir. Sözleşme özgürlüğünün de sınırları olabilir. Ancak, temel hak ve özgürlükler arasında yer alan sözleşme özgürlüğü kural, sınırlandırılması ise istisna olup bu sınırlamalar, Anayasa'nın 13. maddesine göre, hakkın özüne dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla getirilebilir.

Sözleşmeye bağlılık ilkesi (*ahde vefa, pacta sunt servanda*), sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir gereğidir. Sözleşme ile bir kere bağlandıktan sonra artık ona kural olarak dokunulamaz. Çünkü sözleşmelerin taraflarca ve hukuk

¹ KIRCA, Çiğdem: “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Modeller, TKHK’un Amacı ve Avrupa Birliği Tüketici Yönergelerinin Kapsamı”, Yargıtay Dergisi, 2017, C. 43, S. 2, s. 294 vd. 296; KIRCA, Çiğdem: “Uyarlama”, Pandeminin (Covid 19’un) Sözleşmelerin İfasına Etkisi, Ed. Çiğdem KIRCA / Fatma Tülay KARAKAŞ, Ankara 2021, s. 57 vd., 63; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022, s. 243 vd. N. 947 vd.; FURRER, Andreas / MULLER-CHEN, Marcus / ÇETİNER, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 2022, s. 13 vd.

² “İrade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü kabul edilerek devlet özel hukuk ilişkilerini merkezi olarak düzenlemek gibi altından kalkamayacağı bir yükten kurtarılmakta, esnek ve bireysel ihtiyaçlara cevap veren düzenlemeler yaratma imkânı getirilmektedir” (ATAMER, Yeşim M.: Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 28).

³ “İrade özerkliğine geniş yer ayıran hukuk düzenleri ilke olarak özel mülkiyet ve özel girişim, dolayısıyla sözleşme özgürlüğünü kabul eden liberal hukuk düzenleridir. Otoriter sosyalist hukuk düzenleri özel mülkiyet ve özel girişim haklarını tanımadıkları için bu sistemlerde irade özerkliği çok dar bir alana sıkışıp kalmaktadır” (EREN, s. 344, 245, N. 951).

düzenince düşünülen gelecek için bir temel oluşturma işlevini yerine getirebilmesi için, ifa edilmesi gerekir. Böylece hukuki işlem güvenilirliği ve sözleşmeye güvenin korunması sağlanmış olur. Öyle ki örneğin bir kişi parasız kaldığı için istemeden de olsa bir malını değerinin altında bir bedel ile satmış olsa dahi; o, kural olarak sözleşme ile bağlıdır. Aslında bu durum onun menfaatinedir. Çünkü aksi taktirde diğer kişiler artık zorda kalan insanlarla sözleşme kurmaktan çekinirler.⁴ Dolayısıyla yapılan sözleşmelere bağlılık tanımamak, kişilerin sözleşme özgürlüğünü ellerinden almak demektir.

Her sözleşme içerisinde bir ikilik barındırır. Sözleşme bir taraftan kişilerin kendilerini ifade etmelerine, işlemlerini kendilerinin belirlemesine, diğer taraftan buna bağlı olmaya, dolayısıyla kendilerini sınırlandırmaya hizmet eder. Taraflar bunlardan birini diğerini hesaba katmadan elde edemez. Daha yakın bakıldığında tamamen serbest irade ile kararlaştırılan sözleşme, şekli sözleşme serbestisinden meydana gelir.⁵ Çünkü hukuken geçerli olma aynı zamanda bağlanmayı gerektirir.

B. Maddi Sözleşme Özgürlüğü

Gerçek anlamda sözleşme özgürlüğünden söz edebilmek için tarafların sözleşme yapma veya yapmama iradesine sahip olmaları yeterli değildir. Bu özgürlüğün sağlanabilmesi için, tarafların sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilmelerini mümkün kılan etkin bir rekabet ortamının sağlanması gerekir.⁶ Zira rekabet, bireylerin iradelerini somut biçimde kullanabilmelerini sağlayan ekonomik ve hukuki koşulların oluşmasına hizmet eder. Serbest rekabet sistemi, taraflara yalnızca seçim hakkı tanımakla kalmaz; aynı zamanda bu seçimin gerçek anlamda özgür bir irade beyanı olmasını da güvence altına alır.

Rekabet, maddi sözleşme özgürlüğünün gerçekleştirilebilmesi açısından en önemli araçlardan biridir. Çünkü rekabet özel hukuk sükelerinin güçlerinin nötrleştirilmesi ve baskılanması için insanlığın keşfettiği en önemli aracı oluşturmaktadır. Rekabet malların arzını ve onun temelinde yatan etkili bir

⁴ Bkz. CANARIS, Claus-Wilhelm: *Wandlungen des Schuldvertragsrechts, Tendenzen zu seiner "Materialisierung"*, AcP (Archiv für die civilistische Praxis) 2000, s. 273 vd., 278.

⁵ Bkz. CANARIS, AcP 2000, s. 279.

⁶ Bkz. CANARIS, AcP 2000, s. 293, 294; ATAMER, Yeşim M.: "Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriteri", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Ed. Çiğdem KIRCA, İstanbul 2013, s. 106.

şekilde karar verme özgürlüğünün gerçekleşmesini sağlamaktadır. Başka bir ifadeyle, rekabet mekanizması bireylerin eşit koşullarda müzakere gücüne sahip olmalarını temin eder. Bu yönüyle rekabet, modern özel hukukta özgür sözleşme düzeninin dengeleyici unsuru olarak görülmektedir.

Bu nedenle, maddi sözleşme özgürlüğünün işlerliğini sağlamak amacıyla devletin kimi durumlarda hukuk düzenine müdahalesi gerekebilir. Özellikle genel işlem koşullarının kullanıldığı, ekonomik tekellerin olduğu piyasalarda, devletin düzenleyici rolü sözleşme özgürlüğünü daraltıcı değil, bilakis onu gerçek anlamda güçlendirici bir işlev üstlenir. Bu bağlamda, rekabet hukukunun müdahaleleri ya da tüketicuyu koruma normları, şekli sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama gibi görünse de gerçekte maddi sözleşme özgürlüğünü gerçekleştirmektedir. İşte serbestçe seçim yapılabilecek karar verme özgürlüğünü sağlayan şartların varlığı halindeki gerçek sözleşme özgürlüğü, *maddi sözleşme özgürlüğü* olarak ifade edilmektedir.⁷

1. Genel İşlem Koşullarının (GİK) Denetlenmesi

Genel İşlem Koşullarının (GİK) denetlenmesinde şeklen bakıldığında, GİK kullanımı sözleşme özgürlüğünün kullanımıdır ve müşterinin kabulünü gerektirir, dolayısıyla sözleşme temeline dayanır. Maddi (fili) anlamda ise, burada gerçek karar verme özgürlüğü çok güçlü bir şekilde ihlal edilmektedir. Hukuken bağlanma gerçekleşmiş olmasına rağmen, sözleşmenin içeriği fiilen GİK kullanıcıları tarafından belirlenmektedir. GİK, kullanıcılar tarafından genellikle uzun tecrübe ve profesyonel bir değerlendirme ile önceden oluşturulmakta ve müşteriler bunun kapsamını genellikle okumamakta, içeriğini bilmemektedirler.

GİK'ler genellikle girişimci veya kurumlar tarafından, uzun bir tecrübe birikimi sonrasında ve hukukçularla yapılan kapsamlı çalışmalar sonucunda hazırlanır. Bu nedenle GİK kullanıcıları sözleşme metinlerinin ayrıntılarına hakimdir ve bu metinleri diledikleri gibi şekillendirme olanağına sahiptir. Oysa GİK'nın muhatapları olan sözleşmenin diğer tarafının (tüketici veya müşterinin) GİK üzerinde çalışma olanağı çok sınırlıdır ve bu konuda çalışma özel bir uzmanlığı ya da özel bilgiyi gerektirebilir. Müşteriler zaman baskısı altındadır. "Kullanıcı müşterinin yanına oturur müşterinin okumasına fırsat vermeden imzalaması için bekler".

⁷ CANARIS, AcP 2000, s. 293, 294; bkz. BYDLINSKY, Franz: *Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft*, AcP 2004, s. 309 vd., 364 vd., 373 vd.

Diğer taraftan kişiler genel olarak formüle edilmiş olanların, yani genel olarak ortaya konulanların kötü olmayacağı konusunda bir kanaat içerisindeyler (psikolojik önemsizleştirme efekti). Hazır kalıplar halinde sunulan sözleşme hükümlerini okumak bile çoğu zaman pratikte mümkün olmamakta; taraflar sözleşmenin içeriğini tam olarak kavramadan genellikle “toptan kabul” (global benimsemeyle) yoluyla sözleşme ilişkisine girmektedirler.⁸ Modern ekonomik yaşamda piyasa ilişkileri fiyat ve şartların bireysel pazarlıkla belirlendiği geleneksel anlayıştan uzaklaşarak standartlaşmış ve tek taraflı dikte edilen sözleşmelere yönelmiştir.⁹ Bu durum sadece asli edimler için geçerli değildir, düzenleyici hukuk kurallarından ayrılan tamamlayıcı hükümler için de geçerlidir. Örneğin bir bankanın standart kredi sözleşmesinde yer alan GİK hükümleri genellikle tartışmaya açık değildir. Müşteri bu şartları değiştiremez, yalnızca kabul etmek veya reddetmek arasında tercih yapar.¹⁰ Bu durumda sözleşme özgürlüğü “ya al ya bırak özgürlüğüne” indirgenmiştir.

Bununla birlikte GİK’lerin kullanılmasını bütünüyle olumsuz bir olgu olarak görmek doğru değildir. Zira GİK’nın kitlesel sözleşme ilişkilerinin rasyonelleştirilmesi bakımından yadsınamaz işlevleri vardır. Pek çok kişiyle sözleşme yapan işletmeler açısından her bir sözleşme koşulunu ayrı ayrı müzakere etmek fiilen imkansızdır. GİK kullanımı sözleşme kurulmasını basitleştirir, işin maliyetini azaltır ve sözleşme uygulamasında yeknesaklık sağlar. İkinci olarak, GİK bir hukuki ilişkiyi kanunda o hukuki ilişkiye uygulanabilecek yeterli ya da uygun düzenleyici kural bulunmaması durumunda kapsamlı bir şekilde düzenleyerek ona belirlilik sağlar. Ekonomik hayatın özellikleri karşısında genel işlem şartlarına dayalı sözleşmelerden vazgeçilememektedir.¹¹

⁸ KIRCA, Çiğdem: “Genel İşlem Koşulları ile Kararlaştırılan Ceza Koşulunun İçerik Denetimi”, Çankaya Üniversitesi Evrensel İlkeler Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu 10-11 Haziran 2016, Ed. Emel BADUR, Gamze TURAN BAŞARA, Ankara 2016, s. 119, 120; AYDIN, Ramazan: “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m. 5)”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 11, S. 1, s. 90.

⁹ “Genel işlem şartları alanında rekabet sağlanabilseydi, ayrıca sözleşmenin denetimine başvurmadan, en optimum şartların müşteri tarafından elde edilmesi mümkün olabilirdi” (ATAMER, Genel İşlem Şartları, s. 37). “Rekabet vardır ancak işlememektedir. Çünkü tüketici ne GİK’ı okur ne de karşılaştırır” (AYDIN, s. 90).

¹⁰ HAVUTÇU, Ayşe: Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 34.

¹¹ SİRMEN, A. Lâle: “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Kavramı”, Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku, Sempozyum Kitabı, Ed. Erhan TEMEL, Ankara 2015, s. 117 vd., 119.

Ne var ki bu işlevsel zorunluluk müşterinin veya tüketicinin sözleşme içeriğine etki edebilme olanağını neredeyse tamamen ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla girişimci karşısında müşterinin veya tüketicinin sözleşme özgürlüğü şekli anlamda varlığını korusa da maddi anlamda büyük ölçüde ortadan kalkmaktadır. İşte böyle bir durumda kanun koyucunun rolü önem kazanmaktadır. Devletin, genel işlem koşullarını içerik ve geçerlilik yönünden denetlemesi maddi sözleşme özgürlüğüne yönelik bir müdahale niteliğinde olup müdahale yine sözleşme özgürlüğünü gerçekleştirmek için yapılmaktadır. Dolayısıyla böyle bir müdahalede Anayasa’da düzenlenen sözleşme özgürlüğünü ihlal söz konusu olmamaktadır.

2. Cayma Hakkı

Genel işlem koşullarının yanında, sözleşme özgürlüğünün şekli anlamda sınırlayan bir diğer araç da cayma hakkıdır. Nitekim, bir tarafın herhangi bir sebep göstermeden sözleşmeden cayabilmesi, şekli sözleşme özgürlüğünün ve onun ayrılmaz bir tamamlayıcısı olan sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin sınırlandırılması anlamına gelir. Ancak bu sınırlama, keyfi bir koruma aracı olmayıp, sözleşme serbestisinin “*gerçek*” yani maddi anlamda özgür bir irade ile kullanılmasını güvence altına alma amacına yöneliktir. Yoksa cayma hakkının tanınması, tarafların sözleşmenin kurulmasından belli bir kısa süre sonra malı bir başka yerden uygun fiyatla alma ya da hizmet edimini daha uygun koşullarda elde etme olanağını fark ettiğinde sözleşmeden kurtulabilmeleri anlayışının sonucunda oluşmamıştır. Aksine, bu hak, taraflardan birinin psikolojik veya bilgi eksikliği nedeniyle hatalı ya da aceleci karar vermesi sonucunda oluşan dengesizliği düzeltmek için öngörülmüştür.¹² Özellikle iş yeri dışında kurulan sözleşmelerdeki (kapıdan satışlar) gibi ani ve baskı altında yapılan sözleşmelerde cayma hakkının kabul edilmesinin amacı da budur. Bireylerin “gafil avlanmalarını” önlemek ve kararlarını soğukkanlı bir şekilde değerlendirmelerini sağlamaktır. Bu gafil avlanma durumundan kurtulmak için şartları oluşmuşsa sözleşmeyi ahlaka aykırılık sebebiyle geçersizlik yaptırımı uygulayarak veya gabine ilişkin hükümlerle sonradan mahkeme vasıtasıyla kontrol etmektense, kısa süreli bir “pişmanlık süresi” tanıyarak sözleşmeye bağlılıktan kurtarmak hem taraf menfaatlerini hem de hukuki istikrarı daha etkili biçimde korur. Böylece hukuk düzeni, sözleşmeyi tümüyle geçersiz kılmak yerine, taraflara sınırlı bir geri alma imkânı tanıyarak ölçülü bir şekilde gerçekleştirir.¹³ Üstelik cayma hakkı, kanunla düzenlendiği

¹² CANARIS, AcP 2000, s. 345.

¹³ CANARIS, AcP 2000, s. 347.

için (örneğin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, m. 47) kapsamı, süresi ve sonuçları bakımından hukuki güvenliği de sağlar. Ayrıca cayma hakkı kural olarak tüketici işlemleri için tanınmaktadır. Buna karşılık kendi ticari veya mesleki alanında faaliyet gösteren profesyoneller, genellikle işlem risklerini değerlendirecek düzeyde tecrübe sahibidir ve bu nedenle korunmaya değer taraf olarak kabul edilmez.

Sonuç olarak cayma hakkı, sözleşme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmadan, bireye bilgi alma, değerlendirme ve kararını gözden geçirme imkânı tanıyan bir araçtır. Bu hak, tarafların sözleşme ilişkisine yönelik bilinçli irade beyanlarını güçlendirerek maddi sözleşme özgürlüğünün sağlanmasına hizmet eder.

Cayma hakkının tanındığı bir diğer önemli sözleşme grubu ön ödemeli satışlar ve tüketici kredileridir. Buradaki müdahale de sözleşme özgürlüğün şekli anlamda olmasa bile maddi anlamda gerçekleştirme amacına uygun olduğu için Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

Alıcının satış bedelini zamana yayarak ödediği ön ödemeli satışlar alıcı açısından cazip bir kolaylık sağlasa da bedelin gelecekte ve bölünmüş şekilde ifası, kişide sözleşmenin gerçek ekonomik yükünü değerlendirme gücünü zayıflatır. Zira ödemelerin zamana yayılması, riskin küçümsenmesine ve mali yükün psikolojik olarak algılanmamasına yol açar.¹⁴ Bu durum, tüketicinin karar verme iradesinin belli ölçüde yanıltıcı bir cazibe etkisine maruz kalmasına neden olur. Böylece *bu psikolojik etki kişilerin karar verme özgürlüğünü sınırlandırmaktadır.*

Benzer şekilde, tüketici kredilerinde de cayma hakkı tanınmıştır. İlk bakışta kredi sözleşmeleri, taksitli ödemeyi içermediğinden ön ödemeli satışlara göre daha az riskli görünür. Ancak burada da benzer bir tehlike söz konusudur. Kredi alan taraf, parayı derhâl elde etmekte buna karşılık borcun ifası geleceğe bırakılmaktadır. Bu durum, ödemenin ertelenmesine bağlı olarak oluşan gevşeme nedeniyle, borçlunun ekonomik yükümlülüklerini doğru biçimde tartamamasına yol açmaktadır.

Bu noktada kanun koyucunun müdahalesi, sözleşme özgürlüğüne getirilen keyfî bir sınırlama değil, tam tersine karar verme özgürlüğünü yeniden işler hale getirme aracı olarak değerlendirilmelidir. Zira tüketici, sözleşme yaparken çoğu zaman bilgi eksikliği, ekonomik baskı ve psikolojik

¹⁴ CANARIS, AcP 2000, s. 348, 349.

etki altında kalır. Dolayısıyla bu tür işlemlerde tanınan cayma hakkı bireyin maddi sözleşme özgürlüğünü gerçekleştirmek için işlevsel bir gerekliliktir.

Sonuç olarak, sözleşme özgürlüğüne yönelik müdahale, özgürlüğü ortadan kaldırmak amacıyla değil, gerçek özgürlüğün kullanımı için gerekli koşulları oluşturmak amacıyla yapılmalıdır. Bu çerçevede cayma hakkı, şekli sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması pahasına maddi sözleşme özgürlüğünü sağlayan bir hukuki araç olarak ortaya çıkar.

C. Tüketicinin Korunması, Sosyal Devlet İlkesi ve Sözleşme Özgürlüğü İlişkisi

Tüketicinin korunması, genellikle sosyal devlet kapsamında değerlendirilmekle birlikte, gerçekte bu ilke değil, sözleşme özgürlüğü ilkesi üzerine temellendirilebilir.¹⁵ Sosyal devlet ilkesi ne kadar geniş yorumlanırsa yorumlansın, sözleşme serbestisini sınırlamak veya bireyler arasındaki özel ilişkilerde doğrudan uygulanmak için yeterli bir hukuki dayanak değildir. Bunun nedeni, sosyal devlet ilkesinin devletin yapısına ilişkin bir ilke olması ve dikey etkili olmasıdır; başka bir deyişle, bu ilke yalnızca devlet ile kişiler arasındaki ilişkilerde yükümlülükler doğurur.¹⁶ Buna karşılık özel hukuk ilişkileri eşit düzeydeki taraflar arasında kurulduğundan, bu ilişkilere sosyal devlet ilkesi doğrudan uygulanmaz. Özel kişiler arasındaki menfaat dengesinin sağlanması, sözleşme özgürlüğü ilkesinin dolaylı yatay etkisine dayanılarak gerçekleştirilir.¹⁷ Anayasa'nın 172. ve 173. maddelerinde Devletin tüketiciler gibi esnaf ve sanatkârları da koruyacak tedbirler alması gerektiği belirlenmiştir. Bununla birlikte Anayasa'daki hükümler, tek başına tüketicilerin mi, esnaf ve sanatkarların mı öncelik taşıdığına veya sosyal devlet ilkesine mi öncelik verildiğine ilişkin bir veri içermemektedir. Anayasa'nın sağladığı temel güvenceler bireyin devlet karşısındaki konumunu düzenlemekte olup, Anayasa hükümlerinin özel hukuk ilişkileri

¹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, YD 2017-I, s. 294 vd.

¹⁶ Temel hakların dikey ve yatay etkisi konusunda bkz. GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa 2018, s. 417; ERGÜL, Ozan: “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kişinin Hukuksal Temelsizliği Üzerine*”, Erdal ONAR’a Armağan, Ankara 2013, s. 450 vd.

¹⁷ TAMM, Marina / TONNER, Klaus / BRÖNNECKE, Tobias: Verbraucherrecht, Rechtliches Umfeld, Vertragstypen, Rechtsdurchsetzung, Beratungshandbuch, Kommentar, 3. Auflage, Nomos, Baden- Baden 2020, § 1, N. 32, 35. Ayrıca bkz. ZÖLLNER, Wolfgang: Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 1996, s. 1 vd. 36.

üzerindeki etkisi ancak özel hukukta yer alan belirli tipteki bazı normlar aracılığıyla, başka deyişle dolaylı olarak gerçekleşir.¹⁸

Tüketicinin korunmasını açıklayan “sosyal koruma modeli”, tüketicinin tabiatı gereği (yapısal olarak) zayıf konumda olduğunu kabul etmekte, tüketicinin korunması hukukunu, “*zayıfın korunması*” olarak anlamaktadır.¹⁹ Bu model rol sosyolojisine ilişkin görüş ile desteklenmektedir. Buna göre bir kişi tek başına tüketici olarak belirlenemez. Tüketici sadece söz konusu işlemin kurulmasında “zayıf role sahipse”, yani zayıf konumdaysa o zaman tüketici olarak kabul edilir. Bu tüketici kavramı *Reich*’ın hukuki tartışmaya getirdiği rol sosyolojisine ilişkin teoriye dayanmaktadır.²⁰ Teorinin hareket

¹⁸ Temel haklar özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmamalıdır. Zira aksi takdirde, örneğin Anayasa hukukuna ilişkin eşitlik ilkesinin özel hukuk ilkelerine doğrudan uygulandığında yine Anayasa’da düzenlenen sözleşme özgürlüğünün kabul edilemeyecek ölçüde sınırlanması söz konusu olabilir. Bu sebeple Anayasa’daki değerlendirmelerin daima dolaylı olarak dikkate alınması (yatay) gerekir. Örneğin, hâkime takdir hakkı veren, kişilik hakkı veya ahlaka aykırılığın kontrol ölçüleri ya da kamu düzeni gibi kavramlar söz konusu olduğunda bunların somutlaştırılmasında Anayasa dolaylı olarak dikkate alınmalıdır. Ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 501, 502; GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R. / SCHMID, Jörg / EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 11. Auf., Zürich 2020. N. 679.

¹⁹ REICH, Norbert: *Markt Und Recht: Theorie U. Praxis D. Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland* Darmstadt 1977, s. 192 vd.

“Avrupa düzeyinde kurgulanan tüketici hukuku iki aşamalı bir gelişim sürecinden geçmiştir. İç pazar öncesi dönemde, başka bir ifadeyle somut olarak 1985 yılı öncesinde, Topluluğun programlarındaki hedefi, zayıf olanın korunmasına yönelmiştir. Bu dönemde Avrupa tüketici koruması, dünya genelinde yürütülen sosyal devlet tartışmalarının etkisi altında şekillenmiştir. 1985 yılında kabul edilen 85/577/AET sayılı Kapıdan Satışlar Yönergesi bu yaklaşımın somut bir tezahürünü oluşturmaktadır. Aynı yıl kabul edilen 85/374/AET sayılı Yönerge de bu perspektifle uyumlu bir düzenleme niteliği taşımaktadır. Bu bakış açısında tüketici, yapısal olarak zayıf konumda bulunan ve en azından durumsal olarak korunmaya ihtiyaç duyan taraf olarak kavramsallaştırılmaktadır” (LUDWIGS EU-WirtschaftsR-HdB/MICKLITZ-ROTT, 64. EL August 2025, § 53, N. 63). “Bu anlayış, “son derece rekabetçi bir sosyal piyasa ekonomisi”ni (AB Antlaşması m. 3/3, c. 2) hedefleyen kapsamlı bir yapıya dönüşmesiyle birlikte değişim göstermiştir. Bu çerçevede AB hukukunda, “bilgilendirilmiş tüketici” modeline ek olarak, tüketicinin duruma bağlı olarak tipik bir korunma ihtiyacı içinde bulunduğu kabulü de tamamlayıcı bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır”. MÜKO-BACHMANN, 10. Aufl. 2025, BGB § 13, N. 27-30.

²⁰ REICH, Markt und Recht, s. 192 vd. REICH / MICKLITZ’in Avrupa Birliği için 1980’de yaptığı kapsamlı çalışmada, tüketicinin korunması hukukunda fakir olan gibi çok lüks bir arabayı satın alan zengin bir kişinin de aynı ölçüde koruma ihtiyacından hareket edildiği, bu durumun ise ampirik sosyolojik olarak aynı ölçüde bir koruma ihtiyacı göstermediği, bu dilemmaların yapılan çalışmada çözülemediği, ancak en azından haksız şartların, edimler arası bariz dengesizlik oluşturan kredi sözleşmelerinin fakir kişilere daha ağır geldiği,

noktası her insanın hem girişimci/sağlayıcı hem de tüketici rolüne sahip olabileceğidir. Böylece girişimci/sağlayıcı tüketici, tüketici de sağlayıcı/girişimci olabilir.²¹ Rol sosyolojisine göre tanımlanan tüketici, tabiatı gereği zayıf tüketici ile bir tutulmaktadır.²² Böylece, sözleşmenin sosyal işlevi ve tarafların yapısal zayıflıklarını korumak için adalete aykırı menfaat dengesizliğinin giderilmesi amaçlanmaktadır.²³ Tüketicinin korunmasının dayanağı, Anayasa’da yer alan sosyal devlet ilkesi gereği, piyasanın bir bölümünü ve dolayısıyla toplumun bir kısmını oluşturan kişiler arasındaki yapısal zayıflıkların dengelenmesidir.²⁴ Bu modele göre somut olayda tüketicinin korunma ihtiyacının bulunması önemli değildir. Önemli olan, model tipteki zayıflıktır. Tüketicilerin tipikleştirilmiş zayıflıkları, tipikleştirilmiş korunma ihtiyacına sebebiyet vermektedir.

Ancak bu yaklaşım hem genel geçer bir toplumsal gerçeklik varsayımı olarak hem de hukuki açıdan sorunludur.²⁵

Zira tüketicinin tabiatı gereği (yapısal olarak) zayıf olduğu genellemesi, ampirik verilerle doğrulanmamaktadır ve sürdürülebilir değildir. Toplumun tüm bireylerin “psikolojik bir zayıflık içerisinde bulunduğu varsayımı doğru değildir. Araştırmalar ve uygulamalar göstermektedir ki, her müşteri zayıf olmadığı gibi, her üretici veya işletmeci güçlü değildir. Günümüzde ekonomik ve toplumsal ilişkiler oldukça karmaşık bir yapı sergilemekte, kimi zaman tüketici sıfatıyla hareket edenler aynı zamanda girişimci ya da profesyonel meslek mensubu olabilmektedir.

Nitekim hukuk uygulamasında kimi olaylarda “çifte statü” olgusu gözlemlenmektedir. Örneğin bir avukat, öğretim üyesi, mühendis ya da

dolayısıyla tüketici hukukunun fakir insanların daha çok lehine olduğu ve sosyal politikalara ilişkin bir anlam taşıdığı ifade edilmektedir (REICH, Norbert / MICKLITZ, Hans W.: Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Eine Studie im Auftrage der EG Kommission New York 1980, s. 4 vd.). Teori ve eleştirisi için bkz. MICKLITZ / PURNHAGEN, Münchener Kommentar (MüKo) zum BGB, 7. Auflage 2015, vorb. §§ 13, 14 BGB, N. 39; TAMM / TONNER / BRÖNNECKE, § 1, N. 5vd., 26, 35.

²¹ Başkan KENNEDY 1962 yılında ABD Kongresinde “tanım olarak tüketici, herkeştir” ifadesini kullanmıştır. Burada KENNEDY’nin tüketici elçisi olması felsefesi kendini göstermektedir. Her insan tüm rollerinde tüketici olabilir.

²² Mü-Ko/MICKLITZ-PURNHAGEN, vorb. §§ 13, 14 BGB, N. 39.

²³ Mü-Ko / MICKLITZ-PURNHAGEN, vorb. §§ 13, 14 BGB, N. 41.

²⁴ REICH, Markt und Recht, s. 197 vd.

²⁵ Bkz. Mü-Ko / MICKLITZ-PURNHAGEN, vorb. §§ 13, 14 BGB, N. 44; LUDWIGS EU-WirtschaftsR-HdB / MICKLITZ-ROTT, 64. EL August 2025, § 53, N. 66; Mü-Ko / BACHMANN, 10. Aufl. 2025, § 13 BGB, N. 27-30.

yöneticinin kendi özel yaşamındaki tüketim faaliyetlerinde, bazen karar verme becerilerini kayb ettikleri, hatta ekonomik riskleri yanlış değerlendirdikleri görülebilmektedir. Bu durum, her profesyonelin yapısal olarak güçlü olduğu varsayımını doğrulamamaktadır. Öte yandan, küçük bir esnaf, tamirci veya kuaför gibi ticari faaliyeti sınırlı olan kişiler, hukuki ilişkilerinde sözleşmenin nispeten güçlü tarafı konumuna sahip olabilmektedir.²⁶

Diğer taraftan tüketicinin sadece tüketici vasfını taşıdığı için genel olarak korunmaya ihtiyacı bulunduğu ilişkin teorinin, esas olarak Marksist teori alanında yer aldığı ve buna göre bireysel tüketime müdahale edilmesinin, sözleşme serbestisinin hâkim olduğu düzenlerde mümkün olamayacağı savunulmaktadır.²⁷ Marksist toplum düzeni, tüketici hukukunun dayanağını açıklamakta yeterli olmayıp sözleşme serbestisi ve mülkiyet hakkı tanıyan anayasalara aykırılık teşkil etmektedir.

Dolayısıyla “her tüketici zayıftır”, “her girişimci güçlüdür” şeklindeki ikili ve katı ayırım, sosyolojik ve normatif geçerliliğini yitirmiş durumdadır. Gerçek hayattaki güç ilişkileri, tarafların ekonomik imkanlardan, mesleki bilgid en, denetim düzeyinden ve bilgiye erişim olanaklarından etkilenmektedir. Bu nedenle hukuk düzeni “mutlak zayıflık” yerine, “bağlamsal zayıflık” esasına dayanmalıdır. Başka bir ifadeyle koruma gerekliliği her somut sözleşme veya ilişkide tarafların karar verme özgürlüğü üzerindeki fiili sınırlamaların varlığına göre değerlendirilmelidir.

Tüketicinin korunmasını haklı kılan sebebin, maddi sözleşme özgürlüğünü gerçekleştirmek olduğu durumlarda müdahale, sözleşme özgürlüğüne dayanmaktadır. Bu bağlamda tüketicinin korunmasına ilişkin müdahaleler sosyal devlet ilkesinin yansıması olarak değil, gerçek sözleşme özgürlüğünü yaşama geçirmeye yönelik araçlar olarak değerlendirilmelidir.²⁸ Modern piyasa koşullarında bilgi asimetrisi, ekonomik güç farkı ve tecrübe eksikliği nedeniyle bilgisiz veya mesleki yeterliliği bulunmayan tüketiciler, sözleşme özgürlüğünü fiilen kullanamaz hale gelmektedir. Bu durumda hukuk düzeninin müdahalesi, özgürlüğü sınırlamak değil gerçek anlamda kullanılabilir hale getirmek amacını taşır. Hukuki müdahalenin meşruiyeti,

²⁶ BYDLINSKY, AcP 2004, s. 371, 372.

²⁷ HÖHN, Günther: *Zum persönlichen Anwendungsbereich von Verbraucherverträgen*, Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, Köln 1987, s. 79 vd., 85.

²⁸ EIDENMÜLLER / FAUST / GRIGOLEIT / JANSEN / WAGNER / ZIMMERMANN, (Wagner), s. 3, (Jansen), s. 75 vd.; CANARIS, AcP 2000, s. 359; REPGEN, Tilman: *Kein Abschied von der Privatautonomie, Die Funktion zwingenden Rechts in der Verbrauchsgüterkaufrechtlinie*, München 2001, s. 37.

tarafların özgür iradelerini anlamlı biçimde kullanılamadığı durumlara dayanır. Başka bir ifadeyle kişilerin özgürlükleri keyfî bir şekilde değil, yalnızca haklı bir gerekçeyle sınırlandırılabilir.²⁹ Özellikle bilgi dengesizliğinin bulunduğu ve bir tarafın kararını yeterli veriyle oluşturamadığı durumlarda, hukuk düzeninin devreye girmesi maddi sözleşme özgürlüğünü sağlayan bir zorunluluk haline gelir.

Bu yaklaşım doğrultusunda gerçekleştirilen koruma anlayışı, hâkim öğretide “duruma göre koruma modeli” veya “bilgilendirme modeli” olarak adlandırılmaktadır.³⁰ Bu modele göre piyasa mekanizması, tüm bireylerin aynı düzeyde bilgiye sahip olduğunu varsayar. Ancak gerçekte tüketici, özellikle teknik, hukuki veya finansal nitelikli sözleşmelerde bu bilgilere yeterince erişememektedir. Dolayısıyla piyasa bilgi asimetrisi nedeniyle kendiliğinden adil bir şekilde işleyememekte dengeyi sağlamak için müdahaleci düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu modelde korumanın amacı, tüketici yerine karar vermek değil, onun bilinçli seçim yapabilme imkanını güçlendirmektir. Tüketici, sözleşme yaparken bilgilendirilmiş bir irade beyanında bulunabilmelidir. Bu nedenle hukuk düzeni, eksik veya yanıltıcı bilgilendirmeyi önlemek için çeşitli araçlar geliştirmiştir. Bunlar arasında ön bilgilendirme yükümlülükleri, açık ve anlaşılabilir sözleşme şartları, cayma ve fesih hakları ve haksız ticari uygulamalara karşı korunma bulunmaktadır.

Avrupa Birliği Tüketici Hukuku bu modeli benimsemiştir³¹. Bilgilendirme modeline göre tüketicinin korunmasında esas ölçüt onun zayıflığı değil, bilgi düzeyidir. Eğer somut sözleşme ilişkisinde taraf, konuyla ilgili mesleki bilgi veya deneyime sahipse, o durumda korunmasına gerek

²⁹ EIDENMÜLLER / FAUST / GRIGOLEIT / JANSEN / WAGNER / ZIMMERMANN, (Wagner), s. 3, 46, 47; (Wagner), 267.

³⁰ DAUNER-LIEB, Barbara: Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher? 1983, s. 52 vd., 103 vd.; CANARIS, AcP 2000, s. 320, 343; BYDLINSKY, AcP 2004, s. 309 vd., 360 vd., 368; BÜLOW, Peter-ARTZ, Markus: Fernabsatzverträge und Strukturen Verbraucherprivatrechts im BGB, NJW 2000, s. 2049; Mü-Ko / MICKLITZ-PURNHAGEN, 7. Aufl. 2015, vorb. §§ 13, 14, N. 43; MüKo-BACHMANN, 10. Aufl. 2025, BGB § 13, N. 27-30; GSELL, Beate: *Verbraucherrealitäten und Verbraucherrecht im Wandel*, JZ 2012, s. 809 vd. 814; KIRCA, YD 2017-I, s. 304.

³¹ Bkz. LUDWIGS EU-WirtschaftsR-HdB / MICKLITZ-ROTT, 64. EL August 2025, § 53, N. 66; Mü-Ko/BACHMANN, 10. Aufl. 2025, BGB § 13 Rn. 27-30.

bulunmaz. Böylece koruma mutlak ve soyut değil, somut durumun özelliklerine bağlı olarak değişken ve dengeleyici bir nitelik kazanır.³²

D. Duruma Özgü Tüketicinin Korunması (Bilgilendirme) Modeli

Tüketicinin korunması gereken durumlar, yapılan analizler sonucunda belirlenmiştir. Bu belirli durumlar dikkate alınarak sadece bu konularda taraflar arasındaki dengesizliği ortadan kaldıracak özel düzenlemeler yapılarak tüketici korunur. Dolayısıyla tüketicinin korunmasında *duruma özgü tüketicinin korunması modeli üstün tutulmalıdır*.³³ Bu durumlar ise ekonomik ve sosyal olayların analizi sonucunda elde edilen, sözleşmelerin bir taraf aleyhine dengesiz şekilde kurulmasına neden olan taraflardan birinin diğerine oranla sözleşme kurulması sırasındaki *bilgisizliğidir*. Tüketici hukuku, bilginin sağlanması, buna rağmen sözleşmenin kurulması halinde cayma hakkı tanınması veya sözleşmenin geçersiz olması yoluyla dengesizliği gidermekte ve bu sayede işleyen bir ekonominin gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Bilgilendirme modeli, hukukun ekonomik analizi ve davranışsal ekonomi verileri ile tamamlanmaktadır³⁴. Sözleşme özgürlüğü sadece şekli olarak anlaşılmamakta, tüketici hukukuna ilişkin hükümlerin, tüketicinin maddi olarak kendi ilişkilerini gerçekleştirmesine hizmet ettiği ve/veya işlemeyen piyasaya tepki gösterdiği kabul edilmektedir.

Bununla birlikte, normun uygulanacağı kişileri somutlaştırmak için role özgü tüketici modelinin verilerinden de yararlanarak tüketici kavramının tanımlanmasına ihtiyaç duyulmuştur. Belli bir tüketici kavramı tanımı yapılmadan her olayda kişilerin gerçekten karar verme özgürlüğünün bulunup bulunmadığını araştırmak, önceden öngörülemeyen çeşitli araştırmaların yapılmasına ve bunun sonucunda genel kavramların içini doldurmada daha önceden tecrübe edilen belirsizliklerin ortaya çıkmasına neden olur. Bu

³² Bkz. TAMM / TONNER / BRÖNNECKE, § 3, N. 7; Mü-Ko / MICKLITZ-PURNHAGEN, vorb. §§ 13, 14 BGB, N. 42. Örneğin, kullanılmış araba tamiri ile uğraşan bir kişi kendi özel ihtiyaçları için ikinci el araba satın sözleşmesinde, satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin koruyucu etkisinden vazgeçerek (sorumluluğu sınırlandırma anlaşması yaparak) daha düşük fiyatla arabayı satın alabilmelidir. Çünkü o mesleki ve ticari amaçlarla hareket etmediği için tüketici sayılsa bile somut olayda yeteri derecede bilgiye sahip olduğundan korunmaya ihtiyacı bulunmamaktadır. Bununla birlikte eğer bu kişi tüketici olarak kabul edilecek olursa, o zorunlu olarak korumaya dahil olacak, ayıptan dolayı haklarından vazgeçmiş olması geçerli kabul edilmeyecektir. Bu ise kişinin sözleşme yapma özgürlüğüne haklı olmayan bir müdahale olacaktır.

³³ CANARIS, AcP 2000, s. 320, 343, BYDLINSKY, s. 369 vd.; Mü-Ko / MICKLITZ-PURNHAGEN, vorb. §§ 13, 14, N. 43; GSELL, JZ 2012, s. 809 vd. 814.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, YD 2017-I, s. 306 vd.

sebeple *tüketici* ve *girişimci* gibi adresler oluşturulmalıdır; başka deyişle genel bir tüketici tanımı ve onun karşısındaki girişimci tanımı yapılmalıdır. *Ancak sadece tüketici ve girişimci tanımı yaparak adresleri oluşturmak, tek başına tipik olarak koruma ihtiyacını gerekçelendiremez, bu mutlaka duruma göre tamamlamayı gerektirir.* Dolayısıyla her bir sosyal olayın analizi sonucunda elde edilen ampirik verilerle tüketicinin *hangi durumlarda korunacağı tespit edilmeli ve o konularda çıkarılacak özel normlar ile tüketici korunmalıdır.* Bu durumların maddi sözleşme özgürlüğünün gerçekleşmediği durumlar olduğu görülmüştür. İşte tüketici hukuku maddi sözleşme özgürlüğünün gerçekleşmesini sağlamak için gerekli olduğu ölçüde, kanun koyucular tarafından önceden tespit edilen durumlarda sözleşme özgürlüğüne müdahale edebilir. Bu sebeple role özgü model ile duruma özgü modelin birleştirilmesi önerilmektedir.³⁵

Avrupa Birliği tüketici yönergeleri incelendiğinde, yönergelerin taraflarından birinin tüketici diğerinin satıcı-sağlayıcı/girişimci olduğu *tüm sözleşmeleri* tüketicinin koruması kapsamına aldığına ilişkin hiçbir işaret bulunmamaktadır. Tam tersi her bir yönergede *sadece yönergenin kapsamına giren sözleşmeler açısından* tüketici veya satıcı-sağlayıcı (işletmeci, girişimci) tanımı yapılmaktadır. Her bir yönerge tüketicinin maddi sözleşme özgürlüğünü sağlamak için korunma ihtiyacının bulunduğu *tek bir konuyu* düzenlemektedir. Yönergenin kapsamına hangi konuların girmeyeceği birçok durumda açıkça belirtilmektedir. Diğer taraftan Yönergelerde sadece tüketicinin korunması ihtiyacının bulunduğu belirli durumlarda, tüketici, tüketiciye gerekli bilgilendirmelerin yapılması, sözleşme kurulduktan sonra da belli bir süre (soğuma süresi) geçtikten sonra cayma hakkı tanıma veya sözleşmeyi geçersiz kılma gibi *ne olduğu açıkça belirtilen yöntemlerle* korunmaktadır.³⁶ Ayrıca Avrupa Birliği Hukukunda normların şüphe halinde tüketicinin yararına yorumlanacağına (*in dubio pro consumente*) ilişkin bir ilke bulunmamaktadır.³⁷

³⁵ Mü-Ko / MICKLITZ-PURNHAGEN, vorb. §§ 13, 14, N. 43; HÖHN, s. 89.

³⁶ Ayrıntılı olarak bkz. KIRCA, YD 2017-I, s. 319 vd.

³⁷ Mü-Ko / BACHMANN, 10. Aufl. 2025, BGB § 13, N. 70, 71.

II. 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUN'UN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE ÖNEMLİ ÖLÇÜDE MÜDAHALESİ

A. TKHK'un Kabul Edilmesinin Amacı

4077 sayılı TKHK'un 1995 yılında çıkarılmasının, daha sonraki yıllarda değiştirilmesinin, 6502 sayılı TKHK³⁸'un kabul edilmesinin amacı, tüketicilerin korunma ihtiyacı tespit edilen konularda özel ve istisnai düzenlemeleri bir araya getirmek³⁹ yanında, Avrupa Birliği tüketici yönergelerini Türk hukukuna aktarmaktır.⁴⁰

6502 Sayılı TKHK'un genel gerekçesine⁴¹ göre Kanun değişikliğine gidilmesinin en temel amacı, Avrupa Birliği mevzuatı ile tam uyumun sağlanmasıdır. Nitekim genel gerekçe bu amacı şu şekilde ifade etmektedir: “23/2/1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili mevzuatın 1995 yılında yürürlüğe girmesinden bu yana tüketicinin korunması hukuku Türkiye’de önemli bir gelişme kaydetmiş; 2003 yılında gerçekleştirilen kapsamlı değişiklikler de tüketici hareketine ek bir ivme kazandırmıştır. Ancak bu düzenlemelerin tümünün, *Avrupa Birliği (AB) mevzuatı ile tam uyumunun sağlanması için gözden geçirilmesi ve kısmen yeniden kaleme alınması ihtiyacı özellikle AB-Türkiye tarama toplantıları çerçevesinde kendisini göstermiştir. Kanun değişikliğine gidilmesinin en temel amaçlarından birisi, AB’nin son dönemde çıkardığı ve henüz mevzuatımıza aktarılmamış olan, 2002/65/AT sayılı Finansal Hizmetlerin Mesafeli Satışı, 2005/29/AT sayılı Haksız Ticari Uygulamalar, 2008/48/AT sayılı Tüketici Kredileri Sözleşmeleri, 2008/122/AT sayılı Devre Tatil, Uzun Süreli Tatil Ürünü, Yeniden Satım ve Değişim Sözleşmeleri, 2001/83/EU sayılı Tüketici Hakları Yönergelerinin iç hukukumuzda aktarılması gerektiği düşüncesi olmuştur. Diğer taraftan, bu Tasarı hazırlanırken tüketicinin korunması alanında AB tarafından çıkarılmış olan bütün Yönergeler incelenmiş ve iç hukukumuzdaki değişiklikler ona göre şekillendirilmiştir*”.

³⁸ RG. T. 28/11/2013, S. 28835; 7/11/2013 tarihinde kabul edilen 6502 sayılı Kanun, yayımlandıktan 6 ay sonra yürürlüğe girmiştir.

³⁹ SİRMEN, A. Lâle: “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, 2013, C. 8, Özel Sayı, Aydın ZEVLİLER’e Armağan, s. 2465 vd.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, YD 2017-I, s. 313 vd.

⁴¹ TKHK Tasarısının Genel Gerekçesi için bkz. TBMM, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 490, s. 5.

Ayrıca 6502 sayılı TKHK tasarısının genel gerekçesinde, tüketiciyi koruma sebepleri arasında tüketicinin bilgilendirilmesinin önemi vurgulanmakta bu yöntemin sözleşme özgürlüğüne en az müdahale eden yöntem olduğu belirtilmektedir.⁴² Buradan, TKHK'un amaçları arasında sözleşme özgürlüğüne en az müdahale eden bilgilendirme modelinin esas alındığı anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte aşağıda açıklanacağı üzere birbirinden farklı konuları farklı şekilde düzenleyen tüketici yönergelerini tek kanun içerisinde düzenleyen TKHK, tüm konuları kapsayan geniş tanımlar yapmakta, Kanunu sadece hukuki olgu ve sonuçlarıyla düzenlediği konularla sınırlandırmamakta, atıf maddeleri ile kanun kapsamını daha da genişletmektedir. Ancak bu durum sözleşme özgürlüğünü ölçsüz şekilde sınırlandıracak önemli sorunlara yol açmaktadır.

B. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kapsamının Çok Geniş Tutulması

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un en önemli özelliği kapsamının çok geniş tutulmasıdır. 6502 sayılı TKHK'un kapsamı "*her türlü tüketici işlemi* ile tüketiciye yönelik uygulamalar"dır.

Kanun aynı zamanda tüketici işlemi tanımını bir önceki 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki tüketici işlemi tanımından⁴³ farklı olarak bütün sözleşmeleri sayacak şekilde yapmıştır. TKHK m. 3/1'ye göre, "*Bu Kanununun uygulanmasında, tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*" ifade etmektedir.

⁴² "Koruma zorunluluğunun nedenlerinden biri de tüketicinin ilgili hukuki işlemi en uygun içerik ile kurmak için ihtiyaç duyduğu bilgiye sahip olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu hallerde taraflar arasındaki bilgi asimetrisinden bahsedilmekte ve bu asimetrinin giderilmesi için hukuki önlemler almak icap etmektedir. Nitekim bu Tasarıda sözleşmenin kurulması öncesinde ve kurulması sırasında tüketicinin bilgilendirilmesi yükümlülüğünün düzenlendiği bütün hallerde amaç, taraflar arasındaki bu dengesiz durumu gidermek ve tüketicinin de bilgilendirilmiş bir şekilde sözleşme kurmasına imkân tanımaktır. Sözleşme özgürlüğüne en az müdahale eden araç olması itibarıyla AB mevzuatı bilgilendirme yükümlülüklerine özel bir önem atfetmektedir." Bkz. S Sayısı 490, s. 8.

⁴³ 4077 sayılı mülga TKHK m. 3/h'ye göre tüketici işlemi "*Mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlemi*" ifade etmektedir.

Kanun tüketiciyi “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi”, satıcıyı “kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi”, sağlayıcıyı ise “kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlamaktadır.

Buna göre “her hukuki işlem tüketici işlemidir, her tüketici işlemi kanunun kapsamındadır” sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla *satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında kurulan tüm hukuki işlemler* 6502 sayılı Kanun’un kapsamında kabul edilebilmektedir. Böylece Kanunun kapsamı Türk Borçlar Kanunu’nda, Türk Ticaret Kanunu’nda veya başka bir kanunda hukuki işlemin geçtiği her düzenlemeyi içine alacak şekilde geniş tutulmuş görünmektedir.

Ne var ki TKHK’daki düzenlemelere bakıldığında taraf olduğu her sözleşmenin tüketici işlemi sayıldığı tüketicinin, çoğu yerde nasıl korunduğu düzenlenmemiş Kanunda hüküm olmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı belirtilerek (m. 83/1) Türk Borçlar Kanunu’na atıf yapılmıştır. Ayrıca “Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.” (m. 83/2) hükmünü düzenleyerek taraflardan birinin tüketici olduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının, işlemin *tüketici işlemi* olmasını ve Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını *engellemeyeceğini* belirterek kapsamını oldukça genişletmiştir.

Bu çerçevede tüketicinin taraf olduğu sözleşmeye ilişkin hükümler TKHK’da düzenlenmemiş olsa bile TKHK’nun kapsamına girdiği düşünülmekte, böyle olunca da TKHK düzenlediği emredici hükümlere tabi olma tehlikesini taşımaktadır: Bu durumda, tüketici sözleşmelerindeki hükümler sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemeyecek (TKHK m. 4/2); hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamayacak (m. 6/2); bakanlık ve belediyeler mal ve hizmetlerin satış ve sunumundan kaçınılmamasının uygulanması ve izlenmesine ilişkin işleri yürütmekle görevli olacak (m. 6/4) dolayısıyla idare tüketicinin taraf olduğu her türlü sözleşmeyi denetlemek hakkına sahip olacak (m. 75), tüketicinin taraf olduğu her hukuki işlemde doğan uyuşmazlık tüketici mahkemesinde görülecektir (m. 73).

Oysa yukarıda açıkladığımız üzere tüketici sadece bu sığfata sahip olduğu için değıl, bazı sözleşme ilişkilerinde korunmaya ihtiyacı olduğu için korunur. Yüz yüze görüşölerek kurulan bir sözleşmede her tüketicinin boyacı, tamirci, kuaför karşısında zayıf olduğu, bu kişilerin bu durumdan yararlanıp kendi yararlarına sözleşmede dengesizlik yaratacakları doğıru olmayan bir varsayımdır. Tüm tüketici işlemlerinde hizmet sağlamaktan kaçınılamaması, sözleşme özgürlüğüne aşırı müdahaledir. Sözleşme yapma zorunluluğı sadece bunu haklı gösteren sebeplerin bulunduğu durumlarda açık bir şekilde Kanunla düzenlendiğı takdirde kabul edilebilir. Anayasa'nın 48. maddesi temel hak ve özgürlükler arasında düzenlenmiştir. Anayasa'nın 48. maddesi, bireylere kendi iradelerine göre kendi hukuki ilişkilerini düzenleme özgürlüğü vermektedir. Sözleşme özgürlüğü kural, sınırları istisna olup bu sınırlar Anayasa'nın 13. maddesine göre özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak ve ancak kanunla getirilebilir. Genel tanımlar vererek ve TKHK'nun kapsamını atıf hükümleriyle genişleterek her sözleşme ilişkisine yayınlıştırmak, sözleşme özgürlüğünü önemli ölçüde ihlal eder. Ayrıca, Tüketicinin taraf olduğu her sözleşmenin TKHK kapsamına dahil edilmesi, ülkedeki neredeyse herkesin yaptığı sözleşmeye idarenin müdahale etmesi anlamına gelir ki, bu durum açıkça Anayasa'ya aykırıdır.

TKHK'nın görünen bu şekli yapısı, toplumun tamamının psikolojik bir zayıflık içinde bulunduğundan hareket etmektedir. Oysa yukarıda da tüketicinin sosyal devlet ilkesine göre korunamayacağı kısmında açıkladığımız üzere, tüketicilerin tamamının zayıf olduğu düşüncesinden hareket etmek isabetli değildir. Zira toplumdaki herkes bir sözleşme ilişkisi içerisinde tüketici olabilirler. Böylece toplumda herkes tüketici olmaktadır. Böyle bir durum, tüm insanların zayıf olduğu ve hukuk tarafından korunması gerektiğı gibi bir sonuç doğurur. Tüm insanlar zayıf ve hukuk tarafından korunuyorsa, artık tüketici hukukunun genel sözleşme hukuku ile aynı olması gerekir. Dolayısıyla her tüketicinin korunması gerektiğı genel yanılgısı, Türk Borçlar Kanunu'nun varlığının sorgulanması gibi önemli bir başka yanılgıya da sebep olabilir.

C. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun “Parçalı” Yapısı

TKHK bir hukuki konuyu ya da kurumu başlı başına düzenleyen bir Kanun değildir. Tüketiciyi koruyucu düzenlemeler içeren Yönergelerin aktarımı ayrı ayrı özel Kanunlar olarak veya Türk Borçlar Kanunu veya Türk Ticaret Kanunu içerisinde tüketicilere ilişkin istisnalara yer verilmek suretiyle

düzenlenmeyip, tek bir kanun içerisinde düzenlenmiştir. Her biri ayrı bir Kanunda kapsamlı bir düzenlemeyi gerektiren bu konular TKHK’da parça parça verilmektedir. Esas itibarıyla aktarılmak istenen yönergelere ilişkin ana maddeler düzenlenmekte, ayrıntılar ise ilgili Yönetmeliklere bırakılmaktadır. Bu durum, TKHK’un bir konuyu sistematik ve başlı başına düzenleyen bir kanun olması değil; genelin içerisinde bazı konuları parça parça ele alıp düzenlemesi, TKHK’un *parçalı [fragmental] niteliği* olarak ifade edilir.⁴⁴

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu’nun parçalı (fragmental) yapısı, kanun yapma tekniğine uygun değildir. Demokratik hukuk devletine dayalı bir düzende yasaların açık, belirli, anlaşılır ve öngörülebilir olması; kendi içinde bütünlüğü olan ve birbiriyle çelişmeyen düzenlemelerden oluşması gerekir. Hukuk devleti, kişilere hukuki güvenlik sağlar. Hukuki güvenlik ise, hukuk kurallarının belirli, sürekli (dayanıklı) ve öngörülebilir olmasını gerektirir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gibi sözleşme özgürlüğüne önemli ölçüde müdahale eden bir Kanun’da genel tanımlar verilerek ve atıf maddeleri ile Kanunda düzenlenmeyen konuları da içerecek şekilde her türlü sözleşmenin kapsama alınması kanun yapma tekniğine aykırıdır. Kaldı ki farklı farklı alanları düzenleyen bu konuların ilgili hükümleri aynı kanun içerisinde düzenlenemediğinden, kalan kısım yönetmeliklere bırakılmaktadır. Bu da idareye özel hukuk ilişkilerine müdahale etme konusunda oldukça güçlü bir yetki vermektedir.

Her biri ayrı kanunda veya genel kanunların farklı bölümlerinde düzenlenmesi gereken konuların aynı kanun içerisinde düzenlenmesinin çok büyük sakıncaları bulunmaktadır. Örneğin, tüketici hukuku esas olarak taşınır malları kapsamına alır. Taşınmazlar üzerindeki işlemler tüketici hukukunun konusunu kural olarak oluşturmazlar.⁴⁵ Zira taşınmazlar üzerindeki aynı

⁴⁴ Bkz. KIRCA, Çiğdem: “6502 Sayılı TKHK’daki Düzenlemelerin Yorumlanması ve Görevli Mahkeme”, Yargıtay Dergisi, 2017, C. 43, S. 2, s. 347.

⁴⁵ Örneğin, 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Yönergesinde düzenlenen iş yeri dışında kurulan sözleşmeler ile mesafeli sözleşmeler; 2019/770 sayılı Malların Satışına İlişkin Yönerge m.2/5.

2011/83 sayılı Yönergenin gerekçesinin 26. maddesinde taşınmazların neden Yönergenin kapsamında olmayacağı yazılıdır: “Taşınmazların veya taşınmazlara ilişkin hakların devrine ya da bu tür taşınmazların veya hakların kurulmasına veya edinilmesine ilişkin sözleşmeler; yeni binaların inşasına veya mevcut binalarda esaslı tadilat yapılmasına ilişkin sözleşmeler ile konut kiralalarına ilişkin sözleşmeler, hâlihazırda bir dizi özel ulusal düzenlemenin konusunu oluşturmaktadır. Bu sözleşmelere, örneğin henüz üzerine inşaat yapılmamış taşınmazların satışı ile kirala-sat (Mietkauf) sözleşmeleri de dâhildir. Bu Yönergede yer alan hükümler, söz konusu sözleşmeler için uygun olmadığından, bunların bu Yönergenin uygulama alanı dışında bırakılması gerekir.”

hakların devrine ilişkin sözleşmeler yüz yüze ve resmi memur önünde kurulur. Bu sözleşmeler açısından tüketicilerin yeterince bilgilendirilmemesi veya gafil avlanması gibi bir durum söz konusu değildir. Taşınmazlar üzerindeki aynı hakların devrine ilişkin işlemlerin resmi şekilde yapılması zorunluluğu, tarafların yeterince düşünmeleri, gerekli bilgileri aldıktan sonra sözleşmeyi kurabilmelerini sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Taşınmaz satım sözleşmelerinin, genel işlem koşulu kullanılarak kurulması söz konusu olamayacağı gibi, iş yeri dışında veya mesafeli olarak kurulması da söz konusu olmaz.⁴⁶ Buna mukabil devre tatil sözleşmelerinde tüketicilerin sözleşme özgürlüğünü fiilen kullanamadığı tespit edildiğinden, bu alan da tüketici hukukunun kapsamında yer almakta ve önce 94/47/AB⁴⁷, sonra 2008/122/AB⁴⁸ Yönergeleriyle düzenlenmektedir. Bu durumda korunmanın konusu taşınmazlar olacaktır. Oysa TKHK'un, kanun yapma tekniğine aykırı olarak farklı konuları aynı kanun içerisinde düzenleme usulü ve dolayısıyla bu farklı konular açısından aynı tanıımı verme zorunluluğu sebebiyle örneğin ayıplı mal satışı, işyeri dışında kurulan sözleşmeler veya mesafeli sözleşmeler söz konusu olduğunda, mal tanımı, "alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar" olunca konut ve tatil amaçlı taşınmazlar da bu sözleşmelerin konusu olabilmektedir. Ancak bu durum önemli yanlışlıklara sebebiyet vermektedir.

D. Hizmet Tanımının Çok Geniş Tutulması

TKHK'da hizmet tanımı da çok geniş tutulmuştur. Kanun, *hizmeti*, "mal sağlama dışındaki her hukuki işlemin konusu" olarak tanımlamıştır (m.3/d). Bazı konularda ilgili alanların kapsamına hangi sözleşmelerin dahil olmayacağı Kanunun atfıyla Yönetmeliklerde⁴⁹ belirlenmiştir. Ancak böyle

⁴⁶ Konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallara ilişkin tapu iptali ve tescil davalarının tüketici mahkemelerinde görüleceği konusunda bkz. KARA, İlhan: Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ankara 2015, s. 441.

⁴⁷ Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien. (23.02.2009'da yürürlükten kaldırılmıştır.)

⁴⁸ Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs und Tauschverträgen.

⁴⁹ Bkz. TKHK m. 47/7 ve 48/7 gereğince, İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği (RG 14.01.2015, S. 29236); Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (RG 27.11.2014, S. 29188).

istisnai bir düzenleme ile kapsamın belirlenmediği durumlarda genel tanımların lafzi yorumu sonucu, tüketicinin korunması için bir zorunluluk olmayan yüz yüze yapılmış hizmetler (mal sağlama dışındaki her türlü hukuki işlem) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına dahil edilmiştir. Bununla birlikte, görülmektedir ki TKHK’da örneğin, ne avukatlık vekalet ücretine ilişkin herhangi bir norm ne de tıbbi tedavi sözleşmelerinde bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir norm bulunmaktadır. Eğer kanun koyucu bu tür sözleşmelerde genel sözleşme hukukundan veya özel sözleşmelerden tüketici işlemleri için ayrılıp emredici bir düzenleme getirmek istiyorsa bunu, hukuki olgu ve hukuki sonuç unsurları bulunan özel bir norm ile yapmalıdır. Aksi durum sözleşme özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlandıran bir düzenleme ve Anayasa’ya aykırılık oluşturur.⁵⁰

1. Özel Olarak Avukatlık Sözleşmeleri Açısından

Hizmet tanımı çok geniş tutulunca, vekalet sözleşmesi niteliğindeki “Avukatlık sözleşmesi de TKHK kapsamına dahil olacak mıdır?” sorusu uygulamada önemli tartışmalara neden olmuştur. Nitekim açıkladığımız üzere TKHK parçalı yapısı sebebiyle geniş tutulmuş tüketici işlemi ve hizmet tanımı dikkate alındığında TKHK’da herhangi bir özel norm olmasa bile tüm vekalet sözleşmelerinin de TKHK kapsamına dahil olduğu gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Oysa TKHK’nun böyle bir amacı yoktur. TKHK gerekçesinde de açıkça belirttiği gibi esas olarak 2011/83 sayılı Tüketici Hakları Yönergesini Türk hukukuna aktarma amacını taşımakta⁵¹ ve bu Yönerge hizmet tanımını “...satış sözleşmesi olmayan her sözleşme” olarak nitelendirmektedir.⁵² Ne var ki Tüketici Hakları Yönergesi, kapıdan satışlar ve mesafeli satışlara ilişkin yönergelerle ilişkin hükümleri tek bir Yönergede birleştirmekte, iş yeri dışında kurulan sözleşmeler⁵³ dışında yüz yüze kurulan

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, YD 2017-II, s. 373 vd.

⁵¹ Bkz. S Sayısı 490, s. 5.

⁵² 2011/83 Sayılı Yönergeye göre *hizmet edimi*, bir satış sözleşmesi olmayan ve buna göre işletmecinin/sağlayıcının, tüketiciye bir hizmeti -dijital bir hizmet dâhil olmak üzere- sunduğu veya sunmayı taahhüt ettiği her türlü sözleşmeyi ifade eder (m. 2,6).

⁵³ Alman Hildesheim İş Mahkemesi, (AG Hildesheim,) 08.08.2014 tarih, Az. 84 C 9/14 sayılı kararında internet sitesindeki formu doldurarak bir avukatlık bürosundan kendi boşanma davası ile ilgili bilgiler soran davalıya karşı yine internet yoluyla cevap veren avukatlık bürosu davacının ücret talebini, burada bir mesafeli sözleşme olduğu ve davalının cayma hakkını kullandığı gerekçesiyle reddetmiştir (bkz. VuR [Verbraucher und Recht] 2015, s. 396). Ancak eğer avukatlık sözleşmesi bireysel görüşme şeklinde gerçekleşmişse artık bu durumda mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanmaz. Avrupa Birliği 2011/83 Tüketici Hakları Yönergesinin gerekçesinde (20) de belirtildiği üzere uzaktan iletişime

sözleşmelerdeki hizmet edimlerini kapsama almamaktadır.⁵⁴ Diğer taraftan bankacılık hizmetlerine ilişkin sözleşmeler vekalet olarak nitelendirilmekte, haksız şartlar tüm sözleşmeleri kapsamaktadır. Dolayısıyla ayrı ayrı bu sözleşmeler açısından vekalet sözleşmesi tüketici işlemi niteliğini taşıyabilir. Ancak tüketicinin taraf olduğu yüz yüze kurulan her vekalet sözleşmesinde tüketicinin korunmasını gerektiren bir durum bulunmayabilir. Bu itibarla TKHK’da sözleşme özgürlüğüne hangi emredici düzenleme ile müdahale edileceği açıkça düzenlenmeyen hukuki ilişkiler, TKHK’un kapsamına dahil edilmemelidir.

Avukatlık Kanunu avukatlık sözleşmesi ile ilgili konulara ilişkin özel normlar içermektedir. Avukatlık Kanunu’nda avukatın kendisine teklif edilen işi sebep göstermeden reddetme (m. 37); kanunun gösterdiği durumlarda (m.38) reddetme zorunluluğu; vekaletten isteği ile çekilme hakkı (m. 41) düzenlenmiştir. Oysa TKHK m. 6/2, hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamayacağını hükme bağlamaktadır. Hizmet tanımı TKHK’da özel olarak düzenlenen sözleşmeler ve düzenlendikleri özel konular dışına genişletilip sözüne göre anlaşıldığında, Avukatlık Kanunu’nun tüm bu

ilişkin düzenlemeler Avukatlık sözleşmesine uygulanmaz. Çünkü avukatlık sözleşmelerinde ifanın bireysel olarak yapılması unsuru tamamen ön planda yer almaktadır (bkz. MüKo-WENDEHORST, 6. Aufl. 2012, BGB § 312 b N. 57). Bununla birlikte sözleşmenin kurulması ve ifanın da uzaktan iletişim yoluyla yapıldığı sözleşmelere mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanabilir (bkz. Auch der Anwaltsvertrag kann ein Fernabsatzvertrag sein, der ein Widerrufsrecht begründet, VuR 2015, N.396, Bearb. Dr. Sylvia RÜCKEBEIL).

⁵⁴ 2011/83 Sayılı Yönergenin gerekçesinin 20. maddesine göre, “*Mesafeli sözleşmelere ilişkin tanım, bir tacir ile bir tüketici arasında, mesafeli teslimata yönelik olarak organize edilmiş bir satış veya hizmet sunum sistemi çerçevesinde akdedilen ve sözleşmenin kurulmasına kadar olan sürecin tamamında münhasıran bir veya birden fazla uzaktan iletişim aracının (örneğin posta, internet, telefon veya faks yoluyla sipariş) kullanıldığı tüm hâlleri kapsamalıdır. Bu tanım, tüketicinin yalnızca mallar veya hizmetler hakkında bilgi edinmek amacıyla iş yerlerini ziyaret ettiği ve sözleşmenin daha sonra uzaktan müzakere edilip akdedildiği durumları da kapsamalıdır. Buna karşılık, işletmecinin/sağlayıcının iş yerlerinde müzakere edilen ve nihai olarak bir uzaktan iletişim aracı kullanılarak akdedilen sözleşmeler mesafeli sözleşme olarak kabul edilmemelidir. Aynı şekilde, uzaktan iletişim araçlarıyla başlatılan ancak nihayetinde tacirin iş yerlerinde akdedilen sözleşmeler de mesafeli sözleşme sayılmamalıdır. Ayrıca, mesafeli sözleşme kavramı, örneğin bir tüketicinin bir kuaförden randevu almak amacıyla telefonla araması gibi, bir uzmanın hizmetine ilişkin olarak uzaktan iletişim aracı kullanılarak yapılan rezervasyonları da kapsamamalıdır. Mesafeli teslimata yönelik olarak organize edilmiş bir satış veya hizmet sunum sistemi kavramı, işletmeciler tarafından kullanılan ve üçüncü kişilerce sunulan mesafeli satış veya hizmet sunum sistemlerini —örneğin çevrim içi platformları— kapsamalıdır. Buna karşılık, yalnızca tacire, mallarına ve/veya hizmetlerine ilişkin bilgileri ve iletişim bilgilerini sunan internet siteleri bu kavramın kapsamına girmemelidir.”*

özel maddelerinin neden kaldırıldığı düşünülmeden tüketiciler için yürürlükten kaldırılması söz konusu olabileceği gibi hukuki güvenirliliği sarsan değişik uygulamalara da neden olabilir.

Nitekim Ankara BAM 4. Hukuk Mahkemesi, “avukatın bağımsızlığı gereğince istemediği bir işi gerekçe dahi göstermeksizin reddetme imkanına sahip olması, müvekkillerine karşı ağırlaştırılmış özen borcu altındaki sorumluluklarının, tüketici işlemindeki hizmet sunucusunun sorumlulukları ile mukayese edilemeyecek derecede ağır olması; avukatın savunmayı temsil eden yargısal bir faaliyette bulunması gerekçeleriyle avukatlık sözleşmelerinin tüketici işlemi olarak kabul edilmeyeceği” sonucuna kanımızca isabetli olarak varmıştır.⁵⁵

Oysa, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi TKHK’nun lafzi yorumundan hareket etmiş ve Avukatlık sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların da tüketici mahkemelerinde görüleceğine karar vermiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Ankara ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemeleri arasındaki uyuşmazlıkları⁵⁶ bu lafzi yorum çerçevesinde gidermiştir.⁵⁷ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi de bu

⁵⁵ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi (Ankara BAM), 4. HD, E. 2017/78, K. 2017/149, T. 23.02.2017. Benzer şekilde, Ankara BAM, 4. HD, E. 2017/881, K. 2017/702, T. 25.05.2017.

⁵⁶ 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 35/2 maddesinin verdiği yetkiyi kullanarak.

⁵⁷ “Bilindiği üzere; 6502 sayılı TKHK’nun yürürlüğü ile Kanun’un kapsamı genişletilmiş, mülga 4077 sayılı TKHK döneminde " her türlü tüketici işlemi " olarak sınırları belirlenen Kanun kapsamı, yürürlükteki 6502 sayılı TKHK’un 2. maddesi ile " her türlü tüketici işlemi ve tüketiciye yönelik uygulamalar " olarak belirlenmiştir. Keza, Kanun’un "Tanımlar" başlıklı 3/1 maddesi ile,

ı) Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,

k) Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi,

l) Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi, ... ifade eder. Şeklindeki düzenlemesiyle de, " sağlayıcı " ve " tüketici işlemi tanımlarını daha kapsamlı bir çerçeveye oturtmuş, uygulama alanını ve sınırlarını başka türlü yoruma yer vermeyecek açıklıkta genişletmiştir. Kanun’un 83. maddesi ile " (1) Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır. (2) Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez. " düzenlemesine yer verilmiştir... TBK’ya göre daha özel bir Kanun konumunda olan Avukatlık Kanunu’nda, kamu hizmeti gören avukatların hak ve sorumluluklarına ve avukatlık sözleşmelerinin hüküm ve sonuçlarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak, bu yöndeki bir belirleme, özel hukuk hükümlerine göre avukat-

kararları takip etmektedir.⁵⁸ Bu durumda ise avukatla sözleşme yapan hangi kişilerin ticari veya mesleki amaçla hareket ettiği, hangilerinin etmediği tartışma konusu olmuştur. Burada çözüm, uyumsuzluk konusunun ticari veya mesleki olup olmadığına göre belirlenmektedir.⁵⁹ Durum o kadar ilginçtir ki, avukat ile hukuki danışma veya davayı takip için vekalet sözleşmesi yapan müvekkilin tüketici olup olmadığı, edindiği hukuki hizmeti ticari veya mesleki amaçla kullanıp kullanmadığına göre belirlenmektedir. Bu durumda örneğin boşanma davasında mal rejiminin tasviyesi için bir ticaret şirketinin ortağı acaba, avukattan edindiği vekalet hizmetini ticari bir amaçla edinmiş olabilir mi? Mal rejiminin tasfiyesi sonucu elde edilen değer ticari bir amaç için kullanılıp kullanmayacağı belirli midir? Buradaki kriter nasıl belirlenecektir? Başka bir örnekte kanundan doğan bir önalım davasını açan kişi önalım konusu taşınmaz payını ticaret şirketi için sermaye koyma amacıyla açıyorsa, bu dava için avukatla kurduğu vekalet sözleşmesi tüketici işlemi olmayacak, kendisine konut olarak kullanmak için açıyorsa bu dava için avukatla kurduğu vekalet sözleşmesi tüketici işlemi mi olacaktır? Bu sorulara yanıt ararken müvekkilin edindiği hizmeti ticari amaçla da kullanabileceği, özel amaçla da kullanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Hangi durumun ticari veya mesleki amaç hangi durumun özel amaç oluşturduğunu tespit eden belirli bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu belirsizlik hukuki güvenliği önemli ölçüde sarsmakta, hangi davanın tüketici mahkemesinde hangisinin asliye mahkemesinde görülmesi konusunda önemli

müvekkil arasında yapılan sözleşmelerin, TBK 502 ve devamı maddelerinde düzenlenen vekalet sözleşmelerinden ayrı bir sözleşme türü olduğu sonucunu doğurmayacaktır. Yürürlükteki 6502 sayılı TKHK'da Tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden ... gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, ... vekâlet, ... her türlü sözleşme ve hukuki işlemi, ... ifade eder.” şeklinde tanımlandığına göre, artık Kanunun bu tanımından hareketle, avukat - müvekkil arasındaki vekalet sözleşmesinden kaynaklı ilişkinin niteliğinin buna göre belirlenmesi gerekeceği açıktır.” Y.13. HD., E. 2018/3545, K.2018/7887, T. 12.7.2018 (Lexpera).

⁵⁸ Y3. HD., E. 2021/2399 K. 2021/13107 T. 16.12.2021 (Lexpera). Ortaklığın giderilmesi davasının takip edilmesi davası tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir (Y3. HD., E. 2021/8410 K. 2022/2088 T. 9.3.2022, (Lexpera); Daire, icra takip davalarında tüketici mahkemesini görevli görmekte, Asliye Hukuk Mahkemesine açılan davayı görevsizlikten reddetmektedir (Y3. HD., E. 2021/1027, K. 2021/11312, T. 11.11.2021 (Lexpera). Buna mukabil müvekkilin şirket olması halinde tüketici niteliği reddedilmiş ve genel mahkemelerde görülmesine karar verilmiştir ve bu olayda da tüketici mahkemesinde görülen dava Yargıtay aşamasında Asliye mahkemesinde görüleceği gerekçesiyle reddedilmektedir (Y3. HD., E. 2025/817, K. 2025/4573, T. 6.10.2025) (Lexpera).

⁵⁹ Örneğin vekilin bakacağı dava iş uyuşmazlığına ilişkin dava ise tüketici mahkemesinde görülmelidir (Bkz. karşı oy yazısı, Y.13. HD., E.2015/36540, K. 2016/459, T.18/01/2016.)

sorunlara sebebiyet vermekte, mahkemelerin iş yükünü önemli ölçüde arttırmaktadır.⁶⁰

Kanun koyucunun Avrupa Birliği Yönergelerini Türk hukukuna aktarma ve kendisinin özel olarak belli konularda -bu yönergelerden bilinçli ayrılarak- getirdiği düzenlemeler haricinde, birçok yüz yüze kurulan sözleşme gibi avukatlık sözleşmesini de tüketici işlemi sayma gibi bir amacı bulunmamaktadır.⁶¹ Kanun koyucunun fragmental (parçalı) yapısı sebebiyle birbirinden ayrı konuları aynı kanun içinde kanun yapma tekniğine aykırı olarak düzenlemiş olması, her konuyu kapsayacak tanımlar yapmayı gerektirmiştir. Bu tanımlar çerçevesinde Kanunda özel olarak düzenlenmemiş hukuki işlemleri de yapılan atıf maddeleri ile tüketici işlemi sayıp, bunlara emredici normlarla müdahale etmek, sözleşme özgürlüğüne dolayısıyla Anayasa'ya aykırıdır. O halde kanun uygulayıcıların, amaca uygun ve sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmama temel ilkesine uygun olarak dar yorum yapıp Kanunda özel olarak hukuki sonuçlarıyla düzenledikleri normlar dışındaki konuları Kanun kapsamına almaması gerekir. Kanun koyucunun maksadını aşarak geniş tutmuş olduğu tanımları, özgürlükleri sınırlamama temel ilkesi çerçevesinde uygulayıcıların daraltarak uygulamaları TMK m. 1 gereğidir. Geniş tutulmuş tanımlar, somut uyuşmazlığa tüm yorum unsurları göz önünde bulundurularak hangi normun hangi menfaati koruduğu dikkate alınarak uygulanmalıdır.

Diğer taraftan, Ankara BAM 4. Hukuk Dairesinin haklı olarak belirttiği üzere, “Avukatlık Kanunu’na göre, avukatın azil ve istifası, tüm hukuki yardımlara ve davalara sirayet etmekte, sözleşme ilişkisini bütünüyle sona erdirmektedir. Örneğin haksız olarak azledildiği iddiasıyla takip etmiş olduğu boşanma davası ile ticari bir dava nedeniyle ücret talep eden avukatın, ücrete hak kazanıp kazanmayacağı ve daha pek çok konu, azlin haklı olup olmadığına göre belirlenecektir. Bu ise sözleşme kapsamında tüm yardımların birlikte ele alınması ile mümkündür. Bu ilişki bir bütün olduğu için birini diğerinden ayırmak mümkün değildir. Avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde, mesleki ya da ticari amaçlarla yapılıp yapılmadığına bakılarak, aynı sözleşme kapsamındaki davaların

⁶⁰ “Genel mahkemelerin iş yükü, ülkemizde zaten normal sınırların çok üstünde olduğundan bu durum davaların sonuçlanmasını geciktiren bir nedendir. Mevcut iş yüküne bir de tüketici davalarının eklenmesi, davaların daha da uzaması sonucunu doğuracaktır.” (ZEVKLİLER, Aydın / ÖZER, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016, s. 488). Bkz. ŞAHAN, s. 108 vd.

⁶¹ KIRCA, YD 2017-II, s. 365.

birbirinden ayrılması, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların isabetli olarak çözümünü adeta imkânsız hale getirir. Aksine aynı taraflar arasında ve aynı sözleşme kapsamındaki uyuşmazlıkların, aralarında sıkı surette bağlantı olması nedeniyle birlikte görülmesi gerekli ve zorunludur.”⁶²

Tüm bu haklı gerekçelerin yanında hangi uyuşmazlıkların ticari veya mesleki amaca ilişkin olduğu hangilerinin olmadığı konusundaki yorum farklılıkları sebebiyle hangi işlemin tüketici işlemi olduğu belirli olamamakta ve sonucunda hangi mahkemelerin görevli olduğu öngörülemediği için hukuki güvenlik önemli ölçüde zedelenmekte, Türk yargısı, farklı farklı yorumlar nedeniyle oluşan görevsizlik kararları sonucu bir kere daha büyük bir yük altına girmektedir.⁶³

2. Yüz Yüze Kurulan Diğer “Hizmet Edimleri” Açısından

İş yeri dışında kurulan sözleşme kapsamına girmeyen yüz yüze kurulan hizmet edimlerinde, tüketicinin maddi sözleşme özgürlüğünü gerçekleştirmek için korunma ihtiyacı bulunmamaktadır. Nitekim bu tür sözleşmelerde tüketicinin bilgilendirme ihtiyacı bulunmadığı gibi “gafil avlanması” da söz konusu değildir. Dolayısıyla tüketicinin korunması gereken özel bir durumun söz konusu olmadığı durumlarda tüketicinin korunması başlı başına sözleşme özgürlüğüne aykırıdır.

“Hizmet ayıbına” ilişkin düzenleme (TKHK m. 8) 1999/44 sayılı *Tüketim Malları Satım Sözleşmesi Yönergesi* esas alınarak Türk tüketici hukukuna aktarılırken, bu Yönerge sadece satış sözleşmelerini ve satış ile bir tutulan, *maddi bir malın verilmesi sonucunu doğuran eser* sözleşmelerini kapsamına almış olmasına⁶⁴ rağmen, TKHK’un bu hususu yeterince iyi kaleme almaması

⁶² Ankara BAM 4.HD, E. 2017/78, K. 2017/149, T. 23.02.2017.

⁶³ Nitekim, hangi mahkemenin görevli olup olmadığı belirli olmadığından bazen Asliye Hukuk Mahkemesi görevsizlik kararı vermekte, aynı konuda Tüketici mahkemesi de görevsizlik kararı vermekte ve ortaya çıkan olumsuz görev uyuşmazlıklarının çözümü gerekmekte, onlarca dava bu sebeple Yargıtay 20. HD önüne gelmektedir. (Bkz. örn. Y3. HD., E. 2021/5607, K. 2021/13027, T. 15.12.2021 (Lexpera); Birçok dava Yargıtay’da kimi zaman genel mahkemede görülmesi gerektiği için kimi zaman tüketici mahkemesinde görülmesi gerektiği için görev yönünden reddedilmeye devam etmektedir. (Bkz. örn. Y3. HD., E. 2025/817, K. 2025/4573 T. 6.10.2025) (Lexpera); 13. HD., E. 2016/10177, K. 2018/5623, T. 10.5.2018 (Lexpera).

⁶⁴ 1999/44 sayılı Tüketim Malları Satışı Yönergesi 2019 yılında yürürlükten kaldırılmış yerine, 2019/771 sayılı Mal Satışı Yönergesi kabul edilmiştir. 2019/771 sayılı Mal Satışı Yönergesinde de aynı düzenleme geçerlidir. 2019/771 sayılı Yönergenin 3. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Satıcı ile tüketici arasındaki henüz üretilmemiş veya imal edilmemiş olan

veya ihmal etmesi nedeniyle, Yargıtay'ın eser sözleşmelerini ayıplı mal kapsamına dahil etmemesi üzerine⁶⁵ 2003 tarihinde⁶⁶ yapılan değişiklikle tüketici hukukuna dahil edilmiştir.⁶⁷ Bununla birlikte hizmet tanımı “mal sağlama dışındaki her hukuki işlemin konusu” olarak geniş tanımlanınca, satış dışındaki her sözleşme için “hizmet ayıbı”nın olacağı gibi bir yorum ortaya çıkmıştır. Ancak maddi bir malın verilmesi sonucunu doğurmayan sözleşmelere ilişkin edimlerde “ayıptan” söz edilemez. Nitekim, Borçlar Kanunumuzun genel esasları dikkate alındığında, aslında ortada “mal” olmadıkça “ayıp” kavramından hareket edilmemesi gerekmektedir. Satım, kira ve istisna sözleşmelerinde özel olarak düzenlenen ayıplı ifa hükümleri, sadece türü “verme” olan edimler bakımından söz konusu olabilir. Buna karşılık edimin konusu “bir şey yapma” şeklinde ise, diğer bir deyişle salt bir hizmet edimi varsa ayıplı ifadan değil, sadece kötü ifadan bahsedilebilir. Örneğin bir vekalet sözleşmesinde veya bir taşıma sözleşmesinde ya da bir sigorta sözleşmesinde, “hizmet sonucu ortaya çıkan bir eser” olmayacağı gibi, bu hizmetin “onarımı” da söz konusu olamaz. TKHK'daki ayıplı hizmete ilişkin hükümler, yapma borcu doğuran bu sözleşmelerin niteliğine uygun düşmediği gibi sürekli borç ilişkisi oluşturan sözleşmelerin örneğin kira sözleşmelerinin de niteliğine uygun düşmez.

TKHK 13-16 maddelerinin, söze göre yorum yapılarak *tüm* tüketici sözleşmelerine uygulanması, Anayasaya uygun, sistematik ve tarihi yoruma aykırı olduğu gibi *amaca da aykırıdır*. Bu itibarla *TKHK'un ayıplı hizmete ilişkin maddelerindeki (m. 13-16) hizmet ifadesini, iş görme sonucunda elde edilen taşınır bir malın verilmesinin üstlenildiği eser sözleşmeleriyle sınırlandırıp uygulamak zorunluluğu bulunmaktadır (amaca uygun sınırlama [teleolojische Reduktion])*.⁶⁸ TKHK m. 13-16, sadece imali sonucunda maddi bir malın verilmesinin üstlenildiği eser sözleşmelerinde ve bir malın verilmesi ile birlikte onun montajının yapılması gibi iş görme borcunun yan edim

malların meydana getirilmesine ilişkin sözleşmeler bu Yönerge anlamında satış sözleşmesidir.”

⁶⁵ Hazır mal olmasına rağmen, imal edilme aşamasını geçildikten sonra teslim edilen, bu sebeple dayandığı sözleşme eser sözleşmesi niteliğinde olan, bu tür mallarda ayıp halinde TKHK'un ayıba ilişkin hükümlerinin uygulanmaması haklı olarak eleştirilmiştir (bkz. ZEVKLİLER / ÖZER, s. 81).

⁶⁶ 4077 sayılı TKHK'da 06.03.2003 tarih 4822 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmıştır (RG. 14.03.2002, N. 24048).

⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, YD 2017-II, s. 373 vd.

⁶⁸ Bkz. KIRCA, Çiğdem: “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojische Reduktion)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, C. 50, S. 1, s. 91 vd.

yükümü olarak üstlenildiği veya karma sözleşme olarak nitelendirilen durumlarda uygulanabilir.⁶⁹

6502 Sayılı TKHK yürürlüğe girmeden önce, sözleşmeler hukukuna ilişkin bazı özel sözleşme tipleri gerektiğinde emredici hükümlerle, birçok özel kanunda veya genel kanunlar içerisinde birçok özel normlarla, ayrıntıları ile düzenlenmiştir. Özel kanunlar arasında, Sigortacılık Kanunu⁷⁰, İş Kanunu, Avukatlık Kanunu, Telekomünikasyon veya enerji sektörünü⁷¹ düzenleyen çeşitli kanunlar sayılabilir. Genel Kanunlar içerisinde örneğin TBK’da yer alan konut kirası sözleşmelerine ilişkin, TTK’da taşıma sözleşmelerine⁷² ilişkin özel düzenlemeler yer alır. Sözleşme hukukuna ilişkin bu özel normlar, gerektiğinde emredici hükümlerle ilgili alanları düzenlemektedir. TKHK’daki düzenlemeler, örneğin TBK’daki kira sözleşmelerine ilişkin hükümleri zımnen ilga edecek özel hüküm niteliğinde değildir.

E. Ön Ödemeli Konut Satışları

Tüketici hukukunun konusunu kural olarak taşınmazların oluşturmayacağını yukarıda belirtmiştik. Ancak TKHK, ön ödemeli konut satışlarında tüketicinin korunmasına ilişkin bir düzenleme yapmış ve tüketicieye on dört gün içerisinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin ön ödemeli konut satış sözleşmesinden cayma hakkı tanımıştır (m. 43/1).

⁶⁹ Olması gereken hukuk açısından TKHK m. 13-16’nın yürürlükten kaldırılması ve ayıplı mallara ilişkin hükümlerinin imal edildikten sonra teslim edilen taşınır eser sözleşmelerini kapsayacak şekilde değiştirilmesi elzem görünmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, YD 2017-II, s. 373 vd.

⁷⁰ Sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözülmesine yönelik olarak sigorta tahkim sistemi getiren 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu, TKHK genel maddelerinde düzenlemelerden çok daha açık ve ayrıntılı bir şekilde sigortacılık sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların nasıl çözüleceğini düzenlemektedir.

⁷¹ Telekomünikasyon ve enerji sektöründeki özel düzenlemeler özellikle tüketicileri de dikkate alarak emredici normlarla ve fakat herkesi kapsayarak şekilde ayrıca düzenlenmiştir.

⁷² Bkz. CAN, Mertol: CMR ve Alman Ticaret Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, C. 1, Ankara 2017, s. 50 vd. Aksoy, taşıma hukuku mevzuatının tüketicinin korunmasını da dikkate alan ayrıntılı hükümler içerdiği, bu alanın birçok emredici kuralla düzenlendiği; tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında esas olarak TTK’nda düzenlenen taşıma hukuku mevzuatının, TKHK’da ayıplı hizmet maddesine göre özel hüküm niteliğinde olduğunu haklı olarak savunmaktadır. AKSOY, Sami: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2015, C. 31, S. 2, s. 325.

Tüketiciye, yeterince düşünmemiş veya bilgilendirilmemiş olduğu durumlarda, örneğin iş yeri dışında kurulan veya mesafeli sözleşmelerde, belli bir soğuma süresi sonucu tanınan cayma hakkı, tüketicinin maddi sözleşme özgürlüğünü gerçekleştirmek için kabul edildiğinden Anayasa'ya aykırılık oluşturmamaktadır. Oysa noter önünde yapılan taşınmaz satış vaadi veya tapu sicili memuru önünde yapılan bir taşınmaz satış sözleşmesinde alıcının noter veya tapu sicili müdürü tarafından yeterince bilgilendirilmesi gerekir. Konut alıcısının⁷³, diğer alıcılardan farklı olarak yeterince bilgileneemediği bu sebeple belli bir “soğuma süresine ihtiyacı olduğu” ve dolayısıyla maddi sözleşme özgürlüğünü gerçekleştirmek için sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı kılacak bir gerekçe⁷⁴ bulunmamaktadır.

Nitekim ön ödemeli konut satışlarının diğer taşınmaz satışları gibi resmi şekilde yapılması TKHK m. 41'de düzenlenmektedir⁷⁵: “Ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil⁷⁶ edilmesi, satış vaadi sözleşmesinin ise noterde

⁷³ Türk Borçlar Kanunu'nda ön ödemeli satışlar taşınır için düzenlenmekte ve alıcı emredici hükümler ile korunmaktadır (TBK m. 264 vd.).

⁷⁴ TKHK m. 43'ün gerekçesinde “Ön ödemeli satışlarda tüketiciyi korumaya yönelik cayma hakkı getirilmiştir. Genellikle yoğun reklamlarla cazibesi artırılan ve maket üzerinden proje aşamasında çeşitli tanıtımlarla satışları yapılan bu satışların düşünülmeden akdedilmiş olması ihtimali yüksek olabilmektedir. Bu tür sözleşmelerde özellikle yazılı sözleşme metninin okunmasından ve uzun bir süre ödeme yaptıktan sonra ancak edime hak kazanılacağına ilişkin algılanmasından sonra, bu sözleşmeden kurtulma isteğinin doğması muhtemeldir. Bu açıdan tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve ceza şartı ödemeksizin ön ödemeli sözleşmeden cayabilecektir”. (TBMM, S- Sayısı 490).

İrade serbestisine sahip bireyler noter önünde veya tapu sicili müdürlüğü önünde bilgilendirilerek sözleşme imzalamaktadırlar. Resmi memur önünde yapılmayan sözleşmeler geçersizdir. Resmi memur önünde yapılmış sözleşmeye rağmen, kişilerin kendilerine sunulmuş metni okumadıklarını ileri sürmeleri olanaklı değildir. Sözleşme kurma yeterliliği olan bireyler, “uzun bir süre ödeme yaptıktan sonra ancak edime kavuşabileceklerini” sözleşmenin başında elbette algılayabilirler.

⁷⁵ Taşınmaz mülkiyetinin devri borcu doğuran sözleşmeler TMK m. 706, TBK m. 237 ve Tapu Kanunu m. 26 gereğince resmi şekilde yapılmalıdır. Resmi şekli verecek olan makam, kural olarak tapu sicili müdürlükleridir. Ancak taşınmaz satış vaatlerinin noterler tarafından düzenlenebileceği Noterlik K. m. 60 ile kabul edilmektedir.

⁷⁶ Taşınmaz üzerinde mülkiyetin devri borcu doğuran borçlandırıci işlemin resmi memur tarafından düzenleme şeklinde yapılması geçerlilik koşuludur. Devrin gerçekleşmesi için tescil talebi ve tescil gerekir. Burada şekle bağlanan kısım borçlandırıci işlemidir. Resmi şekilde yapılan sözleşmenin ifa aşamasında satıcının tescil talebinde bulunması üzerinde yapılacak tescil ile mülkiyet alıcıya geçer. Sözleşme tapu siciline tescil edilmez. TKHK m. 41'deki “tescil” ifadesi bu anlamda öğretide önemli ölçüde eleştirilmektedir (Eleştiriler için bkz. DOĞAR, Mehmet: Ön Ödemeli Konut Satışı, İstanbul 2018, s. 100 vd.). Buradaki “tescil” ifadesi, uygulamada “resmi şekilde yapılma” olarak yorumlanmaktadır: “(...) Buna göre ön ödemeli konut satış sözleşmeleri tapu müdürlüğünde taşınmaz satış şeklinde ya da noterde taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılmalıdır. Uygulamada sözleşmeler daha çok

düzenleme şeklinde yapılması zorunludur”. Tapu sicil müdürlüğünde yüz yüze yapılan bir taşınmaz satışı -veya kat irtifakı kurulması- ya da noter önünde yapılan bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde, bu sözleşme ön ödemeli sözleşme olsa bile, tüketicinin “gafil avlanmasından” söz edilemez. Kaldı ki maddi sözleşme özgürlüğünü sağlamak için koruma kabul edilen ön ödemeli sözleşmelerde tüketicinin korunmasının nedeni, alıcı açısından cazip bir kolaylık sağlasa da bedelin gelecekte ve bölünmüş şekilde ifası, kişide sözleşmenin gerçek ekonomik yükünü değerlendirme gücünü zayıflatarak, riskin küçümsenmesine ve mali yükün psikolojik olarak algılanmamasına yol açmasıdır. Ancak bu durum, kendisine bilgilendirme yükümlülüğü bulunan bir resmi memur önünde yapılmayan (şekle bağlanmayan), düşünmeden acele yapılan işlemlerde riskin küçümsenmesi durumlarında söz konusudur. Yoksa geçerliliği için resmi şekilde yapılması gereken, resmi memurun gerekli bilgilendirme yükümlülüğü bulunduğu taşınmaz üzerinde mülkiyetin devri borcu doğuran sözleşmelerde söz konusu olmaz.⁷⁷ Taşınmaz alıcılarının

taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılmakta olup, satış vaadi sözleşmelerine resmîyet verecek makam 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 89. maddesi uyarınca noterlerdir.” (Y.HGK., E. 2024/1 K. 2025/565 T. 24.9.2025, Lexpera). Kanun koyucunun bu durumda henüz tamamlanmış yapılarda kat irtifakının kurulmasına ilişkin işlemleri amaçladığı, tescil ile *kat irtifakının* kurulmasını ifade ettiği değerlendirilmektedir.

Resmî şekle bağlı olarak yapılan taşınmaz satışı veya satış vaadi tapu siciline tescil edilip mülkiyet geçtikten sonra, tescilin bozucu şarta veya koşula bağlanamayacağı ilkesi ve aynı haktan tek taraflı beyanla dönülemeyeceği ilkesi gereği, tescil edilmiş aynı haklar için cayma hakkının “düzenlenmesi” haklı olarak eleştirilmiştir. (Bkz. SİRMEN, A. Lâle: “*Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Olarak Değerlendirilmesi*”, TERAZİ Aylık Hukuk Dergisi, 2014, C. 9, Kasım, Özel Sayı, s. 161; ÖZMEN, Etem Sâba / VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, İstanbul 2016, s. 105, 106.

⁷⁷ Nitekim, Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 18’de “*Düzenlenen resmî senet; hazırlayan görevli tarafından, müdür ve/veya görevlendirilen memur, taraflar ile hazır bulundurulmuş ise tanıklar ve tercüman huzurunda yüksek sesle, herkesin anlayacağı şekilde okunur. Taraflar isterlerse resmî senedi kendileri de alıp okuyabilirler.*” şeklinde resmi senedin okunduktan sonra imzalanmasına ilişkin açık hükümler yer almaktadır. Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 13. maddesinde tapu memurunun belgelerin tamam ve ilgililerin yetkili olduğunu belirledikten sonra kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmasına dair resmi sözleşmeyi düzenleyeceği ve bu sözleşmenin aynı zamanda tescil istemi sayılacağı düzenlenmektedir.

Noterlik Kanunu m. 89’da taşınmaz satış vaadi veya tapuda işlem yapılmasını gerektiren işlemlerin düzenleme şeklinde yapılacağı yer almaktadır. Kanunun 84. maddesinde noter tarafından düzenlemenin bir tutanak şeklinde yapılacağı, 86. maddesinde “Tutanağın, ilgilinin gerçek isteği hakkındaki beyanı yazıldıktan sonra okuması için kendisine verileceği yer almaktadır. “İlgili tutanağı okur, içindekiler isteğine uygun ise, bu husus da yazıldıktan sonra altını imzalar.”

gerçek (maddi) sözleşme özgürlüğünün korunma ihtiyacı bulunmadığı gibi, konut alıcıları ile diğer alıcılar arasında da korunmayı konut alıcıları lehine gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Bu şekilde sözleşme özgürlüğüne yapılan müdahale, Anayasa’ya aykırıdır.

TKHK 41. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde “Aksi hâlde satıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez” hükmü ile, tüketici ayrıca korunmak istenmektedir. Bu durumda satıcı sözleşmenin geçersizliğini tüketici aleyhine ileri süremeyip sözleşme geçersiz olmasına rağmen edimlerini ifa ile yükümlü olacak, buna karşılık tüketici isterse sözleşmenin geçersizliğine dayanabilecektir.⁷⁸ TKHK m. 41 düzenlemesinin, sözleşmeye ilişkin hükümlerin her iki taraf açısından bağıllığı gerektirdiği, geçersizlik (hükümsüzlük) yaptırımının her iki taraf için uygulanması gereken mutlak bir yaptırım olduğu temel ilkesine⁷⁹ ilkesine aykırı olduğu değerlendirilmektedir.

Bundan başka ön ödemeli konut satışlarında önce “sözleşme tarihinden itibaren doksan güne kadar”, 2017 yılında yapılan değişiklikle “sözleşme tarihinden itibaren yirmi dört aya kadar tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı” kabul edilmiştir.⁸⁰ Sözleşmeden

Dolayısıyla tapu memuru önünde yapılan bir kat irtifakı kurulmasında veya noter önünde düzenleme yapılan bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde kişinin bu sözleşmenin içeriğini yeterince okumadığı, içeriğini yeterince düşünmeden imzaladığı iddiası isabetli değildir. Resmi şeklin amacı tarafları düşünmeye sevk etmek, tarafları acele karar vermesinin sakıncalarından korumaktır. Kanun koyucu hukuk sistemimizde mevcut resmi şekil düzenlemelerinin bu amacı gerçekleştirmek için yeterli olmadığı görüşündeyse, bu hükümlerde değişiklik yapılmalıdır.

⁷⁸ “Genel hükümler uyarınca resmî şekle aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlük olsa da 6502 sayılı Kanun’un 41/1. maddesinde satıcıya sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri sürme yasağı getirildiğinden maddedeki koşulların bulunması hâlinde tüketicinin tescili isteyebileceği kabul edilmelidir. (...) Sözleşmenin adi yazılı şekilde yapıldığı açık ise de 6502 sayılı Kanun’un 41/1. maddesindeki açık hüküm karşısında resmî şekle uyulmadığından satıcı tarafından geçersizliği ileri sürülemeyeceğinden, artık noterde düzenlenmemiş olsa dahi sözleşmenin geçersiz olduğu yönünde bir değerlendirme yapılması mümkün olmayacaktır. (Y7. HD., E. 2024/4060 K. 2025/3680 T. 16.9.2025).

⁷⁹ Bkz. SEROZAN, Rona/ENGİN, İlkey/ATAMER, Yeşim M.: Medeni Hukuk, 9. Baskı, İstanbul 2022, III § 7, N. 26b; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER, N. 549. Burada “esnek hükümsüzlüğün” kabul edilmesi için haklı bir gerekçe olduğu değerlendirilmemektedir. Esnek hükümsüzlük için bkz. KOCAYUSUFAŞAĞLU, s. 592, 593.

⁸⁰ 02.01.2017 tarihli ve 684 sayılı KHK’nin 8. maddesiyle, bu fıkra da yer alan “doksan gün” ibaresi “yüzseksen gün” şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 01.02.2018 tarihli ve 7074 sayılı Kanunun 8. maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

herhangi bir sebep göstermeden dönülmesine olanak tanıyan bu düzenleme de (keyfi dönme hakkı)⁸¹ sözleşmeye bağlılık ilkesine önemli ölçüde müdahale etmektedir.⁸² Sözleşmenin diğer tarafına önemli ve ağır bir yük getiren bu müdahalenin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Satıcıların özellikle birden çok tüketiciden aldıkları ödemelerle projelerini finanse ettikleri durumlarda, tüketicilerden çoğunun sözleşmeden dönmesi, projenin tamamlanamamasına ve satıcıların telafisi güç ekonomik kayıplara uğramasına sebep olabilir.

Diğer taraftan haklı bir sebep göstermeden sözleşmeden dönen borçlu alacaklının bu sebeple uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Oysa, TKHK m. 45, sebep göstermeksizin sözleşmeden dönülmesi durumunda, alıcıya konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile dönme süresine göre değişen sözleşme bedelinin belli bir oranı kadar bir “tazminat” ödeme yükümü getirmektedir.⁸³ Ancak, satıcı, tüketicinin ödeyeceği bu “tazminat” tutarından daha fazla zarara uğramış olsa dahi Kanunda öngörülen miktarlar dışında başkaca bir şey talep edememektedir.

Tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden belirli bir miktar ödeyerek sözleşmeden dönmesini sağladığı için bu ödeme, Kanun metninde “tazminat” olarak ifade edilmekle birlikte, gerekçesinde⁸⁴ “dönme cezası” olarak nitelendirmektedir. Kanun, tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları “dönme

⁸¹ “Keyfi dönme hakkı” olarak nitelendirilen bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. ayrıca AYAN, Serkan: “Ön Ödemeli Konut Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Keyfi Dönme Hakkı”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, C. 18, S. 2, s. 470; ÖZMEN/VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 79 vd.

⁸² Bkz. ÖZMEN / VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 79 vd., 82 vd.; ATAMER, Yeşim M.: Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2016, s. 242.

⁸³ “(...) konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile sözleşme tarihinden itibaren ilk üç ay için sözleşme bedelinin yüzde ikisine, üç ila altı ay arası için yüzde dördüne, altı ila oniki ay arası için yüzde altısına ve oniki ila yirmidört ay arası için de yüzde sekizine kadar tazminatın ödenmesini isteyebilir.” (TKHK, m. 45/1).

⁸⁴ “İsviçre Borçlar Kanunu’nun 227/f maddesi örnek alınarak tüketiciye tanınan diğer bir imkân, konutun devir ve teslim edilmesine kadar herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkıdır. Kuşkusuz bu hallerde satıcıyı korumak açısından tüketicinin bir dönme cezası ve konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masrafları ödemesi sözleşme ile kararlaştırılabilir.” (TBMM, S- Sayısı 490). İsviçre Borçlar Kanunun önceki halinde yer alan bu olanak, taşınırılar için söz konusu olup, TKHK’den oldukça farklı bir şekilde TBK m. 269’da düzenlenmiştir.

cezasını”, “*yasal dönme cezası*” haline getirmiştir.⁸⁵ Oysa dönme cezası⁸⁶, tarafların serbest iradeleri ile kararlaştırmaları halinde söz konusu olabilir. Çünkü bu şekilde sebep göstermeksizin sözleşmeden dönülmesi ancak hak sahibince ödenecek “bedel/ceza” karşılığında kabul edilebilir. Dönme cezasının öngörüldüğü sözleşmelerde, borçlu sözleşmeden dönmeye yönelik tek taraflı irade beyanı ile asli edimi ifa yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Bu niteliği itibarıyla, dönme cezası sözleşmeye bağlılık ilkesini zayıflatmaktadır.⁸⁷ Sözleşmeyle kararlaştırılmış olsa bile sözleşmeye bağlılık ilkesini zayıflatan “yasal dönme cezası”, sözleşmeyle kararlaştırılmadan emredici bir düzenleme ile getirilerek (TKHK m. 45) sözleşmeye bağlılık ilkesini tamamen ortadan kaldırmaktadır.

Gerçekten de herhangi bir sebep göstermeksizin konut⁸⁸ satışı sözleşmeden dönen tüketicinin, karşı tarafın bu sebeple uğradığı zararları karşılamadan, sadece belli bir miktar “yasal dönme cezası” ödemesi ile yetinilmesi, hatta kanunda yazılan bazı sebeplerin bulunması durumunda (TKHK m. 45, f. 2) bu ödemenin dahi yapılmaması⁸⁹, borçlar hukukunun

⁸⁵ “Dönme cezası” niteliğini kabul eden yazarlardan bir kısmı sözleşmede kararlaştırılmasa da cezanın varlığını kabul etmektedir (ÖZMEN / VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 92; DOĞAR, s. 291); diğer bir kısmı ise “dönme cezasının” varlığı için sözleşmede kararlaştırılmış olmasını aramaktadır (ATAMER, Kredi, s. 244; AYAN, s. 481). Bir diğer görüşe göre, burada “yasal dönme cezası”na (TBK m. 179/3) yer verilmiş olup, tüketicinin sözleşmeden dönmesi nedeniyle satıcının uğradığı menfi zararın yasal götürü tazminat tutarı tespit edilmektedir (GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2014, s. 273).

⁸⁶ Bilindiği üzere, dönme cezası, taraflardan birinin veya ikisinin sözleşmeyle kararlaştırılan bir edimi ceza olarak ödeyip sözleşmeden dönme hakkını saklı tutmaları durumunda söz konusu olup tarafların serbest iradeleri ile kararlaştırılabilir (TBK m. 179/3). İsviçre Borçlar Kanunu’nun taşınır için kabul ettiği 127/f maddesi örnek alınarak tüketiciye tanınan bu imkân, konutun devir ve teslim edilmesine kadar herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkıdır.

⁸⁷ Bkz. KAPANCI, Kadir Berk: “*Dönme Cezası (TBK m. 179 f. 3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, C. 22, S. 2, s. 248; ŞAHİN, Hale: “*Dönme Cezasının Cayma Parası, Ceza Koşulu ve Götürü Tazminatla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2025, C. 74, S. 2, s. 1101.

⁸⁸ Türk Borçlar Kanunu’nda ön ödemeli taşınır satışlarında malın teslimine kadar hiçbir borca aykırı davranış olmasa bile, sözleşmeyi sona erdirmeye, Kanunun ifadesiyle sözleşmeden cayma hakkı tanınmıştır (m.269). Buna göre alıcı, ön ödemeli taşınır satışlarında, bazı koşullarda, mal kendisine teslim edilene kadar sözleşmeden keyfi olarak cayabilir. Bu durumda da satıcı, satış bedelinin belli bir oranında cayma parası talep edebilir.

⁸⁹ “Satıcı, yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmese tüketiciden herhangi bir bedel talep edemez. Tüketicinin ölmesi veya kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalması sebebiyle ön ödemeleri yapamayacak duruma düşmesi ya da sözleşmenin yerine

kişilerin kusurlarıyla sözleşmeye aykırı olarak verdikleri zararları tazmin etmeleri gerektiği ilkesine (TBK m. 112) ve sözleşmeye bağlılığın sözleşme özgürlüğü ilkesinin gereği olduğuna, dolayısıyla sözleşme özgürlüğü ilkesine (AY m. 48) aykırılık oluşturmaktadır.

Sözleşme özgürlüğüne bir diğer müdahale de sözleşmenin ifasının sözleşme tarihinden itibaren kırk sekiz ayı geçemeyeceğine ilişkin TKHK m. 44'tür. Sözleşme özgürlüğünün temel olduğu özel hukuk sözleşmelerinde, taraflar sözleşmeyle kararlaştırılan edimin ifa süresini kendi iradelerine göre belirleyebilirler. Bu şekilde kanunla emredici olarak bir özel hukuk sözleşmesinde kararlaştırılan edimin ifa tarihinin belirlenmesi, sözleşme özgürlüğüne açıkça aykırılık oluşturur. Yukarıda açıklandığı üzere ön ödemeli konut satışlarında sözleşmeye bu şekilde müdahale edilmesini haklı kılacak herhangi bir sebep yoktur. Burada sözleşme serbestisine ölçsüz bir müdahale vardır ve madde Anayasa'ya aykırıdır.

SONUÇ

6502 Sayılı TKHK amacını çok büyük ölçüde aşarak, sözleşme özgürlüğüne önemli ölçüde müdahale etmektedir. Sözleşme özgürlüğüne dayanan özel hukukumuz 6502 Sayılı Kanun'dan sonra, bu niteliğini kaybetme tehlikesi ile karşı karşıyadır. Satıcı ve sağlayıcı ile tüketicinin yapmış olduğu her sözleşme, 6502 sayılı Kanun'un kapsamına girmekte, dolayısıyla tüketici aleyhine değiştirilememekte, hizmet sağlayıcıları sözleşme yapma zorunluluğuna tabi tutulmakta, idare bu sözleşmeleri denetleme hak ve yetkisine sahip olmaktadır.

Gerekçesinde açıkça bilgilendirme modeli çerçevesinde hazırlandığı belirtilen Kanun'un kapsamı, kanun yapma tekniğine aykırı parçalı yapısı sebebiyle geniş tanım ve atıf maddeleriyle hangi durumda tüketicinin nasıl korunacağını belirtilmeden genişletilmektedir. Bu haliyle tüketici hukukunda satıcı ve sağlayıcı karşısında her tüketici korunmalıdır anlayışı hâkim olmakta, tüketicinin maddi sözleşme özgürlüğünün gerçekleşmesi için ampirik verilere dayanarak korunması ihtiyacı önceden belirlenen ve Kanunda düzenlenen durumlarda koruması ilkesi göz ardı edilmektedir.

olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin konulmasına ilişkin önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi yüzünden sözleşmeden dönülmesi hâllerinde tüketiciden herhangi bir bedel talep edilemez". (TKHK m. 45/II).

Bu anlayış, toplumda herkesin tüketici olduğu dolayısıyla herkesin korunması ihtiyacı bulunduğu anlayışını gittikçe güçlendirmektedir. Oysa diğer hukuk dalları gibi tüketici hukukunun da nihai amacı toplum yararındır. Tüketicinin korunması ekonominin bu yükü taşıyabilmesi imkanıyla sınırlıdır. Ülke ekonomisi bakımından sosyal yükler işletmelerin mali durumunu sarsacak, onların teknolojik yeniliklere ayak uydurmalarını engelleyecek boyutlara ulaşmamalıdır. Tüketiciler ile onlara mal ve hizmet sunanların çıkarları arasında bir denge kurulması toplum yararı gereğidir.

Kanunun yürürlüğünden itibaren geçen yaklaşık on iki yıllık sürede tüketici mahkemeleri, özel mahkeme olma işlevini yitirmiş, tüketicinin taraf olduğu (karşısında satıcı sağlayıcı olduğu sürece) hukuki işlemlerden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklarda görevli genel mahkeme olmuştur. Uzmanlık gerektiren belli bazı konulara bakması gereken tüketici mahkemeleri her konuya bakar hale gelmiştir. Tüketici mahkemeleri sadece bu alanda uzmanlaşmış olup, nispeten daha az olan uyuşmazlıkların hızlıca çözülmesi için var olmalıdır. Ancak tüm tüketici işlemleri kapsama girince mahkemelerin yoğunluğu olağanüstü artmış, tüketici uyuşmazlıklarının hızlı çözülmesi gibi bir ihtimal ortadan kalkmıştır.

Diğer taraftan, hangi işlemin tüketici işlemi olup olmadığı, başka deyişle hangi işlemde ticari veya mesleki amaçla hareket edildiği hangisinde edilmediği konusunda o kadar çok uyuşmazlık çıkmıştır ki iş yükü altında ezilen yargımızın yükü, TKHK'un bu yapısı ile daha da ağırlaşmıştır. Hangi mahkemelerin tüketici, hangisinin asliye mahkemesi olduğu konusunda belirsizlik varlığını devam ettirmektedir. Nitekim aradan altı, sekiz, hatta on yıl geçmiş tüketici uyuşmazlıkları Yargıtay safhasında görev yönünden bozulmaya devam etmektedir.

Tüm özel hukuk sistemimizin temel ilkesi olan sözleşme özgürlüğüne Borçlar Kanunu'nda, Türk Ticaret Kanunu'nda veya başka bir kanunda düzenlenen hukuki işlemler açısından haklı bir gerekçe olmamasına rağmen çok büyük oranda müdahale edilmektedir. Bu durum, kişilerin kendi kaderini kendilerinin tayin etmesi hakkını ve sözleşme özgürlüğünü tanıyan Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır.

Önerimiz ilk planda kanun koyucunun gecikmeksizin, TKHK'nun kapsamını sadece TKHK içerisinde hukuki olgu ve sonuç unsurlarıyla düzenlenen konular ile sınırlandırmasıdır. Kanunda değişiklik gerçekleştirilene kadar uygulayıcıların, Kanun gerekçesinde belirtilen hususları dikkate alarak, tarihi, amaçsal, sistematik ve Anayasa'ya uygun yorum unsurlarını kullanarak

ya da örtülü boşluk doldurarak TKHK’u sadece düzenlediği konularla sınırlı olarak uygulamasıdır. TKHK içerisinde sözleşme özgürlüğüne önemli ölçüde müdahale eden düzenlemelerin ise Anayasa’ya aykırı olduğu için, iptali gündemde olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKSOY, Sami: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2015, C. 31, S. 2, s. 305-336.
- ATAMER, Yeşim M.: Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001.
- ATAMER, Yeşim M.: Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2016.
- ATAMER, Yeşim M.: “Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriteri”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Ed. Çiğdem KIRCA, İstanbul 2013, s. 103-137.
- AYAN, Serkan: “Ön Ödemeli Konut Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Keyfi Dönme Hakkı”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, C. 18, S. 2, s. 467-498.
- AYDIN, Ramazan: “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m. 5)”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 11, S. 1, s. 83-123.
- BACHMANN, Gregor: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), 10. Aufl. München 2025. (MüKo-BACHMANN)
- GSELL, Beate: *Verbraucherrealitäten und Verbraucherrecht im Wandel*, JZ 2012, s. 809 vd.
- CANARIS, Claus-Wilhelm: *Wandlungen des Schuldvertragsrechts, Tendenzen zu seiner “Materialisierung”*, AcP (Archiv für die civilistische Praxis) 2000, s. 273 vd.
- CAN, Mertol: CMR ve Alman Ticaret Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, C. 1, Ankara 2017.
- DAUNER-LIEB, Barbara: Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher? Berlin 1983.
- DOĞAR, Mehmet: Ön Ödemeli Konut Satışı, İstanbul 2018.
- EIDENMÜLLER / FAUST / GRIGOLEIT / JANSEN / WAGNER / ZIMMERMANN, Revision des Verbraucher- acquis, Tübingen 2011.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022.
- ERGÜL, Ozan: “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yüklümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, Erdal ONAR’a Armağan, Ankara 2013, s. 433-488.
- FURRER, Andreas / MULLER-CHEN, Marcus / ÇETİNER, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 2022.
- GAUCH, Peter / SCHLUEP, Walter R. / SCHMID, Jörg / EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 11. Auf., Zürich 2020.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2014.
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa 2018.
- HAVUTÇU, Ayşe: Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- HÖHN, Günther: *Zum persönlichen Anwendungsbereich von Verbraucherverträgen*, Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, Köln 1987, s. 79 vd.

- KAPANCI, Kadir Berk: “*Dönme Cezası (TBK m. 179 f. 3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2016, C. 22, S. 2, s. 247-270.
- KARA, İlhan: Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ankara 2015.
- KIRCA, Çiğdem: “*Tüketicinin Korunmasına İlişkin Modeller, TKHK’un Amacı ve Avrupa Birliği Tüketici Yönergelerinin Kapsamı*”, Yargıtay Dergisi, 2017, C. 43, S. 2, s. 285-342. (KIRCA, YD 2017-I)
- KIRCA, Çiğdem: “*6502 Sayılı TKHK’daki Düzenlemelerin Yorumlanması ve Görevli Mahkeme*”, Yargıtay Dergisi, 2017, C. 43, S. 2, s. 343-418. (KIRCA, YD 2017-II)
- KIRCA, Çiğdem: “*Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, C. 50, S. 1, s. 91-119.
- KIRCA, Çiğdem: “*Genel İşlem Koşulları ile Kararlaştırılan Ceza Koşulunun İçerik Denetimi*”, Çankaya Üniversitesi Evrensel İlkeler Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu 10-11 Haziran 2016, Ed. Emel BADUR, Gamze TURAN BAŞARA, Ankara 2016, s. 119-133.
- KIRCA, Çiğdem: “*Uyarılama*”, Pandeminin (Covid 19’un) Sözleşmelerin İfasına Etkisi, Ed. Çiğdem KIRCA / Fatma Tülay KARAKAŞ, Ankara 2021, s. 57 vd.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 5. Bası, İstanbul 2010.
- LARENZ, Karl/CANARIS, Claus Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin 1995.
- LUDWIGS, Marcus: Handbuch des EU- Wirtschaftsrechts/ MICKLITZ, Hans W./ROTT, Peter, 65. EL, München 2025.
- MICKLITZ / PURNHAGEN: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), 7. Aufl. München 2015. (Mü-Ko / MICKLITZ-PURNHAGEN)
- ÖZMEN, Etem Sâba / VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, İstanbul 2016.
- REICH, Norbert: *Markt Und Recht: Theorie U. Praxis D. Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland* Darmstadt 1977.
- REICH, Norbert / MICKLITZ, Hans W.: Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland, Eine Studie im Auftrag der EG Kommission, New York 1980.
- REPGEN, Tilman: Kein Abschied von der Privatautonomie, Die Funktion zwingenden Rechts in der Verbrauchergüterkaufrichtlinie, München 2001.
- SEROZAN, Rona / ENGİN, İlkey / ATAMER, Yeşim M.: Medeni Hukuk, 9. Baskı, İstanbul 2022.
- SİRMEN, A. Lâle: “*Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Kavramı*”, Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku, Sempozyum Kitabı, Ed. Erhan TEMEL, Ankara 2015, s. 117 vd.
- SİRMEN, A. Lâle: “*Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri*”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, 2013, C. 8, Özel Sayı, Aydın ZEVLİLİLER’e Armağan, s. 2465-2475.

- SİRMEN, A. Lâle: “*Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Olarak Değerlendirilmesi*”, TERAZİ Aylık Hukuk Dergisi, 2014, C. 9, Kasım, Özel Sayı, s. 156-162.
- ŞAHAN, Havva Gül: Kuruluşu, İşlevleri ve İşleyişi Bakımından Medeni Yargılama Hukukunda Özel Görevli Mahkemeler (Uzmanlık Mahkemeleri), Ankara 2012.
- ŞAHİN, Hale: “*Dönme Cezasının Cayma Parası, Ceza Koşulu ve Götürü Tazminatla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2025, C. 74, S. 2, s. 1099-1139.
- TAMM, Marina / TONNER, Klaus / BRÖNNECKE, Tobias: Verbraucherrecht, Rechtliches Umfeld, Vertragstypen, Recttsdurchsetzung, Beratungshandbuch, Kommentar, 3. Auflage, Nomos, Baden- Baden 2020.
- ZEVLİLİLER, Aydın / ÖZER, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.
- ZÖLLNER, Wolfgang: Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 1996.

ULUSLARARASI MEMURA UYGULANACAK HUKUK

The Law Applicable to International Civil Servants

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ*

ÖZ

Uluslararası kuruluşlarda çalışan, uluslararası kamu hizmeti yapan ve uluslararası statüye tâbi personelin bir bölümünü oluşturan uluslararası memur çok geniş bir konudur. Bu çalışmada, uluslararası idare hukuku ve uluslararası kamu hizmeti kavramlarından sonra “uluslararası memura uygulanacak hukuk” anlatılmıştır. Uluslararası memura uygulanacak hukuk kurallarının kaynakları olarak önce evsahibi devlet anlaşmaları, ayrıcalıkları düzenleyen anlaşmalar, kuruluşun yaptığı çeşitli düzenlemeler, kuruluşun yetkili mercileri tarafından çıkarılan idarî kararlar, idarî uygulamalar, yargısal içtihatlar, hukukun genel ilkeleri ve yoruma değinilmiştir. Uluslararası memura uygulanacak hukuk ise üç başlık altında incelenmiştir. İlk olarak uluslararası memur ile örgütü arasındaki ilişkide uygulanacak hukuk başlığı altında, uluslararası hukuka tâbi olduğu haller ile uluslararası kuruluşun kendi iç idarî hukuku, uluslararası kamu hizmeti hukukunun ilkeleri anlatılmış, daha sonra memurun evsahibi devlet ile ilişkilerinde tâbi olduğu hukuka ve sonra da uluslararası memurun kendi devleti ile ilişkilerinde kendi ulusal hukukuna tâbi olduğu konulara değinilmiştir. Uluslararası memurun tâbi olduğu uluslararası hukuku ihlâl etmesi durumunda da kuruluşun iç hukukunu ihlâl etmesi, görevini ifa sırasında üçüncü şahıslara zarar vermesi, görevinin dışında hukuku ihlâl etmesi hâli ve sorumluluğu kısaca açıklanmıştır. Uluslararası memurun hukuken korunması başlığı altında da idarî denetim, alternatif çözüm yolları ve ombudsmanlık, yargısal denetim yolu olarak da bağımsız uluslararası idare mahkemeleri yine kısaca anlatılmıştır. Çeşitli uluslararası kuruluşların personel statülerindeki hükümler ilgili konularına göre çoğu kez karşılaştırmalı olarak eklenmiştir.

* Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Posta: odyakmaz.zehra@gmail.com, zehra.odyakmaz@ufuk.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2324-8554.

Bu çalışma Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde 1983 yılında savunduğum “Uluslararası Memur” konulu doktora tezinden yenilenerek üretilmiştir. Bkz. ODYAKMAZ, Zehra: Uluslararası Memur, basılmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1983, XXII+477 sayfa.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası memur, ayrıcalık, evsahibi devlet antlaşmaları, uluslararası kamu hizmeti, iç idarî hukuk.

ABSTRACT

The international civil servant –who constitutes part of the personnel employed by international organizations, engaged in international public service and subject to an international status– is a very broad subject. In this study, following the concepts of international administrative law and international public service, the section on “the law applicable to the international civil servant” is discussed. As the sources of the legal rules applicable to international civil servants, the study first examines; host state agreements, agreements regulating privileges and immunities, various instruments adopted by the organization itself, administrative decisions issued by the competent authorities of the organization, administrative practices, judicial precedents, general principles of law, and interpretation. The law applicable to international civil servants is analysed under three main headings. Under the heading of the law applicable to the relationship between the international civil servant and his/her organization, the study explains the situations in which international law applies, the organization’s internal administrative law, and the principles of the public international civil service law. It then deals with the law applicable to the relationship between the official and the host State. Finally, the national law applicable to the relationship between the international civil servant and his or her own state is discussed. It has also been briefly explained that international civil servants may be held responsible if they violate the international law that applies to them, breach the internal rules of the organization, cause harm to third parties while performing their duties, or commit violations outside their official functions. Under the title “legal protection of the international civil servant”, the study also briefly covers administrative supervision, alternative dispute resolution and ombudsman mechanisms, and judicial review through independent international administrative tribunals. Provisions from the staff regulations of various international organizations are included, mostly in a comparative manner, according to their relevance to the topics discussed.

Keywords: International civil servant, privilege, host state agreements, international public service, domestic administrative law.

GİRİŞ*

Milletler Cemiyeti'nin 1946 yılındaki bir oturumunda Birleşik Krallık temsilcisi P. J. Noel-Baker şöyle demiştir: “*Cemiyet (Milletler Cemiyeti) Birleşmiş Milletlere geride çok şey bırakıyor; fakat bunların hepsinin üzerinde ben, dünyanın ilk uluslararası kamu hizmetinin varlığını, geleneklerini ve insanlarını en yüksek yere koyarım. Hotel Crillon’da bir gece Hymans’ın kuşku ve endişelerini dile getirdiğini hatırlıyorum. ‘Meclisi anlıyorum’ demişti; ‘Bu, Lahey Konferansı’na benziyor. Konseyi de anlıyorum; bu da Güçler Konseri’ne benziyor. Fakat Sekreteryar! Kırka yakın ulustan kadın ve erkeğin tek bir çatı altında nasıl birlikte çalışacağını nasıl anlayayım? Bu yalnızca bir Babil Kulesi değil, aynı zamanda tam bir tımarhane (Bedlam) olacaktır.*”¹

Bu çalışmanın **konusu**; uluslararası kuruluşların önemli bir süjesi olan uluslararası memurlara uygulanacak hukuk olarak uluslararası memurun; mensubu olduğu kuruluşla, uluslararası kuruluşun genel merkezinin bulunduğu evsahibi devletle ve vatandaşı olduğu kendi devletiyle ilişkilerinde uygulanacak hukuk ve bu hukukun kaynaklarıdır. Uluslararası memurun tâbi olduğu uluslararası hukuku ihlâl etmesine ve hukuken korunması yollarına da değinilmiştir.

* KISALTMALAR: AB.: Avrupa Birliği; AET.: Avrupa Ekonomik Topluluğu; AIIB.: Asya Altyapı Yatırım Bankası; AJCL.: Amerikan Karşılaştırmalı Hukuk Dergisi; bkz.: bakınız; BM.: Birleşmiş Milletler; C. Cilt; Çev.: Çeviren; ECHR.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; Ed.: Editör; EIB.: Avrupa Yatırım Bankası; EPO.: Avrupa Patent Ofisi; ESA.: Avrupa Uzay Ajansı; FAO.: BM Gıda ve Tarım Örgütü; IAEA.: Atom Enerjisi Ajansı; ICAO.: Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü; ICJ.: Uluslararası Adalet Divanı; ICLQ.: Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Dergisi; ICSC.: Uluslararası Kamu Hizmeti Komisyonu; ILO.: Uluslararası Çalışma Örgütü; ILOAT.: Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi; IMF.: Uluslararası Para Fonu; IMO.: Uluslararası Denizcilik Örgütü; IOI.: Uluslararası Ombudsman Kuruluşu; ITU.: Uluslararası Telekomünikasyon Birliği; İHFM.: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası; JIU.: BM Ortak Denetim Birimi; md.: madde; OECD.: Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü; OSCE: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Örgütü; S. Sayı; s. Sayfa; UAD.: Uluslararası Adalet Divanı; UN.: United Nations; UNAT.: BM Temyiz Mahkemesi; UNDP.: BM Kalkınma Programı; UNDT: BM Uyuşmazlık Mahkemesi; UNESCO.: Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü; UNFPA.: Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu; UNICEF.: Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu; WBAT.: Dünya Bankası İdare Mahkemesi; WHO.: Dünya Sağlık Örgütü; WIPO.: Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü; WMO.: Dünya Meteoroloji Örgütü; Yön.: Yönetmelik.

¹ Cemiyetin son oturumu, 8-18 Nisan 1946, https://www.johndclare.net/league_of_nations8_lastsession.htm, 22.11.2025.

Uluslararası memur, tüm özel çıkarların üzerinde ortak çıkar için çalışmalı, ancak her halkın insanlığa kattığı değerlere de saygı göstermelidir. Ne bir diplomat ne de bir askerdir; dünyanın dayanışmasının kişileşmiş hâlidir. Gerçek anlamda tarafsız ise, uluslararası memur çoğulcu bir dünyada son derece önemli, stratejik bir konum işgal eder.

Uluslararası memurun temel niteliği şu ifadede en iyi şekilde özetlenmiştir: 1920 yılında Drummond tarafından yazılan ve Arthur Balfour tarafından Milletler Cemiyeti Konseyi'ne sunulan raporda açıkça belirtildiği üzere: “*Bir kez atandıktan sonra [Sekretarya üyeleri], vatandaşı oldukları ülkenin memurları olmaktan çıkarak, o süre boyunca yalnızca Milletler Cemiyeti'nin hizmetinde bulunan memurlar hâline gelirler.*”²

Bu konuyu seçmemizdeki **amaç**; günümüzde çok fazla işlevi olan uluslararası kuruluşların karar verme süreçlerinde önemli görevleri olan uluslararası memurlara dikkati çekmektir.

Uluslararası personelin bir bölümünü oluşturan uluslararası memur geniş ve çok yönlü bir konudur. Ulus devlet egemenliği ile özdeşleştirilen idare hukuku bugün itibarıyla uluslararası duruma gelmiştir. Egemenlik uluslararası kuruluşlarla ilişkiler yoluyla kullanılabilir. Gerek dünya barışında gerek dünya ekonomisinde ve çevrenin korunmasında çok önemli çalışmalar yapan uluslararası kuruluşların bütün bu işlerini yürütenler; bu kuruluşların sekreteryalarda istihdam edilen ve karar verme sürecine dâhil olan uluslararası memurlardır. Ancak bu konu ulusal ve uluslararası yayınlarda fazla işlenmemektedir.

Bu çalışmadaki **öncelikli amacımız**; çok ayrıntılı içeriği olan konuları olabildiğince ana başlıklar halinde sayarak, fazla derinlemesine ele almadan, sadece okuyucuya bu çok önemli konuya eğilinmesi gerektiğini anlatmaya çalışmaktır. Bir **diğer amacımız** da uluslararası memurların daha kapsamlı olarak korunmalarının ve bu görevin daha çekici bir hale gelmesinin sağlanmasıdır.

Özellikle **vurgulamak istediğimiz husus** ise uluslararası kamu hizmeti ifa eden bu görevlilerin daha ayrıntılı incelenmesinin, onların sorunlarının çözüme kavuşturulmasının, daha huzurlu görev yapmalarına imkân yaratılmasının

² GULATI, Rishi: “*The International Dispute Resolution Regime of the United Nations (Birleşmiş Milletlerin Uluslararası Uyuşmazlık Çözümü Rejimi)*”, master tezi, Leiden Üniversitesi, Advanced Masters of Public International Law, 12.7.2010, s. 7-8.

küresel kamu yararının artmasına ve uluslararası kamu hizmetinin daha kaliteli görülmesine büyük katkı yapacağına olan inancımızdır.

Çünkü birbirinden farklı ulusal gelenekler, kendi içlerinde paralel biçimde işledikleri sürece pek sorun yaratmamıştır; ancak uluslararası kuruluşlar aracılığıyla hukukun üstünlüğünü geliştirme çabaları, bu çoğulculuğun yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılmıştır.³

I. ULUSLARARASI MEMUR KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞ SÜRECİ

A. Uluslararası Kuruluşların ve Uluslararası Memurluğun Doğuşu ve Gelişimi

Örgütlenme önceleri ekonomik, teknik ve sosyal alanda olmuştur. İlk uluslararası yönetim, 1856’da kurulan “Avrupa Tuna Nehri Komisyonu” ile başlar. Bu komisyon 1814 Paris ve 1815 Viyana Kongresi kararları sonucu kurulmuştur⁴. 1868’de Uluslararası Telgraf İdareleri Bürosunun kurulmasıyla, Telgraf Birliği; devletlerin daimî sekreterliği olan ilk uluslararası kuruluş olmuştur. Uluslararası siyasî alanda gerçek örgütlenme,

³ GULATI, s. 15.

⁴ EROĞLU, Hamza: Devletler Umumî Hukuku, C. 1, Ankara 1979, s. 144; GREEN, L. C.: “*The Status of International Civil Service (Uluslararası Kamu Hizmetinin Durumu)*”, Current Legal Problems, 1954, C. VII, s. 192; VERSAN, Vakur: “Milletlerarası Âmme Hizmeti Mefhumi”, İHFM., 1957, C. XXII, S. 2, s. 13; COHEN, Maxwell: “*The United Nations Secretariat: Some Constitutional and Administrative Developments (Birleşmiş Milletler Sekreteryası: Bazı Anayasal ve İdarî Gelişmeler)*”, AJIL., 1955, C. XXX, s. 296. Tuna Nehri Komisyonu için bkz. KING, John Kerry: The Privileges and Immunities of the Personnel of International Organizations (Uluslararası Örgütlerin Personelinin Dokunulmazlıkları ve Bağışıklıkları), Danimarka 1949, s. 41-53. Diğer nehirler için de Komisyonlar toplanmıştır. Ren ve Kongo nehri için bkz. KING, s. 33-40, s. 53-56.

Çeşitli uluslararası nehir komisyonları için bkz. KHALEEL, Safwan Maqsood: “*The United Nations Civil Servant: An Important Role in International Relations (Birleşmiş Milletler Memurları: Uluslararası İlişkilerde Önemli Bir Rol)*”, Janus.Net (uluslararası ilişkiler e-dergisi), C. 11, S. 2 (Kasım 2020-Nisan 2021), s. 130-131; THÉVENOT, Anne-Marie Werner: “*The Civil Service in International Organisations - The Example of the Coordinated Organisations (Uluslararası Kuruluşlarda Kamu Hizmeti - Koordineli Kuruluşlar Örneği)*”, The Civil Service in Europe, A Research Companion (Edited By Karl-Peter Sommermann, Adam Krzywoń, Cristina Fraenkel-Haeblerle), 1. Baskı, 2025, s. 404.

kuruluş çalışmaları 1919’da tamamlanan Milletler Cemiyeti ile başlamış ve Birleşmiş Milletler Teşkilâtı ile de evrensel bir genişlik kazanmıştır.

İlk defa ulusal delege olmayan “uluslararası memurlar”dan oluşan sekreteryayı, 10 Ocak 1920’de yürürlüğe giren Milletler Cemiyeti Misakı’nın 6. maddesi öngörmüştür. Bu suretle “Uluslararası Memurluk ve Memur” müessesesi doğmuştur. Uluslararası memurlar işe, çalıştıkları uluslararası teşkilâtın çıkarlarına hizmet eden ve sadece bu teşkilâtın âmirlerine karşı sorumlu bulunan hizmetliler olarak alınmışlardır⁵. 1920 Balfour Raporu’na göre “sekreterlik personeli” tayin edildikten sonra vatandaşı bulundukları devletin değil, Milletler Cemiyetinin hizmetlisi olmaktadır. Artık bu personel ulusal değil, uluslararası işleri yapacaktır.⁶ Uluslararası memur, uluslararası kuruluşlarda çalışan personelin bir bölümünü teşkil etmektedir.

⁵ GOODSPEED, Stephen S.: The Nature and Function of International Organisations (Uluslararası Örgütlerin Doğası ve İşlevi), B.2, New York 1967, s. 364.

Tarafsızlığı, bağımsızlığı ve hesap verebilirliği konusunda bkz. The International Civil Service: A Reference Compendium for United Nations Personnel (Uluslararası Kamu Hizmeti: Birleşmiş Milletler Personeli için El Kitabı), 2020, Dag Hammarskjöld Foundation, s. 58-59, s. 66; KOWALSKI, Allison: “*The Black Box of International Civil Servant Accountability: Searching for Order in the Disordered United Nations System (Uluslararası Kamu Görevlilerinin Hesap Verebilirliğinin Kara Kutusu: Düzensiz Birleşmiş Milletler Sisteminde Düzen Arayışı)*”, U. Pa. J. Int’l L., 2018, C. 39:2, s. 535-536, s. 538.

Uluslararası memurun performans yönetimi konusunda bkz. GERMOND, Laurent- Estelle MARTIN: “*Macro-Trends in the Performance Management of International Civil Servants and Their Legal Implications (Uluslararası Kamu Görevlilerinin Performans Yönetiminde Makro Eğilimler ve Bunların Hukukî Sonuçları)*”, In book: The Role of International Administrative Law at International Organizations, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, 2020, s. 275-293.

⁶ SCHWEBEL, Stephen M.: “*The International Character of the Secretariat of the United Nations (Birleşmiş Milletler Sekreteryasının Uluslararası Karakteri)*”, BYIL., 1953, C. XXX, s. 72.

Milletler Cemiyeti ve uluslararası memur için bkz. KHALEEL, s. 131-132; HEREDIA, Harold Kent: “*Equitable Geographic Representation in the United Nations: An Assessment of the State of the International Character of the United Nations Workforce (Birleşmiş Milletlerde Eşit Coğrafi Temsil: Birleşmiş Milletler İşgücünün Uluslararası Karakterinin Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme)*”, Seton Hall Journal of Diplomacy and International Relations, C. XXI, S. 1, 2019. s. 7-8.

Sekreterlik, üye devletlerin temsilcilerinden kurulu olmayan bir organdır. Bir genel sekreter⁷ ile gerekli sayıda uluslararası personelden oluşur⁸.

O halde uluslararası kuruluşları uluslararası konferanslardan ayıran nokta, uluslararası kuruluşların görevlerini yerine getirebilmek için, üye devletlerin iradelerinden ayrı olan iradelerini izhar edecek ayrı bir personel varlığına sahip olmasıdır.⁹

B. Uluslararası İdare Hukuku Kavramının Ortaya Çıkışı

Uluslararası topluluğun hukukî ve siyasî teşkilatlanması, bir taraftan uluslararası kuruluşların ortaya çıkmasına sebep olurken, diğer taraftan da uluslararası kamu hizmeti kavramını yaratmıştır. Uluslararası kuruluşlar ile uluslararası kamu hizmeti, zorunlu olarak yeni bir hukuk dalının, uluslararası idare hukukunun yerleşip gelişmesini gerekli kılmıştır¹⁰.

⁷ BM Antlaşması md. 97, 100, 1, 2.

BM’de bir uluslararası memur olan genel sekreterin önemi konusunda bkz. TROY, Jodok: “*The United Nations Secretary-General as an International Civil Servant (Uluslararası Bir Memur Olarak Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri)*”, *The International History Review*, 2021, C. 43, S. 4, s. 906-927.

Uluslararası memur olarak genel sekreterin barıştaki rolü için bkz. TROY, s. 909 vd.

Bağımsızlık konusunda bkz. KOWALSKI, s. 538-539.

⁸ GOODRICH, Leland Matthew-HAMBRO, Edvard (Çev. İlhan LÜTEM): *Birleşmiş Milletler Antlaşması, Şerh ve Vesikalar*, İstanbul 1954, s. 527; MERAY, Seha L.: *Devletler Hukukuna Giriş*, B. 3, C. II, Ankara 1975, s. 225.

BM Personel Yönetmeliği ve kuralları için bkz. ICS: A Reference Compendium ..., s. 19.

Noblemaire ilkesi için bkz. THÉVENOT, s. 416-417; HEREDIA, s. 8.

NATO geneli cinsiyet çeşitliliği analizi (kadın sivil personel-üst düzey/lider pozisyon) için bkz. NATO Annual Report Diversity and Inclusion 2022 (NATO Yıllık Raporu, Çeşitlilik ve Kapsayıcılık), s. 21-22.

⁹ RUZIE, David: *Les fonctionnaires internationaux (Uluslararası Memurlar)*, Paris 1970, s. 5. Uluslararası kuruluşlardaki kamu hizmeti konusunda bkz. THÉVENOT, s. 399-420.

¹⁰ Uluslararası idare hukuku konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAKMAK, N. Münici: “*Global İdare Hukuku Tartışmaları*”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, Y. 2012, S. 3, s. 121-135; GÜNEYSU, Gökhan: “*Uluslararası Hukuk Kuramı Açısından Global İdare Hukuku – Bir Giriş*”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, Y. 2015, s. 237-306; YILMAZ, Nazlı: *Uluslararası Hukuk Perspektifinden Küresel İdare Hukuku Tartışması*, Eskişehir, Temmuz 2019, Yüksek Lisans Tezi, ix+93 sayfa, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü; HANDRLICA, Jakub: “*Is There An EU International Administrative Law? A Juristic Delusion Revisited (AB Uluslararası İdare Hukuku Var mı? Hukuksal Bir Yanılsamanın Yeniden Değerlendirilmesi)*”, *European Journal Of Legal Studies*, C.12, S.2, s. 80-116; HANDRLICA, Jakub: “*Two Faces of International Administrative Law (Uluslararası İdare Hukuku’nun İki Yüzü)*”, *Juridical*

Devamlı ve düzenli hizmet gören uluslararası kuruluşların varlığı, bu kuruluşların hizmet içi uyumsuzluklarının çözülmesi ihtiyacı uluslararası idare mahkemelerinin¹¹ kurulmasına yol açmıştır. Uluslararası idare mahkemelerinin kararları da memur statüsünün oluşmasında, konu ile ilgili kuralların belirlenmesinde yardımcı olmaktadır.

C. Uluslararası Kamu Hizmeti Kavramının Ortaya Çıkışı

Uluslararası memurların, uluslararası kuruluşların hizmetinde sürekli ve yalnızca kuruluşun yararı için çalışmaları, özel bir uluslararası hukukî rejime dayalı olarak uluslararası kamu hizmeti yapmaları uluslararası kamu hizmeti

Tribune, C. 9, Haziran 2019, s. 363-376; AGO, Shinichi: “*A Few Thoughts About The Concepts of International Administrative Tribunals and International Administrative Law (Uluslararası İdarî Mahkemeler ve Uluslararası İdare Hukuku Kavramları Üzerine Birkaç Düşünce)*”, Asian Journal of International Law, 2022, C. 12, S. 2, s. 207-215; HARLOW, Carol: “*Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values (Küresel İdare Hukuku: İlkeler ve Değerler Arayışı)*”, The European Journal of International Law, Vol. 17, S. 1, 2006, s. 187-214; KINGSBURY, Benedict-Megan DONALDSON: “*Global Administrative Law (Küresel İdare Hukuku)*”, Oxford Public International Law, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Nisan 2011; QUAYLE, Peter: “*The Modern Multilateral Bureaucracy: What is the Role of International Administrative Law at International Organizations (Modern Çok Taraflı Bürokrasi: Uluslararası Örgütlerde Uluslararası İdare Hukukunun Rolü Nedir?)*”, In book: The Role of International Administrative Law at International Organizations, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, Kısım 1, 2020, s.1-21; DAUGIRDAS, Kristina-Sachi SCHURICHT: “*Breaking the Silence: Why International Organizations Should Acknowledge Customary International Law Obligations to Provide Effective Remedies (Sessizliği Kırma: Uluslararası Örgütler Etkili Çözümler Sağlamak İçin Uluslararası Teamül Hukuku Yükümlülüklerini Neden Kabul Etmelidir?)*”, In Book: The Role of International Administrative Law at International Organizations, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, 2020, s. 54-87; AGO, Shinichi: “*What is ‘International Administrative Law’? The Adequacy of this Term in Various Judgments of International Administrative Tribunals (‘Uluslararası İdare Hukuku’ Nedir? Uluslararası İdarî Mahkemelerin Çeşitli Kararlarında Bu Terimin Yeterliliği)*”, In book: The Role of International Administrative Law at International Organizations (Uluslararası Örgütlerde Uluslararası İdare Hukukunun Rolü), AIIB Yearbook of International Law, C. 3, Ekim 2020, s. 88-102; LIU, Yongqing- Graciela BASE: “*2019 AIIB Legal Conference Report (Asya Altyapı Yatırım Bankası (AIIB) Hukuk Konferansı’na İlişkin 2019 Raporu)*”, The Role of International Administrative Law at International Organizations, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, 2020, s. 315-334.

Uluslararası idare hukuku açısından “Hukukun üstünlüğü ilkeleri” ile ilgili olarak bkz. HARLOW, s. 195-198.

BM uluslararası memur açısından “uluslararası idare hukukundan global idare hukukuna” konusu için bkz. KHALEEL, “*The United Nations Civil Servant:* ”, s. 132-133.

¹¹ QUAYLE, s. 10-17.

kavramını ortaya çıkarmıştır. Uluslararası kamu hizmeti kavramı ilk defa 1919'da Uluslararası Çalışma Örgütünde ve 1920'de Milletler Cemiyetinde tanımlanmış ve uygulanmıştır.

19 Mayıs 1920'de Milletler Cemiyeti tarafından kabul edilen Balfour Raporu'nda, daha önce belirtildiği üzere, sekreteryaya atanan kişilerin artık kendi ülkelerinin memurları olmadığı, Milletler Cemiyetinin hizmetinde oldukları ifade ediliyordu.

1921 tarihinde hazırlanan daha sonra Noblemaire İlkesi olarak benimsenen rapora göre de; bir uluslararası kuruluşun nitelikli personeli çekmek için maaş düzeyleri dünyanın en yüksek maaşlı kamu hizmetini aşmalı veya en azından ona eşit olmalıdır. Yine Rapora göre, personel coğrafi bölüşüm¹² açısından geniş bir tabandan seçilmeli ve ulusal baskılardan korunmak için kendisine daimî sözleşmelerle iş güvencesi sağlanmalıdır.

Milletler Cemiyetinin 1930 tarihli Personel Tüzüğü'nün 1. maddesinde sekreteryada çalışan personelin görevlerinin ulusal değil uluslararası nitelikte olduğu ve herhangi bir devletten veya çalıştığı kuruluş dışındaki bir otoriteden talimat alamayacakları düzenlenmişti.

Dünya üzerindeki örgütlerin tamamını kapsayan ortak uluslararası kamu hizmeti kuralları yoktur. Her bir uluslararası örgütün kendi hukukî ve idarî özerkliği, kendi üye devletlerinden oluşan yönetim organları, bütçesi, programı ve istihdam rejimi vardır. Ancak Birleşmiş Milletler Örgütü ortak bir istihdam sistemi kabul etmiştir.

Her örgütün özerk olmasına ve istihdam rejimlerinin çeşitliliğine rağmen tüm uluslararası kuruluşların bağlı olduğu bazı ortak ilkeler vardır. Uluslararası memurların bağımsızlığını, yalnızca çalıştıkları uluslararası kuruluşa olan sadakat yükümlülüğünü, kendi ulusal hukuklarına tâbi bulunmayan özerk uluslararası istihdam rejimlerini, personelin görevleriyle ilgili olarak yargı bağımsızlığını, uluslararası kamu hizmetini oluşturan ilkelere örnek olarak sayabiliriz.

Uluslararası kuruluşların personelinin statüleri kaideten idare hukuku, sözleşme hukuku ve uluslararası hukukun dinamiklerinden etkilenmekte ve ulusal sistemlerden farklı olarak kendine özgü bir iç hukuk ortaya

¹² “Coğrafi bölüşüm” konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: Uluslararası Memur, doktora tezi, s. 98-179; ODYAKMAZ, Zehra: “Uluslararası Memurun Uluslararası Personel İçindeki Yeri”, s. 38-44, İdarî Uluslararası Hukuk (Editörler: ÇAMYAMAÇ, Anıl ve Ferit ÇAĞDAŞ), Ankara 2025, Adalet Yayınevi.

çıkarmaktadır. Uluslararası kamu hizmeti hukuku da uluslararası idare hukukunun, daha geniş anlamıyla uluslararası kuruluşları ve genel olarak uluslararası hukuku yönlendiren hukukun bir parçasıdır. Uluslararası kamu hizmeti hukukunun en tipik ilkesi ise bağımsızlıktır.¹³

D. Uluslararası Personel Kavramı ve Türleri

Uluslararası veya devletlerarası ilişkilerin temel unsuru kamu hizmetlerinin yürütücüsü; gerçek kişilerdir. Bu kişiler uluslararası ve devletlerarası ilişkilerde ve kuruluşlarda devlet temsilcisi, delege, ulusal memur, uluslararası memur veya müstahdem olarak görev almakta, bu ilişkinin ve kuruluşların amaçlarının gerçekleştirilmesinde önemli roller oynamaktadırlar. Devletlerarası ilişkileri yürüten kişiler ile uluslararası ilişkileri yürüten kişileri birbirinden ayırt etmek gerekir. Devletlerarası ilişkileri yürütenler, münhasıran kendi devletlerinin yararları açısından görev yapan diplomasi memurları oldukları halde uluslararası ilişkilerde görevlendirilen memurlar, kendi devletlerinin çıkarı yanında uluslararası çıkarları da gözetmekle görevli kişilerdir, ki bunları “uluslararası personel” olarak adlandırıyoruz.¹⁴

O halde “uluslararası personel” deyiimi ile her türlü uluslararası ilişki ve faaliyette her sıfat ve unvan ile her görev ve işte hizmet gören şahısların tümünü ifade etmek istiyoruz ki şöyle tanımlayabiliriz:

“Uluslararası personel; uluslararası bir antlaşma veya sözleşme gereğince ücretli veya ücretsiz, sürekli veya geçici, ulusal bir idare veya uluslararası bir kuruluş kadrosunda yer alan, yerel veya genel uluslararası yarar veya çıkarlarla ilgili kamu hizmetlerinin veya genel hizmetlerin görülmesi amacıyla ulusal bir idare veya uluslararası bir kuruluşun emir ve talimatına göre uluslararası bir kamu görevi ifa eden şahıslardır”.

“Uluslararası memur”, uluslararası personelin bir bölümüdür. Uluslararası personeli iki gruba ayırıyoruz: Uluslararası kamu hizmeti yapan ulusal statüye tâbi personel ve uluslararası kamu hizmeti yapan uluslararası statüye tâbi personel.

¹³ THÉVENOT, s. 406-407.

¹⁴ ODYAKMAZ, Zehra: “*Uluslararası Memurun*”, s. 18-29.

1. Uluslararası Kamu Hizmeti Yapan Ulusal Statüye Tâbi Personel

Uluslararası kamu hizmeti yapan ulusal statüye tâbi personel; uluslararası kuruluş üyesi devletlerin görevlendirdiği memurlardır. Uluslararası kuruluşlarda ve konferans, toplantı gibi uluslararası ilişkilerde uluslararası bir kamu hizmeti ifa etmek üzere görevlendirilmişlerdir.

Bu başlık altında iki grup bulunmaktadır. Bunlar; devlet temsilcileri ve uluslararası görev yapan ulusal memurlardır.

Devlet temsilcileri olarak; devletlerarası ilişkilerde görevlendirilen diplomatik temsilcileri, kordiplomatiği, uluslararası ilişkilerde diplomatik temsilcileri ve diğer ulusal delegeleri sayabiliriz.

Uluslararası görev yapan ulusal memurlar olarak ise; Interpol'ü ve askerî personeli örnek olarak verebiliriz.

2. Uluslararası Kamu Hizmeti Yapan Uluslararası Statüye Tâbi Personel

Bugün uluslararası kuruluşlarda çalışarak uluslararası kamu hizmetine etkin bir şekilde katılan, sâdece mensup oldukları teşkilâta karşı sorumlu olan birçok insan vardır. Hepsi de uluslararası kuruluşa bir hizmet bağı ile bağlıdırlar. Bu statüdeki personeli dört gruba ayırabiliriz¹⁵: Yerel personel (pratisyen hekimler, danışmanlar, üst düzeydeki eksperler, ustalar, gündelik işleri yapanlar, bekçiler ve işçiler), uzmanlar (teknik yardım görevlileri), kendilerine özel geçici görev verilen şahıslar (uluslararası kuruluşun çeşitli uyuşmazlıklarda arabuluculuk yapması için görevlendirdiği kişiler) ve uluslararası memurlar.

E. Uluslararası Memurun Tanımı

Uluslararası kamu hizmeti yapan uluslararası statüye tâbi personelin dördüncü grubu olan uluslararası memur terimi ilk defa Milletler Cemiyeti Sekreterliği Personel Statüsü'nün 1. maddesinde resmî bir terim olarak kullanılmıştır. Uluslararası memurun doktrin ve yargı yerleri tarafından

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: Uluslararası Memur, doktora tezi, s. 47-53; ODYAKMAZ, Zehra: “Uluslararası Memurun...”, s. 24-29.

yapılan birçok tarifi vardır¹⁶. Ancak özellikle yargı yerleri memurdan ziyade daha geniş bir kavram olan “ajan”ın tanımını yapmışlardır.

Uluslararası memur; uluslararası bir antlaşma veya sözleşme gereğince münhasıran uluslararası bir kuruluş tarafından devamlı hizmet kadrolarında görevlendirilen ve kuruluşun gerçekleştirmekle yükümlü olduğu yerel veya genel uluslararası yarar veya çıkarlarla ilgili kamu hizmetlerinin görülmesi amacıyla mensup olduğu uluslararası kuruluşun emir ve talimatına göre uluslararası bir kamu görevi ifa eden, kurucu antlaşma hükümleriyle uluslararası hukuk kurallarına tâbi kişidir.¹⁷

Uluslararası memur hiçbir devlet adına çalışmaz, devletler topluluğunun ortak menfaatleri için kurulmuş bulunan uluslararası örgüt adına çalışır.

II. ULUSLARARASI MEMURUN TÂBİ OLDUĞU HUKUK KURALLARININ KAYNAKLARI

Uluslararası memurların tâbi olduğu hukuk kurallarının kaynakları; uluslararası antlaşmalar, uluslararası kuruluşun yönetmelik, talimat gibi yaptığı düzenlemeler, yetkili mercilerin çıkardığı idarî kararlar, idarî uygulamalar, yargısal içtihatlar, hukukun genel ilkeleri ve yorumlardır.

En üstte, ulusal hukukî sistemde anayasaya eşit olan kurucu antlaşma vardır. Sonra sırasıyla; memurla kuruluş arasındaki sözleşmeler, personel tüzük ve yönetmelikleri gelir. Personel tüzükleri kurucu antlaşmanın öngördüğü organ tarafından yapılır veya bu konuda kurucu antlaşmada bir kayıt yoksa, kuruluştan kuruluşa değişen iç uygulamaya göre yapılır. Çoğunlukla personel tüzükleri genel kurul, personel yönetmelikleri genel sekreter tarafından kabûl edilerek yürürlüğe girer. Genel kurul tarafından alınan resmî kararlar ile sekreterliğin âmiri tarafından çıkarılan talimatlar ve sirkülerler de yazılı hukuk kurallarıdır.

¹⁶ TROMBETAS, T.P.: “*Loyalty, Privileges and Immunities of International Servants (Uluslararası Görevlilerin Sadakati, Dokunulmazlıkları ve Bağışıklıkları)*”, Revue Hellénique de Droit International, Atina 1965.

¹⁷ ODYAKMAZ, Zehra: Uluslararası Memur, doktora tezi, s. 65.

Personel yönetmelikleri tüzüklere, talimat ve sirkülerler tüzük ve yönetmeliklere aykırı olamaz^{18, 19}. Ana mevzuat, uluslararası kuruluşun üyesi olan devletlerin hepsinin onayından geçmektedir. Uluslararası hukukun en üst düzeydeki kuralları, yani âmir hükümleri, devletlerin müzakerelerinin, benimseme ve iradelerinin ürünüdür. Kendi menfaatleriyle vatandaşlarının menfaatlerini sağlamaya çalışan devletlerin aralarındaki irade birliği, uluslararası kuruluşun gerçek yasama erkini oluşturur. Terimler ne olursa olsun, yukarıda sayılanlardan başka mevzuat, yasama kavramının içerdiği anlamda bir nitelik taşımaz.²⁰

Bir uluslararası örgüt ile personeli arasındaki ilişkiye uygulanabilecek çeşitli hukuk dalları; iş hukuku, sözleşme hukuku, idare hukuku, insan hakları hukuku, kurumsal hukuk ve uluslararası kamu hukuku gibi alanları kapsar. Bu ilişkiyi yöneten hukuk, kendine özgü bir hukuk sistemidir. Nitekim “*Bir uluslararası örgütteki istihdamın kendine özgü karakteri, ancak onu kendine özgü bir hukuk sistemine tâbi kılmak suretiyle en iyi şekilde vurgulanabilir.*” ifadesi çok doğrudur²¹. İstihdam sözleşmesi, personel tüzüğü ve personel yönetmelikleri birlikte, Birleşmiş Milletler ile personeli arasındaki ilişkiyi düzenleyen araçları oluşturur. Uluslararası idare hukuku –yani uluslararası bir örgüt bağlamında karar vericinin yetkisini denetleyen hukuk– ile hukukun genel ilkeleri de bu ilişkinin hukuk kaynakları arasındadır. Bu nedenle, işveren ile çalışan arasındaki ilişkiyi düzenleyen hukuk, çeşitli hukuk dallarının bir bileşimi niteliğindedir.²²

¹⁸ AKEHURST, M.B.: “*Unilateral Amendment of Conditions of Employment in International Organisations* (Uluslararası Kuruluşlarda İstihdam Koşullarının Tek Taraflı Olarak Değiştirilmesi)”, BYIL., 1964, s. 299; AKEHURST, M.B.: “*Renewal of Fixed-term Contracts of Employment in International Organisations* (Uluslararası Kuruluşlarda Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yenilenmesi)”, ICLQ., 1965, C. XXXI, s. 83; BAADE, H.W.: “*Acquired Rights of International Public Servants* (Uluslararası Memurların Kazanılmış Hakları)”, AJCL., 1966-67, s. 253-254.

¹⁹ “*Bilgi sirküleri, ofis kılavuzları, el kitapları ve muhtıralar, hiyerarşinin en alt basamağında yer alır ve usulüne uygun biçimde çıkarılmış idarî düzenlemelere tanınan hukukî yetkiye sahip değildir ve yapılmış idarî düzenlemelere özgü hukukî bağlayıcılıktan yoksundur.*” THÉVENOT, s. 406.

²⁰ PLANTEY, A.: *Droit et pratique de la fonction publique internationale* (Uluslararası Kamu Hizmeti Hukuku ve Uygulaması), Paris 1977, s. 62.

²¹ GULATI, s. 10.

²² GULATI, s. 20.

A. Uluslararası Antlaşmalar

Devletlerin irade birliği, önce uluslararası organizasyonun kurucu antlaşması üzerinde gerçekleşir. Bazı kurucu antlaşmalar, personel statüsünün, daha doğrusu personel tüzüğünün hazırlanmasında uyulacak şartları bildiren maddeleri de kapsarlar. Milletler Cemiyeti Misakı'nda personele ait hiçbir hüküm yoktu. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Dumbarton Oaks'da sunulan tasarısı da aynı idi. Sonraları Milletler Cemiyeti Genel Sekreterinin girişimi ile memurların hak ve yükümlülüklerini yönlendirecek genel ilkelerin bir metin içinde derlenmesi mümkün olmuştur. O zamandan beri de memur statülerinin düzenlenmesi, genel kurulların yetkisi içinde bulunmaktadır²³. Bugün ilgili kuruluşun personel statüsüne ait ana ilkeleri belirten kurucu antlaşmalar bir haylidir. Mahkemeler de personele taallük eden hükümleri, kuruluş iç hukukunun kaynaklarından biri olarak değerlendirmektedir.²⁴ Kuruluşun kurucu belgesi uluslararası hukuk kapsamında yer aldığı için, kuruluşun kendisi de –personeliyle olan ilişkileri dâhil olmak üzere– uluslararası hukukun kapsamına girer. Dolayısıyla, kuruluşun taraf olduğu uluslararası antlaşmalar, kuruluş açısından personeliyle olan ilişkilerinde de bağlayıcıdır. Bununla birlikte, bu antlaşmaları düzenleyen uluslararası hukuk, yalnızca söz konusu antlaşmalara uygulanır; kuruluş ile personeli arasındaki sözleşme veya atanma mektubu ise kendi başına bir uluslararası antlaşma olmadığından, bu hukuk doğrudan o ilişkiye uygulanmaz. Ayrıca, kurumsal uygulamalardan farklı olarak uluslararası teamül hukuku da onu ileri süren taraf bunu kanıtlayabildiği sürece, uygulanabilir nitelik taşıyabilir.²⁵

1. Evsahibi Devlet Anlaşmaları

Uluslararası kuruluşlar; etkili bir şekilde faaliyet yapabilmek için merkezleri ve diğer kuruluşları ile birlikte veya ayrı ayrı yerleştikleri evsahibi devlet ile anlaşma yaparlar. Çünkü mal varlıkları ve personeli için belirli bir özgürlüğe ve hukukî güvenliğe ihtiyaç duyarlar. Evsahibi devlet anlaşmaları; kısaca bir uluslararası kuruluşu daimî veya geçici olarak evsahipliği yapan devletle kuruluş arasında akdedilen uluslararası anlaşmalardır. Evsahibi devlet anlaşmaları, bu uluslararası kuruluşların evsahibi devletin

²³ BM Antlaşması md. 100-101.

²⁴ ILO İdare Mahkemesi, 26.4.1955; OECD İtiraz Komisyonu, 9.1.1964.

²⁵ THÉVENOT, s. 409.

topraklarındaki statüsünü, dokunulmazlıklarını, bağışıklıklarını ve faaliyetlerini düzenler.²⁶

Farklı türlerde evsahibi devlet anlaşmaları bulunmaktadır. Bu anlaşmaları dört grupta toplayabiliriz²⁷: Bunlardan ilki genel merkez anlaşmalarıdır.

Birleşmiş Milletler ve Amerika Birleşik Devletleri arasında 26 Haziran 1947 tarihinde akdedilen Birleşmiş Milletler Genel Merkezine İlişkin Anlaşma, İsviçre Federal Konseyi ile Uluslararası Çalışma Örgütü Arasında, Örgütün İsviçre'deki Hukukî Statüsünün Belirlenmesine İlişkin 11 Mart 1946 tarihli Anlaşmayı genel merkez anlaşmalarına örnek olarak sayabiliriz.

Uluslararası kuruluşlar ile evsahibi devlet arasındaki ilişkileri düzenleyen tek bir uluslararası anlaşma daha doğrusu kuralların toplandığı tekdüze bir belge bulunmamaktadır. Ancak bu anlaşmalarla ilgili bazı örnekler gösterilebilir.²⁸

²⁶ 13 Şubat 1946 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından onaylanan Birleşmiş Milletlerin Dokunulmazlıkları ve Bağışıklıkları Sözleşmesi ve 18 Nisan 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi evsahibi anlaşmalar için model işlevi görür.

²⁷ HERBST, Jochen: “*Host State Agreements (Evsahibi Devlet Antlaşmaları)*”, The Max Planck Encyclopedia Of Public International Law, Vol. IV: Feminism, Approach to International Law to Human Rights, Treaties, Extraterritorial Application and Effects, s. 989-993.

²⁸ Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) İsviçre'deki statüsüne ilişkin olarak, 1921 ve 1926 yıllarında İsviçre Hükûmeti, Milletler Cemiyeti ve ILO arasında bir modus vivendi (geçici mutabakat) yoluyla anlaşmalar yapılmıştır. Bu anlaşmalar, 1946'da kapsamlı bir anlaşma ve uygulama düzenlemesiyle değiştirilmiştir.

Uluslararası Adalet Divanı (ICJ) ile Hollanda Hükûmeti arasındaki anlaşma, Divan Başkanı ile Hollanda Dışişleri Bakanı arasında 1946'da yapılan mektup teatisiyle kayda geçirilmiş olup, Hollanda topraklarında Divan üyeleri, Yazman (Registrar) ve Divan görevlilerinin ayrıcalıkları, kolaylıkları ve imtiyazlarına ilişkin rejimi düzenlemektedir.

BM'nin New York'taki yargı ve vergi bağışıklığı, vize kolaylıkları ve güvenlik yükümlülüğünü içeren 1947 tarihli ABD ile yapılan Genel Merkez Anlaşmasına ek 1966, 1969 ve 1980'de imzalanan anlaşmalar, yerleşkenin genişletilmesi ve ek binaların kiralanmasıyla ilgilidir. New York'ta merkezleri bulunan BM Kalkınma Programı (UNDP), Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF) ve Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu (UNFPA) ayrı birer hukukî kişilik olmadıkları için ayrı merkez anlaşmalarına sahip değildir.

1948'de WHO ile İsviçre Konfederasyonu arasında WHO merkezinin bağımsızlığı, tesis dokunulmazlığı, personel statüsünü düzenleyen, “Örgütün Genel Merkezinin Bulunduğu Yer Hakkında Anlaşma” imzalanmış ve WHO İsviçre makamlarının uluslararası örgütlere uyguladığı eşit muamele ilkesinden yararlanmıştı.

Genel merkez anlaşmaları uluslararası kuruluşun tüzel kişiliğini, hukukî ehliyetini ve evsahibi devletin yargı ve yürütme yetkisinden bağımsız olduğunu düzenlemektedir²⁹. Daha sonra, binanın işgali, işletilmesi ve bakımı ile ilgili anlaşmalar (tesis anlaşmaları), Birleşmiş Milletler barışı koruma

1949 yılında Avrupa Konseyinin tüzel kişiliği, Avrupa Konseyi ile organlarının ve görevlilerinin dokunulmazlığını düzenleyen çok taraflı sözleşme imzalanmıştır.

İtalya ve Fransa Hükûmetleri, iki ayrı uzmanlaşmış BM kuruluşuyla merkez anlaşmaları imzalamıştır: 1950’de BM Gıda ve Tarım Örgütü (FAO) ve 1954’te Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO), 1951’de İsviçre Hükûmeti Dünya Meteoroloji Örgütü (WMO) ile Kanada Hükûmeti ise Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO) ile birer merkez anlaşması imzalamıştır.

20 Eylül 1951’de NATO ile çok taraflı olarak NATO ve personelinin tüm üye ülkelerdeki statüsünü belirlemek üzere “Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü, Üye Devletlerin Ulusal Temsilcileri ve Örgütün Uluslararası Personeli Hakkında Statüye İlişkin Anlaşma” imzalanmıştır.

1954’te yılında UNESCO’nun Paris’teki merkezi, binanın dokunulmazlığı, vergiden muafiyeti içeren “Fransa Cumhuriyeti Hükûmeti ile UNESCO Arasında, Örgütün Genel Merkezi ile Fransa’daki Ayrıcalıkları ve Muafiyetleri Hakkında Anlaşma” imzalanmıştır.

1958’de Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı’nın (IAEA) merkezinin Viyana’da bulunmasını öngören anlaşma, Avusturya Hükûmeti ile imzalanmıştır. 1990 yılında Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO) ile Kanada Hükûmeti arasında yeni bir merkez anlaşması imzalanmış ve bu anlaşma 1992’de yürürlüğe girerek 1951 tarihli anlaşmanın yerini almıştır.

Birleşik Krallık Hükûmeti ile Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) merkez anlaşmasını 1968’de imzalamıştır.

İsviçre Hükûmeti, iki ek uzmanlaşmış BM kuruluşunun; 1970’te Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütünün (WIPO) ve 1971’de Uluslararası Telekomünikasyon Birliğinin (ITU) merkezini ülkesine yerleştirmesine onay vermiştir.

Avrupa Uzay Ajansı (ESA) ile Fransa hükûmeti arasında 1975 yılında imzalanan anlaşmayla ESA’nın Paris’teki statüsü, bina dokunulmazlığı ve malî ayrıcalıklar düzenlenmiştir.

Daha fazla bilgi için bkz. Review Of The Headquarters Agreements Concluded By The Organizations Of The United Nations System: Human Resources Issues Affecting Staff (Birleşmiş Milletler Sistemi Örgütleri Tarafından Akdedilen Genel Merkez Anlaşmalarının Gözden Geçirilmesi: Personeli Etkileyen İnsan Kaynakları Meseleleri), Prepared by Ion Gorita Wolfgang Münch Joint Inspection Unit Geneva 2004, Joint Inspection Unit (BM Ortak Denetim Birimi), JIU/REP/2004/2 raporu.

²⁹ Ayrıca, uluslararası kuruluşun karargâhının bulunduğu bölgede düzenin evsahibi devletin güvenlik güçleri ve örgütün kendisi tarafından sağlanması, bu bölgenin evsahibi devletin güvenlik güçleri tarafından dışarıdan gelebilecek saldırılara karşı korunması, kuruluşun personelinin veya üye devlet temsilcilerinin karargâha gidip gelmeleri, örgüt tarafından telekomünikasyon ve radyo yayın sistemlerinin kurulması, işletilmesi, evsahibi devlet tarafından kamu hizmetlerinin sağlanması gibi teknik konular da genel merkez anlaşmalarında yer alır. Tesislerin, fonların, arşivlerin, belgelerin dokunulmazlığı, gümrük vergisi ve diğer vergilerden muafiyetler de buraya eklenebilir.

misyonlarının statüsüne ilişkin anlaşmalar, teknik yardım anlaşmaları sayılabilir. Ayrıca evsahibi devlet anlaşmaları çeşitleri içine dâhil edilebilecek diğer anlaşmalara; bilgi merkezleri, araştırma ve bilim kurumlarına ilişkin statü anlaşmalarını, Birleşmiş Milletlere üye olan veya olmayan devletlerin ev sahipliği yaptığı Birleşmiş Milletlerin konferans ve seminerlerine katılanların ayrıcalıklarına ilişkin anlaşmaları gösterebiliriz.³⁰

Son zamanlarda üye devletler arasında uluslararası kuruluşlar ile yapılan merkez anlaşmalarının sadece hukukî açıdan değil, insan kaynakları yönetimi ve uluslararası kuruluşun işleyişi üzerindeki etkileri açısından da ele alınıp alınmaması veya ne ölçüde ele alınması gerektiği tartışma konusu olmuştur. Çünkü, kaliteli personeli çekmek, elde tutmak bakımından, ailelerinin malî haklarını, hayatlarını, âdil eğitimlerini, çalışma imkânlarına erişimlerini, uluslararası memurların eşlerinin çalışma izinlerini bu merkez anlaşmaları hayli etkilemektedir.

2. Ayrıcalıkları Düzenleyen Sözleşmeler

Biz ayrıcalık (imtiyaz) kavramını, dokunulmazlıklar (masuniyetler) ve bağışıklıkların (muafiyetler) her ikisini birden ifade eden bir kavram olarak kullanmaktayız. Bu nedenle sözleşmelerdeki “privileges” ifadesini dokunulmazlık olarak kabûl ediyoruz.

Ayrıcalıklarla ilgili başlıca belgeleri; Birleşmiş Milletler Dokunulmazlıklar ve Bağışıklıklar Sözleşmesi, uzman kuruluşların ayrıcalıkları sözleşmesi, evsahibi devletlerle yapılan anlaşmalar, temel yardım anlaşmaları ve diğer ad hoc belgeler olmak üzere sıralayabiliriz.³¹

Birleşmiş Milletler Şartı’nın 105(1) maddesi, Birleşmiş Milletlere ulusal yargıdan bağışıklık tanımaktadır ve madde, diğer hususların yanı sıra şu ifadeyi içermektedir: “*Örgüt, amaçlarını yerine getirebilmesi için gerekli olan dokunulmazlık ve bağışıklıklardan, her Üye Devletin topraklarında yararlanacaktır.*”

³⁰ HERBST, s. 989-993.

³¹ 1946 tarihli Birleşmiş Milletler Dokunulmazlıklar ve Bağışıklıklar Sözleşmesi, özellikle Birleşmiş Milletlerin ayrıcalıklarını düzenlemektedir. Sözleşmede, Birleşmiş Milletlerin mallarının, varlıklarının, feragat edilmediği sürece, yasal işlemlerden bağışık olacağı düzenlenmiştir. Birleşmiş Milletlerin binaları, arşivleri ve belgeleri de dokunulmazdır, doğrudan vergilerden, gümrük vergilerinden, kısıtlamalardan muaftır. Bkz. HERBST, s. 989-993.

B. Uluslararası Kuruluşun Yetkili Mercileri Tarafından Yapılan Düzenlemeler

Devletlerin irade birliği, hükümetlerin temsil olduğu uluslararası kuruluşların kararlarıyla da ifade edilir. Kuruluşun iç işleyişine ilişkin bu tasarruflar onun hukukî bütünlüğünün en üst düzeydeki bölümünü oluştururlar. Bunların gücü, yargı kararlarından bile üstün olabilir.³²

Personel konusunda hazırlanan kuralların bütünü Personel Statüsünü oluşturur. Uluslararası kuruluşların çoğunda genel sekreter veya genel direktör personel statüsünün uygulanması biçimini açıklayan kişidir ve çoğu kez karar organı tarafından hazırlanan personel yönetmeliğini yürürlüğe koymak yetkisine sahiptir³³. Personel tüzükleri, detaylı bir idare hukuku veya prosedürü kodu değildir. Sekreterliğin iş şartlarını, memurların temel haklarını, görev ve yükümlülüklerini, sekreterliğin idaresi ve personel politikası prensiplerini belirten düzenlemelerdir³⁴. Karar organlarınca alınan kararlar statüye konulmamış olabilir. Bu durum, sözkonusu kararların uygulanma zorunluluğunu kaldırmaz³⁵. Ancak bu kararların hükümleri, kendiliğinden icrası gerekli hükümlerden değilse ve uygulanmaları bazı şartların tahakkukuna bağlı ise elbette uygulama zorunluluğu yoktur³⁶. Örneğin yargı yerlerinin düzenlemeleri bu mahiyettedir³⁷. Statüler düzenlendikleri şekil ve şartlar içinde de değiştirilebilir ve yorumlanabilirler³⁸. Personelin kazanılmış hakları bu yetkinin alanını sınırlar³⁹. Avrupa Topluluklarında, şimdiki adıyla Avrupa Birliğinde görevlilerin gerektiğinde, kendi sözleşmelerinin akdedilmesinden sonraki statüsel hükümleri ileri sürebilecekleri kabûl edilmiştir.⁴⁰

³² Milletler Cemiyeti Şartı md. 5.'e göre bir toplantıda hazır bulunan tüm üyelerin rızası gereklidir — bu doğrudan irade birliği ilkesine tekabül eder. Karar alma sürecinde çoğunlukla “unanimity/devletlerin irade birliği” kuralı uygulanmıştır. Bu bağlamda, kuruluşun iç işleyişine dair en üst düzeydeki bir tasarrufun, yani karar alma sürecinin, devletlerin birlikte iradesini yansıttığını söyleyebiliriz.

³³ RUZIE, s. 9.

³⁴ DAVIES, Jack G.W.: “*The Work of The Secretariat (Sekreteryanın Çalışmaları)*”, Ann. Rev. Of U.N. Aff., 1952, s. 143-144.

³⁵ BM İdare Mahkemesi, 10.12.1956; Avrupa Uzak Fırlatıcıları Düzenleme ve Yapım Teşkilâtı İtiraz Komisyonu, 25.11.1973.

³⁶ OECD İtiraz Komisyonu, 21.3.1960.

³⁷ BM İdare Mahkemesi, 14.12.1954.

³⁸ OECD İtiraz Komisyonu, 17.12.1974.

³⁹ BM Teşkilâtı, Statü md. 12.1; UNESCO, Statü md. 12.1.

⁴⁰ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 17.1.1964.

Birleşmiş Milletlerde, Birleşmiş Milletler Şartı'na göre hizmet şartlarını belirten ayrıntılı personel tüzük ve yönetmelikleri yapılmıştır. Bunlar; tayin, terfi, görev, yükümlülük, disiplin tedbirleri, izin, sosyal güvenlik, ayrıcalık, seyahat ödeneği gibi durumları düzenlemektedirler.⁴¹

Teorik olarak kamu hizmeti hukuku kuralları, belki en ince ayrıntısına kadar düzenlenebilir. Ancak Ernst Kern'e göre, o zaman da bazı dezavantajlar ortaya çıkabilir. Bu durumda her problem için özel kurallar formüle edilecektir. Ancak bu kurallar uzmanlar tarafından nihaî taslak kaleme alınmadan önce tartışılmalı ve muhtemel ve mümkün bütün sorunlar ortaya konulmalıdır. Avrupa kamu hizmeti mevzuatının hazırlanışında hukukî ve siyasi birçok güçlüklerle karşılaşmıştır.⁴²

1. Yönetmelik Düzenleme Yetkisi

Personel yönetmelikleri; personel politikasının ilkelerini, temel hizmet şartlarını, personelin temel hak, görev ve yükümlülüklerini düzenler. Bu yönetmelikler, uluslararası kuruluşun yönetim organı tarafından kabûl edilir.⁴³

Uluslararası kuruluşlarda yönetmelik yapma yetkisi, kuruluşun kendi amaçlarını yerine getirebilmesi için gerekli olan iç hukuk düzeni kurma gücüdür. Bu yetki, esasen kurucu antlaşmadan gelir; bazı durumlarda zımnî yetki veya evsahibi devlet antlaşmasıyla tamamlanır. Yönetmelik yapma yetkisi, gerektiğinde personel veya üye devletlerle temas etmek kaydıyla genel sekretere ve genel direktöre aittir. Bu yetki kuruluşun başka kurumlarına, özellikle bir parlâmenter asamblesi varsa bu asambleye gerekli

⁴¹ FORD, Allen: “*The Secretariat (Sekreteryâ)*”, The United Nations The First Ten Years (Edited by, WORTLEY, B.A.), Manchester 1957, s. 97.

⁴² KERN, Ernst: “*On The Establishment of a European Civil Service (Avrupa Kamu Hizmetinin Kurulması Üzerine)*”, ICLQ., 1959, s. 22.

Avrupa'daki çeşitli personel statülerinin yapısı, nereden etkilendikleri konusunda ve bu arada Avrupa Kömür ve Çelik Birliği Personel Statüsü ile ilgili olarak fazla bilgi için bkz. KERN, s. 23.

Avrupa Toplulukları, şimdiki adıyla Avrupa Birliği, daimî memurları yetkili makamca atandıkları için haklarında personel tüzüğünün uygulanmasını öngören hiçbir akde taraf olmamaktadırlar. Bkz. AKEHURST, Unilateral, s. 297-298.

⁴³ Birleşmiş Milletler Personel Tüzüğü'nün 12.1 sayılı hükmüne göre: “Mevcut Yönetmelikler, personelin kazanılmış haklarına hâle getirmeksizin, Genel Kurul tarafından tamamlanabilir veya değiştirilebilir.” Aynı Tüzüğün 12.5 hükmüne göre de; eğer personel yönetmelikleri henüz kesinleşmemiş veya onaylanmamış durumdaysa, çalışanlar bunlara dayanarak kazanılmış hak iddiasında bulunamaz. Yani, yönetmelik ancak yürürlüğe girdikten sonra hukuken bağlayıcı hâle gelir ve personel lehine hak doğurur.

kurallara uyulması koşuluyla verilebilir. Temel statüler her konuyu ayrıntılarıyla düzenleyemeyecekleri, bazen de metinler herhangi bir konuda suskun oldukları için üst makama yönetmelik düzenleme yetkisi tanınmıştır.⁴⁴

Asamble veya Konsey tarafından kabûl edilen Personel Statüsü genel sekreterin yayınladığı yönetmelikten üstündür⁴⁵. Genel sekreter o statü hükümlerine uymaya mecburdur. Ancak genel sekreterin, hükmü uyarlama, icra biçimini tespit etme ve yürürlükten kaldırma yetkisi saklıdır.⁴⁶

İdarî otoritenin yönetmelik düzenleme yetkisi her zaman özerk değildir.⁴⁷

Kural koymaya yetkili otorite, onu değiştirmeye de yetkilidir⁴⁸, alt dereceli bir makam, yorum yoluyla da olsa bunu yapamaz⁴⁹.

2. Düzenlenen Diğer Kuralların Türleri

İdarî kararlarda genellikle bir hiyerarşi vardır, en önemlileri statü uygulamasıyla ilgili olanlardır ve statü ile bütünleşirler. Bunlar idareyi de personeli de bağlayıcı ve hak doğurucudurlar. Burada hâkim, yönetmelik koyucu yerine geçemez⁵⁰. Bundan başka idare; uygulama talimatları, el

⁴⁴ PLANTEY, s. 65.

BM'de Genel Kurul, "personel tüzüğü"nü kabûl eder; genel sekreter, "personel yönetmelikleri" ve "idarî talimatlar"ı çıkarır. ILO Yönetim Kurulu, personel yönetmeliklerini belirler, genel direktör, ayrıntılı uygulama kurallarını düzenler; WHO Dünya Sağlık Asamblesi ve UNESCO Genel Konferans tüzükleri kabûl eder, Genel Direktör bu çerçevede personel yönetmelikleri yayımlar. NATO Kuzey Atlantik Konseyi, genel tüzükleri (Civilian Personnel Regulations) onaylar, NATO biriminin başı iç prosedürleri belirler, Avrupa Konseyi / Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Bakanlar Komitesi temel personel kurallarını belirler, genel sekreter, detaylı yönetmelikleri yayımlar.

⁴⁵ Uluslararası Çalışma Teşkilâtı İdare Mahkemesi, 23.8.1960.

⁴⁶ BM Teşkilâtı, Tüzük md. 112.2 ve Genel Sekreterin 7.1.1976 günlü talimatı, yasama niteliğinde olan kararlara uymak ve herhangi bir memura zarar vermemek şartıyla; PLANTEY, s. 65-66.

⁴⁷ PLANTEY, s. 66.

OECD, Afrika Birliği Teşkilâtı, Avrupa Uzay Ajansı gibi bazı kuruluşlarda önemli yönetmelikler, Konseyin ve bir Komitenin onayı ile geçerlilik kazanırlar. Birleşmiş Milletler Teşkilâtında, UNESCO'da ve daha birçok kuruluşlarda genel sekreter veya genel direktör personel yönetmeliğinin yayınlanması ve değişiklikleri konusunda Genel Kurula veya Konferansa rapor verir. Avrupa Konseyinde malî angajmanlar için Bakanlar Komitesinin onayı gereklidir.

⁴⁸ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 17.12.1964.

⁴⁹ ILO İdare Mahkemesi, 12.4.1976.

⁵⁰ Avrupa Uzay Fırlatıcıları Düzenleme ve Yapım Teşkilâtı İtiraz Komisyonu, 23.6.1971. Avrupa Uzay Fırlatıcıları Düzenleme ve Yapım Teşkilâtı (ELDO)'nun 23 Haziran 1971

kitapları yayınlatabilir. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilâtının ifadesiyle bu talimatlar statü ve yönetmeliğin bazı uygulama özelliklerini belirtmekte, personel idaresine ait bazı usûller koymaktadır. Statünün veya yönetmeliklerin uygulanması açısından talimatların çıkarılması bazen zorunludur⁵¹, fakat onlardan üstün bir kuvvete sahip değildirler⁵².

Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararına göre; “personel yönetmeliklerinde öngörülme-yen bir istisna, hiyerarşide daha alt düzeyde yer alan idarî talimatlarla getirilemez; zira idarî talimatlar, yalnızca mevcut kuralların uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarılabilir, onları değiştiremez veya aşamaz.”⁵³

Avrupa Birliği yargı içtihadında, kurum içi talimatlar, kılavuzlar ve uygulama el kitapları personel yönetmelikleri ve bunlara dayanılarak kabûl edilen genel uygulama hükümlerine nazaran alt düzeyde iç normlar olarak kabûl edilmektedir. Bu konuda değeri eşit olmayan birtakım dokümanları ayırmak gerekir. Ne ad konmuş olursa olsun, eğer usulü dairesinde yapılmışlarsa veya onanmışlarsa bütün genelgelerin ve diğer tasarrufların icra edilmeleri zorunludur. Bunlar; hem bir hak veya yükümlülük doğurmayıp sadece bilgi sağlayıcı veya ayrıntılara giren gayriresmî veya yarı resmî el kitapları ile kılavuzlardan, hem de servislerin disipliner bir nitelik taşımayan

tarihli İtiraz Komisyonu kararı, uluslararası kuruluşlarda personel uyuşmazlıklarını çözmek için oluşturulan bir bağımsız idarî mahkeme (Appeals Board) kararına karşılık gelir. Bu karar, daha sonra Avrupa Uzay Ajansı (ESA) iç yargısının gelişimine öncülük etmiştir. Uluslararası memur hukukunda ve uluslararası örgütlerin iç yargı sistemlerinin gelişiminde önemli bir dönüm noktasıdır. Personel-örgüt ilişkilerinde, örgütlerin iç hukuk sisteminin bağımsız yargı denetimine açık olması gerektiğini göstermiştir.

⁵¹ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 31.3.1965.

⁵² BM İdare Mahkemesi, 14.12.1954.

AB ilk derece mahkemesinin T-417/24 sayılı ve 16 Temmuz 2025 tarihli ET v. Avrupa Yatırım Bankası kararı, § 79. Bu kararda, performans değerlendirmesi personel yönetmelikleri temelinde denetlenir; yönergeler sadece uygulama talimatıdır, ona göre yorumlanır.

AB Genel Mahkemesinin 16 Temmuz 2025 tarihli ve T-417/24 sayılı ET v. EIB kararı; Avrupa Birliği Genel Mahkemesinin 5 Ekim 2022 tarihli (Dördüncü Daire) ve T-311/21 sayılı SV v. EIB kararı.

⁵³ BM Uyuşmazlık Mahkemesinin 07.10.2009 tarihli ve 2009/030 no.lu Hastings v. BM Genel Sekreteri kararı: “Bir Birleşmiş Milletler hükmünün anlamını ve amacını belirlemek için, ilgili bağlam olarak Birleşmiş Milletlerin iç mevzuatının hiyerarşisi esas alınmalıdır. Bu hiyerarşi, öncelikle Birleşmiş Milletler Antlaşması ile başlar, bunu Genel Kurul kararları, Personel Tüzüğü ve Yönetmelikleri, Genel Sekreter bültenleri izler ve en altta da idarî talimatlar yer alır.”.

ve sadece uyarı amacı güden genelgelerinden veya iç idarelerinin düzenini sağlamaya yönelik olağan önlemlerinden farklıdır.⁵⁴

Bir memur statüsü memurun mevkiine, işine, kazancına ve yükümlülüğüne ilişkin genel kuralların bütününden oluşur. Uluslararası kamu görevinde bu statünün uygulanışı ya bir angajman anlaşmasından ya da bir karardan kaynaklanır. Hiçbir memur görevde bulunduğu süre içinde yürürlükte olmayan bir hükme dayanarak hak iddia edemez. Sözleşmenin imzalanması sırasında yürürlükte olan mevzuat hükümlerinden yararlanabilir. Memur isteklerini işe alındığı sırada formüle etmek zorundadır.

Yasa koyan veya düzenleme yapan yetkili otorite, onların yürürlüğe giriş tarihini de kendisi saptar. Yetkili otorite bu tarihi başka türlü tespit etmemişse, prensip olarak bir tasarruf kabûl edildiği andan başlayarak geçerlidir.

Genel mahiyetteki düzenlemelerin personelin bilgisine ulaştırılması gereklidir. İdareler bu amaç için resmî bültenler yayınlarlar. Avrupa Birliği çıkardığı Resmî Gazete ile yazılı belgeleri ilgililere tebliğ eder. Ancak bu düzenlemelerin uygulanabilmesi için ilgililerin açıkça bilgi sahibi olmaları gerekmediği gibi disiplinler bir hükmün özel olarak tebliğ edilmesi de zorunlu değildir⁵⁵. Memuru ilgilendiren kişisel konular kendilerine imzaları karşılığında resmen tebliğ olunur. Genel içerikteki bilgiler de böyle tebliğ edilebilir⁵⁶. Tebliğ önemlidir, çünkü idarî yargıya itiraz süresi tebliğ tarihinden başlar⁵⁷. Memur kendisine uygulanacak rejim üzerinde bilgi sahibi olmaya gayret etmek zorundadır⁵⁸. Yazılı belgeler kendisine bu amaçla verilir.

Memurun işini bırakmasından veya bir üst dereceye yükselmesinden sonra yürürlüğe giren bir hüküm kendisine uygulanamaz. Bazı kuruluşlarda atama sözleşmesine statü ve yönetmeliklerin birer örneğinin eklenmesi öngörülmüştür⁵⁹. İdare, koyduğu kuralları kaldırmadığı veya değiştirmedeği

⁵⁴ BM İdare Mahkemesi, 30.6.1950 ve 9.10.1975; Avrupa Ekonomik İşbirliği İtiraz Komisyonu, 21.2.1957.

⁵⁵ PLANTEY, s. 64-65.

⁵⁶ NATO İtiraz Komisyonu, 3.4.1969.

⁵⁷ NATO İtiraz Komisyonu, 13.11.1975.

⁵⁸ ILO İdare Mahkemesi, 26.4.1955.

⁵⁹ Afrika Birliği Teşkilâtı, Statü Böl. III.3; BM Personel Yön. ve Kuralları, 4.1, 104./a; ILO Uluslararası Çalışma Bürosu Personel Yön. 1.5; UNESCO Personel Yön. ve Kuralları 101.3; WHO Personel Yön. ve Kuralları 4.1.

sürece onlara bağlıdır. Bir tasarrufun yayınlanması onun geçerli olduğuna karine sayılır.⁶⁰

Avrupa Birliği hukuku hariç, yürürlükteki yazılı belgeler mahkemelere, yönetmelik niteliğinde bir hükmü veya kaynağı ne olursa olsun, genel bir hükmü iptal etme yetkisi vermemektedir.

Herhangi bir metnin statüye aykırı olup olmadığını araştırmak görevi yargıya aittir.⁶¹

C. İdarî Kararlar (Yürütme Kararları)

Yürütme kararları, daha doğrusu idarî kararlar insan kaynakları personelinin, direktörlerin ve uluslararası kuruluşların diğer karar alıcılarının örgütlerinin politikalarını belli durumlara uygulamak üzere aldıkları kararlardır. İdarî karar, bir uluslararası kuruluşun bir görevlisi tarafından tek taraflı olarak alınan ve ilgili personel üzerinde hukukî etkisi olan herhangi bir işlemdir. Hukukî etki; bir uluslararası kuruluşun çalışanının üzerinde örneğin istihdam şartları veya sözleşme ile ilgili olarak doğrudan bir etkisi olduğu anlamına gelmektedir. İdarî karar veren mercilerin takdir yetkileri bulunmaktadır. Karar vericiler verdikleri kararı doğru bir temele dayandırmalıdır. Personelle ilgili konulan çeşitli kurallar ve idarî talimatlar yürütme başkanı –genel sekreter– tarafından personel yönetmeliğinin sınırları içinde kalmak kaydıyla ve ona aykırı olmadan çıkarılır. Uluslararası kuruluştaki karar vericiler bu kararlarını o kuruluşun belgelerindeki kurallara göre verirler. Kural koyma ise her zaman işbirliğine ve istişareye dayalı olmalı, personel derneklerinden gelen görüşleri içermelidir.

Hemen hemen her uluslararası kuruluş personel yönetmelikleri ve personelle ilgili diğer kuralların bir parçası olarak “istişare yükümlülüğü”nü kabûl etmiştir. Meselâ, Uluslararası Çalışma Örgütü Personel Yönetmeliği kuruluşun “Ortak Müzakere Komitesi”ne danıştıktan sonra kural koyabileceği durumları listelemektedir.⁶²

⁶⁰ Avrupa Toplulukları Adalet Divanının 12.7.1957 tarihli ve 7/56, 3–7/57 sayılı Dineke Algera ve diğerleri v. Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Ortak Meclisi kararı; UNAT’ın 21 Mart 2025 tarihli ve 1536 sayılı Milunka Tadic v. BM Genel Sekreteri kararı.

⁶¹ OECD İtiraz Komisyonu, 17.12.1974.

⁶² İstişare yükümlülüğünü düzenleyen kuruluşlara örnekler: BM Personel Yön. 8.1 & 8.2, ILO Personel Yön., md. 1.7, WHO Personel Kuralları md. 1120, UNESCO Personel Yön., 8.1, OECD Personel Yön., II. Bölüm, md. 122/6; NATO Sivil Personel Yön. (CPR), md. 90.1/d.

İdarî karar vericiler bu yetkilerini kullanmadan önce ilgili personeli tam olarak genelde dinlemedikleri için, çalışanın menfaatlerini de lâyıkıyla gözönünde bulundurmamaktadırlar. Bu da kuruluşla personel arasında uyuşmazlık doğmasına sebep olmaktadır.

Birçok uluslararası kuruluşta, "idarî gözden geçirme" veya "yönetim değerlendirmesi" sistemi bulunmaktadır. Bu süreç, uluslararası kuruluşun aldığı kararları yeniden incelemesine ve hattâ bazen kararın uygulanmadan önce düzeltilmesine imkân verir.⁶³

İdarî kararların usule ilişkin hatâlardan arındırılmış olmasını sağlamak için, bu kararların alındığı kişiler bakımından usule uygun sürecin tanınması gerekir. Denilebilir ki, uluslararası idare hukuku hem uluslararası idare mahkemeleri hem de uluslararası örgütlerde karar alan yetkililer için önemli bir hukuk kaynağı rolü oynamaktadır.⁶⁴

Birleşmiş Milletler eski İdare Mahkemesinin bir kararında yer alan tanıma göre⁶⁵: “*İdarî karar*’, *idare tarafından belirli bir bireysel olayda (bireysel idarî işlem) tek taraflı olarak alınan ve hukuk düzeninde doğrudan hukukî sonuçlar doğuran karardır...*”. Dolayısıyla idarî kararlar, idare tarafından alınmaları, tek taraflı olmaları, bireysel uygulamaya yönelik olmaları ve doğrudan hukukî sonuç doğurmalarıyla nitelenir. Bu kararların mutlaka yazılı olması gerekmez; aksi hâlde, idarenin yazılı biçimlere başvurmadan karar aldığı durumlarda çalışanların hukuken korunması zayıflayabilir.

Luvai davasında⁶⁶, her ne kadar başvurucunun davası reddedilmiş olsa da, hâkim “idarî karar” kavramının anlamına ilişkin olarak şu

⁶³ GULATI, s. 51.

Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesi Statüsü’nün 2. maddesine göre, Mahkeme, bireyler tarafından yapılan başvurular üzerine karar verme yetkisine sahiptir. Bu başvurular özellikle atama koşulları veya istihdam sözleşmesiyle bağdaşmadığı iddia edilen bir idarî karara karşı yapılan itirazlar, disiplin cezası getiren bir idarî karara karşı yapılan itirazlar ile ilgilidir. 8. madde, başvuruların kabul edilebilirliği konusunu düzenler ve katı süre sınırlamaları öngörür. Birleşmiş Milletler, sistemde gecikmelerin yaşanmaması için özel önlemler almıştır. Bu kapsamda, 8.4. maddeye göre, başvuru sahibi tarafından itiraz edilen idarî kararın tebliğinden itibaren üç yıl içinde başvuru yapılmazsa, bu başvuru kabul edilemez sayılır.

⁶⁴ GULATI, s. 11.

⁶⁵ BM eski İdare Mahkemesi’nin (former UN Administrative Tribunal) 2003 tarihli ve 1157 sayılı Andronov kararı.

⁶⁶ Luvai v. BM Genel Sekreteri, UNDT/2009/074 (16 Kasım 2009).

değerlendirmede bulunmuştur: “Bir idarî kararın idare tarafından tek taraflı olarak alınan bir karar olduğu görüşüne katılmakla birlikte, bir kararın ya da işlemin idarî karar olarak nitelendirilebilmesi için mutlaka bireysel uygulamaya yönelik olması gerektiği yönündeki gerekçeyi ikna edici bulmuyorum. İdarenin söz konusu işlemi yalnızca bireysel olmasa bile bir kişiyi etkiliyorsa, bu kişinin dava açma ehliyeti (locus standi) bulunduğu ve dava açabileceği kanaatindeyim.”

Benzer şekilde, Teferra davasında⁶⁷ hâkim yukarıdaki görüşü benimsemiş ve şu ifadeyi kullanmıştır: “İdare tarafından alınan kararların niteliği gözönünde bulundurulduğunda, böyle bir kararın kesin ve sınırlı bir tanımını yapmak mümkün değildir. Bir işlemin idarî karar sayılıp sayılmayacağı, her olayın koşulları ve kararın alındığı bağlam dikkate alınarak, olay bazında değerlendirilmelidir.”⁶⁸

D. İdarî Uygulamalar

İdarî uygulama, mevzuat hükümlerinin tamamlayıcı bir kaynağını oluşturmaktadır. Bu uygulama birçok kuruluş arasında müşterek de olabilir. Yürütülen hizmetin kendine özgü gereklerinin nazara alınması kaydıyla benzer teamüllere, kıyas veya atıf suretiyle başvurularak bir uygulama yapılabilir. Hâkim, teamüller birbirinden farklı ise bunu dikkate alır. Özel sözleşmelerle ilgili güçlüklerin giderilmesinde, yürürlükteki uygulama önemli ölçüde yardımcı olur. Statü, sözleşmeden önce gelir, ama eğer eksik, belirsiz, olaya uyarsız, yürürlükten kalkmış veya değiştirilmiş ise, hakların resmî olmayan belgelerden doğmayacağı da nazara alınarak yazılı kuralın yerini kuruluşların uygulamaları veya yargısal içtihat alır.⁶⁹

E. Yargısal İçtihatlar

Yargı kararları uluslararası kamu hizmeti kavramını geliştirmiş ve uluslararası kamu hizmeti hukukunun genel ilkelerini pekiştirmiştir.

Uluslararası idare mahkemeleri, bir tek üye devletin hukuk sistemine bağlanmaktan sakınarak kendilerine özgü ve saygıya değer bir içtihatlar bütünü inşa etmektedirler. Uluslararası idare mahkemelerinin uyguladığı hukuk, uluslararası kuruluşların iç hukukudur. İç hukuk, kuruluştan kuruluşa

⁶⁷ Teferra v. BM Genel Sekreteri, UNDT/2009/090 (17 Aralık 2009).

⁶⁸ GULATI, s. 29-30.

⁶⁹ PLANTEY, s. 69.

değişir. Hâkimler kendilerine telkin edileni⁷⁰ yasallaştırmaktan sakınmak zorundadır⁷¹. Hâkim her kuruluş yetkili organlarınca usulü dairesinde kabûl edilmiş olan metinleri yorumlamak ve uygulamak hususunda kendi kendisini sınırlayamaz. Hâkim, yerel idare hukukuna da dayanır. Çünkü milletler arasındaki ahlâk ve sosyal ilkeler bazen aynı ilkelerdir⁷². Bazen metinler, teamüller, görüşler arasındaki uyum ve sağduyuyu ele almak daha doğrusu gözardı etmemek imkânı vardır. Çünkü henüz yerine oturmamış sorumluluklar üstlenmiş olan hâkim, her ulusal hukuk sistemi içinde en iyi yanı alır.⁷³

Uluslararası idare mahkemelerinin içtihat alanları genişledikçe buna göre de sağlamlaşan bir hukuk düzeni ortaya çıkmaktadır. Yargı kararlarını uygulamayı görev edinmiş olan idare, kendi personelinin yönetilmesinde bu kararlardan ilham almaktadır. Yargı yerleri çoğunlukla çalışmalarında kararları işlemeye, bunların etkilerini geliştirmeye özen gösterirler⁷⁴. “Hakkaniyet ve nısfet” ilkelerine göre verilmiş kararlar; memur haklarının adaletle saptanması, usûl kurallarının esnekleştirilmesi, tazminatların hesaplanması gibi konularda idareye önemli bir kaynak teşkil etmektedirler.

Hâkim önce yazılı hukukun kurallarını gözetmek zorundadır. Ancak yazılı metin bulunmaması veya metnin açık olmaması veya olayı kapsamaması halinde hakkaniyet ilkesine başvurulabilir.⁷⁵

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. maddesi uluslararası hukukun kaynaklarını göstermektedir. Bu madde, hâkimlerin hukuk yapmadığı, sadece var olan hukuku uygulamaları gerektiği teorisini devam ettirmek istemektedir. Bu madde, 1920’de kaleme alındığı zaman uluslararası kuruluşların kendi ihtisaslaşmış alanlarıyla “uluslararası idare hukuku”nun gelişeceği tahmin edilmemiş, 38. madde hukukun genel prensipleri ile yalnızca genel fikri belirtmekle yetinmiştir. Halbuki bugün uluslararası mahkemeler yaratıcı bir rol oynamaktadırlar.⁷⁶

Birleşmiş Milletler ailesinde, belirli kategoriye dâhil davalarda, emsal davalara göre uygulama yapmak, diğer kuruluşlarda olduğundan daha fazla

⁷⁰ NATO İtiraz Komisyonu, 18.10.1973.

⁷¹ BM İdare Mahkemesi, 6.10.1971.

⁷² Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 4.5.1960.

⁷³ PLANTEY, s. 70-71.

⁷⁴ BM İdare Mahkemesi, 14.12.1962; ILO İdare Mahkemesi, 3.9.1954.

⁷⁵ PLANTEY, s. 71-72.

⁷⁶ GREIG, Donald Westlake: International Law (Uluslararası Hukuk), Londra 1970, s. 7.

yerleşmiştir. Uzmanlık kuruluşları da aynı konularda Birleşmiş Milletleri takip ederler. Çünkü iç personel idaresiyle ilgili usûller Birleşmiş Milletlerde, Uluslararası Çalışma Teşkilâtında ve Avrupa Birliğinde çok gelişmiştir.⁷⁷

Personel ihtilâflarıyla ilgili personel tüzüğü ve usûl tartışmaları, kuruluşlar arasında daha geniş bir bilgi ve tecrübe alışverişine istek ve ihtiyaç göstermiştir.

Uluslararası idari yargı mercilerinin büyük çoğunluğu kararlarını artık yayımlamakla birlikte, bu yayınların kapsamı, sıklığı ve erişilebilirliği kuruluşlar arasında önemli ölçüde değişmektedir. BM, ILOAT ve ABAD sistemlerinde karar yayınları düzenli ve kapsamlıdır; buna karşılık diğer mahkemelerde erişim daha sınırlıdır. Bu durum, uluslararası idare hukukunda yeknesak ve sürekli bir içtihadın gelişmesini hâlen güçleştirmektedir. Aslında bütün idarî yargı ile ilgili kararların yayınlanması içtihat oluşturmada ve içtihat birliğini sağlamada çok yararlı olur.

Hukuk yapma metodunda mahkemelerin rolü vardır. Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi karar verirken hiçbir mahallî hukuku uygulamaz, kendine mâl edilmiş genel prensipleri uygular. Bu genel prensipler idare hukukunun ilmî prensipleri üzerinde epeyce güvenilir prensiplerdir. Fakat bu prensipler uluslararası hizmetin ihtiyaçlarına uygulanırken, mahkeme daha önce belirtildiği üzere, yaratıcı bir rol oynamaktadır.⁷⁸

Sonuçta yargı kararları uluslararası kamu hizmeti kavramını geliştirmiştir. Buna Uluslararası Adalet Divanının verdiği çeşitli danışma görüşlerini de örnek olarak verebiliriz.⁷⁹

⁷⁷ MERILLAT, H.C.L.: “*Summary Report on Legal Advisers and International Organisations (Hukuk Müşavirleri ve Uluslararası Kuruluşlar Hakkında Özet Rapor)*”, (Edited by, MERILLAT, H.C.L.), New York 1966, s. 22-23.

⁷⁸ GREIG, s. 36-37.

⁷⁹ BM Hizmetlerinde Uğranılan Yaralanmalar için Tazminat (Danışma Görüşü) (1949): Bir BM ajanının uğradığı zararlardan sorumlu devletten tazminat talep etme hakkı sorununu değerlendiren Mahkeme, örgütün büyük ölçüde uluslararası tüzel kişiliğe ve işlevlerini yerine getirmek için gerekli yetkilere sahip olduğunu teyit etmiş ve örgütün ve ajanlarının bağımsızlığı ilkesini ve örgütün ajanlarını koruma görevini onaylamıştır.

Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi Tarafından Verilen Tazminat Kararlarının Etkisi (1954): Mahkeme, BM içinde organize bir hukuk sisteminin varlığını kabûl etmiştir. BM Şartı'nın BM Genel Kurulu'na yargısal işlevler vermediğini ve mahkemenin 'işlevlerinin sınırlı alanı içinde temyiz olmaksızın nihai kararlar veren bağımsız ve gerçek anlamda yargısal bir organ olarak' kurulduğunu belirtmiştir ([1954] UAD Rapor, 47, 53).

F. Hukukun Genel İlkeleri

Personel tüzüğü ve tayin mektubu, tam bir hukukî sistem ihtiva etmezler. Uygulamada uluslararası memuru ilgilendiren bir diğer hukuk kaynağı hukukun genel prensipleridir. Bunlar üye devletlerde uygulanan idare hukukunda ve uluslararası mahkemelerin içtihatlarında mevcut genel prensiplerdir⁸⁰. Ulusal idare kadar uluslararası idarenin de hukukun genel ilkelerini uygulaması gerekir. Hattâ, bu ilkelere “titiz bir saygı” göstermek konusunda, uluslararası idare örnek olmalıdır. Yargı mercileri bu konuda daha dikkatlidir; idare, politik görevlerin yönetilmesinde bu ilkelere saptığı takdirde, yargı mercileri bu ilkeleri idareye açıkça hatırlatmaktadır⁸¹. Yargılama alanının özelliği dolayısıyla ulusal kanun uygulanamayınca, hâkim çoğunlukla hukukun genel ilkelerine başvurur⁸². Bu ilkeler, yazılı olmasalar da gerekli ve zorunlu sayılacak ölçüde yaygınlık kazandıkları kabûl edilen hukuk ve ahlâk normlarına uygundur. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, doğrudan sonuç verici kuralları kapsamaksızın, metinlere ve uygulamaya ışık tutabilir⁸³. İdarî yargılama usûllerine yön veren prensipler oldukça fazladır. Bu ilkeler genellikle fertlerin kendilerini savunma hakkından esinlenmektedirler. Örneğin, masumiyet karinesi, kişiye değgin her önlemede duruşma ilkesi, bu yolda alınan kararların gerekçesini öğrenme, bunları tartışma ve delillerin toplanmasına katılma hakkı, görevlilere haklı, makûl ve eksiksiz yöntemlerin uygulanması, bir görevlinin kendi durumunu ilgilendirmeyen konularda şikâyet hakkının olmaması ilkeleri bu aradadır. Genel ilkeler esas olarak, statülerin ve gereğinde sözleşmelerin yorumlanıp uygulanmalarını yönlendirmekte ve lâfız yetersizliği halinde de bunların tamamlanmasında yararlı olmaktadır.⁸⁴

Genel prensipler uygulamada, başka alanlar için de çok önemli bir hukuk kaynağına dönüştürülebilir. Fertler ve devletlerin uluslararası kuruluşlarla olan ilişkileri bu prensiplerle idare edilebilir. Eğer memurla kuruluş arasındaki sorun personel tüzüğündeki hükümlere göre çözümlenemiyorsa, üye devletler tarafından tanınan hukukun genel prensiplerine başvurulur. Milletler Cemiyeti

UNESCO'ya Karşı Yapılan Şikâyetler Üzerine ILOAT Kararları (1956): UAD, mahkemenin yetkisinin kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmasına karşı karar vermiş ve idarî konularda teamülün temeli olarak idarî uygulamanın önemini vurgulamıştır.

⁸⁰ SCHERMERS, Henry G.: International Institutional Law, C. I, Leiden 1972, s. 218-219.

⁸¹ PLANTEY, s. 72.

⁸² BM İdare Mahkemesi, 25.8.1951.

⁸³ BM İdare Mahkemesi, 8.12.1950 ve 11.8.1952.

⁸⁴ PLANTEY, s. 72-74.

İdare Mahkemesi tarafından başlatılan bu uygulama, Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi tarafından da sürdürülmektedir⁸⁵. Avrupa Birliğinde, ilk kaynak olan üç topluluğun kurucu sözleşmelerinden sonra gelen hukuk kaynağı, hukukun genel prensipleri olarak kabûl edilmiştir.⁸⁶

Uluslararası kuruluşların hemen bütün idare mahkemeleri, pozitif hukuk kuralının yokluğunda, memurların istihdam şartlarının “hukukun genel prensipleri”ne göre yürütüleceğini kabûl etmişlerdir⁸⁷.

Ulusal hukuk sistemlerinden esinlenen hukukun genel ilkeleri ile, uluslararası hukuka özgü olan uluslararası hukukun genel ilkeleri arasında bir ayırım bulunmaktadır. Ayrıca, uluslararası kamu hukuku ya da uluslararası idare hukuku alanlarına özgü, bu alanların yapısına doğal olarak dâhil olan genel ilkeler de bulunmaktadır. Genelde uluslararası hukukta hukuk kaynakları arasında bir hiyerarşi bulunmadığından, antlaşmalar ve teamül hukuku, kuruluşun kurucu belgesiyle aynı düzlemde yer alır. Ancak hukukun genel ilkeleri tamamlayıcı nitelikte olup, genellikle kuruluşun yazılı iç hukukundaki boşlukları doldurmak için kullanılır. Buna karşılık, uluslararası hukukun genel ilkeleri uluslararası hukukun mantıksal yapısına özgü olduğundan, teamül hukukuyla eşdeğer hukukî değere sahiptir. Bu nedenle, uluslararası kuruluşların bağımsızlığı ilkesi gibi uluslararası hukukun genel ilkelerinin, kuruluşun kurucu belgesiyle aynı düzeyde yer aldığı ve dolayısıyla kuruluşun genel kurulunca benimsenen ve bu belgeye dayanan yazılı hukukunun üzerinde bir ağırlığa sahip olduğu ileri sürülebilir. Aynı durum, uluslararası kamu hizmetine ilişkin genel ilkeler –örneğin personelin kazanılmış haklarını koruyan ilke– ve personelin insan onurunu ve temel haklarını koruyan ilkeler açısından da geçerlidir. Buna karşılık, ulusal hukuk, kural olarak, kuruluşun personeliyle olan ilişkilerinde kuruluşa karşı ileri sürülemez; ancak kuruluşun iç hukuku açıkça ulusal hukuka atıfta bulunuyorsa, bu durumda uygulanabilir hale gelir.⁸⁸

⁸⁵ LORENZ, W.: “*General Principles of Law, Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities (Hukukun Genel İlkeleri, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nda Detaylandırılması)*”, AJCL., 1964, s. 3.

⁸⁶ LORENZ, s. 5.

⁸⁷ MORGENSTERN, F.: “*The Law Applicable to International Officials (Uluslararası Görevlilere Uygulanacak Hukuk)*”, ICLQ., 1969, C. XVIII, S. 3, s. 741-742; JESSUP, P.C.: *Transnational Law (Ulusötesi Hukuk)*, New Haven 1956, s. 91.

⁸⁸ THÉVENOT, s. 409-410.

G. Yorum

Bir metni yorumlamaya, ilke olarak, o metni koymuş olan otorite yetkilidir. Bu otorite gerektiğinde ilgililerin temsilcileriyle de görüşür. Yetkili organ tarafından formüle edilen yorum, bizzat statü gücü kazanır. Eğer yorum, alt bir organ tarafından yapılmışsa bu takdirde metne aykırı olmamalı, metnin prensibiyle uyuşan, anlamını değiştirmeyen bir biçimde ve metne tamamen uygun bulunmalıdır⁸⁹. Ancak metni koyan otoritenin yapmış olduğu yorum, her zaman ilgililer veya mahkeme tarafından kabûl edilmemektedir. Bu yüzden yoruma ihtiyaç göstermeyen açık, anlaşılabilir düzenlemeler yapılmalıdır.⁹⁰

Hâkimin de sözleşme şartlarını yorumlama yetkisi vardır. Hâkimin görevi metinlerin sadece lâfızlarını değil, ilgili dokümanları da gözeterek aynı zamanda ruhunu araştırmaktır. Tereddüt halinde yargı mercileri çok defa esnek, geniş ve görevlilerden yana iyilikçi bir yorumu benimser.

Bir uluslararası kuruluşun personel statüsü ile uluslararası memurun ulusal hukukunun kullandığı bir hukukî terim, kuruluşun iç hukukuna göre ifade ettiği anlamı ile uygulanır. Örneğin “çocuk” terimi, personel statüsüne göre yorumlanır.^{91, 92}

⁸⁹ PLANTEY, s. 78.

⁹⁰ MORGENSTERN, s. 746-747.

⁹¹ Çeşitli sorunlar için bkz. MORGENSTERN, s. 750-751.

⁹² Uluslararası idare mahkemelerinin uluslararası hukukun kaynaklarını yorumlama yöntemleri, yorumlamaları ve yaptıkları çeşitli yorumların kıyaslanması hakkında bilgi için bkz. SCHECHTER, Alan H.: Interpretation of Ambiguous Documents by International Administrative Tribunals (Uluslararası İdare Mahkemeleri Tarafından Muğlak Belgelerin Yorumlanması), Londra 1964, s. 54-55: “Uluslararası idarî mahkemeler, personel yönetmelikleri veya sözleşmelerdeki muğlak ya da belirsiz hükümlerin yorumunda genellikle metinsel (lâfzî) ve amaçsal (teleolojik) yorum yöntemlerinin birleşimini uygularlar. Çoğu kez sözcüklerin kelime anlamı ile başlarlar; ancak bu anlam yeterince açıklayıcı değilse, düzenlemeyi yapanların niyetine (intention) ve hükmün amacına (object and purpose) başvururlar. Bazı durumlarda, hukuk boşluklarını doldurmak için ulusal hukuk sistemlerinden ilkeler ödünç aldıkları görülür, ancak bunu her zaman temkinli biçimde yaparlar; zira amaç, uluslararası idarî hukukun özerkliğini korumaktır.”.

III. ULUSLARARASI MEMURA UYGULANACAK HUKUK

A. Genel Olarak

Uluslararası memurların tâbi olduğu hukuk meselesi, hemen hemen uluslararası memurluğun doğuşundan bu yana güncelliğini korumuş bir konudur. Çünkü memur ile kuruluş arasındaki ilişkiyi düzenleyen hiçbir ulusal hukuk sistemi yoktur. Başlangıçta memur ile kuruluş arasında akdedilmiş olan hizmet akdi, ilişkiyi düzenleyen başlıca hukuk kuralıydı. Fakat hizmet akdinin bütün sorunlar için çözüm şekli öngörmesi mümkün bulunmadığı gibi kamu hukuku problemleri için de her zaman tatminkâr bir dayanak olması düşünülemez. O halde bir uluslararası kamu hukukunun varlığı zorunlu idi. Kaldı ki uluslararası idarenin bağımsızlığını en iyi koruma yolu, yürütmeye ait kurallar ile uyuşmazlıklara çözüm getirecek kuralların saptanmış olmasıdır. Bu kuralların, özellikle uluslararası kuruluşların tutarlı bir sebebe dayanmayan davranışlarıyla en azından kuruluşların yetkililerinin aşırı sayılabilecek takdir haklarının hükümetlere verebileceği müdahale fırsat ve imkânlarını önlemeye yönelik olması gerekir.⁹³

Uluslararası örgütlerin kurucu belgeleri, statüleri ve fonksiyonlarını idare eden kuralların, uluslararası hukukun yapısının bir kısmını oluşturup oluşturmadığı yolunda mevcut şüpheye ve uluslararası kuruluşlarda bir sürü yeni hukukî sorunların ortaya çıktığı bilinmesine rağmen, uluslararası kuruluşlar, devletler arasında geleneksel usule göre yapılan antlaşma veya sözleşmelerle kuruldukları için, bu antlaşma ve sözleşme uluslararası hukukun geleneksel kuralları olarak kabûl edilmiştir. Sonraları antlaşma ve sözleşmelerden bir sürü tâli hukuk kuralları doğmuştur.

Yıllar geçtikçe idarî mevzuat, içtihat ve uygulama, uluslararası kamu hizmeti alanında müşterek bir hukukun meydana gelmesini ve uluslararası kuruluşun iç hukuk normlarının daha ayrıntılı, daha belirgin bir içerik kazanmasını sağlamıştır.⁹⁴

Uluslararası iç hukuk ile geleneksel uluslararası hukuk arasında bir benzerlikten sözedilebilir⁹⁵. Ancak bu iç hukukun kuralları kendine özgü

⁹³ PLANTEY, s. 56.

⁹⁴ PLANTEY, s. 157.

⁹⁵ AKEHURST, "Renewal", s. 83.

değişik “Devletler Topluluğunun iç hukuku” diye de adlandırılan bir hukuk yaratmıştır.⁹⁶

Aslında 1905 yılında Uluslararası Tarım Enstitüsü ile ilgili girişimden sonra uluslararası memurların hukuka uygun ilk ve eksiksiz statüsü Milletler Cemiyetiyle yaşıttır. O zamandan beri, özellikle merkezi Avrupa’da bulunan kuruluşların teşkilâtlanmasında; İngiliz hukuku ile Fransız Danıştay tarafından ulusal kamu idaresinin teşkilâtlanmasında ve korunmasında en çok işlenmiş olan modeller örnek alınmıştır⁹⁷. Bugün de statü esasına dayanan Avrupa Birliğinin sistemi, uluslararası müşterek kamu hukuku içinde hem kendine özgü niteliğini korumakta hem de diğerlerini etkilemektedir.⁹⁸

Ulusal kamu hukuku kuralları doğrudan doğruya uluslararası idareye aktarılamaz. Ulusal kamu hukukunun ilkeleri ülkeden ülkeye değiştiği gibi herhangi bir ülkenin ulusal kamu hukukunun diğer bir ülkeninkine tercih edilmesi de mümkün değildir. Çünkü uluslararası bir kuruluşu oluşturan temel ilke, evvelce kurulmuş birleştirici ve sürekli bir siyasî otoriteye ait olmayıp kendisini kuran devletlerin her fırsatta tartışılan antlaşması içindedir. Yani uluslararası kuruluş ile personeli arasındaki ilişkiler, ulusal mevzuattan köklü bir biçimde farklı olan politik bir metinde yer almaktadır. Bu ilişkileri düzenleyen hukuk, oluşma yolunda olan esnek, faydacı ve artık batı devletlerinde rastlanmayan bir biçimde değişim gösteren nitelikte bir huktur.

Kaldı ki uluslararası kuruluşlar, faaliyetleriyle hukuk yaratırlar.⁹⁹

Uluslararası idare hukuku bakımından her gelişme, çalışanlar lehine idarî otoritenin takdir yetkisini sınırlama amacına yöneliktir¹⁰⁰. Bugün her uluslararası kuruluşun kendi personeli için, statüde veya personel tüzüğünde veya kuruluşun kararlarında somutlaşan bir kamu hukuku vardır.¹⁰¹

⁹⁶ EL ERIAN, A.: “*The Legal Organisation of International Society (Uluslararası Toplumun Yasal Örgütlenmesi)*”, Manual of Public International Law (Edited by, SORENSAN, M.), New York 1968, s. 72.

⁹⁷ PLANTEY, s. 56-57.

⁹⁸ PLANTEY, s. 157.

⁹⁹ VIRALLY, M.: “*The Source of International Law (Uluslararası Hukukun Kaynağı)*”, Manual of Public International Law (Edited by, SORENSAN, M.), New York 1968, s. 158-159.

¹⁰⁰ PLANTEY, s. 58.

¹⁰¹ SCHERMERS, C. 1, s. 218-219.

Jenks'e göre, uluslararası kuruluşların memurları ve diğer görevlileri ile olan ilişkilerini düzenleyen hukuk, her şeyden önce ilgili kuruluşların "anayasal" ve "idari tedbirler"inden oluşur, uluslararası idare mahkemelerinin kararları ile yorumlanan akdî taahhütlerle tamamlanır. Bu hukukun gelişmesine mahallî mahkeme kararlarının katkısı azdır.

"Anayasal tedbirler"; uluslararası kuruluşların anayasaları olan kurucu belgelerinde yer alan ve uluslararası kuruluşun memurları ile ilişkisini düzenleyen tedbirlerden ibarettir.¹⁰²

"İdarî tedbirler" ise kuruluşun iç hukuku olan personel tüzüğü, personel yönetmeliği, talimatlar, sirkülerler, malî düzenlemeler, emeklilik tüzükleridir.¹⁰³

B. Uluslararası Memur ile Uluslararası Kuruluş Arasındaki İlişkilerde Uygulanacak Hukuk

Bir uluslararası kuruluşun usûl ile ilgili kuralları ulusal bir parlâmentonunkine benzer. Her devletin kendi yerel hukuku olduğu gibi, her uluslararası kuruluşun da kendi iç hukuk kuralları vardır. Bir uluslararası kuruluşun personelinin hukukî statüsünü düzenleyen tüzük, yalnız çalışma şartlarını değil, aynı zamanda genel olarak personelin hak ve görevlerini de düzenlemektedir¹⁰⁴. Uluslararası kuruluşların mahkemeleri, kuruluş

¹⁰² Anayasal tedbirlere örnek olarak; örgütün personel üzerinde düzenleme yetkisini-BM Şartı, md. 101, personelin uluslararası ve bağımsız statüsünü-BM Şartı md. 100, ILO Anayasası md. 9, personelin yargısal korunma hakkını-ILO Anayasası Ek: ILO İdare Mahkemesi; BM Genel Kurul kararı 351 A(IV): BM İdare Mahkemesini verebiliriz.

¹⁰³ JENKS, Clarence Wilfred: "*The Proper Law of International Organisations (Uluslararası Örgütlerin Özel Hukuku)*", Londra 1962, s. 27, 28, 33.

İdarî tedbirlere örnek olarak; personelin atanması, görev süresi, disiplin, maaş, izin gibi konuları düzenleyen BM ve ILO'nun Personel Yön.'ni, NATO'nun Sivil Personel Yön.'ni, tarafsızlık, dürüstlük, çıkar çatışması, cinsel tâciz yasağı gibi etik ilkeler ve davranış kodlarını düzenleyen BM Davranış Standartlarını, OECD Davranış Kurallarını, WHO Ahlakî Çerçeveyi, yönetim ile personel temsilcileri arasında düzenli görüş alışverişini düzenleyen istişare mekanizmalarını (BM Personel Yönetim Komitesi; ILO Personel Birliği; NATO Staff Derneği), iç denetim ve ombudsmanlık sistemleri gibi şikâyetleri inceleyen, uzlaşma ve danışmanlık hizmeti sunan mekanizmaları (BM Ombudsmanlık ve Arabuluculuk Hizmetleri; WHO Ombudsmanı; OECD Arabulucusu), idarî kararlara karşı başvuru yollarını (BM Uyuşmazlık Mahkemesi (UNDT), Uluslararası Çalışma Teşkilâtı İdare Mahkemesi (ILOAT), Dünya Bankası İdare Mahkemesi (WBAT), NATO İdare Mahkemesi) verebiliriz.

¹⁰⁴ EL ERIAN, s. 73.

tarafından statülerine dayanarak kendi memurları aleyhine mahkemeye getirilen uyuşmazlıkları karara bağlamaktadırlar. Aslında uygulamada kuruluşun dava açma yetkisi olduğu ve mahkemelerine memurları hakkında kullanması için yargı yetkisi verdiği kabûl edilmiştir. Bu yargı yetkisi sadece kuruluş ve memur arasındaki iç uyuşmazlıkları değil aynı zamanda memurlar ve üçüncü şahıslar arasında ve memurun resmî fiillerinden doğan dış uyuşmazlıkları da kapsar¹⁰⁵.

Kural olarak uluslararası memura, çalışmakta olduğu teşkilât ile yapmış olduğu sözleşme hükümleri ve örgütün yetkili organları tarafından kabûl edilen statü kuralları uygulanır. Sorun bu kadar basit gibi görünmesine rağmen bazen hangi kuralın uygulanacağını tayini hususunda, ilgili memur ve örgüt açısından uyuşmazlık çıkmaktadır. Uyuşmazlığın doğmasında üç faktör söz konusu olmaktadır:

Birincisi; uluslararası memurların çoğu, görevleri gereği uyruklığında oldukları devlet ülkesinden veya ikametgâhından uzun bir süre uzakta yaşadıkları için şahsî ve ailevî statüleri ve malî ilişkileri açısından kanunlar ihtilâfı doğmaktadır. Keza kuruluşun aile yardımı, sağlık yardımı, emeklilik gibi konularda kendi kurallarını uygulaması açısından da uyuşmazlıklar çıkmaktadır.

İkincisi; uluslararası memurların dokunulmazlık ve bağımsızlıklarla ilgili sözleşmeler ve mensup oldukları kuruluşun evsahibi ülke ile yapmış olduğu anlaşmalar bakımından hangi hukuka tâbi olacağı konusunda bazı sorunlar çıkmaktadır. Çünkü uluslararası memurların bağımsızlıklardan yararlanmaları her zaman mutlak bir hak değildir. Bazı durumlarda kanunlar ihtilâfından doğan veraset gibi problemleri bir sonuca bağlamak amacıyla mahallî mahkeme olaya müdahale eder ve kendi kanununu uygular.

Üçüncü olarak; uluslararası kuruluşların hizmetinde olan uluslararası memurlara çalışma şartları ile hizmet sözleşmesi ve personel yönetmeliği hükümlerinin yorumlanması veya tamamlanması konularında evsahibi ülkenin hukuku uygulanamaz.¹⁰⁶

Üye devletlerle olan ilişkiler için bkz. EL ERIAN, s. 74-77. Üye olmayan devletlerle ilişkiler için bkz. s. 77-78.

¹⁰⁵ SEYERSTED, F.: “*Jurisdiction Over Organs and Officials of States, The Holy Sea and Intergovernmental Organisations (Devletlerin, Kutsal Makam’ın ve Hükümetlerarası Kuruluşların Organları ile Görevlileri Üzerindeki Yargı Yetkisi)*”, *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, C. 14, S. 1, Ocak 1965, s. 67.

¹⁰⁶ MORGENSTERN, s. 739-740.

Aslında uluslararası memurları ilgilendiren hukuk, bir uluslararası kuruluştan diğerine fark etmez. Milletler Cemiyeti, Uluslararası Çalışma Teşkilâtı ve Birleşmiş Milletler diğer uluslararası kuruluşlar için örnek teşkil etmişlerdir ve olumlu etkileri olmuştur.

Ortaya çıkan farklılıklar sadece yazılı kurallarda bulunmaz, aynı zamanda bu kuralları tamamlayan ve çeşitli bölgelere göre değişen hukukun genel prensiplerinde de bulunur. Bu konuda bir örnek, grev hakkıdır. Birçok hukuk sisteminde memurlar grev yapamazlar. Kural olarak uluslararası kuruluşların personeli de grev yapamaz. Fransa ve İtalya gibi bazı devletlerde ise memurların grevi her zaman yasa-dışı değildir. Bu ülkelerden gelen memurlar grev yapma hakkını bir aslî hak sayarlar ve gerektiğinde daha elverişli çalışma şartları elde etmek için kullanabilirler. Eğer bu ülkelerden gelen memurlar uluslararası personelin önemli bir kısmını teşkil ediyorlarsa greve gidebilirler.¹⁰⁷

Günümüzde Avrupa Patent Ofisi (EPO) personeli, Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi (ILOAT) kararları sayesinde sınırlı ve düzenlenmiş bir grev hakkına sahip ilk uluslararası memur grubudur.¹⁰⁸

1. Uluslararası Memurun, Uluslararası Hukuka Tâbi Olduğu Haller

Avrupa’da kamu idaresi hukuku, memurun işi diğer işçilerin işinden farklı olduğundan, farklı ilkelere dayandırılmıştır.¹⁰⁹

Uluslararası memurlar ile işvereni arasındaki ilişkiler, memurun mensup bulunduğu kuruluşun iç hukuku tarafından yönlendirilir. Bu yönlendirme,

¹⁰⁷ SCHERMERS, C.I, s. 217-220.

Avrupa Toplulukları personeli 1964 yılı Nisan ayında, 1970 yılı Kasım ve Aralık aylarında, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilâtının personeli 1965 yılı Şubat ayında greve gitmişlerdir.

¹⁰⁸ Avrupa Patent Ofisi Personel Birliği (SUEPO) defalarca grev kararı almıştır (özellikle 2012, 2014, 2018). Yönetim önce “grev yasağı” getirmiş, sonra kısmen tanımış ama ön bildirim, onay zorunluluğu gibi ciddi sınırlamalar koymuştur. Bu kısıtlamalar, Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi tarafından haksız bulunmuştur. ILOAT Karar No. 4430 (2022): “*EPO’nun grev kuralları, personelin örgütlenme özgürlüğünü (freedom of association) ihlâl ettiği gerekçesiyle iptal edildi.*”

¹⁰⁹ KERN, s. 23.

memurun atanmasından görevinin son bulmasına, hattâ daha öteye kadar, yani emekli olduğu dönemde de devam eder.¹¹⁰

Uluslararası kuruluşlara tanınmış olan ayrıcalıklar, ulusal bir hukuk düzeninin uygulanması ile bağdaşamaz. Uluslararası memurların; vatandaşı bulundukları devlet, diğer üye devletler karşısında bağımsızlığı ve emrinde çalıştığı uluslararası kuruluşla bağlı olması ana ilkesi yanında¹¹¹ uluslararası memurların hak ve yükümlülüklerinin, kendi ülkelerinin veya evsahibi ülkenin mevzuatına göre ve ulusal bir hâkimin kararıyla takdir edilmemesi, uygulanacak hukuk bakımından diğer bir ilkedir.¹¹²

Uygulamada bu ilkeler ulusal mahkemeler ve hâkimler tarafından gözönünde tutularak, uluslararası memurların kendisini çalıştıran kuruluş aleyhine, uluslararası hukukla ilgili bir statüye dayanarak açtıkları davalara veya uluslararası kuruluşun kendi personeli ile taraf olduğu istihdam ilişkilerinden doğan davalara bakmaya yetkili olmadıklarına karar vermektedirler. Daha doğrusu iç anlaşmazlıklarda uluslararası memurlar üzerindeki yargı yetkisinin münhasıran kuruluşla ait olduğu kabûl edilmektedir¹¹³. Çünkü uluslararası kuruluşların statüleri bir iç hukuk statüsü değil, uluslararası bir statüdür. Bu bakımdan uluslararası memurlar ancak uluslararası bir hukukun süjesi olabilirler.

Bu anlayış bir yandan münhasıran belli bir kuruluş içinde bir araya gelmiş olan devletler topluluğunu tatmin etmek, bir yandan da uluslararası memuru; vatandaşı bulunduğu veya diğer herhangi bir devlet karşısında bağımsızlığını korumak için kayırmak zaruretinden kaynaklanmaktadır.

Mahkeme içtihatlarının bütününden çıkan sonuç, aksine bir düzenleme yoksa; uluslararası bir kuruluş ile kendi personeli arasındaki ilişkilerin

¹¹⁰ Uluslararası kuruluşların iç hukukundan bahsederken, yalnızca uluslararası memurları ilgilendiren bölümleri incelediğimize, uluslararası kuruluşların üye devletlerle olan, evsahibi ülke ile olan diğer ilişkilerinin düzenlenmesiyle ilgilenmediğimize işaret etmek isteriz.

¹¹¹ RUZIE, s. 7.

¹¹² “Uygulanacak hukuk” deymi ile uluslararası memurların tâbi olduğu hukuk kuralları kastedilmektedir. Yoksa uluslararası kuruluşların kendi hukuk kuralları serisini oluşturan sözleşmelerin yapı tekniği söz konusu değildir. Bu konuda gerekli bilgi için bkz. STARKE, Joseph Gabriel: Introduction to International Law (Uluslararası Hukuka Giriş), 7. Baskı, Londra 1972, s. 586-589.

¹¹³ İtalya Yargıtayı, 26.2.1931; Versailles Hukuk Mahkemesi, 27.2.1945; Paris İstinaf Mahkemesi, 18.6.1968; Fransız Danıştay, 17.7.1931; RUZIE, s. 7; SEYERSTED, “Jurisdiction”, s. 68.

herhangi bir ulusal hukuka tâbi olmadığı yolundadır¹¹⁴. Keza her uluslararası kuruluşun idare mahkemesi, diğer uluslararası kuruluşların idare mahkemeleri veya ulusal mahkemelerin uygulamaları ile bağlı olmayıp kendi kuruluşunda yürürlükte olan kuralları uygulamakla görevlidir.¹¹⁵

Uluslararası idare hukukunda herhangi bir konuda kural mevcut olmasa bile, bu durum idarenin keyfi hareketini gerektiremez. Uluslararası memurun hak ve yükümlülükleri yine de hukuka göre tayin edilir. İdare, benzeri durumlarda uygulanan hükümlere göre hareket edebilir. Örneğin, işyeri olan ülkenin ulusal hukuku¹¹⁶, diğer bir kuruluşa ait tüzük¹¹⁷, yerleşmiş uygulama¹¹⁸ ve nihayet hukukun genel ilkeleri¹¹⁹ gibi kaynaklara başvurur. Aksi halde idareyi aynı kaynaklara dayanarak gerekli kararı vermeye hâkim zorlar.¹²⁰

2. Uluslararası Memurun Uluslararası Kuruluşun İç İdarî Hukukuna Tâbi Olduğu Haller

Uluslararası kamu hizmetinin; üye devletlere ve kuruluş dışındaki diğer otoritelere karşı bağımsızlığını koruyabilmesi gerekmektedir. Kaldı ki uluslararası personelin farklı ulusal hukukların uygulanmasıyla farklı muamelelere mâruz kalmasını da önlemek için örgütlerle personel arasındaki istihdam ilişkisi ulusal hukuka tâbi değildir. Bu ilişkiler örgütler tarafından oluşturulan iç idarî hukuk ile düzenlenir.

Uluslararası kuruluşun iç idarî hukuku örgütlerin anayasalarında yer alan personel hükümlerinde bulunur. Örneğin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın XV. bölümü "Sekreteryâ" başlığını taşımakta ve bazı temel ilkeleri düzenlemektedir.

Bu iç idarî hukuku meydana getiren kurallar öncelikle kuruluşların anayasalarında yer alan personel ile ilgili hükümlerde bulunur¹²¹. Diğer

¹¹⁴ PLANTEY, s. 57.

¹¹⁵ ILO İdare Mahkemesinin 28 Ocak 1982 tarihli ve 473 sayılı Edouard Haas v. Avrupa Hava Seyrüsefer Güvenliği Teşkilâtı kararı.

¹¹⁶ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 12.7.1957.

¹¹⁷ ILO İdare Mahkemesi, 13.9.1960.

¹¹⁸ ILO İdare Mahkemesi, 3.5.1971.

¹¹⁹ Avrupa Konseyi İtiraz Komisyonu, 10.4.1973.

¹²⁰ PLANTEY, s. 59.

¹²¹ BM Şartı'nın 100-101. maddelerine göre memurlar yalnızca BM'ye karşı sorumludur, hükûmetlerden talimat alamaz. Genel Sekreter, BM Genel Kurulu'nun koyduğu kurallara göre personeli atar. Böylece uluslararası memurların bağımsızlığı ve tarafsızlığı anayasal düzeyde güvence altına alınmış olur.

Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası'nın 7-9. maddelerine göre, Genel Direktör Yönetim Kurulu tarafından atanır ve Ofis'in personeli Genel Direktör tarafından, Yönetim

belgeler, ise; ayrıcalıklara ilişkin sözleşmeler, evsahibi devletle yapılan anlaşmalardır.

a. Uluslararası kuruluşun anayasası olan kuruluş anlaşması

Uluslararası örgütlerin ortak yararları olan devletlerle bir araya gelerek oluşturdukları ve hazırladıkları kuruluş anlaşmalarına genelde o kuruluşun anayasası denilmektedir.¹²²

Birleşmiş Milletlerin kurucu belgeleri arasında Birleşmiş Milletler Şartı (1945), Uluslararası Adalet Divanı Statüsü (1945) yer almaktadır.

Kurulu'nun belirlediği kurallar çerçevesinde istihdam edilir. Personel, görevlerini yerine getirirken hiçbir hükümetten talimat almaz ve yalnızca ILO'ya karşı sorumludur. Böylece ILO'nun "Office" organı için bağımsız bir personel düzenleme yetkisi tanınmış olmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü Anayasasının 37-38. maddelerine göre, Genel Direktör ve personel yalnızca Örgüt'e karşı sorumludur. Görevlerini yerine getirirken hiçbir ulusal otoriteden talimat alamazlar. Üye devletler ise personelin görevleriyle ilgili herhangi bir etki kullanmaktan kaçınmakla yükümlüdür. Ayrıca, Anayasa'nın 39. maddesi uyarınca personel düzenlemeleri Genel Direktör tarafından önerilir ve İcra Konseyi tarafından kabul edilir. UNESCO Anayasası'nın VI(A) ve (B) maddelerine göre, Genel Direktör Genel Konferans tarafından atanır; personel ise görevlerini yerine getirirken yalnızca UNESCO'ya karşı sorumludur ve hiçbir hükümetten talimat alamaz. Böylece personel bağımsızlığı ilkesi açık biçimde düzenlenmiştir.

OECD Konvansiyonu'nun 11 ve 12. maddelerine göre, Genel Sekreter örgütün idaresinden sorumludur ve personeli atar. Personelin çalışma usulleri ile görev, yetki ve yükümlülükleri OECD Konseyi tarafından kabul edilen Personel Tüzüğü ve Yönetmeliği ile düzenlenir. Personel, bu çerçevede, görevlerini yalnızca OECD adına ve tam tarafsızlık içinde yerine getirir.

NATO'nun Ottawa Anlaşması uyarınca NATO'nun uluslararası sivil personeli, uluslararası memur statüsüne sahiptir ve görevlerini yerine getirirken yalnızca NATO'ya karşı sorumludur; üye devletlerin personelin görevlerine müdahale etmesi yasaktır.

Avrupa Konseyi Statüsü'nün 36. maddesine göre personel, Genel Sekreter tarafından atanır ve görevlerini yalnızca Örgüt adına, hiçbir hükümetten talimat almaksızın yerine getirir. Bu düzenleme, uluslararası memurun bağımsızlığına ilişkin BM modeliyle paralellik göstermektedir.

Avrupa Uzak Ajansı Konvansiyonu'nun XII ve XIII. maddelerine göre, Genel Direktör Ajansın personelini atar. Personel, görevlerini yerine getirirken yalnızca Ajans'a karşı sorumludur ve hiçbir üye devletten talimat alamaz. Böylece Konvansiyon, uluslararası memurun bağımsızlığı ve personel özerkliği ilkesini açık biçimde tanımaktadır.

¹²² BM Şartı-1945) ILO Anayasası-1919 (Versailles Antlaşması Ek'i) – 1946 revizyonu, Dünya Sağlık Örgütü (WHO) Anayasa-1946, UNESCO Anayasa-1945, Uluslararası Para Fonu (IMF) Kurucu Hükümler-1944.

b. Bireysel sözleşmeler

Uluslararası kuruluşların bireysel sözleşmeleri, örgüt ile bir personel (uluslararası memur, uzman, danışman vb.) arasında yapılan, bireysel çalışma koşullarını düzenleyen sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler; kuruluşun iç hukukuna dayanır, ulusal iş hukukuna tâbi değildir.¹²³

Nisan 2005 tarihli eskisinin yerine kabûl edilip 8 Nisan 2012’de yenilenen NATO Sivil Personel Tüzüğüne göre, NATO; personel ile başlangıç sözleşmesi, belirli süreli sözleşme, yeniden atama/görev değişikliği sözleşmesi, belirsiz süreli/süresiz sözleşme, takip eden/sonraki sözleşme, sınırlı süreli/kısıtlı görev sözleşmesi gibi çeşitli sözleşmeler yapmaktadır.¹²⁴

24 Nisan 2024 tarihli Birleşmiş Milletler Personel Tüzüğü’ne göre bu Tüzük Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın 101. maddesi uyarınca Genel Kurul tarafından çıkarılan düzenlemelere tâbi olarak, atama mektubu ile tanımlanan istihdam ve sözleşme ilişkisine sahip tüm sekreteryâ personeline uygulanır.

Sözleşme kavramına göre; bir memurun atama mektubunda doğrudan veya dolaylı olarak belirtilen hizmet koşullarındaki herhangi bir değişiklik, onun kişisel onayına tâbi olmalıdır.

Sözleşmesel kaynaklar ile statüye dayalı (yasal/düzenleyici) kaynaklar arasında nispeten karmaşık bir ilişki bulunmaktadır.¹²⁵

İstihdam sözleşmesi temel öneme sahip olmakla birlikte, Personel Yönetmeliği ve diğer statüye dayalı düzenlemeler birlikte, Birleşmiş Milletler ile personeli arasındaki ilişkiyi düzenleyen hukuk rejimini oluşturur.¹²⁶

c. Statü sözleşmeleri

Statü kavramına göre; değişiklikler, yetkili makamın tek taraflı kararlarıyla yapılabilir. Ancak bu serbestî, “kazanılmış haklar ilkesi” ve hizmet koşullarındaki değişikliklerin geriye yürütülmemesi şartıyla sınırlıdır.

¹²³ Uluslararası kuruluşlardaki bireysel sözleşmelere örnek olarak; Birleşmiş Milletler Atama Yazısı, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı Hizmet Sözleşmesi / Bireysel Hizmet Sözleşmesi, Dünya Sağlık Örgütü Danışmanlık Sözleşmesi, Uluslararası Çalışma Teşkilâtı Belirli Süreli Atama Sözleşmesi, NATO Sivil Personel Sözleşmesi, Dünya Bankası Personel Atama Mektubu / Danışmanlık Sözleşmesi verilebilir.

¹²⁴ NATO Sivil Personel Yön., Kasım 2005 1. Bölüm, 2. Kısım, md. 5.

¹²⁵ GULATI, s. 12.

¹²⁶ GULATI, s. 14.

Birleşmiş Milletler Temyiz Mahkemesi bir kararında, Birleşmiş Milletler personelinin “kazanılmış haklar” ilkesi kapsamında hak kaybı iddiasıyla açtığı davada, “*Kazanılmış haklar koruması temelde geriye yürümeme ilkesinin bir parçasıdır*” şeklinde değerlendirme yapmıştır.¹²⁷

Yine Birleşmiş Milletler Temyiz Mahkemesinin 25 Haziran 2021 tarihli kararında¹²⁸ Mahkeme, başvurucunun önceki sözleşmesinden kaynaklanan haklarının kesin şekilde bağlanmadığı gerekçesiyle iddiayı reddetmiştir. Bu karar “kazanılmış hak” kavramının her sözleşme koşuluna otomatik olarak uygulanmayacağına dair önemli bir örnek teşkil etmektedir.

Birleşmiş Milletler Personel Tüzüğü’nün 12.1 sayılı hükmüne göre: “*Mevcut tüzükler, personelin kazanılmış haklarına halel getirmeksizin, Genel Kurul tarafından tamamlanabilir veya değiştirilebilir.*” Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi, Kaplan v. BM Genel Sekreteri kararında şu ayırımı yapmıştır: “*Sözleşmesel unsurlar, her personelin kişisel statüsünü etkileyen maaş, derece, sözleşmenin türü gibi hususlardır*”.¹²⁹

Statüsel unsurlar ise, uluslararası kamu hizmetinin genel işleyişini etkileyen, kişisel referansı olmayan hususlardır. Her uluslararası kuruluş kendi kuruluş anayasası ve tüzükleri çerçevesinde personelinin istihdam şartlarını kendi belirler. Bununla birlikte bazı uluslararası kuruluşlar insan kaynakları alanında eşgüdüm mekanizmaları geliştirmiştir.

Avrupa Birliği, atanan kişinin onayına başvurmaksızın, yalnızca statüye dayanarak istihdam ilişkisi kurar; ancak geçici ve yardımcı personel gibi diğer kategoriler için sözleşme usulüne de başvurur. Avrupa’daki koordine örgütler, Birleşmiş Milletlerin sistemine benzeyen hibrit bir sistemi uygulamaktadır. Örnek verecek olursak; uluslararası memurun hakları ve yükümlülükleri bu statülerde, sözleşmelerde düzenlenmektedir. Uluslararası memurlar yaptıkları hizmet karşılığında ücret alma, sendika, dernek kurma hakkına sahiptir. Yükümlülük olarak da uluslararası memurlar çalıştıkları uluslararası kuruluşun personel tüzüklerinde belirtilen davranış standartlarına uymak

¹²⁷ BM Temyiz Mahkemesinin 19 Mart 2021 tarihli ve 2021-UNAT-1109 sayılı kararı.

¹²⁸ BM Temyiz Mahkemesinin 25 Haziran 2021 tarihli ve 2021-UNAT-1120 sayılı kararı.

¹²⁹ (Eski) BM Temyiz Mahkemesinin 1953 tarihli ve 19 sayılı Kaplan v. BM Genel Sekreteri kararı, para. 3.

durumundadır¹³⁰. Birleşmiş Milletler teşkilâtında personele, örgüte sadakatlerini teyit eden bir beyan veya yemin imzalatılır.¹³¹

Sadakat yükümlülüğüne de kısaca değinelim:

Uluslararası memur kendi kuruluşunun personel yönetmeliğinde belirtilen şekilde yalnızca uluslararası kuruluşun otoritesine tâbidir. Hiçbir devletten, hükümetten, başka bir dış kaynaktan emir ve talimat alamaz, hediye ve nişan da kabûl edemez. Tarafsızlık ve dürüstlük çok önemlidir. Bu hem **etik bir sorumluluk** hem de **hukukî bir görev** olarak düzenlenmiştir.¹³²

Uluslararası kuruluşlar tüzük veya yönetmeliklerinde “bütünlük ve sadakat” başlığı altında görevlilerin görevlerini en yüksek dürüstlük ve sadakat standartlarına uygun olarak yürüteceklerine yer vermişlerdir. Görevlerini yerine getirirken objektif ve tarafsız davranacaklarına ve her türlü çıkar çatışmasından veya çıkar çatışması görüntüsünden kaçınacaklarına dair bu düzenlemeye göre; uluslararası görevliler sorumlu oldukları Kuruluşun kaynaklarını dikkatli bir şekilde yönetecekler; kuruluşun kaynaklarını kendi kişisel menfaatleri veya üçüncü tarafların menfaatleri için kullanmayacaklar; kuruluşun kaynaklarına yönelik her türlü dolandırıcılık, yolsuzluk veya kötüye kullanımı bildirecekler; kuruluş içindeki konumlarını, Kuruluşun adını veya logosunu veya resmî görevleri sırasında edindikleri bilgileri kendilerine veya üçüncü taraflara haksız menfaat sağlamak veya başka herhangi bir uygunsuz amaç için kullanmayacaklardır.¹³³

“Fleming İlkesi”ne göre; uluslararası memurlar, uluslararası örgütlerine sadakat göstermekle yükümlüdürler, ancak bu sadakat yükümlülüğü, onların kişisel düşünce ve vicdan özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmaz. Fleming,

¹³⁰ Bkz. AB Tüzüğü No: 31 (EEC), 11 (EAEC), md. 12.

¹³¹ BM Personel Yön. 1.1 (b); ILO Personel Yön., I. Bölüm, md. 1.4; NATO Sivil Personel Yön., I. Bölüm, md. 13.1; WHO Personel Yönetmeliği ve Kuralları, 1.9; Avrupa Birliği Memurları Personel Yön., md. 11; OECD Örgütün Görevlileri İçin Geçerli Personel Tüzükleri, Yönetmelikleri ve Talimatları, II. Bölüm, md.3; Dünya Bankası Grubu Personel El Kitabı, md. 3.1; Avrupa Konseyi (Council of Europe) Personel Yönetmeliği, 1.2.

¹³² BM Şartı md. 100–101; ILO Anayasa md. 8-9; WHO Anayasa md. 35 ve 37; UNESCO Anayasa md. VI/4-5; OECD Konvansiyonu md. 10-11; Avrupa Konseyi (Council of Europe) Statüsü md. 36; Avrupa Uzay Ajansı (ESA) Konvansiyonu md. XII/1.b, 4. NATO’nun Ottawa Antlaşması’na göre, NATO sivil personeli uluslararası statüdedir. Üye devletlerin müdahalesine kapalıdır.

¹³³ OECD Personel Tüzükleri, Yönetmelikleri ve Talimatları – Kuruluş Memurlarına Uygulanan Hükümler, md. 3 – Dürüstlük ve sadakat ilkesi, Temmuz 2025; NATO Personel Tüzüğü md. 13.

görev dışında politik bir bildiriye imzalamış ve kamuya açıklamıştır. Birleşmiş Milletler yönetimi, bunun “sadakat yükümlülüğünü ihlâl ettiği” gerekçesiyle disiplin işlemi başlatmıştır. Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi ise şu önemli dengeyi kurmuştur: *“Sadakat yükümlülüğü, kişisel görüşlerin tamamen bastırılmasını gerektirmez; yalnızca, uluslararası kamu hizmetinin tarafsızlığını veya verimliliğini zedeleyecek faaliyetlerden kaçınmayı gerektirir.”*¹³⁴

Bir uluslararası örgüt çalışanının örgütüne karşı; sıradan bir işverene duyulan sadakatten daha ileri düzeyde bir bağlılık duyması gerekir; bu bağlılık, ulusal duyguların ve ulusal hukukun ötesine geçer.

Uluslararası Kamu Hizmeti Komisyonu; Birleşmiş Milletler ortak sisteminde maaşlar, ödenekler, sosyal haklar¹³⁵ gibi hizmet şartlarını düzenlemek, koordine etmek ve personel politikalarına, uygulamalarına ilişkin öneriler geliştirmek üzere 1974 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kurulmuş bağımsız bir uzmanlık organıdır. Uluslararası memurların hakları ve yükümlülükleri ile ilgili olarak çalışmakta ve önemli rol oynamaktadır.¹³⁶

¹³⁴ BM Şartı md. 100; BM Personel Tüzüğü. md.1.1 (b); ILO Anayasa md. 9; WHO Anayasa md. 37; UNESCO Anayasa, md. VI (B.6); OECD Personel Tüzüğü. md. 4; NATO Sivil Personel Tüzüğü. md. 13. Bu düzenlemeler birbirine benzer şekilde; genel sekreter, genel direktör ve personelin, görevlerini yerine getirirken, hiçbir hükümetten, hiçbir makamdan talimat almayacaklarını, mensup oldukları kuruluşun çıkarlarına sadakat göstereceklerini, yalnızca o kuruluşa karşı sorumlu olduklarını, tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerine uyacaklarını, kuruluşun amaçlarıyla çelişen davranışlardan kaçınacaklarını düzenlemektedir.

¹³⁵ UNAT’ın 18 Mart 2022 tarihli ve 2022-UNAT-1221 no.lu Peter Deupmann v. BM Genel Sekreteri kararı: Personel çocuğunun eğitim giderleri kapsamında teknoloji/bilgisayar vb ücretleri ile ilgili tazminat talebinde bulunmuştur. UNDT, hangi ücretlerin okul ücreti sayılacağına dair hukukî hata tespit ederek kararı kısmen onaylamış, kısmen iptal etmiştir. Bu karar; uluslararası memurların eğitim desteği ve giderlerin tanımı bakımından içtihat oluşturmuştur.

¹³⁶ Uluslararası Kamu Hizmeti Komisyonunun yetkisi, personel istihdam koşullarının tüm yönlerini kapsar, ancak belirli bir alanda ne tür bir eylemde bulunmaya yetkili olduğu tüzüğünde düzenlenmiştir. Bazı konularda (örneğin günlük geçim ödeneğinin belirlenmesi; sonradan ayarlama programları, yani hayat pahalılığı unsuru; zor durum hakları) Komisyonun kendisi karar alabilir. Diğer alanlarda ise Genel Kurul’a tavsiyelerde bulunur ve Genel Kurul da ortak sistemin geri kalanı için yasa koyucu olarak hareket eder. UNAT’ın 19 Mart 2021 tarihli ve 2021-UNAT-1111 sayılı Angelova et al.1 Avognon et al.2 v. BM Genel Sekreteri kararı.

d. İnsan hakları ile ilgili ilkelerin uluslararası kuruluşlarda uygulanması

İnsan hakları bilindiği üzere insanın kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardır. İşyerinde insan onurunun korunması ve saygı gösterilmesi, fiziksel ve cinsel tâcizin önlenmesi¹³⁷, mahremiyetin korunması, verilerin düzgün olarak muhafaza edilmesi, çalışanlara eşit muamele edilmesi ve ayırimcılık yapılmaması¹³⁸, örgütlenme ve toplanma özgürlüğü, sendikal konular, toplu pazarlık, grev hakkı, ifade özgürlüğü¹³⁹, mülkiyet hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, güvenli ve sağlıklı bir çalışma ortamına sahip olma hakkı, etkili bir hukuk yoluna başvurma ve âdil yargılanma hakkı, uluslararası kuruluşların personel konularında ulusal yargı yetkisinden bağımsızlığı gibi konuların o işyerinde gerektiği şekilde uygulanması o uluslararası kuruluşun insan haklarına saygılı bir yönetim uyguladığını gösterir.¹⁴⁰

Pek çok uluslararası kuruluşun statü, tüzük ve yönetmeliklerinde, insan hakları ilkeleriyle ilgili hükümler yer almıştır.¹⁴¹

¹³⁷ Tâcize veya cinsel tâcize uğrayan uluslararası memurların korunmasıyla ilgili olarak örneğin BM, ILO, UNHCR, WHO, UNDP, OECD, NATO sıfır tolerans politikası, gizli şikâyet, tanık koruma uygulamakta, tâciz mağdurlarına etik danışmanlık yapmakta, misillemeden koruma garantisi, tıbbî ve psikolojik destek, dostane çözüm imkânı, güvenli şikâyet yolları sağlamaktadır. UNDP (BM Kalkınma Programı) “mağdur odaklı yaklaşım ilkesi”ne göre hareket etmekte, OECD ise, kanaatimizce en önemli uygulama olduğunu düşündüğümüz 2020’den bu yana “saygılı işyeri politikası” doğrultusunda cinsel tâcize karşı önleyici eğitimi önlem olarak uygulamaktadır.

¹³⁸ AB Tüzüğü No: 31, md. 26/b/2: “Bir memurun özlük dosyasında siyasi, sendikal, felsefi veya dinî faaliyetlerine ve görüşlerine ya da ırksal veya etnik kökenine veya cinsel yönelimine ilişkin hiçbir atıf bulunmamalıdır.”

¹³⁹ ILO İdare Mahkemesinin 6 Şubat 2025 tarihli ve 50001 sayılı kararı: COVID-19 salgını sırasında görevli memurun “whistle-blower” (ihbarcı) olduğu iddiaları ve fideye iddiasına ilişkin davada ILOAT’ın eleştirilere uğrayan kararı; uluslararası memurların görevleri sırasında ifade özgürlüğü ve sadakat yükümlülüğü arasındaki dengeyle ilgili olması bakımından önem taşımaktadır.

¹⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ULLRICH, Gerhard: The Law of the International Civil Service, Institutional Law and Practice in International Organisations (Uluslararası Kamu Hizmeti Hukuku, Uluslararası Kuruluşlarda Kurumsal Hukuk ve Uygulama), Genişletilmiş, güncellenmiş ve çevrilmiş baskı, Berlin 2018, (kitaba erişim olmadığından içindekiler bölümü referans olarak verilmiştir.)

¹⁴¹ İnsan hakları ile ilgili uygulamalara örnekler:

- BM Personel Tüzüğü ve kurallarına göre (1946 ve sonrası) personelin fırsat eşitliği, ayırimcılık yasağı, tâcizden korunma ve âdil yargılanma hakkı güvence altına alınır.
- Ombudsmanlık ve arabuluculuk hizmetlerinin sunumunda personel uyumsuzlukları çözümlenirken insan onuruna saygı ve âdil çözüm ilkesiyle hareket edilir.

Uluslararası memurlar açısından engelli çocuğa sahip olma, tâciz mağduru olma durumları uluslararası kamu hizmetinin eşitlik ve insan onuru ilkeleri çerçevesinde, hem malî - sosyal destek, hem de psikolojik ve hukukî koruma mekanizmalarıyla güvence altına alınmıştır. Bu konuda birçok tüzük ve yönetmelikte hüküm bulunmaktadır.¹⁴²

-BM idarî yargı sistemleri (UNDT & UNAT)’ni oluşturan personelin “âdil yargılanma hakkı (ECHR. md. 6 benzeri)” kapsamında yargı denetimine erişim sağlar.

-Cinsel tâciz politikası (ST/SGB/2019/8) olarak tâciz ve misillemeye karşı sıfır tolerans politikası güdüldür.

-ILO Fırsat Eşitliği ve Eşit Muamele Politikası, cinsiyet, ırk, din, engellilik temelinde ayrımcılığı yasaklar.

-ILO İdare Mahkemesi (ILOAT), personelin âdil yargılanma hakkını korur.

-ILO üçlü temsilde (Tripartism), işçi-işveren-hükümet eşit temsil ilkesiyle demokratik katılımı teşvik eder.

-NATO Sivil Personel Yön. (CPR, Ek X); ayrımcılık, tâciz, misilleme yasağı; âdil yargılama ve şeffaf disiplin sürecini uygular.

-Arabuluculuk ve Uyuşmazlık Çözümü (Ek XII); personelin insan onuruna saygılı, barışçıl çözüm yollarına erişimini sağlar.

-Dünya Bankası Etik ve Davranış Kuralları; insan onuruna, çeşitliliğe, âdil davranışa saygıyı, Dünya Bankası İdare Mahkemesi (WBAT); personel için bağımsız yargısal mekanizmayı, Dünya Bankası Grubu’nda “Tâcizin Ortadan Kaldırılması Politikası Uygulama Rehberi”nde tacizin önlenmesi ve saygılı çalışma ortamı politikasını sağlamaktadırlar.

¹⁴² BM Ortak Ücret, Ödenek ve Sosyal Haklar Sistemi (UN Common System Of Salaries, Allowances And Benefits), ICSC Şubat 2022, I/J, VI/I.

Engelli çocuğu bulunan uluslararası memur için bazı uluslararası kuruluşların yaptıkları yardımlara örnek olarak şu düzenlemeler gösterilebilir:

-BM, personel tüzüklerinde (md. III/3/d) engelli çocuğu özel bağımlı yardımı kapsamında değerlendirerek normal aile yardımının %100’ü kadar ek ödeme yapılabilmektedir.

-BM Sekreteryası ise (BM İdarî Talimat-ST/AI/2011/5) engelli çocukların rehabilitasyon, terapi, ulaşım, özel okul gibi özel eğitim giderlerini yıllık belli bir sınıra kadar karşılamaktadır.

-ILO Personel Tüzüğü (md. 6.3) yardımı, normal çocuğa yaptığı eğitim yardımından daha fazla ödemekte, engelli çocuğu bulunan personele de çalışma saatleri ve izinlerde esneklik sağlamaktadır.

-Ayrıca ILO’nun Aralık 2024 tarihli Engelli Kapsayıcılık Stratejisine (**Disability Inclusion Strategy 2024-2027**) göre de politika ve strateji belgeleri makûl uyarlama, erişilebilirlik, veri toplama, engellilerle iş birliği ile sosyal diyalog gibi unsurları içermektedir. ILO’nun kendi işe alınma ve personele ilişkin süreçlerinde engelli bireylerin kapsanması hedeflenmiştir.

-WHO Personel Yönetmeliği ve Personel Kurallarında 16 Ocak 2025 tarihinde yapılan değişikliklere (md. 355) göre, engelli çocuğu bulunan personele özel destek ödeneği

Avrupa Konseyi İdare Mahkemesi, personel sözleşmelerinde usulî garantilerin önemine değinen bir kararında geçici sözleşmeli personel açısından bile fesih öncesinde savunma hakkı ve bilgilendirilme hakkı gibi temel insan hakları niteliği taşıyan usûl garantilerinin uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır.¹⁴³

3. Uluslararası Kamu Hizmeti Hukukunun İlkeleri

Burada uluslararası kamu hizmeti hukukunun bazı ilkelerini hatırlamamız gerekmektedir.

verilmekte, “makûl uyarlama ilkesi”ne dayandırılarak esnek çalışma düzeni sağlanmaktadır.

-UNESCO Personel Tüzüğü md. 103.12 bis, (1 Ocak 017 değişikliği) engelli çocuklar için özel eğitim bursu ve md. 106.3 personele ek tıbbî yardım vermektedir.

OECD Personel Tüzüğü, Temmuz 2025, (IV-II-II-16/1.2, 16/1.3, 16/2.3) açıkça “engelli çocuk” tanımını yapmakta, sağlık yardımı ve özel okul ücretlerini üstlenmektedir.

BM ve uzman kuruluşları, engelli çocuğu bulunan personeli sosyal koruma, malî destek ve iş-yaşam dengesi yönlerinden destekler. Uygulanan temel ilkeler; fırsat eşitliği ilkesi, makûl uyumlaştırma yükümlülüğü, bağımlı ve özel eğitim yardımlarıdır. Temel dayanak ilkeler; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (m.23, m.25), Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme (Convention on the Rights of Persons with Disabilities-CRPD), Birleşmiş Milletler Personel Tüzüğü md. 1.2 – Temel Değerler ve Davranış Kuralları, Uluslararası Çalışma Örgütü İdarî ilkeleri – Eşitlik ve Onur.

¹⁴³ Avrupa Konseyi İdare Mahkemesi, Başvuru No. 737/2023, 25.01.2024: Geçici sözleşmeli personel görüşmeye çağrılarak “uygunsuz davranışları olduğu” iddiasıyla sözleşmesinin erken feshinin kendisine bildirilmesi üzerine dava açarak kendisine hangi suçlamaların yöneltildiği, hangi delillere dayanıldığı ve savunma hakkının tam anlamıyla tanınmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, çalışanın savunulma hakkının ve uygun bilgilendirilme yükümlülüğünün ihlâl edildiğine hükmederek, fesih kararının geçerli olmadığına karar vermiş, söz konusu idarî kararı iptal etmiştir.

a. Temel ilkeler

Temel ilkeler olarak; bağımsızlık¹⁴⁴, sadakat¹⁴⁵, tarafsızlık¹⁴⁶, yeterlik¹⁴⁷, dürüstlük ve doğruluk¹⁴⁸, eşitlik ve ayrımcılık yasağı¹⁴⁹, hukukî güvenlik ve adil yargılanma¹⁵⁰ sayılabilir.

¹⁴⁴ Kuruluşun tarafsızlığını koruyabilmek amacıyla; uluslararası memurlar, görevlerini yerine getirirken her türlü hükümet, makam veya dış otoriteden bağımsız olmalıdır. BM Şartı madde 100-101 ve diğer kuruluş tüzükleri bu ilkeyi açıkça düzenler. Bu, “uluslararası memur, bir devletin ajanı değildir” anlamına gelir.

¹⁴⁵ Memur, sadakatini yalnızca örgüte sunmakla borçludur. Hiçbir devletten veya dış kaynaktan talimat alamaz. Sadakat yemini, bu ilkenin sembolik ve hukukî temelidir. (BM Personel Yön. 1.1(b): “*Personel, Birleşmiş Milletler'in uluslararası memurları olarak kendilerine tevdi edilen görevleri tüm sadakatleriyle yerine getirirler (Staff members shall exercise in all loyalty the functions entrusted to them as international civil servants of the United Nations).*”; BM Şartı madde 100-101.

Ekim 2021 tarihli ve 1170 sayılı UNAT kararı: Personel, görev dışı davranışlarının örgüt itibarını zedelediği iddiasıyla işten çıkarılmasına karşı BM Uyuşmazlık Mahkemesine (UNDT) dava açmış, UNDT önce personelin davranışını ihlâl saymış, ancak UNAT cezayı orantılı bularak feshin uygun olduğuna karar vermiştir.

¹⁴⁶ Uluslararası memur, karar ve davranışlarında ulusal, siyasal, dinsel veya kişisel çıkarlarla etkilenmemelidir. Tarafsızlık, özellikle işe alım, terfi, disiplin ve temsil görevlerinde aranır. BM Personel Yön. md. 1.2-1.4.

¹⁴⁷ Seçim, görevde yükselme ve değerlendirmelerde memurun yeterliliği, yeteneği ve performansı esastır. BM Şartı madde 101/3: “*Personelin istihdamında en önemli husus, yüksek verimlilik, yetenek ve dürüstlüktür.*” ILO Personel Yön. md. 4.

¹⁴⁸ Uluslararası memur, davranışlarında dürüstlük, doğruluk, güvenilirlik ve etik ilkelerine uygun hareket etmelidir. Yolsuzluk, çıkar çatışması, hediye kabulü, gizli bilgi paylaşımı yasaktır. BM Personel Yön. md. 1.2-1.4

¹⁴⁹ Personel kararlarında milliyet, cinsiyet, din, renk, siyasî görüş gibi nedenlerle ayırım yapılamaz. Bu ilke, BM Personel Yön. md. 4.1, Uluslararası Kamu Hizmeti için ICSC Davranış Standartları (2013 değ.) ve ILO kuralları gibi birçok belgede yer alır.

¹⁵⁰ Her memur, idarî kararlara karşı iç hukuk yollarına başvurma hakkına sahiptir (ombudsman, iç temyiz kurulları, idarî mahkemeler). Bu ilke Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesiyle uyumludur. Avrupa Konseyi Parlâmenterler Meclisinin 2014 tarihli ve 1979 sayılı kararı.

b. Kurumsal ve yönetsel ilkeler

Kurumsal ve yönetsel ilkeler olarak; danışma / istişare¹⁵¹, gizlilik¹⁵², sorumluluk/hesap verebilirlik¹⁵³ sayılabilir.

Kanunîlik ilkesi, idarenin makûl bir takdir yetkisi, takdire bağlı olmayan kararlar için yetkisini kötüye kullanmaması, hukukî belirlilik ilkesi ve bu ilkenin uzantısı olan hukukta istikrar ilkesi, ölçülülük ilkesi (elverişlilik, gereklilik, orantılılık)¹⁵⁴, iyi niyet (bonafide), adalet, hakkaniyet ve estoppel¹⁵⁵, iyi idare ilkesinin uzantısı olarak kararların gerekçelerini belirtme yükümlülüğü, dinlenilme hakkı, kararların makûl sürede verilmesi kamu hizmeti hukukunun ilkeleri olarak sayılabilir.

Uluslararası kamu hizmetinin kendine özgü bazı başka genel ilkeleri de vardır. Meşrû (haklı) beklentilerin korunması ilkesi, kazanılmış haklar ilkesi¹⁵⁶, belirli süreli sözleşmelerin yenilenmesi veya uzatılmasında haklı beklentinin korunması, istikrar, öngörülebilirlik ve maaş ayarlama usulünün sonuçlarının net bir şekilde anlaşılması ilkesi, bilgi edinme hakkı, kuruluşun görevlerini yerine getirebilmesi için ayrıcalıkların düzenlenmesi, kuruluşun

¹⁵¹ Kuruluşlar, personeli etkileyen yönetmelik değişikliklerinde personel temsilcileriyle istişare etmelidir. Bu, ILO'nun "danışma yükümlülüğü" ilkesidir. Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası (EBRD)- "Personel-Yönetim İstişare Mekanizması ve Personel Konseyi İşleyiş İlkeleri" dokümanı, personel politikaları ve hizmet şartları gibi konularda personel temsilcileriyle istişare yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır. WHO Personel Yön. ve Personel Kuralları (2013) md. 920.

¹⁵² Görev sırasında edinilen bilgiler, görev bitse bile açıklanamaz. BM Personel Yön., 1.2(g): "*Resmî bilgiler özel çıkarlar için kullanılmamalıdır.*"

¹⁵³ Memurlar, yetkilerini kötüye kullanamaz; disiplin cezaları veya idarî inceleme ile sorumlu tutulurlar. Bu, "iyi idare" ve "hizmetin bütünlüğü" ilkeleriyle bağlantılıdır.

¹⁵⁴ UNAT'ın 29 Ekim 2021 tarihli ve 2021-UNAT-1170 sayılı Matthew Russell Lee v. BM Genel Sekreteri kararı.

¹⁵⁵ Estoppel, kişilerin daha önce söyledikleri ile çelişen herhangi bir şeyi savunmasını veya herhangi bir hakkı kullanmasını engelleyen hukuk ilkesidir.

¹⁵⁶ UNDT, 30 Haziran 2020 tarihli ve UNDT/2020/106 sayılı Abd Al-Shakour et al. v. BM Genel Sekreteri kararı: Personelin, maaşlarının içinde yer alan bağımlılık ödeneğinin hukuka aykırı olarak kaldırıldığını iddia ederek açtığı davada mahkeme, ICSC -Uluslararası Sivil Hizmet Komisyonunun kararını iptal etmiştir. Uluslararası memurların ücret rejimlerinde değişiklik yapılırken "kazanılmış haklar" ilkesinin dikkate alınması gerektiğini göstermesi yönünden önemli bir içtihatır.

ve personelinin bağımsızlığının sağlanması, Noblemaire¹⁵⁷ ve Fleming¹⁵⁸ ilkelerinin uygulanması, personelin menşe yeri ile kişisel bağlarını sürdürme imkânının kolaylaştırılmasını örnek olarak sayabiliriz.¹⁵⁹

Sıklıkla atıf yapılan ‘*de Merode*’ davasında Dünya Bankası İdare Mahkemesi, ulusal hukuk sistemlerinden türetilen genel hukuk ilkelerinin de bir uluslararası kuruluş personelinin hak ve yükümlülükleri için hukuk kaynağı teşkil ettiğini belirtmiştir.¹⁶⁰

Diğer bazı özel kanunî ilkeler olarak da personel derneklerine danışılmasıyla kullanılan katılım haklarını, bakım ve yardım alma hakkını, maddî ve manevî tazminat hakkını burada gösterebiliriz.¹⁶¹

Sonuç olarak; uluslararası kamu hizmeti hukuku, klâsik ulusal memuriyet hukukundan farklı olarak, uluslararası kuruluşun çıkarları ile personelin hakları arasında âdil bir denge kurmaya çalışır.

4. Uluslararası Memura Görevini Yerine Getirdiği Devletin Ulusal Hukukunun Uygulanabileceği Durumlar

Bazı uluslararası kuruluşların kurucu belgelerine göre sekreteryanın bir personelinin istihdam koşullarının personel kurallarına tâbi olmadığı durumlarda, bu şartların varlığı halinde ilgili kişi görevini yerine getirdiği ülkede geçerli olan kanunlara tâbi olacaktır (EUMETSAT-Avrupa Meteorolojik Uyduları İşletme Teşkilâtı). Yine bir başka kuruluşun kurucu belgesinde, teşkilâtın bir personelinin istihdam şartları o kuruluşun personel yönetmeliği kapsamına girmiyorsa, ilgili kişinin görevini yerine getirdiği devlette yürürlükte olan kanunlara tâbi olacağı düzenlenmiştir. Uygulamada, bir uluslararası kuruluş ile personeli arasındaki ilişkide çoğunlukla uluslararası kamu hizmeti hukuku geçerli olmakta ve sâdece bazı durumlarda ulusal hukuka başvurulmaktadır. Burada bahsedilen ulusal hukukun, uluslararası memurun kendi mensubu olduğu devletin ulusal hukuku olmayıp,

¹⁵⁷ Noblemaire ilkesi: Bir uluslararası kuruluşun nitelikli personeli çekmek için maaş düzeyleri dünyanın en yüksek maaşlı kamu hizmetini aşmalı ve en azından ona eşit olmalıdır. Personel coğrafi bölüşüm açısından geniş bir tabandan seçilmeli ve ulusal baskılardan korunmak için daimî sözleşmelerle iş güvencesi sağlanmalıdır.

¹⁵⁸ Fleming ilkesi: Genel hizmet personelinin maaş skalaları her görev yerinde, en iyi yerel çalışma şartları dikkate alınarak belirlenir.

¹⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ULLRICH.

¹⁶⁰ GULATI, s. 13; Dünya Bankası İdarî Mahkemesinin 5 Haziran 1981 tarihli ve 1 sayılı *de Merode ve diğerleri v. Dünya Bankası* kararı.

¹⁶¹ ULLRICH.

görev yaptığı uluslararası kuruluşun yerleşik bulunduğu devletin ulusal hukuku olduğunu hatırlatmakta fayda vardır.¹⁶²

C. Uluslararası Memur ile Evsahibi Devlet İlişkilerinde Uygulanacak Hukuk

1. Genel Olarak Ayrıcalıklar

Uluslararası memurlara kuruluşun iç hukuku ile beraber kuruluşun bulunduğu evsahibi ülkenin hukuku da uygulanır. Uluslararası memurun ev kiralamak, yiyecek, giyecek satın almak, motorlu vasıta kullanmak gibi günlük işlerinde şüphesiz mahallî hukuk uygulanır. Uluslararası memurların özel yaşantılarıyla ilgili bazı işlerde mahallî mahkemenin yargı yetkisinden bağışık oldukları da bir gerçektir. Bu bağışıklık uluslararası memura mahallî kanuna aykırı hareket etmek hakkını vermediği gibi adaletin gerçekleştirilmesine engel olduğu takdirde çalıştığı kuruluşa da bağışıklığını kaldırma yetkisini vermiş olur. Uluslararası memurla evsahibi ülke bakımından en önemli sorun kanunlar ihtilâfından çıkmaktadır. Örneğin boşanmayı kabûl etmeyen bir ülke vatandaşının boşanmayı kabûl eden evsahibi ülkede boşanmak istemesi veya başka bir ülkede evlenme, memurun uyrukluğ gibi çeşitli durumlar kanunlar ihtilâfını doğurmaktadır¹⁶³. Kanunlar ihtilâfının doğurduğu sorunları çözen katı ve kesin kurallar konulması imkânsızdır¹⁶⁴. Bu ihtilâflar devletler özel hukuku ilkeleri ile çözümleneceklerdir.

Ayrıcalıklar; gerçek veya tüzel bazı şahıslara, onları kısmen ya da tamamen kabûl eden devletin; kendi egemenliği kendi yetkileri dışında tutmak amacıyla tanıdığı özel menfaatlerdir¹⁶⁵. Uluslararası kuruluşlara ve

¹⁶² THÉVENOT, s. 410.

¹⁶³ Aynı biçimde sorunlar kuruluş iç hukuku ile memurun ülkesi hukuku arasında da çıkmaktadır. Örneğin bir memurun birden çok kadınla evli bulunması halinde, kuruluşun personel statüsünde mevcut yalnız bir eşe emekli aylığı ödeneceğine dair hükme göre hangi eşe emekli aylığı bağlanacağı bir sorun olmaktadır. Çeşitli sorunlar için bkz. MORGENSTERN, s. 750-752. Evlenme ve boşanma konuları ile ilgili sorunlar için bkz. JENKS, Clarence Wilfred: *International Immunities* (Uluslararası Bağışıklıklar), New York 1961, s. 134-137.

¹⁶⁴ MORGENSTERN, s. 756.

¹⁶⁵ BLOCH, Roger-LEFEVRE, Jacqueline: *La Fonction Publique Internationale Et Européenne* (Uluslararası ve Avrupa Kamu Hizmeti), Paris 1963, s. 43.

Ayrıcalıklar konusunda bkz. ICS: *A Reference Compendium*..., s. 43-45, s. 74-76; ABEYRATNE, Ruwantissa: *“Immunities And Privileges Of International Organizations And The International Civil Service (Uluslararası Örgütlerin ve Uluslararası Kamu*

personeline ayrıcalık tanımaktaki amaç, onlara istisnâ bir ülke-dışılık statüsü vermek değil, onların görevlerini bağımsız, tarafsız, ehliyetli bir şekilde yürütebilmelerine imkân sağlamaktır¹⁶⁶. Şu halde uluslararası anlaşmalarla verilmekte olan ayrıcalıkların amacı, görevli kişinin yararına değil, uluslararası kuruluşun yararınadır.¹⁶⁷

Devamlı belirtildiği üzere uluslararası personelin ayrıcalıklardan yararlandırılmasının gerekçesi, uluslararası kuruluşların ve personelin bağımsızlığını sağlamaktır. Genel olarak uluslararası kuruluşlarda mahallinden işe alınanlar ayrıcalıklardan yararlanamazlar. Bazı üst düzey personel tüm diplomatik ayrıcalıklara sahiptir. Diğer uluslararası personel sadece görevlerini yerine getirirken “işlevsel bağışıklık”tan faydalanırlar. Personelin bazı yükümlülüklerini ihlâl etmesi veya bazı kanunî düzenlemelere

Hizmetinin Bağışıklıkları ve Ayrıcalıkları”, Journal of Public Administration and Policy Research, C. 1.6(3), Eylül 2014, s. 34-43; KOWALSKI, s. 550-551; TROMBETAS, s. 66-79.

Bir örnek olmak üzere AB memurlarının ayrıcalıkları için bkz. AİHS (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) Ek 7 no.lu Protokol: Yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usulî güvenceler (md.1), cezaî konularda iki dereceli yargılanma hakkı (md. 2), adli hata halinde tazminat hakkı (md. 3), aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı (md. 4), eşler arasında eşitlik (md. 5), ülkesel uygulama (md. 6), sözleşme ile bağlantı (md. 7), imza ve onay (md. 8), yürürlüğe giriş (md. 9), saklama işlevleri (md. 10).

¹⁶⁶ Ayrıcalık başlı başına çok uzun ve ayrıntılı bir konudur. Biz burada ayrıcalık konusunu yalnızca uluslararası memurun tâbi olduğu hukuk konusunu anlatmamıza yardımcı olacak kadarıyla ele aldık.

STARKE, s. 582, 585; ABEYRATNE, s. 38-39; KOWALSKI, s. 539-543.

¹⁶⁷ Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Memurlarının Personel Tüzüğünü ve Diğer Görevlilerin İstihdam Koşullarını Belirleyen 31 (AET) ve 11 (AAET) Sayılı Tüzük, md. 23.

Avrupa Birliği Personel Tüzüğüne göre; görevlilerin yararlandığı dokunulmazlıklar ve bağışıklıklar yalnızca Birliğin çıkarları için tanınır. Bağışıklıklar ve Dokunulmazlıklar Protokolüne tâbi olarak, görevliler özel yükümlülüklerini yerine getirmekten veya yürürlükteki kanunlara ve polis yönetmeliklerine uymaktan muaf tutulamazlar. Ayrıcalıklarla ilgili bir anlaşmazlık söz konusu olduğunda, ilgili memur derhal atama makamını bilgilendirir.

Uluslararası Çalışma Örgütünün Mayıs 2025 tarihli Personel Tüzüğü’nün 1.7 maddesine göre Anayasa’nın 40. maddesi uyarınca Uluslararası Çalışma Örgütü’ne tanınan dokunulmazlıklar ve bağışıklıklar ile bu madde uyarınca hükümetlerle yapılan düzenlemeler, Örgüt’ün çıkarları için tanınmıştır. Bunlardan yararlanan görevlilerin özel yükümlülüklerini yerine getirmemeleri ya da yasalara ve polis yönetmeliklerine uymamaları için hiçbir mazeret teşkil etmez. Bu dokunulmazlık ve bağışıklıkların ortaya çıktığı her durumda, ilgili görevli derhal genel müdüre rapor verecek ve genel müdür de bu dokunulmazlık ve bağışıklıklardan feragat edilip edilmeyeceğine karar verecektir.

uymaması halinde bu bağışıklık genel sekreter tarafından kaldırılabilir. Bu dokunulmazlık ve bağışıklıklardan bazıları; görev sırasında yapılan konuşmalar, yazılar ve eylemler için yargı bağışıklığı, uluslararası maaş ve ödenekler üzerinden vergi bağışıklığı, göç kısıtlamaları ve yabancı kayıt yükümlülüklerinden bağışıklık, geri gönderme kolaylıklarıdır. O halde evsahibi devlet o uluslararası kuruluşu, personelin ve ailelerini koruma yükümlülüğü altındadır.¹⁶⁸

Bir uluslararası memurun özel yükümlülüklerini ihlâl etmesi veya kanuna, polis düzenlemelerine uymaması halinde o personelin bağışıklığı, yürütme organının başı tarafından kaldırılabilir.

2. Dokunulmazlıklar (Masuniyet) ve Bir Dokunulmazlık Örneği Olarak Yargı Dokunulmazlığı

Dokunulmazlıklar olarak; kişi, mesken ve malların dokunulmazlığını sayabiliriz. Kişi dokunulmazlığı kişilerin her türlü müdahaleden masun olmalarını gerektirir. Örneğin alıkonamama, tutuklanamama, kişisel eşyalara el konulamaması gibi.

Uluslararası memur görev sırasında yaptığı konuşmalar, yazışmalar ve eylemler için yargı dokunulmazlığından yararlanır.

Bir uluslararası memurun dokunulmazlığının bulunması, toprakları üzerinde oturduğu devletin yasalarına aykırı hareket edebileceği veya onun konulmuş olan yasakları nazara almaktan bağışık bulunduğu anlamına gelmez¹⁶⁹. Bu ayrıcalıkla görevlinin kendi ülkesinde veya oturduğu ülkede yürürlükteki ulusal ya da mahallî kanunların ve idarî mevzuatın dışında olmasına izin verilmediği gibi, onun özel yükümlülüklerini yerine getirmekten bağışık tutulması da sözkonusu değildir¹⁷⁰.

Yargı dokunulmazlığı, görevi sona ermiş olsa bile memurun resmî sıfatı ile suçlandığı bütün fiil, söz ve yazılara taallûk eden (ilgili olan) her türlü zorlama, kovuşturma ve cezalandırmayı kapsadığı gibi, organizasyon genel merkezinin bir kovuşturma tedbiri olarak caiz görmemesi halinde, kaideten tutuklama yoluna gidilmemesi şartını da kapsamaktadır. Ayrıcalığa yerine

¹⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. HERBST, s. 989-993.

¹⁶⁹ BLOCH-LEFEVRE, s. 45.

¹⁷⁰ Birleşmiş Milletler Teşkilâtı, Statü, md. 1.8; Uluslararası Çalışma Teşkilâtı, Statü, md. 1.7; Afrika Birliği Teşkilâtı, Statü, Böl.1.8; Avrupa Toplulukları, Statü, md. 23.

göre adli organlar huzurundaki tanıklık yapma da dâhildir¹⁷¹. Evsahibi devlet uluslararası memurları, her türlü zorlamaya ve şahıslarına yönelik her ihlâle karşı korumakla yükümlüdür.

Yargı dokunulmazlığı dar bir sınır içinde geçerlidir. Kişi dokunulmazlığının zorunlu sonucu olarak bu dokunulmazlıktan yararlanan kimsenin, ülkesinde görevli olarak bulunduğu evsahibi devletin cezaî, hukukî, idarî yetkileri dışında tutulmasıdır. Haklarında ceza kovuşturması yapılamayan bu kişiler gözaltına alınamaz, tutuklanamaz, sorguya çekilemez, yargılamaz, hattâ mahkeme veya bir kurul önünde tanıklık yapmak için çağrılmaz, tanıklık yapmaya zorlanamaz¹⁷². Ancak yargı dokunulmazlığı, sorumluluğu ortadan kaldırmaz¹⁷³.

O halde yargı dokunulmazlığı, yargı hakkının kendisinden feragat değil yargı hakkının kullanılmasından feragattir.

a. Yargılanmama hakkı

Uluslararası memurlar görevleri sırasında yaptıkları tasarruflardan, yazılı ve sözlü beyanlarından ötürü sorumlu olmadıkları için haklarında ceza kovuşturması yapılamaz, sorguya çekilemez ve yargılamazlar. Evsahibi devletin vatandaşı olan uluslararası memurlara da aynı ayrıcalıklar tanınmıştır. Eğer memur, suçu oluşturan fiili özel tasarruflarında yapmışsa bu

¹⁷¹ Avrupa Toplulukları, Statü, md. 19.

¹⁷² Bu konuda bkz. AKİPEK, Ömer İlhan: Devletler Hukuku, İkinci Kitap, Devletler Hukukunun Şahıslarından Devlet, B. 2, Ankara 1965, s. 109; KOWALSKI, Allison: agm., s. 551-552; CHUKWUEMEKE, Okeke Edward: “*The Tension Between the Jurisdictional Immunity of International Organizations and the Right of Access to Court (Uluslararası Örgütlerin Yargı Bağışıklığı ile Mahkemeye Erişim Hakkı Arasındaki Gerilim)*”, In Book: The Role of International Administrative Law at International Organizations, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, 2020, s. 25-53.

¹⁷³ Dickinson v. Del Solar davasında Lord Hewart C.J. bu konuda: “*Diplomatik ajanlar, ayrıcalıklı olmaları sebebiyle, herhangi bir yanlış davranışları halinde, kanuni sorumluluktan bağışık değildirler. Ancak mahallî yargıyı kabûl etmedikleri sürece İngiliz mahkemelerinde haklarında açılan davadan sorumlu değildirler. Diplomatik ayrıcalık, kanuni sorumluluktan bağışıklığa delâlet etmeyip, sadece mahallî yargıdan bağışıklık anlamına gelir*” görüşünü ileri sürmüştür. STARKE, s. 262; DEAK, F.: “*Organs of States in Their External Relations: Immunities and Privileges of State Organs and of The State (Devletlerin Dış İlişkilerindeki Organları: Devlet Organlarının ve Devletin Bağışıklıkları ve Dokunulmazlıkları)*”, Manual of Public International Law (Edited by, SORENSAN, M.), New York 1968, s. 397; KOWALSKI, s. 551-554.

Bağımsız bir BM mahkemesi tarafından soruşturma ve kovuşturma ve yazarın önerileri konusunda bkz. KOWALSKI, s. 555-560.

dokunulmazlıktan yararlanamaz. Kuruluşun genel sekreteri veya genel müdürü ve bunların yardımcıları, bu hallerde de aynı ayrıcalığa sahiptirler¹⁷⁴.

Birinci kategori uluslararası memurlara hukuk mahkemelerinde de resmî ve özel her türlü tasarruflarından dolayı dokunulmazlık tanınmıştır. Hukuk mahkemelerinde açılan davalara muhatap olamazlar ve yargılanamazlar¹⁷⁵. İkinci kategori uluslararası memurların dokunulmazlıkları sadece resmî tasarruflarıyla ilgili konulardadır, özel tasarruflarında hukuk mahkemelerinin yetkileri tümü ile geçerlidir, işlemektedir.

Trafik suçlarında yargı dokunulmazlığının tanınıp tanınmaması konusunda doktrinde ve uygulamada çeşitli görüşler ileri sürülmüş, evsahibi¹⁷⁶ ülkeler ile uluslararası kuruluşlar arasında birçok anlaşmazlıklar çıkmıştır. Bu yüzden konuya ayrı bir başlık altında değinilecektir.

b. Trafik suçlarında yargılanmama hakkı

Bedjaoui'ye göre, bir devlet tarafından ayrıcalık tanınması, negatif ve pozitif olmak üzere iki görüntü vermektedir. Herhangi bir uluslararası organizasyonun faaliyetini kösteklemek negatif görüntü, bu faaliyeti kolaylaştırmamak ise pozitif görüntüdür.

Trafik suçlarında dokunulmazlıktan amaç, devletin, trafik mevzuatını uluslararası bir memurun faaliyetini engellemek için bahane olarak kullanmasını önlemektir. Bu yüzden uluslararası memura ceza dokunulmazlığı tanınmıştır. Hattâ eğer organizasyonun çıkarı gerektiriyorsa, dokunulmazlık memura trafik mevzuatını ihlâl etmek imkânını da vermeli ve örneğin âcil bir durum varsa, memur itfaiyeciler gibi kırmızı ışıktan geçme hakkına sahip olmalıdır. Ancak uluslararası memurun, evsahibi devletin idarî ve inzibatî mevzuatı karşısında dokunulmazlıktan yararlanması demek, hiçbir zaman o memurun bu kurallara uymaktan bağışık olması anlamına gelmez ve bu husus genellikle sözleşme, statü, personel tüzük ve yönetmelikleri gibi

¹⁷⁴ BEDJAOUI, Mohammed: La Fonction Publique Internationale, Londra 1958, s. 223-224.

¹⁷⁵ Milletler Cemiyeti ile İsviçre arasında imzalanan 1926 tarihli Modus Vivendi, bu konudaki dokunulmazlığı kabul ettiği gibi Fransa Adalet Bakanlığı da bir Fransız vatandaşı olan Avenol'un Milletler Cemiyeti Genel Sekreteri olduğu sırada 27 Ağustos 1934 tarihli genelgesiyle Milletler Cemiyeti Genel Sekreterinin uluslararası diploması ayrıcalıklarından yararlanacağını ve Fransız mahkemeleri huzuruna celbedilemeyeceğini bildirmiştir. Fakat Seine Hukuk Mahkemesi, Genel Sekreter Avenol'u ayrı yaşayan eşine nafaka ödemeye mahkûm etmiştir. Bu konuda ve benzeri (Bourgat olayı) hakkında fazla bilgi için bkz. BEDJAOUI, s. 230-234.

¹⁷⁶ BEDJAOUI, s. 229-230.

yazılı belgelerde; “*Dokunulmazlık; yararlanan kimseleri, yürürlükteki kanunlara ve düzen sağlayıcı diğer mevzuata riayet etmekten muaf kılmaz*” biçiminde kalıp bir formülle yer almıştır. Evsahibi devlet, dokunulmazlığı kaldırabilecek idarî otorite nezdinde girişimde bulunarak dokunulmazlığın kaldırılmasını isteyebilir. Eğer ihlâl görevle ilgili değilse, birinci kategorideki memurlar için tanınmış olan tam dokunulmazlık, ilgili memur bizzat dokunulmazlığından feragat etmedikçe veya bu dokunulmazlığı kaldırılmadıkça hakkında kovuşturma yapılmasına engeldir. İkinci kategori memurların ise dokunulmazlıkları olmadığından haklarında ceza kovuşturması yapılır.¹⁷⁷

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun aldığı bir karara göre, bütün resmî araba şoförleri özel bir sigorta ile korunacaktır¹⁷⁸. Ayrıcalıklardan yararlanan biri, bir kimseyi çiğnerse, evsahibi devlet, ayrıcalıklarla ilgili kuralları zorlayıp yargı hakkının kullanılmasını bir tarafa bırakamaz. Nitekim geçtiğimiz yıllarda Amerika Birleşik Devletleri’nde diplomatlara çıkarılan trafik celpplerinin dokunulmazlık tedbirlerini ihlâl etmeyeceği yolunda kararlar alınmıştır.¹⁷⁹

Mahkeme kararlarından başka özel anlaşmalar da trafik ihlallerini dokunulmazlıktan hariç tutmaktadır. Araba uluslararası hizmetin vazgeçilemeyen, özünde varolan bir gereği sayılmadığından ilgilinin dokunulmazlığı genellikle kaldırılmaktadır¹⁸⁰. Trafik kurallarının ihlâli birçok sorun yaratmıştır.¹⁸¹

¹⁷⁷ BEDJAOUI, s. 218-219.

¹⁷⁸ O’CONNELL, Daniel Patrick: International Law (Uluslararası Hukuk), C. II, Dobbs Ferry, New York, Londra 1965, s. 1010.

¹⁷⁹ DEAK, s. 397.

¹⁸⁰ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 11.7.1968.

¹⁸¹ 17 Ekim 1946 günü Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri Trygve Lie’yi, Teşkilât görevlilerinden olan şoförü William Ranollo 40 mil yerine 50 mil hızla bir partiye götürürken polis tarafından durdurulmuştur. Şoför görevle gittiği için dokunulmazlığını ileri sürmüştür. Mahkeme: “*Diplomatik ayrıcalıklardan yararlananlar, teorik olarak; ülkelerine dönünce yargılanacaklar ve cezalandırılacaklardır, hâlbuki Birleşmiş Milletlerin ülkesi olmadığına göre böyle bir cezalandırma sözkonusu olamaz*” gerekçesiyle şoförü yargılamıştır. Genel sekreterlik aldığı bir idarî kararla, memurların trafik kurallarını ihlâl iddialarında hukuk şubesine danışmadan dokunulmazlık def’inde bulunamayacakları, çünkü bu ayrıcalıkların memurları korumak için değil, kuruluşu korumak için tanındığını bildirmiş ve uygulamada tartışmaları şiddetlendirmeyi istemeyerek dokunulmazlığı kaldırmayı tercih etmiştir. Ranollo davası için bkz. BEDJAOUI, s. 211.

CROSSWELL, Carol Mac Cormick: Protection of International Personnel Abroad (Yurtdışındaki Uluslararası Personelin Korunması), New York 1952, s. 55-56; ONARAN,

c. Tanıklık yapmama hakkı

Yargı dokunulmazlığının bir yönü de tanıklıktan bağışıklıktır. Uluslararası memurlar ceza veya hukuk mahkemelerinde tanıklığa zorlanamazlar, çünkü “teşkilâta yabancı bir makamdan emir almak veya kabûl etmek” uluslararası memuriyetle bağdaşmaz¹⁸². Memurun tanıklık konusunda bile olsa mahallî mahkemeye tâbi olmasını kabûl edersek, mahkemenin davetine uyarak tanıklık için mahkemeye gitmemesi veya tanıklık yapmaması hallerinde, birtakım adlî müeyyidelere çarptırılması, hattâ ceza görmesi gerekir ki bu da o memurun uluslararası memur olma sıfatı ile çelişir. Bu yüzden memur adlî merciler önünde tanık olarak dinlenemeyeceği gibi, memurun yazılı olarak da ifadesine başvurulamaz. Uluslararası memur bir araştırma komisyonu – adlî yetkisi olsun veya olmasın– veya bir siyasi organ önünde de tanık olarak dinlenemez. Ayrıca memurun her halde tanıklıktan çekinme hakkı vardır.^{183, 184}

d. Gözaltına alınamama ve tutuklanamama

Uluslararası memur görevi ile ilgili tasarruflarından dolayı gözaltına alınamaz ve tutuklanamaz. Aksi halde memur, bağımsızlığını kaybeder. Kuruluşun, daha doğrusu kuruluşa üye devletlerin menfaatlerini koruyamaz.¹⁸⁵

Oğuz: “Birleşmiş Milletler Sekreterliği”, SBFD, 1962, C. XVIII, S. 1, s. 338-339; GREEN, s. 198; JENKS, Immunities, s. 119; BEDJAOUI, s. 223.

¹⁸² BEDJAOUI, s. 236; ÖZMAN, Aydoğan: “*Milletlerarası Memurlar*”, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, Ankara 1964, s. 112.

¹⁸³ BEDJAOUI, s. 234-236.

¹⁸⁴ 1952 yılında Amerikan hükümeti, uluslararası kuruluşlarda çalışan Amerikalı memurların mevcut düzene bağlılığından emin olmak amacıyla ülkesinde bulunan uluslararası memurları yemin ettirerek sorguya çekecek birtakım komisyonlar kurmuştur. Aynı yılın Temmuz’unda da Cenevre, Roma ve Paris’e özel bir komisyon göndermiştir. İtalya ve Fransa, özel komisyonun ülkelerinde çalışmasında herhangi bir sakınca görmezken İsviçre çalışmalarına müsaade etmemiştir. Bazı memurlar, komisyonların davetlerini kabûl ederek tanıklık yapmışlar, bazıları ise dokunulmazlıklarını öne sürerek tanıklıktan kaçınmışlardır. Tanıklıktan kaçınanlar, BM Genel Sekreteri ve UNESCO Genel Müdürü tarafından işlerinden çıkarılmışlar veya sözleşmeleri yenilenmemiştir. Bu memurlar ayrıca Amerikan mahkemeleri tarafından da “Kongreye saygısızlık suçu”ndan, dokunulmazlıklarına bakılmayarak mahkûm edilmişlerdir. Uluslararası kuruluşların itiraz kurulları ile idare mahkemeleri, organizasyon yetkililerince yapılan işlemleri, hukukî dayanaktan yoksun ve yargısal dokunulmazlığa aykırı bulmuşlardır. Bu konuda bkz. GREEN, s. 199, 209-210; BEDJAOUI, s. 236-239.

¹⁸⁵ İstisnai koruma ve cezaî sorumluluk, BM görevlilerinin cezalandırılması konusunda bkz. KHALEEL, s. 142-144.

Valentin Gubitchev¹⁸⁶ adında Sovyet vatandaşı bir Birleşmiş Milletler memurunun Amerika Birleşik Devletleri'nde, iki Kore vatandaşı Birleşmiş Milletler memurunun Kore'de tutuklanmaları olayı¹⁸⁷ tutuklanma konusunda bazı ilkelerin saptanmasını sağlamıştır:

- Memur, resmî görevi dışındaki faaliyetleri yüzünden tutuklanabilir.
- Her tutuklama ve soruşturmadan önce genel sekreter mutlaka haberdar edilmelidir.
- Memurun görevi ile ilgili hareketlerinden değil de, görevi dışındaki faaliyetlerinden dolayı tutuklandığına dair güvence verilmelidir.
- Memurlara bütün dünyada kabûl edilmiş adalet ilkelerine uygun davranılmalıdır.

¹⁸⁶ BM memuru Valentin Gubitchev, 4 Mart 1949 günü casuslukla itham edilerek ABD yargı mercilerince tutuklanmıştır. Birleşmiş Milletlerde Sovyet Daimî Delegeşi, memurun dokunulmazlığını ileri sürerek serbest bırakılmasını istemiştir. Genel Sekreter tutuklama sebebinin resmî görevi dışındaki faaliyetleri yüzünden olduğu gerekçesiyle böyle bir girişimde bulunmamıştır. Gubitchev, Amerika'da yargılanarak sınır dışı edilmiştir. (<https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1949v05/d478>, 12.08.2025).

Bu konuda bkz. CROSSWELL, s. 53, s. 57-60; ONARAN, s. 339; GREIG, s. 211-212; GREEN, s. 198; GLAHN, Gerhard: Law Among Nations: An Introduction to Public International Law (Milletlerarası Hukuk: Uluslararası Kamu Hukukuna Giriş), B. 2, ABD 1970, s. 400-401 (Kitabın 10. baskısı 2017 yılında, 780 sayfa olarak yapılmıştır.)

JENKS, s. 120; BEDJAOUI, s. 225-228.

Bu konuda hâkimlerin görüşleri, Gubitchev'in çeşitli istekleri, mahkeme tartışmaları hakkında fazla bilgi için bkz. SPENCER, Melvin J.: "*Jurisdictional Immunity of United Nations Employees: The Gubitchev Case (Birleşmiş Milletler Çalışanlarının Yargı Bağımsızlığı: Gubitchev Davası)*", Michigan Law Review, 1950, s. 101-102, 104-105, 107-110.

Benzer olaylar için bkz. (Igor Y. Melekh: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/190/67/1622726/>, 14.08.2025); GLAHN, s. 401; GREIG, s. 211-212.

¹⁸⁷ Kore'de Birleşmiş Milletler Teşkilâtı'nda (UNKOC) görevli iki Koreli uluslararası memur, 10 Eylül 1949'da casusluk iddiası ile tutuklanmıştır. Genel Sekreterin salıverilmeleri hakkındaki isteği, Kore Dışişleri Bakanlığınca, görev dışı faaliyetlerinden dolayı tutuklandıkları, kendilerine adalet ilkelerine uygun davranılacağı, suç casusluk olduğu için tutuklamadan önce haber vermedikleri bildirilerek reddedilmiştir.

Bu konuda fazla bilgi için bkz. CROSSWELL, s. 65-67; BEDJAOUI, s. 225; ONARAN, s. 339.

Benzer olay Çekoslovakyalı Adolf Mudroch'un tutuklanması hakkında bkz. CROSSWELL, s. 63-65; BEDJAOUI, s. 224.

3. Bağışıklıklar

Bağışıklık; uluslararası memurların vatandaşlara uygulanan vergi, resim, harç gibi birtakım yükümlülüklerin dışında bırakılması demektir.

Dokunulmazlık ile bağışıklık arasında kesin bir sınır olmadığı ve vergi bağışıklığının çoğunlukla en önemli dokunulmazlıklardan biri olduğu görüşünde olanlar vardır¹⁸⁸.

Hâlbuki vatandaşın yapmakla zorunlu olduğu ödev ve yükümlülükleri yapmaktan muaf kılınmakla, devletin cezaî, hukukî, idarî ve inzibatî mevzuatını ihlâl etmekten dolayı herhangi bir tedbir, kovuşturma ve cezaya maruz kalmamak arasında, daha açık bir deyişle bağışıklık ile dokunulmazlık arasında içerik bakımından büyük fark vardır.

Uluslararası memurların yararlandıkları bağışıklıklar; vergi bağışıklığı, evsahibi ülkeye ev eşyalarını gümrüksüz getirme ve çıkarma hakkı, ulusal hizmetle ilgili ödevlerde (askerlik hizmeti) bağışıklık, yabancıların tâbi olduğu kayıt işlemlerinden bağışıklık, yerleşme ve oturma özgürlüğü olmak üzere çeşitlidir.

Birleşmiş Milletler gibi uluslararası kuruluşların personeli dünyanın dört bir yanından gelir ve bu kişiler, kuruluşun bulunduğu devletin iç hukukundan farklı, özel bir “iç hukuk rejimi”ne tâbidir. Ayrıca uluslararası kuruluşlar, üye devletlerin iradesinden bağımsız olduğu varsayılan kendine özgü bir iradeye sahip uluslararası hukuk öznesi konumundadır. Bu koşullar altında, bir uluslararası kuruluşun bir ulusal mahkemenin yargı yetkisine tâbi kılınması uygun olmaz; çünkü bu durum, kuruluşun bağımsızlığını zedeleyebilir. Ayrıca personel uyuşmazlıkları bağlamında, uluslararası kuruluşların bünyesinde zaten özel bir iç istihdam rejimi yürürlükteyken, bu tür uyuşmazlıkların ulusal mahkemelerde görülmesi de uygun değildir.¹⁸⁹

Waite ve Kennedy v. Almanya ile *Beer ve Regan v. Almanya* davalarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uluslararası kuruluşların yargı bağışıklığından yararlanıp yararlanamayacağı sorunuyla karşı karşıya kalmıştır. Mahkeme kararında şu ifadeye yer vermiştir: “[Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca] Avrupa Uzay Ajansı’na Alman yargısından bağışıklık tanınmasının kabul edilebilir olup olmadığını belirlemede, esas alınacak maddi unsurlardan biri, başvuranların Sözleşme kapsamındaki

¹⁸⁸ SCHERMERS, C.I, s. 133.

¹⁸⁹ GULATI, s. 17.

haklarını etkili biçimde koruyabilmeleri için makûl alternatif yolların kendilerine sağlanıp sağlanmadığıdır.”¹⁹⁰

4. Kolaylıklar

Sözleşmeler; dokunulmazlık ve bağışıklıktan başka, uluslararası memurlara bazı konularda üye devletlerin kolaylık göstermesini öngörmüş bulunmaktadır. Bu kolaylıklarla uluslararası memurlara; evsahibi ülke vatandaşlarının sahip bulunmadığı bazı istisnâî hak ve yetkiler tanınmıştır. Bu hak veya yetkiler mahiyet bakımından birer ayrıcalıktır. Bu yüzden “kolaylıklar”ı ayrıcalıklar arasında ve fakat dokunulmazlık ve bağışıklıklardan ayrı müstakil bir başlık altında incelemekteyiz. Kambiyo kolaylıkları, seyahat kolaylıkları, ülkesine dönüş kolaylığı örnek olarak sayılabilir.

D. Uluslararası Memurun Kendi Devleti ile İlişkilerinde Kendi Ulusal Hukukunun Uygulanması

Uluslararası memurla kendi devleti arasındaki ilişkiler ulusal hukuka tâbidir. Gelişmekte olan uluslararası kamu görevine özgü bir hukukun ortada bulunuşu, kıyas yoluyla karar vermeye, ulusal mevzuat ile uyumlu bulunmayı nazara almaya veya uluslararası hukukun bir boşluğunu doldurmaya, gerektiğinde ulusal hukuka atıfta bulunmaya engel değildir.¹⁹¹

Görev ilişkileri dışında, bir uluslararası memura uygulanacak hukukun belirtilmesi lâzım geldiği zaman ne idare ne de mahkemeler ulusal kanunu gözönünde bulundurmaktan kaçınamazlar. Örneğin; uyruklu, ahvali şahsiye (kişisel durum), aile ilişkileri gibi öyle durumlar ortaya çıkar ki uluslararası bir mahkeme, karara varabilmek için ulusal hukuku uygulamak, yorumlamak veya açıklamak zorunda kalır.¹⁹²

Ulusal kanun uluslararası memurun özel yaşantısını (ahvali şahsiye, günlük hayatın gereği olan tasarruflar, hukukî, cezaî veya suç benzeri fiillerle akdî sorumluluk gibi konular) yönlendirmekle kalmaz ve fakat dolaylı olarak onun meslekî durumunu da etkiler. Örneğin; genel özgürlükler, sorumluluklar,

¹⁹⁰ GULATI, s. 19.

¹⁹¹ PLANTEY, s. 60.

¹⁹² BM İdare Mahkemesi, 13.5.1969; Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 17.5.1972; Uluslararası Çalışma Teşkilâtı İdare Mahkemesi, 22.10.1973; LEVI, W.: Contemporary International Law: A Concise Introduction (Çağdaş Uluslararası Hukuk: Kısa Bir Giriş), ABD 1979, s. 26.

sosyal yardımlar gibi haklar da sözleşmenin veya statünün tamamlayıcısıdır, sözleşme veya statü hükümlerinden uyrukluk ve aile ilişkileri gibi bazılarının uygulanmasının hukukî şartıdır, yine sözleşme veya statünün ikametgâh, aile ocağı, evlenme, vergi yükümlülüğü gibi konularla ilgili olarak yorumlanması da bir atıf kaynağıdır.

Bu arada birtakım kanun çatışmalarının ortaya çıkması doğaldır. Evsahibi ülkenin ya da menşe ülkenin kanunları ile olan bu çatışmaları idarî otorite, gereğinde uluslararası idare mahkemesinin müdahalesiyle bir çözüme kavuşturmak mevkiindedir.¹⁹³

IV. ULUSLARARASI MEMURUN TÂBİ OLDUĞU ULUSLARARASI HUKUKU İHLÂL ETMESİ HALİ

A. Uluslararası Memurun Kuruluşun İç Hukukunu İhlâl Etmesi

Memur, görevini ifa sırasında mevzuata, kasten veya ihmal ile aykırı hareket eder ve bu hareketinden dolayı kuruluş herhangi bir zarara uğrarsa, sorumlu olur. Bu sorumluluk uluslararası kuruluşların mevzuatında yer almıştır¹⁹⁴. Sorumluluk için bazen ağır kusur¹⁹⁵, bazen bir yönetmelik hükmünün bilerek nazara alınmaması veya bir ihmal¹⁹⁶ aranmaktadır. Aynı şekilde dikkatsizlik, sebepsiz göreve gelmeme veya bir zarar doğması gibi hallerde de memur sorumlu tutulmaktadır.

Avrupa Birliği kendi idareleriyle ilgili olarak pek çok kural düzenlemiştir. AET/EAET Konseyi: Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Memurlarının Personel Yönetmeliği ve Diğer Hizmetlilerin İstihdam Koşullarını belirleyen 31 (AET), 11 (EAEC) sayılı Tüzük'ün "Disiplin İşlemleri" başlıklı IX numaralı Ek'inde sırasıyla, genel hükümler, disiplin kurulu, disiplin cezaları, disiplin kuruluna götürülmeyen disiplin işlemleri, uzaklaştırma, görevden geçici olarak uzaklaştırılma, ceza kovuşturması gibi konular düzenlenmiştir¹⁹⁷.

¹⁹³ PLANTEY, s. 60-61.

¹⁹⁴ Birleşmiş Milletler Teşkilâtı, Yön., Hükümler 112.3; Amerikan Devletleri Teşkilâtı, Yön. md. 101.3; Afrika Birliği Teşkilâtı, Statü Böl. VIII; Gıda ve Tarım Teşkilâtı, Yön. md. 302.23.

¹⁹⁵ Avrupa Toplulukları, Statü md. 22.

¹⁹⁶ Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilâtı, Statü md. 21.c.

¹⁹⁷ Avrupa Toplulukları Memurları Personel Tüzüğü (31), VI/86: "Bir memurun veya eski bir memurun bu Personel Yönetmeliği kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi,

Bu kurallara aykırı herhangi bir hareket Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, şimdiki adıyla Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından iç hukukun ihlâli sayılmıştır¹⁹⁸. Bu hallerde karar idare tarafından verilir, uğranılan zarar memura kısmen veya tamamen tazmin ettirilir. Memur karar aleyhine mahkemeye başvurabilir¹⁹⁹. Tazmin edilecek bedel, ücretlerinden kesinti yapılarak tahsil edilebilir.²⁰⁰

B. Uluslararası Memurun Görevini İfa Sırasında Üçüncü Şahıslara Zarar Vererek Hukuku İhlâl Etmesi

Uluslararası memurun görevini ifa sırasında hukuku ihlâl ile üçüncü şahıslara zarar vermesi halinde memur verdiği zarardan sorumludur. Zarar gören üçüncü şahıs zararını, uluslararası memurdan isteyebileceği gibi uluslararası kuruluşu da dava edebilir. Tahsil kolaylığı düşünülerek davalar genellikle idare aleyhine açılmaktadır. Eğer dava memur aleyhine açılır da memur mahkemece hükmedilen tazminatı ödeyemezse idare öder, daha sonra memura rücu eder. Şayet memur mahkeme önünde yargısal dokunulmazlığını öne sürer ve idarece, isteğe rağmen memurun dokunulmazlığı kaldırılmazsa üçüncü şahsın zararını idare öder.

Burada başka bir sorun da fiilin “görevin ifası sırasında” işlendiğinin hangi kıstasa göre saptanacağıdır. Bu konuda genellikle memurun mensup olduğu idare fiilin görevin ifası sırasında işlenip işlenmediğini bildirecektir²⁰¹.

ister kasıtlı olarak isterse ihmali nedeniyle olsun, kendisini disiplin cezasına çarptırmakla yükümlü kalar.”

¹⁹⁸ De Pillo davasında mahkeme, süresi içinde hazırlanmayan staj raporunu Toplulukların iç hukukunun ihlâli olarak kabul etmiştir. SCHERMERS, Henry G.: *Judicial Protection in the European Communities* (Avrupa Topluluklarında Yargısal Koruma), The Netherlands 1976, s. 244.

¹⁹⁹ PLANTEY, s. 406, 272; SEYERSTED, F.: “*Settlement of Internal Disputes of Intergovernmental Organisations by Internal and External Courts (Hükümetlerarası Kuruluşların İç Uyuşmazlıklarının İç ve Dış Mahkemeler Tarafından Çözümü)*”, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Yabancı Kamu Hukuku ve Uluslararası Hukuk Dergisi), 1964, C. XXIV, s. 25. SEYERSTED tazminatın bir idarî kararla icra edildiğini belirttikten sonra, idarenin neden idare mahkemesinde dava açarak zararı tazmin ettirmediği konusunda hiçbir sebep olmadığına işaret etmektedir.

²⁰⁰ Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilâtı, Statü md. 21.c.

²⁰¹ Belçika’da EURATOM’da görevli mühendis Sayag, özel otomobili ile bir kaza yapmış, Sayag’ın dokunulmazlığı sebebiyle kazanın görevin ifası sırasında mı meydana geldiği konusu ortaya çıkmış ve Belçika Yargıtayı durumu Avrupa Toplulukları Adalet Divanından sormuştur. Adalet Divanı, motorlu vasıta kullanmayı “resmî alanda ifa edilen bir fiil” mahiyetinde görmemiştir. SCHERMERS, *Judicial Protection*, s. 260.

Eğer fiil görevin ifası ile ilgili değilse idare memurun dokunulmazlığını kaldıracaktır. O zaman üçüncü şahıs idare aleyhine dava açamaz, yalnız memur aleyhine açabilir. Memurun fiili, görevi ile ilgili ise ve idare dokunulmazlığı kaldırmazsa davaya kendisi muhatap olacaktır²⁰². NATO, memurun görevini ifa sırasında işlediği fiil ile verdiği zararı mağduruna ödemekte, sonra memura rücu etmektedir.

C. Uluslararası Memurun Görevinin Dışında Hukuku İhlâl Etmesi

Eğer memurun görev dışında ve görevi ile ilgili olmayarak işlediği bir fiil hasara sebebiyet verirse mahallî mahkemede hakkında dava açılabilir.

D. Uluslararası Memurun Hukuku İhlâlinden Dolayı Sorumluluğu

Uğranılan zararın tazmininden başka memurun sözleşmesinin feshi de sözkonusu olabilir. Fesih, ihlâl edici fiillerin ifasından sonra makûl süre içinde olmalıdır²⁰³. Aksi halde fiil ile fesih arasında bir illiyet bağının varlığı kuşku uyandırabilir.

V. ULUSLARARASI MEMURUN HUKUKEN KORUNMASI

Uluslararası memurlar kendi devletlerinin koruması altında olmadıkları için, hukuken korunmaları çalıştıkları uluslararası kuruluş tarafından sağlanır. Dokunulmazlıklar ve bağışıklıklar, onları hükümetlerin veya ulusal yargının müdahalesinden korur.

OECD'nin düzenlemesine göre; görevliler, görevlerini yerine getirirken Örgütün korumasından yararlanma hakkına sahiptirler. Örgütten ayrıldıktan sonra da bu korumadan yararlanmaya devam ederler. Görevliler, ilgili şahısların kişisel çıkarları için değil, Örgütün çıkarları için verilen belirli bağışıklıklardan, dokunulmazlıklardan ve kolaylıklardan yararlanırlar. Bunlar, özellikle, görevlileri özel yükümlülüklerini yerine getirmekten veya yasalara sıkı sıkıya uymaktan muaf tutmaz.²⁰⁴

Uluslararası statüleri gereği, uluslararası memurların; istihdamlarıyla ilgili konularda ulusal mahkemelere başvurma imkânları yoktur. Bu nedenle

²⁰² GREIG, s. 640-643; MORGENSTERN, s. 745; SCHERMERS, Judicial Protection, s. 259, 261.

²⁰³ MORGENSTERN, s. 741-742; SCHERMERS, Judicial Protection, s. 132.

²⁰⁴ OECD Personel Tüzükleri, Yönetmelikleri ve Talimatları, Ek XXX – Genel Sekreterin OECD Davranış Kurallarına İlişkin Kararı, Görevlerin İfasında Koruma – Kural 5bis.

örgütler, idarî kararların gözden geçirilmesi için “iç idarî kurullar” oluşturmuş; personelin bu kurullara başvurmasının ardından, nihaî karar mercii olarak da uluslararası idare mahkemeleri kurulmuştur.²⁰⁵

A. Uluslararası Kuruluşun İçindeki İdarî Denetim Yolları

Her uluslararası kuruluş, personelin katılımıyla “iç idarî mekanizmalar” oluşturmuştur. Bunların amacı, personelin atama şartlarına aykırı bir idarî karar veya eyleme karşı, sekreteryanın başı olan genel sekretere danışmanlık yapmaktır²⁰⁶.

²⁰⁵ BM Temyiz Mahkemesinin 30 Temmuz 2024 tarihli ve 1461 sayılı kararı: Güney Sudan’daki BM Misyonda görevli personel olarak çalışmış bir memur olan davacı, görev yaptığı sahada gerçekleşmiş olan cinsel istismar/istihdam ilişkili suiistimal iddialarının takipçisi olmuş; bu bağlamda misilleme yapılması ve görevine uygun destek sağlanmaması üzerine yönetime itiraz etmiş, UNDT başvuruyu kısmen kabul etmiştir. Ancak karar UNAT nezdinde temyiz edildiğinde UNAT, Genel Sekreter’in temyizini kabul ederek UNDT’nin kararını tersine çevirmiştir. Yani davacının iddialarının yeterince desteklenmediği ve kuruluşun disiplin ya da idari tedbirler bakımından yaptığı işlemlerin hukuka aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir. UNAT, UNDT’nin kararını iptal etmiş ve “İtiraz kabul edilmiştir” ifadesini kullanmıştır. Davacının talebi reddedilmiş ve UNDT kararının yerine geçecek şekilde UNAT kararı geçerli olmuştur. Hizmete bağlılık, misilleme iddiası ve uluslararası memurun koruma hakları bağlamında, kuruluş uygulamalarının hukuka uygunluğu teyit edilmiştir.

Bu karar; sahada görev yapan uluslararası memurların suiistimal/istismar durumlarına karşı korunması bağlamında önemli bir içtihatır. Davacı, cinsel istismar iddialarıyla ilgili olarak misilleme iddiası ve korunma eksikliğiyle başvuruda bulunmuştur. Karar, bu tür vakalarda “ölçülülük” ve “kanıt standardı” açısından kriterler ortaya koymuştur. Uluslararası memurların görev dışı davranışları ile örgütün yükümlülükleri arasındaki dengeyi yeniden teyit etmiştir. UNAT, örgütün sahadaki faaliyetleri kapsamında aldığı idarî veya disiplin tedbirlerinin yeterli olabileceğini göstermiştir. UNAT’ın bu kararı idarî mahkeme içtihatları açısından gelişmiş bir örnek olup, misilleme iddialarında ve istismar/istihdam ilişkili suçlarda, personelin koruma hakkı ile örgütün takdir yetkisi arasında denge kurulmuştur. Bu karar, özellikle ihbarcı koruma ve cinsel istismar vakalarında referans alınabilecek bir karar haline gelmiştir. Karar ayrıca, uluslararası personel rejiminde “kazanılmış haklar”, “misilleme”, “istismar” gibi kavramların yargısal denetimi açısından bir eşik oluşturmuştur. Karar, sadece idarî kararın varlığını değil, idarenin prosedürlerini, ölçülülük ilkesini ve personelin durumunu da incelemiştir. Personel-örgüt ilişkilerinde misillemenin tanımlanması açısından katkı sunmuştur. Kararda, misilleme kavramının nasıl uygulanabileceği, personelin hangi koşullarda koruma hakkına sahip olduğu konusu açıklığa kavuşturulmuştur.

²⁰⁶ ILO Personel Yön., XIII/13.1 (Gayriresmî uyuşmazlık çözümü), 13.2 (Şikâyet), 13.3/3 (İstihdam şartları ve koşullarıyla ilgili genel şikâyetlerin idarî olarak çözülmesi), 13.4 (Cinsel tâcizin idarî çözümü).

Uluslararası memurun korunabilmesi için çeşitli kuruluşların personel tüzüklerinde de bu mekanizmalara ve işleyişlerine yer verilmiştir.²⁰⁷

Avrupa Konseyi Parlâmenter Meclisi, Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi 29 Kasım 2017 tarihli “Uluslararası kuruluşların yargı bağımsızlığı ve personelinin hakları” konulu raporunda; uluslararası örgütlerin insan hakları sorumluluğundan muaf olamayacağını, çalışanların etkili başvuru ve âdil yargılanma hakkının örgüt içi mekanizmalarla güvence altına alınması gerektiğini vurgulamaktadır.²⁰⁸

NATO Personel Tüzüğü’nün 2019 değişikliğinde; çalışma veya hizmet koşullarını etkileyen bir kararın, istihdam şartlarına –buna sözleşmeleri, personele uygulanabilir düzenlemeleri ve diğer atama koşullarını da içerecek şekilde– uygun olmadığını düşünen NATO personeli veya emekli NATO personelinin, söz konusu kararın kendilerine bildirildiği tarihten itibaren 30 gün içinde, bu karara yönelik idarî denetim sürecini başlatabileceği düzenlenmiştir.²⁰⁹

Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 2025 tarihli Personel Tüzüğü’nde²¹⁰; yapılan herhangi bir şikâyet başvurusu, yazılı kınama dışında bir disiplin yaptırımının uygulanmasına yönelik öneri, yetersiz hizmet nedeniyle iş sözleşmesinin feshi önerisi, personel azaltımı nedeniyle fesih önerisi, ücret artışının durdurulmasına karşı yapılan itiraz, daha düşük bir dereceye ait görev ve sorumluluklara nakil önerisi veya bu yönetmelikler ya da ilgili diğer kurallar uyarınca gerektirdiği diğer durumlarla ilgili konularda Genel Direktör’e nihaî idarî kararını vermede yardımcı olmak üzere bir “Ortak Danışma İtiraz Kurulu” kurulacağı yer almıştır.

²⁰⁷ BM Uyuşmazlık Mahkemesi (UNDT), personel şikâyetleri ve disiplin işlemlerine karşı yapılan idarî karar itirazlarını inceler.

ILO Ortak Danışma ve Temyiz Kurulu, personel temyiz başvurularını inceleyip Genel Direktör’e tavsiyede bulunur.

UNESCO İç İtiraz Kurulu, atama, terfi, disiplin gibi işlemlerde idarî inceleme yapar.

NATO Ortak İnceleme Kurulu, uyuşmazlıkları inceleyip kurumsal uzlaşma önerir.

OECD Personel Konularında Ortak Danışma Komitesi, personel politikaları ve şikâyetlerinde Genel Sekreter’e danışmanlık yapar.

²⁰⁸ Avrupa Konseyi Parlâmenterler Meclisi, Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesinin 29 Kasım 2017 tarihli ve 14443 sayılı raporu, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24239&lang=en>, 12.11.2025.

²⁰⁹ NATO Personel Tüzüğü ve Personel Kuralları, Ek IX, md. 2.

²¹⁰ ILO Personel Tüzüğü, X/10.5.

B. Alternatif Çözüm Yolları

Uluslararası örgütlerin sayısının ve görünürliğünün artmasıyla birlikte, ulusal hukuk sistemlerinin geleneksel sınırları yeniden değerlendirilmeye başlanmıştır. Çalışanların haklarındaki ve menfaatlerindeki genişleme, uluslararası örgütler üzerinde yukarı yönlü bir baskı oluşturmuş; bu örgütlerin içtihatları, iç hukuklardaki gelişmelerle paralel biçimde evrilmiştir. Ayrıcalıklar doktrini, uluslararası örgütlerle ulusal hukuk sistemleri arasındaki gerilimi, çalışanlara ortak bir haklar seti tanıyan iç uyumsuzluk çözüm mekanizmalarının geliştirilmesini teşvik ederek dengelemeyi amaçlamaktadır. Uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülüklerine cevap veren ve etkin, uyumlu personel ilişkilerini hedefleyen uluslararası örgütler, bu doğrultuda çok katmanlı uyumsuzluk çözüm sistemleri geliştirmiştir.²¹¹

Gayriresmî adalet mekanizmaları, personelin sorunlarının daha hızlı ve dostane biçimde çözülmesini sağladığı gibi, yöneticilerin de bu sürece yapıcı biçimde katılımını mümkün kılar; çünkü süreç daha az yargısal olup, daha çok iletişim ve müzakereye dayalıdır. Bu sistem, hem etkin hem de verimli olarak değerlendirilir — yani hem sonuç üretir hem de kaynakları ekonomik biçimde kullanır. Ancak bu yaklaşım, personelin resmî başvuru yollarına erişim temel hakkına halel getirmemelidir.²¹²

Herhangi bir örgütte çatışmalar kaçınılmazdır. Çatışma, iki veya daha fazla personel arasında ya da personel ile örgüt arasında ortaya çıkan istek, ihtiyaç, beyan, argüman, eylem veya ilke farklılıklarının ya da karşıtlıklarının herhangi biri olarak tanımlanabilir. Çatışma, doğal fakat aynı zamanda yönetilebilir bir olgudur; her örgütte meydana gelebilir ve profesyonel bir biçimde ve iyi niyetle ele alınmalıdır. Ancak bazı durumlarda, çatışma kişisel düzeyde çözülmemezse, resmî çözüm yolları gerektiren uyumsuzluklara dönüşebilir.²¹³

Birleşmiş Milletlerin Dokunulmazlıklarına ve Bağışıklıklarına İlişkin Sözleşmenin Uyuşmazlıkların Çözümü başlıklı VIII. bölümünün 29 (a)–(b) maddesinde, Birleşmiş Milletlerin, özellikle sözleşmelerden veya özel hukuk niteliğindeki diğer işlemlerden doğan uyumsuzlukların çözümü için uygun

²¹¹ JAVITS, Joshua: “*Internal Dispute Resolution at International Organizations (Uluslararası Kuruluşlarda İç Uyuşmazlık Çözümü)*”, 26 Kasım 2013, (<https://mediate.com/internal-dispute-resolution-at-international-organizations/>), 25.10.2025.

²¹² BM Genel Kurulunun 30 Aralık 2022 tarihli ve 77/260 sayılı kararı.

²¹³ GULATI, s. 22.

yollar öngörmesini zorunlu kılar. Personel bakımından ise, Birleşmiş Milletler bu yükümlülüğünü, istihdam sözleşmelerinden doğan talepleri karara bağlamak üzere kurulmuş olan idarî mahkemeler aracılığıyla yerine getirmektedir.²¹⁴

NATO Personel Tüzüğü'nün personel performans yönetimi sistemi içindeki çatışma çözüm mekanizmasını düzenleyen bölümünde²¹⁵; uzlaştırma ilgili bölüm veya birim içinde, ikinci düzey yönetici sorumluluğunda yürütülür. Arabuluculukta tarafsız bir arabulucunun hizmetlerinden yararlanılarak, tarafların karşılıklı anlayış ve çözüme ulaşması sağlanır. Karar aşamasında konu Ortak İnceleme Kurulu'na götürülür; kurul, nihaî kararı vermek konusunda yetkilidir.

Uluslararası kuruluşlar, istihdamla ilgili uyuşmazlıkların çözümü için yenilikçi iç mekanizmalar geliştirmektedir.

Örneğin; OECD'nin Çevrimiçi İhtilâf Çözümleme²¹⁶ adlı çerçeve kılavuzu, çevrimiçi ve hibrit yollarla anlaşmazlıkların çözümünü kolaylaştırmak amacıyla hazırlanmıştır ve adalet sistemlerinin dijital dönüşümünde stratejik bir yol haritası niteliğinde olan bir politika belgesidir.

1. Uzlaştırıcılık (*Conciliation*)

“Uzlaştırıcılık” mekanizması, uluslararası örgütlerin personel sistemi içinde: iç adaletin ilk dostane çözüm aşamasını oluşturur. Taraflar üzerinde bağlayıcı olmayan sonuç üretir. Amaç, bir anlayış ve uzlaşma zemini yaratmaktır.²¹⁷

²¹⁴ GULATI, s. 18.

²¹⁵ NATO Personel Tüzüğü, Ek VIII.

²¹⁶ ODR Framework, “çevrimiçi ihtilâf çözümleme” sistemlerinin hem mahkeme içi hem mahkeme dışı yollarla işlerliğini artırmayı hedefleyen bir kılavuzdur. Belge, dijital teknolojiler ve verinin arabuluculuk, uzlaşma, hakemlik veya mahkeme öncesi süreçlerde kullanılmasının neden önemli olduğunu açıklar. ODR, sadece teknolojik bir yenilik değil; adalet sistemlerinin insan odaklı, erişilebilir ve sürdürülebilir hale gelmesinin aracı olarak görülmektedir. Örneğin Letonya, adalet sistemini dijitalleştirirken ODR Framework’ü esas alarak “tek kapı” portalı, elektronik imza ve çevrimiçi uzlaşma sistemi gibi unsurları hayata geçirmeye başlamıştır. OECD Online Dispute Resolution Framework, OECD Kamu Yönetişimi Direktörlüğü (Directorate for Public Governance), 2024, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2024/10/oecd-online-dispute-resolution-framework_e88b6c6a/325e6edc-en.pdf, 28.10.2025.

²¹⁷ NATO, Sivil Personel Yönl., 4. Kısım, Ek VIII-3, md. IV; BM Genel Kurul Kararı A/RES/62/228 (2008), para. 34-35; UNESCO, Rules of Procedure for Mediation and

2. Arabuluculuk (*Mediation*)

Arabuluculuk mekanizmasının amacı; kuruluş içindeki bireysel uyuşmazlıklar ile çalışanlar arasındaki ilişkisel çatışmaların dostane biçimde çözümünü kolaylaştırmaktır. Süreç, tarafların gönüllü katılımına dayalıdır ve gizlilik esasına göre yürütülür.

Birçok uluslararası kuruluşun arabuluculuk programı (ombudsman, etik ofisi ve misillemeye karşı koruma gibi) vardır.²¹⁸

NATO; BM ve ILO modellerinden esinlenerek iç adalet sistemini modernize etmiştir. Reform kapsamında, “ıdarî denetim” ve “temyiz” süreçleri yeniden düzenlenmiş, “gayriresmî çözüm” ve “arabuluculuk” ilk kez açık şekilde kurala bağlanmıştır. Bu reformlar 2020’de yürürlüğe girmiştir. NATO Personel Tüzüğü’nün Ek-IX/3 hükümleri, NATO’nun iç adalet sisteminde “uyuşmazlıkların gayriresmî çözümü” ilkesinin nasıl işlemesi gerektiğini açık biçimde düzenlemektedir. Amaç, personel uyuşmazlıklarını erken, dostane, gizli ve etkili biçimde çözmek, hem kurumun hem de çalışanların zaman ve kaynaklarını korumaktır. Sistem gönüllülük, gizlilik, tarafsızlık, formal yargı hakkını koruma, kurumsal standardizasyon ve şeffaflık üzerine kuruludur.²¹⁹

3. Ombudsmanlık

Ombudsman, kötü yönetim sonucunda bireylere haksızlık yapılması durumlarında, bu haksızlıkların düzeltilmesini amaçlayan bağımsız ve tarafsız bir şikâyet inceleme mekanizmasıdır. Ombudsmanın bir diğer önemli amacı da sistemik aksaklıkların tespit edilip giderilmesini sağlayarak, kamuya

Conciliation in UNESCO (UNESCO Arabuluculuk ve Uzlaştırma Usûl Kuralları), md. 1-10.

²¹⁸ BM Gıda ve Tarım Örgütü (FAO), (Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (ITLOS), Pan Amerikan Sağlık Örgütü (PAHO), Birleşmiş Milletler HIV/AIDS Ortak Programı (UNAIDS), Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP), Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO), Birleşmiş Milletler Uluslararası Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF), Birleşmiş Milletler (UN), Birleşmiş Milletler Yakın Doğu’daki Filistinli Mültecilere Yardım ve Bayındırlık Ajansı (UNRWA), BM-Kadın, BM Dünya Gıda Programı (WFP), Dünya Sağlık Örgütü (WHO), Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü (WIPO).

²¹⁹ NATO Sivil Personel Tüzüğü, (Mayıs 2024 itibarıyla güncellenmiş), Ek- IX (Internal Justice System- İç Adalet Sistemi) bölümü tamamen revize edilmiştir. Gayriresmî uyuşmazlık çözümü (Ek IX/3) hükümleri, 2020’den sonra yapılan reformun parçasıdır. Birleşmiş Milletler Ombudsman ve Arabuluculuk Hizmetleri Ofisinin Görev ve Yetki Tanımı (Genel Sekreter Genelgesi), ST/SGB/2016/7, 22 Haziran 2016, Kısım 5, md. 5.1.

sunulan hizmetlerin iyileştirilmesine katkıda bulunmaktadır²²⁰. Kısaca ombudsman “iyi idare ilkeleri”nin uygulanmasını ve kamu hizmetlerinin işleyişinde yerleşmesini sağlamaktadır.²²¹

Ombudsmanlık Ofisi; maliyetli ve uzun süren uyuşmazlık süreçlerinin önleyici bir alternatifi, çalışanlar için gizli ve gayriresmî bir çözüm kanalı, kuruluşların kendi iç işleyişlerinden ders çıkarmasını sağlayan öğrenme ve iyileştirme aracı olarak önemli bir rol oynamaktadır.²²²

Birleşmiş Milletler Sistemi Ombudsman ve Arabulucular Ağı Uygulama Standartları uyarınca, *"Ombudsman, kuruluşlar içinde işyerine ilişkin endişeleri gayriresmî biçimde ele almak üzere gizli, tarafsız ve bağımsız hizmetler sunan tek atanmış tarafsız kaynaktır."*

Uluslararası kuruluşlarda bulunan ombudsmanları iki grupta toplayabiliriz:

Kurum içi ombudsmanlar; uluslararası kuruluşların kendi çalışanlarının şikâyetlerini, etik veya idarî uyuşmazlıklarını çözmek için kurulmuştur. Görevleri genellikle gayriresmî, tarafsız ve arabulucu niteliktedir.²²³

Dışa dönük / kamu ombudsmanları; kuruluşların üye devletler, bireyler veya topluluklarla olan etkileşimlerinden doğan şikâyetleri inceler. Amaçları, örgütlerin hesap verebilirliğini ve insan haklarına uygun davranışını denetlemektir.²²⁴

²²⁰ Örneğin; BM, Dünya Bankası Grubu, OSCE, Avrupa Konseyi, IMF ombudsmanlık ofisleri banka projelerinden, çevreden etkilenen bireylerin şikâyetlerini inceler ve insan hakları uygulamalarını izler.

²²¹ Ombudsman ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-Oğuzhan GÜZEL: Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Işığında T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) ve Kararları, Ankara 2023.

²²² Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı, Nüfus Fonu ve Proje Hizmetleri Ofisi Ortak Ombudsperson Ofisi (Office of the UNDP/UNFPA/UNOPS Ombudsperson), 2003 Yıllık Raporu- 1 Haziran 2002 - 31 Temmuz 2003.

²²³ BM, ILO, UNESCO, FAO, WHO, UNHCR, OECD, NATO, EU, World Bank Group'ta genellikle 2000'li yıllarda kurulan kurum içi ombudsmanlar iç adalet sisteminin gayriresmî aşamasıdır. Personelle tarafsız bir şekilde danışmanlık sunarlar, personelle yönetim arasındaki uyuşmazlığı erken aşamada çözmek için kurulmuşlardır.

²²⁴ AB, NATO, UNSC, Dünya Bankası Grubu, OSCE, Council of Europe, IMF'deki dışa dönük ombudsmanlar; genellikle vatandaşlara karşı idarî uygulamaları, insan hakları, etik uygulamaları, yaptırım listelerine alınan şahısların başvurularını, banka personelinin etkilenen kişilerin şikâyetlerini, çevresel ve sosyal konularla ilgili şikâyetleri inceler, üye devletlerde insan hakları uygulamalarını izler.

Her iki çeşit ombudsmanlık kurumunun ortak ilkeleri; tarafsızlık, bağımsızlık, gizlilik, gayriresmîlik, adalet ve hakkaniyettir.

Hedefi Ombudsman kurumunun rolünü güçlendirmek ve her bir kurumun temelini oluşturan bağımsızlık, tarafsızlık ve adalet değerlerini güvence altına almak olan Uluslararası Ombudsman Kuruluşunun 2021 tarihli Tüzüğüne göre; Uluslararası Ombudsman Kuruluşu ile ilgili ilişkilerden doğan tüm anlaşmazlıklar Uluslararası Ombudsman Kuruluşunun bir hakem heyeti tarafından çözülür. Bu heyet bir uzlaştırma organı olup tahkim mahkemesi değildir. Tahkime; uyuşmazlığa düşen iki taraf anlaşmalı olarak gider. Ombudsmana ise idarenin işleyişinden şikâyetçi olan taraf başvurur.

C. Yargısal Denetim Yolu Olarak Bağımsız İdarî Mahkemeler

Bağımsız idarî mahkemeler, uluslararası memur ile çalıştığı kuruluşu arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda son yargı mercileri olarak görev yapar²²⁵. Bu idare mahkemelerinin ortak özellikleri; kuruluşun yürütme

²²⁵ Uluslararası kuruluşlardaki başlıca bağımsız idare mahkemelerini şöyle sayabiliriz:

- 1946 yılında kurulan ILOAT en eski mahkemedir, kararları bağlayıcıdır, birçok uluslararası kuruluşun davalarına bakmaktadır.
- 1980 yılında kurulan WBAT, Dünya Bankası Grubu'ndaki banka personelinin idari uyuşmazlıklarına bakar, kararları kesindir.
- 1981 yılında kurulan Avrupa Uzak Ajansı Temyiz Kurul/Mahkemesi, burada çalışan personel ile kurumu arasındaki uyuşmazlıkları çözer.
- 1981 yılında kurulan Inter-American Kalkınma Bankası İdare Mahkemesi (IDBAT), Amerika Birleşik Devletleri Kalkınma Bankasının Latin Amerika Birleşik Devletleri bölgesinde çalışan personelinin uyuşmazlıklarını çözmektedir.
- 1991 yılında kurulan OECD İdare Mahkemesi, OECD ve ona bağlı kuruluşlarda çalışan personelin idare ile arasında çıkan uyuşmazlıkları çözer.
- 1991 yılından beri faaliyette bulunan Asya Kalkınma Bankası İdare Mahkemesi (ADBAT-1991), Asya Kalkınma Bankası çalışanlarının disiplin sözleşmeleriyle ilgili davalarına bakmaktadır.
- 1992 yılında kurulan IMF İdare Mahkemesi (IMFAT), Uluslararası Para Fonunda çalışan personel ile idare arasındaki uyuşmazlıkları çözmektedir.
- 1998 yılında kurulan Afrika Birliği Teşkilâtı Kalkınma Bankası İdare Mahkemesi (AfDBAT), Afrika Birliği Teşkilâtı Kalkınma N-Bankası çalışanlarının uyuşmazlıklarına bakmaktadır. ILOT örnek alınarak kurulmuştur.
- 2005 yılında kurulan NATO İdare Mahkemesi, NATO ve bağlı organlarında çalışan personelin idare ile arasındaki uyuşmazlıkları çözmektedir.
- 2009 yılında kurulan BM Uyuşmazlık Mahkemesi (UNDT), BM sekreterliği ile BM'nin alt kuruluşlarının davalarına bakan bir ilk derece yargı organıdır.
- Yine 2009 yılından beri faaliyet gösteren BM Temyiz Mahkemesi (UNAT-2009) da BM sistemi içindeki kuruluşların UNDP'de açtığı davaların temyiz merciidir.

organlarından (Genel Sekreter, Yönetim Konseyi) bağımsız çalışmaları, kararlarının bağlayıcı olması, temyizden genellikle yalnızca aynı sistem içinde bulunması, hukukî dayanak olarak her kuruluşun “personel tüzükleri/ mahkeme statüsü” belgesiyle tanımlanır olması, kurumun iç hukuku ve uluslararası idare hukukunun genel ilkelerini uygulamaları ve ancak iç idarî mekanizmalar tüketildikten sonra başvurunun yapılabilir olmasıdır.

Neticede, bağımsız idarî mahkemeler, uluslararası örgütlerin personel yargı bağımsızlığını dengeleyen temel unsurlardır. Üye devletlerin ulusal mahkemelerine erişim kapalı olduğu için, personelin âdil yargılanma hakkı ancak bu iç yargı sistemleriyle güvence altına alınabilir. Bu mahkemeler sayesinde örgütler; kendi hukuk düzenlerini tamamlar, iç hukuk denetimini dış yargıdan bağımsız biçimde sağlar ve uluslararası idarî yargının özerkliğini güçlendirirler.

Bu mahkemelerin kararları genellikle temyize açık değildir. Örneğin Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi veya Dünya Bankası İdare Mahkemesi kararlarına itiraz mümkün değildir. Ancak AB sisteminde, Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Mahkemesi (CST ve şimdi Genel Mahkeme) kararları, istisnaen ve sadece hukukî hata açısından Avrupa Birliği Adalet Divanına (ECJ) götürülebilir.²²⁶

Milletler Cemiyeti’nin ortaya çıkışından bu yana, uluslararası idare mahkemeleri uluslararası idare hukuku tarafından yönetilen uluslararası kamu hizmetinin ayrılmaz bir parçası olagelmıştır. Uluslararası kamu hizmeti

-2010 yılında kurulan UNRWA Uyuşmazlık Mahkemesi, BM Filistin Mültecileri Yardım Ajansının mahkemesi olup BM’nin genel sistemine kurulmuş bir mahkemedir.

OECD İdare Mahkemesinin Statüsü ve İşleyişine İlişkin Konsey Kararının 3. maddesi uyarınca personel tarafından yapılan önceki başvurulara cevap verme yetkisi, Genel Sekreter adına İcra Direktörü tarafından kullanılabilir; ancak bu yetki, üst düzey yönetici personelin atamalarının sona erdirilmesi veya görevden alınmasına ilişkin kararlar bakımından uygulanmaz. İdare Mahkemesinin kamuya açık toplantılarında hazır bulunabilecek olanlar; izinli olan görevliler, toplantının konusu olan uyuşmazlıkla doğrudan ilgili olmaları nedeniyle özel bir izin almış olan görevlilerdir. Bu tür izinler İcra Direktörü tarafından verilir.

²²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAMYAMAÇ, Anıl-Fehmi Kerem BİLGİN: “Uluslararası İdare Mahkemelerinin Gelişimi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 31, S. 1, Haziran 2025, s. 1-34.

AtCE (Council of Europe Administrative Tribunal)’nin 25 Ocak 2024 tarihli ve 737/2023 sayılı kararı: Davacının yurtdışında geçici görev ve sözleşme süresiyle ilgili çıkan uyuşmazlık sonucu yaptığı başvuru kabul edilmiştir.

hukuku, bu nedenle, çağdaş uluslararası örgütler olgusunun temel bir unsurudur.

Buna bağlı olarak, uluslararası idare mahkemelerinin hukukî temellerinin incelenmesi, uluslararası idare hukukunun rolünü değerlendirmeye ve bu rolün, uluslararası kamu hizmetinin kaçınılmaz olarak tâbi bulunduğu devletler arası toplumsal eğilimleri ne ölçüde düzenlediğini ortaya koymaya imkân sağlamalıdır.

Birleşmiş Milletler iç adalet sisteminde on dört yıl önce köklü bir reform yapılmış, Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler Temyiz Mahkemesi olmak üzere iki aşamalı bir sisteme geçilmiştir. Birkaç defa Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesinin kararları üzerinde yönlendirme yapılmaya çalışılmıştır. İlgili taraflarca önceden tartışılmadan mahkemelerin statülerinde yapılan tek taraflı değişiklikler, yargı denetiminin kapsamını sınırlama teşebbüsleri, âdil olmayan iç raporlar, Birleşmiş Milletler iç adalet sisteminin güvenilirliğini geçtiğimiz yıllarda azaltmıştır.²²⁷

İş hukuku ile idare hukukunu içeren karma bir yargı sistemini uygulamak üzere kurgulanan Birleşmiş Milletler iç adalet sistemi, sınırlı bir yetkiye sahiptir. Her şeyden önce Birleşmiş Milletler mahkemeleri Genel Kurul kararlarını inceleme yetkisine sahip değildir. Göreve iade zorunlu olmayıp isteğe bağlıdır. Ayrıca tazminatlar kural olarak iki yıllık net maaşı aşamaz. Personel derneklerinin Birleşmiş Milletler mahkemeleri önünde dava açma yetkisi yoktur²²⁸. Yeni sistem henüz gelişim aşamasındadır.

O halde mevcut hukuk düzenine göre, Birleşmiş Milletler, iç istihdam uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalar bakımından –belirli bir durumda bağıışıklığından açıkça feragat etmedikçe– ne ulusal (yerel) mahkemelerin ne de uluslararası mahkemelerin yargı yetkisine tâbi kılınamaz görülmektedir. Bu husus, uluslararası idare mahkemeleri tarafından da teyit edilmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi, şu ifadeyi kullanmıştır:

²²⁷ Yeni sistem 1 Temmuz 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 17 Mart 2009 tarihli 63/253 sayılı kararıyla, diğer hususların yanı sıra, Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesi Statüsü'nü ve Birleşmiş Milletler Temyiz Mahkemesi Statüsü'nü kabûl etmiş, ayrıca eski Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi'ni 31 Aralık 2009 tarihi itibarıyla feshetmiştir.

²²⁸ BRAVO, Teresa: “*The Evolving Nature of the UN Justice System (BM Adalet Sisteminin Gelişen Yapısı)*”, 1 Şubat 2025, UN Today, https://untoday.org/the-evolving-nature-of-the-un-justice-system/?utm_source=chatgpt.com, 8.11.2025.

Bay Kallon ile ilgili manevî tazminat davası ve karşı görüşler için bkz. UNAT, 31 Mart 2017 tarihli ve 2017/742 no.lu Kallon v. BM Genel Sekreteri kararı.

“Uluslararası memurlar, rütbeleri ne olursa olsun, ulusal mahkemelerde haklarını koruyamazlar. Başvurabilecekleri tek yol, ilgili Personel Tüzükleriyle öngörülmüş mekanizmalardır.” Bununla birlikte, son dönemde bazı ulusal mahkemeler; eğer bağışıklığın kaldırılmaması mağdur tarafın adalete erişimini fiilen engelliyorsa, uluslararası bir kuruluşun bağışıklığını kaldırma yönünde daha istekli bir tutum sergilemeye başlamıştır.²²⁹

Uluslararası idare mahkemeleri kurulmadan önce, uluslararası kuruluşların iç uyuşmazlıkları genellikle yargısal nitelikte olmayan bir yürütme organının idarî kararıyla –bazen yasama ya da müzakere organına yapılan bir itirazla, bazen de doğrudan– nihaî olarak çözümlenirdi. Günümüzdeki uyuşmazlık çözüm modellerinde bile, ilk başvuru adımı genellikle bir yürütme organı tarafından atılmaktadır. Birleşmiş Milletler bağlamında, eski Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi, örgütteki resmî uyuşmazlık çözüm sisteminin en üst noktasında yer alıyordu.²³⁰

Birleşmiş Milletler Temyiz Mahkemesi, Statüsünün 1. maddesi uyarınca²³¹, Birleşmiş Milletlerdeki iki aşamalı resmî adalet sisteminin ikinci derece organıdır. Yargı yetkisini veya yetkinliğini aşmışsa, kendisine tanınan yargı yetkisini kullanmamışsa, hukukî bir konuda hata yapmışsa, usule ilişkin bir hata işlemiş ve bu hata kararın sonucunu etkilemişse, olaylara ilişkin değerlendirmede açık biçimde makûl olmayan bir hata yapmışsa, mahkeme, Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesi’nin²³² kararlarına karşı yapılan

²²⁹ GULATI, s. 18.

ILOAT Şubat 2023 tarihli ve 4599 sayılı kararı: Personel, pozisyonunun kaldırılması sürecinde kendi başvurduğu yere atanmayıp Güney Afrika’daki başka bir göreve sevk edilmiş, bunu reddettiği için sözleşmesi feshedilmiştir. ILOAT, atama sürecinin usule uygun olmadığına, feshin hukuka aykırı olduğuna, WHO’nun maddi ve manevî tazminat ödemesine karar vermiştir.

ILOAT Temmuz 2022 tarihli ve 4519 sayılı kararı: Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (ITU) personelinin maaş kesintisiyle askıya alınmasına karşı açtığı davada, ILOAT “ücret ödemeksizin askıya alma” kararını hukuka aykırı bulmuş, ITU’nun ilgili kararlarını iptal etmiş; personel için tazminat ve masraf ödenmesine hükmetmiştir.

²³⁰ GULATI, s. 27.

²³¹ UNAT, Ekim 2021 tarihli ve 1170 sayılı karar: Personel; görev dışı davranışlarının örgüt itibarını zedelediği iddiasıyla işten çıkarılmıştır. UNDT önce personelin davranışını ihlâl saymış, ancak UNAT cezayı orantılı bulmuş ve feshin uygun olduğunu belirtmiştir. Bu karar; personelin özel yaşamındaki davranışların uluslararası memur olarak görev yaptıkları örgüt açısından değerlendirilmesi ve “sadakat yükümlülüğü” ile “ölçülülük ilkesi” arasındaki denge açısından önemli bir karardır.

²³² UNDT, 30 Haziran 2020 tarihli ve 106 sayılı Abd Al-Shakour et al. v. BM Genel Sekreteri kararı. (bkz. III/B/3(b)).

temyiz başvurularını inceleme yetkisine sahiptir. Bu düzenleme, Birleşmiş Milletlerin iç adalet sisteminde temyiz denetiminin kapsamını ve sınırlarını belirlemektedir.²³³

Konsey'in OECD İdare Mahkemesinin Statüsü ve İşleyişine İlişkin 1991 tarihli kararına dayanan uygulama hükmünde, personel tarafından yapılan önceki başvurulara yanıt verme yetkisi, Genel Sekreter adına İcra Direktörü tarafından kullanılabilir; ancak bu yetki, üst düzey yönetici personelin atamalarının sona erdirilmesi veya görevden alınmasına ilişkin kararlar bakımından uygulanmaz. İdare mahkemesinin açık oturumlarına izinli memurlar, görüşülen uyuşmazlıkta doğrudan çıkarı bulunan ve İcra Direktöründen özel izin alan memurlar katılabilir.²³⁴

Özel hizmet sözleşmesi kapsamında çalışan kişiler ve bireysel hizmet sağlayıcılar, eski Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesine (eski UNAT) başvuru hakkına sahip değildi. Her ne kadar Reform Paneli şu görüşü ifade etmiş olsa da: *“Gayriresmî ve resmî iç adalet sisteminin kapsamı ve yargı yetkisi, Birleşmiş Milletler tarafından ücretli bir pozisyonda istihdam edilen veya Örgüt’le sözleşme uyarınca kişisel hizmet sunan tüm kişileri kapsamalıdır.”*, yenilenen sistemde de bu durum değişmemiştir. Nitekim Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesinin Taslak Statüsü, erişim hakkı konusunda Reform Paneli’nin bu önerisini içermektedir.²³⁵

Uluslararası idare mahkemelerinin hâkimleri, bir uluslararası kuruluş ile personeli arasındaki istihdam ilişkisini düzenleyen karma bir hukuk sistemi uygularlar. Bu hukuk alanları arasında iş hukuku, uluslararası kamu hukuku ve uluslararası kurumsal hukuk yer alır. Bu nedenle bir hâkim, yalnızca ulusal idare hukuku konusunda deneyim sahibi olmakla kalmamalı, aynı zamanda bu sayılan diğer hukuk alanlarında da deneyim sahibi olmalıdır; böylece uluslararası idare mahkemelerinde ortaya çıkabilecek bazı karmaşık meseleleri ele alabilecek donanımına erişebilir²³⁶. Mahkemelere atanacak adayların, kendi ülkelerindeki yargı mercilerinde belirli bir süre hâkimlik deneyimine sahip olmaları şarttır.²³⁷

²³³ GULATI, s. 54.

²³⁴ OECD Personel Yön., III. Kısım/122.3.

²³⁵ GULATI, s. 55.

²³⁶ GULATI, s. 56.

²³⁷ Birleşmiş Milletler Uyuşmazlık Mahkemesi için en az 10 yıl, Birleşmiş Milletler Temyiz Mahkemesi için ise en az 15 yıl yargısal deneyim gerekmektedir.

SONUÇ

Ortak menfaatlerinin çözümü için bir araya gelerek uluslararası kuruluşları oluşturan devletlerin nihaî amacı belli bazı sonuçlara ulaşmaktır. Dünya barışı, çevre kirliliğinin durdurulması, kadınların ve çocukların onlara özgü sorunlarının çözülmesi gibi konular ancak gerçek kişilerin emekleriyle halledilebilir. Bu gerçek kişiler ise o kuruluşun karar verme mevkilerinde bulunan uluslararası memurlardır. O halde bu insanların huzurlu bir ortamda, gelecek endişesi taşımadan, mutlu olarak çalışmalarının sağlanması gerekmektedir. Bunun için de uluslararası memura uygulanacak hukuk kurallarının hukuka ve hakkaniyete mümkün olduğunca uygun düzenlenmesi ve iyi bilinmesi lâzımdır.

Bir uluslararası kuruluşun iç hukuku, kendine özgü bir bileşimdir; kaynakları yalnızca idare hukukunu değil, aynı zamanda uluslararası kamu hukuku gibi diğer hukuk alanlarını da kapsar.

Uluslararası memur ile çalıştığı kuruluş arasında çıkan hukukî uyuşmazlıklar için kuruluş içindeki idarî başvuru yollarından başka uluslararası idare mahkemeleri bulunmaktadır.²³⁸

Engelli çocuğu bulunanlar ile tâcize, cinsel tâcize uğrayanlar için birçok tüzük ve yönetmelikte hüküm vardır.

Memur, ülkesi dışında yurdundan, ocağından koparak tamamen yabancı bir çevrede farklı kültür, bilgi, âdet ve gelenek, görgü, görüş ve inanç sahibi değişik milliyetteki²³⁹ insanlarla ve bazen de ülkesinin yararlarına karşı çalışmak zorunda kalmaktadır.

Uluslararası memur belli bir kariyere sahip olmamanın huzursuzluğu ile gelecek güvencesinden yoksun olmaktan, her an işine son verilebilme ihtimalinin varlığından doğan endişe ve korku içindedir.

²³⁸ GULATI, s. 64.

²³⁹ Normal şartlar altında memurlar meslektaşları ile olan iş ilişkilerinde “milliyet”i bir sorun olarak hissetmemektedirler. Bu sonuç Avrupa Toplulukları memurları arasında 1973 ve 1974 yıllarında yapılan yüz elliden fazla görüşmeye dayanmaktadır. Bkz. MICHELMANN, H. J.: “*Multinational Staffing and Organizational Functioning in the Commission of the European Communities (Avrupa Toplulukları Komisyonunda Çok Uluslu Personel Yapısı ve Örgütsel İşleyiş)*”, Int. Org., 1978, C. XXXII, S. 2, s. 492-493.

Ancak idarî memurların kariyer yapma şansının yüksek dereceli memurlara oranla daha fazla olduğu da bir gerçektir. Çünkü yüksek mevkilerde siyasî değerlendirme rol oynadığı müddetçe kariyer olamayacağı bellidir. Kaldı ki kabiliyete dayanan kariyere ülkelerin yaklaşımları farklıdır.²⁴⁰

Kanaatimizce de uluslararası memurlar kariyer yapmamalıdır. Çoğunlukla uluslararası memurluk yapmış kimseler tarafından yazılan kitap ve makalelerde veya yapılan sözlü araştırmalarda dile getirilen yakınmalar, kariyer yapılamamasının kötü sonucu olarak gösterilen somut riskler ne denli haklı olursa olsun, bir uluslararası kuruluş, uluslararası memurlar için değil, fakat üye devletlerin yararı için varlığını devam ettirmektedir. Yani memurlar amaç değil, araçtır. Kaldı ki uluslararası memurların çoğu o uluslararası kuruluşa belli bir yeteneğinin yanı sıra, coğrafi bölüşümün uygulanabilmesi bakımından çoğu kez sırf o devletin uyrukluğunda olduğu için seçildiğini çok çabuk unutmakta ve kısa bir süre sonra yalnızca çok yetenekli bir kişi olduğu için seçildiği zannına kapılmaktadırlar.

Uluslararası memurların önemli bir kısmı uluslararası kuruluşun üye devletlerin kendi vatandaşı bulunduğu ülkenin işlerine bakan bölümünde görevlendirilmektedirler. Ancak bu şahıslar vatanlarından ayrıldıktan kısa bir süre sonra maalesef kendi ülkelerine karşı görevlerini tam anlamıyla yerine getirememektedirler. Çünkü kendi ülkelerinin sorunlarını unutmaktadırlar. İşte bu hükümetler de ödünç olarak verdikleri uluslararası memurlarını, kanaatimizce, ülkelerinin sorunlarını unutmaya başlayacakları zamana kadar devam edegelen bir süre için görevlendirmekte, sonra geri çağırıp, ülke sorunlarını iyi bilen yenilerini göndermektedirler.

Devletler, özellikle içinde bulunduğumuz yüzyılda, birçok konularda işbirliği yapmanın zorunluluğuna içtenlikle inanarak nasıl uluslararası kamu hizmeti gören birçok teşkilât kurmuşlarsa, bundan sonra yavaş yavaş da olsa, bu teşkilâtlardan bekledikleri kamu hizmetlerinin lâıyık ile ancak belirli bir hukukî statüye ve uluslararası kamu hukuku kurallarına tâbi ve yalnızca teşkilâttan emir alan yetenekli, aynı zamanda ulusal duygulara ve ruha sahip, inançlı, bağımsız uluslararası memurlar tarafından yapılabileceği bilincine de

²⁴⁰ Bu konuda bir örnek için bkz. STAHL, O. Glenn: Public Personnel Administration (Kamu Personel Yönetimi), B.4, New York 1956, s. 567.

Uluslararası örgütlerde görev alma, başvuruda dikkat edilecek hususlar, staj başvuruları ve benzeri başka bilgiler için bkz. Uluslararası Memuriyet Rehberi; GERMOND-MARTIN, s. 275-277.

tam varacaklardır. İşte o zaman üye devletlerin etkisinden ve baskısından uzak görev yapan sekreterlikler, uluslararası memurluğun ve bu arada uluslararası kamu hukuku ile uluslararası idare hukukunun gelişmesinde bugüne oranla daha etkin olabileceklerdir.

Bütün bunları sağlayabilmek ve bu arzu edilen gelişmelere ulaşabilmek için, öncelikle uluslararası memurun çalıştığı süre boyunca uluslararası kuruluşu tarafından çok iyi korunması gerekmektedir. Bunun için de çok kapsamlı bir uluslararası personel ve özellikle uluslararası memur mevzuatı üzerinde çalışılmalıdır.

Kanaatimizce uluslararası memurlar için her bir uluslararası kuruluş kendi tüzüğüne ek olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (1950), Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nı (2000), Avrupa Doğru İdarî Davranış Kanunu'nu (2001), Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin iyi idare konusunda üye devletlere yönelik CM7REC(2007)7 sayılı tavsiyesinin ekinde yer alan İyi İdare Kanunu'nu (2007), Avrupa Birliği Ombudsmanlığı tarafından hazırlanan Avrupa Birliği memurlarına yol gösterecek olan kamu hizmeti ilkelerini (2012) gözönünde bulundurmalıdır.^{241, 242}

Burada hatırlatmamız gereken bir husus daha bulunmaktadır. Uluslararası memur kendini ne kadar güvende hissederse çalıştığı uluslararası kuruluş için o kadar başarılı olur. Kendini işine daha çok adanarak çalışır. İşte sağlanabilecek bu güvencelerden biri de daha önce belirtildiği üzere uluslararası idare mahkemelerinin varlığıdır.

Uluslararası idare mahkemeleri, yukarıda belirtildiği üzere uluslararası kuruluşlarla kendi memurları arasında ortaya çıkabilecek hukukî mahiyetteki anlaşmazlıkların çözülmesi amacıyla kurulmuş olan özel mahkemelerdir.²⁴³

²⁴¹ ABTHŞ ve AİHS personel hukukunun kaynakları olarak değerlendirilmektedir. ŞENGÜL, Ramazan: “Avrupa Birliğinde Memurların Statüsü”, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 6, S. 1, s. 46.

²⁴² ODYAKMAZ, Zehra – GÜZEL, Oğuzhan: “İyi İdare Hakkı”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S. II, Y. Aralık 2017, Ankara Ocak 2018, s.13-37; ODYAKMAZ, Zehra – K. Berkay ÇAKIRALP: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Işığında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu ve Kararları, Ankara Ocak 2025; ODYAKMAZ, Zehra – Ümit KAYMAK - Oğuzhan GÜZEL: Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Işığında...

²⁴³ Uluslararası idare mahkemelerinin gelişimi konusunda bkz. ÇAMYAMAÇ, Anıl-Fehmi Kerem BİLGİN: “Uluslararası İdare Mahkemelerinin Gelişimi”, s. 1-34.

Bu mahkemeler genellikle ihtisas mahkemeleri niteliğindedir ve yalnız personelle ilgili davalara bakarlar.²⁴⁴

Sonuç olarak küçülen dünyamızda uluslararası işbirliğinin gelişmesi; uluslararası kuruluşların fonksiyonlarının artması sonucu gittikçe daha etkili hale gelmeleri, bu kuruluşların en önemli unsuru olan uluslararası memurların çalışırken daha verimli ve daha mutlu olmaları üzerinde yeniden düşünülmesini gerekli kılmıştır.

Çeşitli uluslararası idare mahkemeleri için bkz. EATHOUGH, David: “*Building an Administrative Tribunal of an International Financial Institution from Scratch: Lessons from the European Stability Mechanism (Bir Uluslararası Finans Kuruluşunun İdare Mahkemesini Sıfırdan Kurmak: Avrupa İstikrar Mekanizmasından Dersler)*”, In Book: *The Role of International Administrative Law at International Organizations*, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, 2020, s. 225-237; LEBLANC, Eric: “*Procedural Requirements in Staff Misconduct Cases: The Evolving Approach of the African Development Bank Administrative Tribunal (Personel Suistimal Davalarında Usul Gereklilikleri: Afrika Kalkınma Bankası İdare Mahkemesinin Gelişen Yaklaşımı)*”, In Book: *The Role of International Administrative Law at International Organizations*, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, 2020, s. 262-274; LACOURT, Alice: “*The Commonwealth Secretariat Arbitral Tribunal: The Evolution and Explanation of Changes to the Tribunal’s Statute (İngiliz Milletler Topluluğu Sekreteryası Tahkim Mahkemesi: Mahkemenin Tüzüğündeki Değişikliklerin Gelişimi ve Açıklanması)*”, In Book: *The Role of International Administrative Law at International Organizations*, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, 2020, s. 191-212; HILL, Steven-Nick MINOGUE: “*The Effectiveness of the North Atlantic Treaty Organization in an era of Adaptation: The Role of The North Atlantic Treaty Organization Administrative Tribunal (Adaptasyon Çağında Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü’nün Etkinliği: Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü İdari Mahkemesinin Rolü)*”, In Book: *The Role of International Administrative Law at International Organizations*, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, 2020, s. 213-224; GULATI, Rishi - Thomas JOHN: “*Arbitrating Employment Disputes Involving International Organizations (Uluslararası Kuruluşlarla İlgili İş Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü)*”, In Book: *The Role of International Administrative Law at International Organizations*, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, 2020, s. 141-157; MEIGHAN, Katherine – Gabriel RODRIGUEZ-RICO: “*To Join or Not to Join: A Comparative Analysis of Joining or Creating an International Administrative Tribunal (Katılmak ya da Katılmamak: Uluslararası İdare Mahkemesine Katılmanın veya Mahkeme Kurmanın Karşılaştırmalı Analizi)*”, In Book: *The Role of International Administrative Law at International Organizations*, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, 2020, s. 119-140.

Asya Kalkınma Bankası İdare Mahkemesi tarafından kabul edilen zımni şartlar için bkz. EASTMAN, Damien J.: “*The Terms and Conditions of Employment of International Civil Servants: Implied Terms Recognized by the Asian Development Bank Administrative Tribunal (Uluslararası Kamu Görevlilerinin İstihdam Hüküm ve Koşulları: Asya Kalkınma Bankası İdare Mahkemesi Tarafından Tanınan Zımni Şartlar)*”, In Book: *The Role of International Administrative Law at International Organizations*, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, 2020, s. 103-115.

²⁴⁴ BLOCH -LEFEVRE, s. 60.

KAYNAKÇA

- ABEYRATNE, Ruwantissa: “Immunities And Privileges Of International Organizations And The International Civil Service (Uluslararası Örgütlerin ve Uluslararası Kamu Hizmetinin Bağışıklıkları ve Ayrıcalıkları)”, s. 34-43, Journal of Public Administration and Policy Research, C. 1.6(3), Eylül 2014.
- AGO, Shinichi: “A Few Thoughts About The Concepts of International Administrative Tribunals and International Administrative Law (Uluslararası İdarî Mahkemeler ve Uluslararası İdare Hukuku Kavramları Üzerine Birkaç Düşünce)”, s. 207-215, Asian Journal of International Law, 2022, C. 12, S. 2.
- AGO, Shinichi: “What is ‘International Administrative Law’? The Adequacy of this Term in Various Judgments of International Administrative Tribunals (‘Uluslararası İdare Hukuku’ Nedir? Uluslararası İdarî Mahkemelerin Çeşitli Kararlarında Bu Terimin Yeterliliği)”, s. 88-102, In book: The Role of International Administrative Law at International Organizations, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, Ekim 2020, 334 sayfa.
- AKEHURST, M.B.: “Renewal of Fixed-term Contracts of Employment in International Organisations (Uluslararası Kuruluşlarda Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yenilenmesi)”, s. 83-114, ICLQ., 1965, C. XXXI.
- AKEHURST, M.B.: “Unilateral Amendment of Conditions of Employment in International Organisations (Uluslararası Kuruluşlarda İstihdam Koşullarının Tek Taraflı Olarak Değiştirilmesi)”, s. 286-335, BYIL., 1964.
- AKİPEK, Ömer İlhan: Devletler Hukuku, İkinci Kitap, Devletler Hukukunun Şahıslarından Devlet, B. 2, Ankara 1965, 142 sayfa.
- BAADE, H.W.: “Acquired Rights of International Public Servants (Uluslararası Memurların Kazanılmış Hakları)”, s. 251-300, AJCL., 1966-67.
- BEDJAOUI, Mohammed: La Fonction Publique Internationale, XVI+210 sayfa, Londra 1958.
- BLOCH, Roger-LEFEVRE, Jacqueline: La Fonction Publique Internationale Et Européenne (Uluslararası ve Avrupa Kamu Hizmeti), Paris 1963, 219 sayfa, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- BRAVO, Teresa: “The Evolving Nature of the UN Justice System (BM Adalet Sisteminin Gelişen Yapısı)”, 1 Şubat 2025, UN Today, https://untoday.org/the-evolving-nature-of-the-un-justice-system/?utm_source=chatgpt.com, 8.11.2025.
- CHUKWUEMEKE, Okeke Edward: “The Tension Between the Jurisdictional Immunity of International Organizations and the Right of Access to Court (Uluslararası Örgütlerin Yargı Bağışıklığı ile Mahkemeye Erişim Hakkı Arasındaki Gerilim)”, s. 25-53, In Book: The Role of International Administrative Law at International Organizations, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, Ekim 2020, 334 sayfa.
- COHEN, Maxwell: “The United Nations Secretariat: Some Constitutional and Administrative Developments (Birleşmiş Milletler Sekretaryası: Bazı Anayasal ve İdarî Gelişmeler)”, s. 295-319, AJIL., 1955, C. XXX.
- CROSSWELL, Carol Mac Cormick: Protection of International Personnel Abroad (Yurtdışındaki Uluslararası Personelin Korunması), New York 1952, x+198 sayfa, Oceana Publications.

- ÇAKMAK, N. Münci: “Global İdare Hukuku Tartışmaları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 121-135, C. XVI, Y. 2012, S. 3.
- ÇAMYAMAÇ, Anıl – Fehmi Kerem BİLGİN: “Uluslararası İdare Mahkemelerinin Gelişimi”, s. 1-34, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 31, S. 1, Haziran 2025.
- DAUGIRDAS, Kristina-Sachi SCHURICHT: “Breaking the Silence: Why International Organizations Should Acknowledge Customary International Law Obligations to Provide Effective Remedies (Sessizliği Kırarak: Uluslararası Örgütler Etkili Çözümler Sağlamak İçin Uluslararası Teamül Hukuku Yükümlülüklerini Neden Kabûl Etmelidir?)”, s. 54-87, In Book: The Role of International Administrative Law at International Organizations, AIIB Yearbook of International Law (Uluslararası Hukuk), C. 3, Ekim 2020, 334 sayfa.
- DAVIES, Jack G.W.: “The Work of The Secretariat (Sekreteryanın Çalışmaları)”, s. 135-156, Ann. Rev. Of U.N. Aff., 1952.
- DEAK, F.: “Organs of States in Their External Relations: Immunities and Privileges of State Organs and of The State (Devletlerin Dış İlişkilerindeki Organları: Devlet Organlarının ve Devletin Bağışıklıkları ve Dokunulmazlıkları)”, s. 381-467, Manual of Public International Law (Edited by, SORENSAN, M.), New York 1968, Lxv+930 s., St. Martin’s Press.
- EASTMAN, Damien J.: “The Terms and Conditions of Employment of International Civil Servants: Implied Terms Recognized by the Asian Development Bank Administrative Tribunal (Uluslararası Kamu Görevlilerinin İstihdam Hüküm ve Koşulları: Asya Kalkınma Bankası İdare Mahkemesi Tarafından Tanınan Zımnî Şartlar)”, s. 103-115, In Book: The Role of International Administrative Law at International Organizations, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, 2020, 334 sayfa.
- EATHOUGH, David: “Building an Administrative Tribunal of an International Financial Institution from Scratch: Lessons from the European Stability Mechanism (Bir Uluslararası Finans Kuruluşunun İdare Mahkemesini Sıfırdan Kurmak: Avrupa İstikrar Mekanizmasından Dersler)”, s. 225-237, In Book: The Role of International Administrative Law at International Organizations, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, 2020, 334 sayfa.
- EL ERIAN, A.: “The Legal Organisation of International Society (Uluslararası Toplumun Yasal Örgütlenmesi)”, s. 55-115, Manual of Public International Law (Edited by: SORENSAN, M.), New York 1968, Lxv+930 s., St. Martin’s Express.
- EROĞLU, Hamza: Devletler Umumi Hukuku, C. 1, Ankara 1979, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, (Ankara Üniversitesi Yayın No: 445, Hukuk Fakültesi Yayın No: 286), 580 sayfa.
- FORD, Allen: “The Secretariat (Sekreteryası)”, s. 81-108, The United Nations The First Ten Years (Edited by, WORTLEY, B.A.), Manchester 1957, viii+206 s., Manchester University Press.
- GERMOND, Laurent- Estelle MARTIN: “Macro-Trends in the Performance Management of International Civil Servants and Their Legal Implications (Uluslararası Kamu Görevlilerinin Performans Yönetiminde Makro Eğilimler ve Bunların Hukukî Sonuçları)”, s. 275-293, In book: The Role of International Administrative Law at International Organizations, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, Ekim 2020, 334 sayfa.

- GLAHN, Gerhard: Law Among Nations: An Introduction to Public International Law (Milletlerarası Hukuk: Uluslararası Kamu Hukukuna Giriş), B. 2, ABD 1970, xvii+763 s., The Macmillan Company Collier-Macmillan Limited London.
- GOODRICH, Leland Matthew-HAMBRO, Edvard (Çev. İlhan LÜTEM): Birleşmiş Milletler Antlaşması, Şerh ve Vesikalar, İstanbul 1954, XV+753 sayfa, Fakülteler Matbaası.
- GOODSPEED, Stephen S.: The Nature and Function of International Organisations (Uluslararası Örgütlerin Doğası ve İşlevi), B. 2, New York 1967, xii+733 sayfa, Oxford University Press.
- GREEN, L. C.: “The Status of International Civil Service (Uluslararası Kamu Hizmetinin Durumu)”, s. 192-211, Current Legal Problems, 1954, C. VII.
- GREIG, Donald Westlake: International Law (Uluslararası Hukuk), 864 sayfa, Londra 1970.
- GULATI, Rishi: “The International Dispute Resolution Regime of the United Nations”, s. 7-64, master tezi, Leiden Üniversitesi, Advanced Masters of Public International Law, 12.7.2010.
- GULATI, Rishi -Thomas JOHN: “*Arbitrating Employment Disputes Involving International Organizations (Uluslararası Kuruluşlarla İlgili İş Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü)*”, s. 141-157, In Book: The Role of International Administrative Law at International Organizations, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, Ekim 2020, 334 sayfa.
- GÜNEYSU, Gökhan: “Uluslararası Hukuk Kuramı Açısından Global İdare Hukuku – Bir Girizgâh”, s. 237-306, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, Y. 2015.
- HANDRLICA, Jakub: “Is There An EU International Administrative Law? A Juristic Delusion Revisited (AB Uluslararası İdare Hukuku Var mı? Hukuksal Bir Yanılsamanın Yeniden Değerlendirilmesi)”, s. 80-116, European Journal Of Legal Studies, C.12, S.2.
- HANDRLICA, Jakub: “Two Faces of ‘International Administrative Law (Uluslararası İdare Hukukunun İki Yüzü)’”, s. 363-376, Juridical Tribune, C. 9, Haziran 2019.
- HARLOW, Carol: “Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values (Küresel İdare Hukuku: İlkeler ve Değerler Arayışı)”, s. 187-214, The European Journal of International Law, Vol. 17, S. 1, 2006.
- HERBST, Jochen: “Host State Agreements (Evsahibi Devlet Antlaşmaları)”, The Max Planck Encyclopedia Of Public International Law, Vol. IV: Feminism, Approach to International Law to Human Rights, Treaties, Extraterritorial Application and Effects.
- HEREDIA, Harold Kent: “Equitable Geographic Representation in the United Nations: An Assessment of the State of the International Character of the United Nations Workforce (Birleşmiş Milletlerde Eşit Coğrafi Temsil: Birleşmiş Milletler İşgücünün Uluslararası Karakterinin Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme)”, s. 1-25, Seton Hall Journal of Diplomacy and International Relations, C. XXI, S. 1, 2019.
- HILL, Steven-Nick MINOGUE: “The Effectiveness of the North Atlantic Treaty Organization in an era of Adaptation: The Role of The North Atlantic Treaty Organization Administrative Tribunal”, s. 213-224, In Book: The Role of International Administrative Law at International Organizations, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, Ekim 2020, 334 sayfa.

- JAVITS, Joshua: "Internal Dispute Resolution at International Organizations (Uluslararası Kuruluşlarda İç Uyuşmazlık Çözümü)", November 26, 2013, <https://mediate.com/internal-dispute-resolution-at-international-organizations/>, 15.11.2025.
- JENKS, Clarence Wilfred: *The Proper Law of International Organisations (Uluslararası Örgütlerin Uygun Hukuku)*, London 1962, xLi+282 sayfa, Stevens and Sons Limited..
- JENKS, Clarence Wilfred: *International Immunities (Uluslararası Bağışıklıklar)*, New York 1961, xxxviii+178 sayfa, London Stevens and Sons Limited.
- JESSUP, P.C.: *Transnational Law (Ulusötesi Hukuk)*, New Haven 1956, 113 sayfa, Yale University Press, London: Geoffrey Cumberlege, Oxford University Press..
- KERN, Ernst: "On The Establishment of a European Civil Service (Avrupa Kamu Hizmetinin Kurulması Üzerine)", s. 21-27, ICLQ., 1959.
- KHALEEL, Safwan Maqsood: "The United Nations Civil Servant: An Important Role in International Relations (Birleşmiş Milletler Memurları: Uluslararası İlişkilerde Önemli Bir Rol)", s. 132-144, Janus.Net (uluslararası ilişkiler e-dergisi), C. 11, S. 2 (Kasım 2020-Nisan 2021).
- KING, John Kerry: *The Privileges and Immunities of the Personnel of International Organizations (Uluslararası Örgütlerin Personelinin Dokunulmazlıkları ve Bağışıklıkları)*, s. 33-56, Danimarka 1949.
- KINGSBURY, Benedict-Megan DONALDSON: "Global Administrative Law (Küresel İdare Hukuku)", Oxford Public International Law, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Nisan 2011.
- KOWALSKI, Allison: "The Black Box of International Civil Servant Accountability: Searching for Order in the Disordered United Nations System (Uluslararası Kamu Görevlilerinin Hesap Verebilirliğinin Kara Kutusu: Düzensiz Birleşmiş Milletler Sisteminde Düzen Arayışı)", s. 535-560U. Pa. J. Int'l L., 2018, C. 39:2, Penn Carey Law: Legal Scholarship Repository.
- LACOURT, Alice: "The Commonwealth Secretariat Arbitral Tribunal: The Evolution and Explanation of Changes to the Tribunal's Statute (İngiliz Milletler Topluluğu Sekreteryası Tahkim Mahkemesi: Mahkemenin Tüzüğündeki Değişikliklerin Gelişimi ve Açıklanması)", s. 191-212, In Book: *The Role of International Administrative Law at International Organizations*, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, Ekim 2020, 334 sayfa.
- LEBLANC, Eric: "Procedural Requirements in Staff Misconduct Cases: The Evolving Approach of the African Development Bank Administrative Tribunal (Personel Suistimal Davalarında Usûl Gereklilikleri: Afrika Kalkınma Bankası İdari Mahkemesinin Gelişen Yaklaşımı)", s. 262-274, In Book: *The Role of International Administrative Law at International Organizations*, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, 2020, 334 sayfa.
- LEVI, W.: *Contemporary International Law: A Concise Introduction (Çağdaş Uluslararası Hukuk: Kısa Bir Giriş)*, 343 sayfa, ABD 1979, Westview Press.
- LIU, Yongqing- Graciela BASE: "2019 AIIB Legal Conference Report (Asya Altyapı Yatırım Bankası (AIIB) Hukuk Konferansı'na İlişkin 2019 Raporu)", s. 315-334, *The Role of International Administrative Law at International Organizations*, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, 2020, 334 sayfa.

- LORENZ, W.: “General Principles of Law, Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities (Hukukun Genel İlkeleri, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nda Detaylandırılması)”, s. 1-29, AJCL., 1964.
- MEIGHAN, Katherine – Gabriel RODRIGUEZ-RICO: “To Join or Not to Join: A Comparative Analysis of Joining or Creating an International Administrative Tribunal (Katılmak ya da Katılmamak: Uluslararası İdare Mahkemesine Katılmanın veya Mahkeme Kurmanın Karşılaştırmalı Analizi)”, s. 119-140, In Book: The Role of International Administrative Law at International Organizations, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, Ekim 2020, 334 sayfa.
- MERAY, Seha L.: Devletler Hukukuna Giriş, B. 3, C. II, Ankara 1975, xxvii+702 sayfa, AÜSBF. Yayınları No: 206.
- MERILLAT, H.C.L.: “Summary Report on Legal Advisers and International Organisations (Hukuk Müşavirleri ve Uluslararası Kuruluşlar Hakkında Özet Rapor)”, (Edited by, MERILLAT, H.C.L.), New York 1966, s. 1-49, Legal Advisers and International Organisations (Edited by: MERILLAT, H.C.L.), New York 1966, xviii+124 s., Oceana Publications.
- MICHELMANN, H. J.: “Multinational Staffing and Organizational Functioning in the Commission of the European Communities (Avrupa Toplulukları Komisyonunda Çok Uluslu Personel Yapısı ve Örgütsel İşleyiş)”, s. 477-496, Int. Org., 1978, C. XXXII, S. 2, 1978.
- MORGENSTERN, F.: “The Law Applicable to International Officials (Uluslararası Görevlilere Uygulanacak Hukuk)”, s. 739-756, ICLQ., 1969, C. XVIII, S. 3.
- NATO Annual Report Diversity and Inclusion 2022 (NATO Yıllık Raporu, Çeşitlilik ve Kapsayıcılık), s. 21-22.
- O'CONNELL, Daniel Patrick: International Law (Uluslararası Hukuk), C. II, Dobbs Ferry, New York, Londra 1965, xxiii+655-1434+(40) sayfa, London Stevens and Sons Limited, Oceana Publications..
- ODYAKMAZ, Zehra – Oğuzhan GÜZEL: “İyi İdare Hakkı”, s.13-37, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S. II, Y. Aralık 2017, Ankara Ocak 2018.
- ODYAKMAZ, Zehra – K. Berkay ÇAKIRALP: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Işığında Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu ve Kararları, Ankara Ocak 2025.
- ODYAKMAZ, Zehra – Ümit KAYMAK - Oğuzhan GÜZEL: Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Işığında T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) ve Kararları, Ankara Eylül 2023.
- ODYAKMAZ, Zehra: “Uluslararası Memurun Uluslararası Personel İçindeki Yeri”, s. 9-76, İdari Uluslararası Hukuk, (Editörler: Anıl ÇAMYAMAÇ ve Ferit ÇAĞDAŞ), 1 Baskı, Ankara 2025, 235 sayfa, Adalet Yayınevi.
- ODYAKMAZ, Zehra: Uluslararası Memur, Ankara 1983, XXII+477 sayfa, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, basılmamış doktora tezi.
- ONARAN, Oğuz: “Birleşmiş Milletler Sekreterliği”, s. 319-349, SBFD, 1962, C. XVIII, C. XVII, S. 1.
- ÖZMAN, Aydoğan: “Milletlerarası Memurlar”, s. 74-130, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara 1964.

- PLANTEY, A.: *Droit et pratique de la fonction publique internationale*, Paris 1977, 499 sayfa, L'édition de cet ouvrage a été réalisée avec le concours de l'UNESCO.
- QUAYLE, Peter: "The Modern Multilateral Bureaucracy: What is the Role of International Administrative Law at International Organizations (Modern Çok Taraflı Bürokrasi: Uluslararası Örgütlerde Uluslararası İdare Hukukunun Rolü Nedir?)", s.1-21, In book: *The Role of International Administrative Law at International Organizations*, AIIB Yearbook of International Law, C. 3, Kısım 1, Ekim 2020, 334 sayfa.
- RUZIE, David: *Les fonctionnaires internationaux (Uluslararası memurlar)*, Paris 1970, 95 sayfa, Librairie Armand Colin.
- SCHECHTER, Alan H.: *Interpretation of Ambiguous Documents by International Administrative Tribunals (Uluslararası İdare Mahkemeleri Tarafından Muğlak Belgelerin Yorumlanması)*, xviii + 183 sayfa, Londra 1964, Stevens & Sons, Ltd.
- SCHERMERS, Henry G.: *International Institutional Law*, C. I, 24+370 sayfa, Leiden 1972, A. W. Sijthoff.
- SCHERMERS, Henry G.: *Judicial Protection in the European Communities (Avrupa Topluluklarında Yargısal Koruma)*, xviii+768 sayfa, The Netherlands 1976, Sijthoff & Noordhoff International Publishers.
- SCHWEBEL, Stephen M.: *The International Character of the Secretariat of the United Nations (Birleşmiş Milletler Sekreteryasının Uluslararası Karakteri)*, BYIL., 1953, C. XXX, s. 72.
- SEYERSTED, F.: "Jurisdiction Over Organs and Officials of States, The Holy Sea and Intergovernmental Organisations (Devletlerin, Kutsal Makam'ın ve Hükümetlerarası Kuruluşların Organları ile Görevlileri Üzerindeki Yargı Yetkisi)", s. 31-82, Ocak 1965, C. 14, S.1, s. 493-527, Nisan 1965, S. 2.
- SEYERSTED, F.: "Settlement of Internal Disputes of Intergovernmental Organisations by Internal and External Courts (Hükümetlerarası Kuruluşların İç Uyuşmazlıklarının İç ve Dış Mahkemeler Tarafından Çözümü)", s. 1-121, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Yabancı Kamu Hukuku ve Uluslararası Hukuk Dergisi)*, 1964, C. XXIV.
- SPENCER, Melvin J.: "Jurisdictional Immunity of United Nations Employees: The Gubitchev Case (Birleşmiş Milletler Çalışanlarının Yargı Bağımsızlığı: Gubitchev Davası)", s. 101-110, *Michigan Law Review*, 1950.
- STAHL, O. Glenn: *Public Personnel Administration (Kamu Personel Yönetimi)*, B.4, New York 1956, VIII+628 sayfa, Harper and Brothers.
- STARKE, Joseph Gabriel: *Introduction to International Law (Uluslararası Hukuka Giriş)*, 7. Baskı, Lvi+684 sayfa, Londra 1972.
- ŞENGÜL, Ramazan: "Avrupa Birliğinde Memurların Statüsü", s. 41-52, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Y. 2016, C. 6, S. 1.
- The International Civil Service (ICS): A Reference Compendium for United Nations Personnel (Uluslararası Kamu Hizmeti: Birleşmiş Milletler Personeli için El Kitabı)*, 2020, Dag Hammarskjöld Foundation, 124 sayfa.
- THÉVENOT, Anne-Marie Werner: "The Civil Service in International Organisations - The Example of the Coordinated Organisations (Uluslararası Kuruluşlarda Kamu Hizmeti - Koordineli Kuruluşlar Örneği)", s. 399-420, *The Civil Service in Europe, A Research*

- Companion (Edited By Karl-Peter Sommermann, Adam Krzywoń, Cristina Fraenkel-Haeberle), 1st Edition, 2025, 1034 sayfa.
- TROMBETAS, T.P.: “Loyalty, Privileges and Immunities of International Servants (Uluslararası Görevlilerin Sadakati, Dokunulmazlıkları ve Bağışıklıkları)”, s. 66-79, *Revue Hellénique de Droit International*, Atina 1965.
- TROY, Jodok: “The United Nations Secretary-General as an International Civil Servant (Uluslararası Bir Memur Olarak Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri)”, s. 906-927, *The International History Review*, 2021, C. 43, S. 4.
- VERSAN, Vakur: “Milletlerarası Âmme Hizmeti Mefhumu”, s. 3-13, *İHFM.*, 1957, C. XXII, S. 2.
- VIRALLY, M.: “The Source of International Law (Uluslararası Hukukun Kaynağı)”, s. 116-174, *Manual of Public International Law* (Edited by, SORENSAN, M.), New York 1968, 1xv+930 s., St. Martin’s Press.
- YILMAZ, Nazlı: *Uluslararası Hukuk Perspektifinden Küresel İdare Hukuku Tartışması*, Eskişehir, Temmuz 2019, Yüksek Lisans Tezi, ix+93 sayfa, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

COĞRAFI İŞARET İLE MARKA İLİŞKİSİ

The Interaction between Geographical Indications and Trademarks

Prof. Dr. Arzu OĞUZ*

ÖZ

Tarımsal ve kırsal kalkınma için çok önemli bir rol oynayan ve önemi giderek artan kolektif nitelikte bir sınai hak türü olan coğrafi işaret ile teşebbüslerin mal ve hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırmaya yarayan işletmelerin ve ürettikleri ürünlerin imzası niteliğinde bireysel bir sınai hak türü olan marka bazen çatışma içine girebilmektedir. Bu durum, coğrafi işaretlerin marka olarak yanıltıcı bir biçimde tescil ettirilmek istenmesi şeklinde veya coğrafi adların tescil ettirilmesi biçiminde ortaya çıkabileceği gibi tescilli bir coğrafi işaretin doğrudan marka olarak tescil ettirilmek istenmesi şeklinde ortaya çıkabilir. SMK md. 48 coğrafi işaretin markaya karşı korunmasını özel düzenleme altına alırken, istisnai olarak da markanın coğrafi işarete karşı korunmasını hükme bağlamıştır. Makalede SMK'nın çeşitli hükümleri karşısında coğrafi işaret ve markanın birbiri ile karşı karşıya geldiği durumlarda hangi hükümlerin uygulama alanı bulabileceği konusu ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Coğrafi işaretler, mahreç işareti, menşe işareti, marka, tanımlayıcılık, halkı yanıltan marka.

ABSTRACT

Geographical indication, which is a collective type of industrial right that plays a very important role for agricultural and rural development and whose importance is increasing, and trademark, which is an individual type of industrial right that serves to distinguish the goods and services of enterprises from the goods and services of other enterprises and is the signature of the products they produce, can sometimes come into conflict. This situation can occur in the form of a misleading attempt to register geographical indications as trademarks or in the form of registering geographical names, or in the form of a registered geographical indication being directly registered as a trademark. While Article 48 of the SMK regulates the protection of geographical indications against trademarks, it also exceptionally stipulates the protection of trademarks against geographical indications. In the

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, Fikri ve Sınai Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürü, E-posta: aoguz@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9998-1459

article, the issue of which provisions can be applied in cases where geographical indications and trademarks come into conflict with each other in the face of various provisions of the SMK is discussed.

Keywords: *Geographical indications, indication of source, indication of origin, trademark, descriptiveness, trademark that misleads the public.*

I. COĞRAFI İŞARET KAVRAMI

A. Coğrafi İşaretlerin Sosyal Etkisi

Günümüzde fikri mülkiyet haklarının sosyo-ekonomik etkisi konusunda yapılan araştırmalar, bu hakların daha fazla desteklenmesi gerekliliğini göstermektedir. Son yüzyılda gözlemlenen olgu, dünyanın sosyal ekonomik ve kültürel açıdan küreselleşmesidir. Küreselleşmenin giderek yayılması, yöreselliğin ve gelenekselliğin yeniden hatırlanarak geliştirilmesi gerektiği şeklindeki düşüncelerin ön plana çıkmasına neden olmuştur. Küreselleşmenin karşısında, geleneksel ve yöresel değerlerin korunması, ülke ekonomisine kazandırılması, ürünlerin çeşitlendirilmesi ve kültürel farklılıkların ekonomik değere dönüştürülmesi önem kazanmaya devam etmektedir¹. Coğrafi işaretlerin tescil edilmesi, etkin biçimde korunması da bu bağlamda değerlendirilmektedir.

Coğrafi işaretlerin sosyoekonomik etkileri üretim ve gelir artışı, bölgesel turizmin gelişmesi, yöredeki kültürün korunması, yeni istihdam alanları ve buna bağlı olarak göçün önlenmesi, hatta tersine göçün sağlanması olarak sıralanabilir. Coğrafi işaret tescilleri, ürünlerin markaya dönüşmesini ve hak ettiği değeri bulmasını sağlamaktadır. Coğrafi işaretin ancak yöreye bağlı olarak yapılabilen mal ve hizmet üretimini canlandırması ve işgücü yaratarak göçü önlemesi, bu sistem üzerine bir ekonomi modeli oluşturulabilmesine de imkân sağladığı için coğrafi işaret tescillerinin önemi hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelerde artmakta ve coğrafi işaret konusunu yönetebilecek ulusal otorite ve mekanizmalar geliştirilmektedir.

Coğrafi işaretler tarım ürünleri, el sanatı ürünleri veya gıda ürünleri gibi farklı nitelikteki ürünler olabilmekte ve içinde kaynaklandıkları yörenin ününe ün katmaktadırlar. Mesela, Toskana bölgesi şarap ve zeytinyağı sayesinde dünyaca ün kazanmıştır. Özel ürünlere sahip olan yöre ve ülkeler bu ürünleri daha da tanıtarak hem ürünün pazarını geliştirmekte hem de coğrafi işaretli ürünlerin ait olduğu yöreyi kalkındırmaktadırlar.

Coğrafi işaretli ürünler, diğer ürünlerden farklılaşarak pazarda ayrı bir yer edinmektedirler. Coğrafi işaretli ürünlerin satış değerinin dünya çapında 50 Milyar dolar değerinde olduğu görülmektedir. Yapılan araştırmalar,

¹ TUNCAY, Mehmet: "Coğrafi İşaretlerin Korunması", Kırıkkale Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (yayınlanmamış), Kırıkkale 2009, s. 2-3.

tüketicilerin coğrafi işaretli ürünlere %20 ila %40 daha fazla ödemekten kaçınmadıklarını göstermektedir².

Coğrafi işaret kavramının mevcut olmadığı dönemlerde bile coğrafya adıyla anılan yöresel ürünler, tarih boyunca ekonomik gelişimi etkilemiş, yöreyle özdeşleşen ürünler çekim merkezi olmuştur. Hindistan'ın meşhur baharatları Kristof Kolomb'u Avrupa'dan Hindistan'a yolculuk yapmaya sevk etmiştir. Kahve Yemen'den gelir türkü olarak kültürümüze yerleşmiş, Çin'de üretilen kil çömleklerin ünü Asya kıtasını aşmıştır³.

B. Coğrafi İşaretin Tanımı

Günümüzde anladığımız anlamda coğrafi işaret kavramını tanımlayan ilk düzenleme TRIPS md. 22 *“Bu sözleşme açısından coğrafi işaretler, üye bir ülkenin toprağından veya bu toprak üzerinde yer alan bir bölge veya yöreden kaynaklanan, belirgin bir niteliği, ünü itibarı veya diğer özellikleri itibarıyla esas olarak bu coğrafi menşeye atfedilen ürünleri tanımlamak için kullanılan işaretlerdir”* tanımını getirmiştir.

Hukukumuzda coğrafi işaret tanımı 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun 33'üncü maddesinde yer almaktadır. Buna göre coğrafi işaret *“belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri bakımından kökenin bulunduğu bir yöre, alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş bir ürünü gösteren işarettir”*. Bu tanımlamada, coğrafi işaretin, yöresel özellikleri belirgin olan ürünlerin, belirli bir yöreyle özdeşleşmiş olmasına ve sahip olduğu ayırt edici özelliklerini o yöreden aldığı için yörenin adıyla anılmasına vurgu yapılmaktadır.

Coğrafi işaret alan ürünlerde ayırt edici özellik, doğal (iklim ve toprak gibi) faktörlerden kaynaklanabileceği gibi, kültürel faktörlerden de kaynaklanabilir. Her ne kadar coğrafi işaretler tarımsal ürünler veya gıda kökenli ürünler için yoğun olarak kullanılsa da sadece bu ürünlerle sınırlı değildir. Tarım ve gıda ürünlerinin yanı sıra, madenler, el sanatları ve sanayi ürünlerin de ayırt edici özelliklerinin üretildiği coğrafyadan kaynaklanması durumunda, bu tescil kapsamına girmektedir.

² VATS, Naresh Kumar: *“Geographical indication – the factors of rural development and strengthening economy”*, Journal of Intellectual Property Rights, 2016, S. 21, s.349.

³ SHUKLA, Varun: *“Historical Development of Geographical Indication Law Under International Arena”*, International Journal of Law, 2016, C 2, S.4, s.1-4.

Bunlara örnek olarak, Alman birası, Fransız ve İtalyan şarabı ve peyniri, İsviçre çikolatası, Rus votkası gibi örnekler verilebilir. Ülkemizde de Antep Baklavası, Malatya Kayısı ya da Antakya Künefesi, Amasya Elması ilk akla gelen örneklerdir.

C. Coğrafi İşaretlerin Unsurları

1. Ürün Olma

Coğrafi işaret tescili yapılabilmesi için tescil edilmek istenen varlığın, gıda, tarım, el sanatları, maden ve sanayi ürünleri teşkil eden bir ürün olması gerekir. Avrupa Birliği, coğrafi işaret tescillerini gıda ürünleri, alkollü içecekler ve şaraplar olarak üç kategoriye ayırmakta ve madenler, el sanatları ve sanayi ürünlerini coğrafi işaret koruması içinde değerlendirmemektedir. Bu tür ürünler, ülkeler tarafından kendi hukuk sistemleri içinde tanınmış marka tescilleri veya Avrupa Birliği içinde ticaret anlaşmaları yaparak korumaktadır.

2. Ayırt Edicilik

Coğrafi işaretin ayırt edici olması, onların tescil edilmesi ve piyasalarda değer görmesi için mutlaka aranan bir özelliktir. Coğrafi işaret tescili alan veya almak isteyen bir ürünün şekil, tat, koku veya başka bir özelliği çok güzel bir özellik olabilir ama o özellik, ürünün üretilebildiği her yerde aynı şekilde ortaya çıkıyorsa ayırt edicilikten bahsedilemez. Coğrafi işaret tescili alan ürünler benzer ürünlerden bir veya birkaç farklı özelliği ile farklılaşmaktadır. Mesela, Antakya Künefesinde, diğer künefelerden farklı olarak kullanılan peynir Antakya yöresine özgü tuzsuz inek peynirinden yapılmaktadır. Bu peynirin kullanılması Antakya Künefesini diğer künefelerden ayırıp ona kendine has bir tat ve koku kazandırmaktadır. Bu tat ve koku da ürünü benzerlerinden ayırıştırıp tüketicilerin gözünde özel bir yere koymaktadır. Bir başka örnek olarak Ezine Peyniri üretilirken, yörede yetişen keçi sütü yaklaşık %40, koyun sütü %45 ve inek sütü %15 şeklinde özel bir oranla karıştırılarak yapılmaktadır. Bu karışımındaki oranlar ve hayvanların Ezine, Bayramiç ve Ayvacık yörelerinde yetişmiş olması, ürünü benzerlerinden farklı bir tada kavuşturmuştur.

3. Coğrafi Sınır

Ayırt edici özellik, belli bir coğrafi sınırdan kaynaklanır. Ürün, hammaddesini o yöreden alabilir, üretim yöntemini o yöreden alabilir. Belirlenen bu coğrafi sınır, şehir, bölge veya ülke olabilir. Coğrafi sınırın özellikleri o yörenin iklimi, toprağı ve kültürüdür.

4. Yöre Bağı

Coğrafi işaretlerin ilgili yöreye bağı, farklı nedenlerden kaynaklanabilir. Geçmişten gelen ve sadece o yörede görülen bir kültür, başka yerlerde kullanılmayan bir üretim şekli, toprak yapısından sebze veya meyveye geçen bir aroma ya da o ürünün çok uzun yıllardır o yörede üretilmesinden kaynaklı yöreyle özdeşleşen isimler yöresel bağa örnek olarak verilebilir. Bu konuda ilginç bir örnek İzmir boyozudur. Boyoz İzmir’de yaklaşık, 500 yıldır yapılmaktadır. İzmir Boyozunun kendine has bir tarifi ve içerik listesi vardır ama ürünü tescile konu eden asıl niteliği yöreyle özdeşleşen ünüdür. Bütün coğrafi işaretli ürünlerin, o yöreden aldığı bazı özellikler olabileceği gibi başka yerlerde benzer ürünler olsa da o yöre nedeniyle ürünün üne kavuşmuş olması da yöre bağı bakımından yeterli görülebilmektedir. Ürünün başka yerlerde olmasına rağmen bir yörede yoğun olarak veya uzun dönemden beri üretiliyor olma nedeniyle üne kavuşmuş olması gerekçe gösterilerek ürüne sadece o yöre için tescil alınması, bazı tartışmalı durumlara yol açmaktadır. Mesela, çiğ köfte denildiği zaman akla ilk olarak Şanlıurfa gelse de Adıyaman ilinin çiğ köfte tescili de vardır. Birbirine yakın kültürlerde yörelerde ürüne sahip çıkma konusunda bazı tartışmalar yaşanabilmektedir.

D. Coğrafi İşaret Türleri

Coğrafi işaretli ürünlerde bu işareti oluşturan unsurların bir araya gelme oranı dikkate alınarak, coğrafi işaretler, menşe adı ve mahreç işareti olarak iki kategoriye ayrılır⁴.

1. Menşe Adı

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunun 34. Maddesine göre menşe adı *“Coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, bölge veya istisnai durumlarda ülkeden kaynaklanan, tüm veya esas özelliklerini bu coğrafi alana özgü doğal ve beşerî unsurlardan alan, üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerin tümü bu coğrafi alanın sınırları içinde gerçekleşen ürünleri tanımlayan adlar”* olarak tanımlanmıştır.

Menşe adında ürün, tüm veya esas özelliklerini belirlenen coğrafi sınırdan almak zorunda olup, ürün birden fazla hammaddeden yapılıyor ise, bütün malzemelerinin belirlenen yöreden kaynaklanması gerekir.

⁴ GÜNDOĞDU, Gökmen: Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması, İstanbul 2006, s.61 (Coğrafi İşaret).

2. Mahreç İşareti

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun 34. Maddesinde mahreç işareti *“Coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, bölge veya ülkeden kaynaklanan, belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri bakımından bu coğrafi alan ile özdeşleşen, üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinden en az biri belirlenmiş coğrafi alanın sınırları içinde yapılan ürünleri tanımlayan adlar”* olarak tanımlanmaktadır.

E. Coğrafi İşaretin İşlevleri

Coğrafi işaret, yerel ürünleri ve onların üreticilerini desteklemek için getirilen bir sistemdir. Üretici korunmalıdır ki, özellikli ürünler istikrarlı biçimde üretilmeye devam edilebilsin.

Coğrafi işaret ürüne ayırt edicilik sağlar, bu da tüketicinin o ürünü farklı algılamasına yol açar, ürüne olan talebi artırır. Mesela Trabzon ekmeği, diğer ekmeklerden farklı olduğu algısı ile diğerlerinden farklılaşır ve kendisine ayrı bir pazar bulur.

Coğrafi işaret tescili ürünün kalitesini garantiler ve tüketiciye bu konuda bir güven sağlar. Bu güvenin korunması için ilgili birimlerin coğrafi işaret almış ürünleri, işaret alırken tanımlanan özelliklere uygun üretilip üretilmediklerini kontrol etmesi son derece önemlidir.

Ülkemizde de memleket yöre kavramları özellikle önemsenmekte, tüketiciler genellikle geleneksel olarak tükettikleri ürünleri tercih etmektedirler. Hatta kendi yöresinin dışında yaşayan kişiler bile satın alacakları ürünlerin kendi yörelerinden kaynaklanıyor olmasını önemserler. Bu bağlamda coğrafi işaret tescili, tüketicilere yol gösterir.

Coğrafi işaretli ürün sayısının artması, köyden kente göçün azaltılmasında stratejik öneme sahiptir. Yöredeki insanlar daha fazla üretim yapıp, ürünlerini pazarda değerli bir şekilde satabildikleri zaman yörelerinden ayrılmazlar⁵. Hindistan’daki Muga İpeği 2009 yılında 105 ton üretilirken bu sayı coğrafi işaret tescili aldıktan sonra 2016 yılında 166 tona yükselmiştir. Üretimde yaklaşık %50’lik bir üretim artışı gerçekleşmiştir. Üretimdeki bu artışa bağlı olarak sektörde çalışan kişi sayısı da 2013 ve 2016 yılları arasında

⁵ GÖKOVALI, Ümmühan: *“Coğrafi işaretler ve ekonomik etkileri: Türkiye örneği”*, Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 2007, C. 21, S. 2, s. 141-160.

yaklaşık %22,9'luk bir artış göstermiştir⁶. İş gücünde ve üretimdeki bu artış tersine göç için kullanılabilecek bir enstrüman olmaya başlamıştır.

Coğrafi işaret tescilinin üreticiye ve yöreye katkısına başka bir örnek olarak Vietnam'ın CaoPhong Portakalı (CaoPhongOrange) verilebilir. Coğrafi işaret tescilinden önce yaklaşık 10.000 Vietnam Dong'una alıcı bulurken, tescilden birkaç yıl sonra bu fiyatlar 20.000-30.000 Dong'a kadar yükselmiştir. Yöredeki çiftçilerin neredeyse tamamı son birkaç yıl içinde hayat standartlarının arttığını belirtmiştir. Ürüne olan talebin ve üretimin artmasıyla birlikte yöreye yapılan yatırımlar da artmış, bölgenin altyapısı her geçen gün geliştirilmiştir. Sulama için yeni boru hatları kurulmuş ve barajlar yapılmıştır. Ulaşımın kolaylaşması için ise daha geniş yollar yapılmış, bu yollar sayesinde yöreye gelen turist ve üretici sayısı da artmıştır. Coğrafi işaretin başarılı bir şekilde yönetilmesi sadece bu sisteme dahil olan üreticileri değil bütün yörenin hayat kalitesini arttırmaktadır⁷.

Coğrafi işaretli ürünlerin yöreye olan katkıları, sadece coğrafi işaret tescili alan ürünlerin daha yüksek fiyattan ve daha fazla miktarda üretilip satılması ile sınırlı değildir. Bu ürünler yörenin adının duyulması ve ürün yoluyla tanınmasına katkı sağladığı için, yöreye öncekine göre daha fazla turist çekmekte ve kırsal turizme katkı sağlamakta önemli bir faktör haline gelmektedir. Bu da köyden kente göçü azaltan bir faktör olarak ortaya çıkar.

Tescil edilsin edilmesin tüm coğrafi ürünler, üretildiği bölgelerin bilinirliğinin ve tanınırlığının artmasına büyük katkı sağlarlar. Bu bilinirlik sadece o yöreye ait diğer ürünlere olan talebin artması ile ekonomik sonuçlar ortaya çıkarmaz, ülke genelinde hatta uluslararası alanda ülkenin farklı coğrafi birimlerinin olumlu özellikleriyle tanınmasına da imkân sağlar⁸.

Marka ise tüketicinin; kalite, reklam, ayırt edici özellikleri gibi herhangi bir özelliği açısından diğer ürünlerden ayrılan bir ürün ile marka sahibi arasında bağlantı kurmasını sağlamaya yarayan işaretlerdir. Coğrafi işaretler herkesin kullanımına açık, kolektif bir hak sağlarken marka ise marka sahibinin harcadığı para, emek ve zamana karşılık yalnız onun kullanımına tahsis edilir⁹. Nitekim SMK md. 148'de sınai mülkiyet haklarının konu

⁶ VATS, s.350.

⁷ VATS, s.350.

⁸ VATS, s. 351.

⁹ AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/YILDIZ, Burçak/İMİRLİOĞLU, Dilek: Sınai Mülkiyet Hukuku, Ankara 2021, s.145.

edileceği tasarruf işlemleri sayılmış, ayrıca miras yolu ile intikal edeceği düzenlenmiş ancak coğrafi işaretler hükmün dışında tutulmuştur.

Coğrafi işaretlerin toplumun kullanımına tahsis edilmesi, coğrafi işaretle korunan ürünlerin haksız kullanımının önlenmesini gerektirir. Bu açıdan bir ürünün, coğrafi işaretin niteliklerini taşısa bile marka olarak tescil edilememesi (tekel oluşturulamaması) gerekir, hem de gerekli nitelikleri taşımadığı halde coğrafi işaretle korunan bir ürünmüş gibi ticaret mevkiine konulması yasaklanmalıdır. Dolayısıyla kural olarak coğrafi işaretin marka olarak tescili mümkün olmamalı, coğrafi işaret tescil ettirenin dahi bu işareti marka olarak tescil ettirememesi gerekir¹⁰. Çünkü, coğrafi işaretin sağladığı korumanın tek bir kimsenin tekeline verilmesi mümkün olmamalıdır.

II. COĞRAFI İŞARET İLE MARKANIN İŞLEVLERİ BAKIMINDAN BENZERLİK VE FARKLILIKLARI

Coğrafi işaretler ve markalar, bir ürünü diğer ürünlerden ayırt etme işlevleri nedeniyle birbirine benzer olarak değerlendirilebilir¹¹. Mesela Mersin'in mikroklima iklimi ile Mut zeytinyağının elde ettiği kendine özgü nitelikler, onu diğer zeytinyağlarından farklılaştırır. Coğrafi işaret ile sağlanan ayırt edicilik, ürünün coğrafi kaynağından kaynaklanır, markadaki ayırt edicilik ise ürünün işletmesel kökeninden ileri gelir.

Gerek marka gerek coğrafi işaret ile “malların ve hizmetler”in “ortak karakteristik özellikleri”, “üretim usulü”, “coğrafi menşei” ve “kalitesi” garanti edilir¹². Bu anlamda, marka ile coğrafi işaret garanti işlevi açısından da yakınlık gösterir. Bununla birlikte, markaların garanti fonksiyonu ürünün değişebilen kalitesine bağlı iken coğrafi işaretlerin üretim yeri, hammadde, üretim şekli gibi belirli nitelikleri süreklilik arz etmek zorundadır¹³.

Bilindiği üzere, garanti markası SMK md. 31’de, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işaret olarak tanımlanmıştır. Garanti markasında da coğrafi işaretlerde olduğu

¹⁰ TUNCAY, s.18; AYHAN/ÇAĞLAR/YILDIZ/İMİRLİOĞLU, s.145.

¹¹ GÜNDOĞDU, Coğrafi İşaret, s.72; MAGHAMINIA, Mohammad: “*Türk Sınai Mülkiyet Hukuku Çerçevesinde Marka ile Coğrafi İşaretlerin Karşılaştırılması*”, The Journal of International Scientific Researches, 2019, C. 4, S. 1, s.100 vd.

¹² Y. HGK, E. 2019/686, K. 2019/1290, 05.12.2019 (Lexpera, 25.05.2025).

¹³ GÜNDOĞDU, Coğrafi İşaret, s. 77.

gibi tüketiciye üründe belli bir kalitenin sağlandığı açıklanmak istenmektedir. Bununla birlikte garanti markalarında, coğrafi işaretlerde olduğu gibi ürünün coğrafi bir kaynak ile bağlantılı olduğunu gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁴.

SMK md. 31/2 ile garanti markasının, marka sahibinin veya marka sahibine iktisaden bağlı olan işletmenin mal veya hizmetlerinde kullanılması yasaklanmıştır. Bu açıdan bakıldığında, garanti markalarının coğrafi işaretler gibi tek bir kişinin tekeline verilmediği söylenebilir.

III. COĞRAFI İŞARET İLE MARKA İLİŞKİSİNİ DÜZENLEYEN HÜKÜMLER

A. Genel Olarak

Coğrafi işarete konu olan mallar, özel nitelikleri, yetiştikleri yere özgü renk koku ve aromaları nedeniyle bir ün kazanmışlardır. Bu ünün sağladığı güven ile coğrafi işaretler halk nezdinde ürünlerin tercih sebebi haline gelirler.

Marka tescili yolu ile bu ünden haksız yere faydalanmanın önüne geçilmek üzere SMK'da özel hükümlere yer verilmiştir. Öncelikle SMK md. 5/1 (i) ile coğrafi işaretler marka başvurularında mutlak ret nedeni olarak düzenlenmiş, sonra "Markalarla İlişki" kenar başlığı ile SMK md. 48 coğrafi işaretler ile marka arasındaki ilişkiyi düzenlemiştir.

SMK md. 48 hükmüne göre kural coğrafi işaretin korunması, istisna da markanın coğrafi işarete karşı korunmasıdır. SMK md. 48/1 ile düzenlenen hükme göre *coğrafi işaretin tescilinden sonra 44'üncü maddede belirtilen biçimlerde veya tescile konu coğrafi işaretle ilgili mal veya hizmetler için kullanılmak üzere yapılan marka başvurusu reddedilir, tescil edilmiş ise dava yoluyla hükümsüz kılınabilir.*

Buradan anlaşılan coğrafi işaretle belirtilenler dışında kalan mal ve hizmetler için marka başvurusu yapmak mümkün olabilecektir. Hükümün lafzından anlaşıldığı üzere coğrafi işaretin kapsadığı mal ve hizmetler için yapılan marka başvurusu halinde başvurunun reddedilmesi emredici bir hükümken, markanın bir şekilde tescil edilmesi halinde mahkeme markayı hükümsüz kılabilir. Burada da hükümsüzlük talebinde bulunabilecek kişiler, SMK md. 25/2 uyarınca ilgili kişiler, savcılar veya ilgili kamu kurum

¹⁴ GÜNDOĞDU, Coğrafi İşaret, s. 85.

ve kuruluşlarıdır. Burada hükümsüzlük talebi ile ilgili olarak bir dava açma süresi belirlenmemiştir. Bu nedenle hükümsüzlük davası, ilke olarak marka tescilli olduğu sürece açılabilir. Hükümsüzlük talebi, başvuru tarihinde sicilde marka sahibi olarak gözüken kişilere veya bunların haleflerine karşı yöneltilir. Türk Patent ve Marka Kurumu (TPMK), marka hükümsüzlüğü davasında taraf olmaz (SMK md. 25/3)¹⁵.

SMK md. 48/1 kapsamında açılan bir hükümsüzlük davasında davacının SMK md. 44'te yer alan kullanımların gerçekleştiği iddiası karşısında mahreç işaretleri bakımından ürün ile coğrafi işaretin niteliklerinden herhangi birisi arasındaki illiyet bağının varlığını ispatı yeterlidir¹⁶. “İnegöl köfte” mahreç işaretini içeren markanın coğrafi işaret sicilinde belirtilen standartlarının ve kalitesinin sağlanması bakımından belirtilen koşullara uyulmadan üretildiği ve satışa arz edildiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir¹⁷.

Menşe adı kullanımlarında kullanımın hukuka uygun olduğunu ispat faaliyetinde ise mahreç işaretlerine nispeten daha güçlü bir ispat kuvveti aranır, zira menşe adı ile ürünün nitelikleri birbirlerine tam bağlıdır¹⁸. Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta “Madran” menşe adı ile tescilli coğrafi işareti içeren marka başvurusuna itiraz edilmiş, davalı marka sahibinin menşe adının tescilli olduğu bölgede faaliyet izni bulunmaması nedeniyle burada ticari faaliyet de yapmayacağından coğrafi işaret ürününün sahip olması gereken niteliklerde üretilemeyeceğinden bahisle marka başvurusunun reddine karar verilmiştir¹⁹.

¹⁵ TEKİN, Ufuk: “*Relationship Between Geographical Indications and Trade Marks under Turkish Law*”, GRUR, 2021, C.70, S.8, s.757.

¹⁶ YILMAZTEKİN, Hasan Kadir/YALÇIN, Banu Eylül: “*Turkish law on infringement of Geographical Indications and its degree of alignment with the EU law*”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2021, C. 16, S. 4-5, s.378.

¹⁷ Y. 11. HD, E. 2014/6169, K. 2014 /12576, 01.07.2014 (Lexpera, 25.05.2025).

¹⁸ GÜNDOĞDU, Coğrafi İşaret, s.61; ÖZGÜR, Didem: Coğrafi İşaretlerin Korunması: Avrupa Birliği'ndeki Hukuki Çerçeve ve Türkiye Uygulaması, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Avrupa Birliği Anabilim Dalı Avrupa Çalışmaları Programı Doktora Tezi (yayımlanmamış), İzmir 2011, s.29; YILMAZTEKİN/YALÇIN, s.377.

¹⁹ “...davalının daha önce MADRAN bölgesi suyu ile **anılan malların üretimi veya bu nitelikteki malların pazarlanması faaliyetiyle uğraştığı veya böyle bir faaliyet izninin bulunduğu konusunda bir iddia ve ispatının bulunmaması karşısında**, davanın reddolunduğu anılan mallar yönünden dahi davanın kabulü gerekirken hatalı gerekçeyle, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamış ve hükmün anılan nedenlerle temyiz eden davacı taraf yararına bozulması gerekmiştir...” Y. 11. HD, E. 2018/2795, K. 2019/5044, 08.07.2019 (Legalbank, 30.05.2025).

SMK md. 48 kapsamında açılan markanın terkinin ya da hükümsüzlüğü davalarında bilirkişiden alınacak rapor ile tecavüz fiilinin tespiti gereklidir. Bilirkişi araştırması yapılmadan verilen kararlar Yargıtay tarafından bozulmaktadır²⁰.

Doktrinde SMK md. 48/1 düzenlemesindeki “veya” kelimesinin “ve” olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır²¹. Görüşe göre mehz 1151/2012 sayılı AB Tüzüğü’nde karşılık gelen hükmün (md. 14/1) “ve” bağlacıyla düzenlendiği, keza “veya” olarak anlaşılması halinde coğrafi işaretin tescilli olduğu aynı mal ve/veya hizmetlerin marka olarak da tescil edilebileceği gibi bir anlamın çıktığı ifade edilmektedir. Halbuki söz konusu fıkranın referans gösterdiği SMK md. 44/2-a’da tecavüz sayılan kullanımların “*tescil kapsamındaki ürünler*” bakımından önlenebileceği düzenlenmiştir, diğer bir deyişle coğrafi işaretin aynı ürün bakımından marka olarak tescili SMK md. 48/1 referansı ile SMK md. 44 gereği mümkün değildir. Bir başka görüş ise söz konusu “veya” bağlacı ile SMK md. 5/1 (i) hükmünde düzenlenen mutlak ret sebebinin ilgili mal ve/veya hizmetler bakımından da uygulanacağı yönündedir²².

SMK md. 48/1 ile düzenlenen hallerden ilki, coğrafi işaretin tescilinden sonra 44’üncü maddede belirtilen biçimlerde kullanılmak üzere yapılan marka başvurularıdır. Mehz AB Tüzüğü ile paralel olarak SMK md. 44 ile coğrafi işareti tescil ettirene maddede gösterilen tecavüz fiillerinin önlenmesini talep etme hakkı tanınmıştır. SMK md. 44’ün karşılık hükmü olan Tüzük md. 13/1 (b) bu fiillerin içinde coğrafi işaretin çağrıştırılmasını da ihlal için bir neden

²⁰ “...uyuşmazlık konusu halılara ait desen ve motiflerin tescil edilen coğrafi işaret konusu ürünlerin karakteristik özelliklerinden olduğunun bilirkişi raporlarında tespit edilmesi karşısında bu durumun, 555 sayılı KHK’nın 15/d maddesi uyarınca coğrafi işaret tescilinden doğan haklara tecavüz ve haksız rekabet teşkil etmesine göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir...” (Y. 11. HD, E. 2008/10674, K. 2010/2689, 11.03.2010 Legalbank, 30.05.2025). “...Mahkemece görüşüne başvurulana bilirkişi raporunda tescilli coğrafi işaret adını taşıyan ürünlerin davalı işyerinde bulunmakla birlikte söz konusu ürünlerin tescil belgesindeki karakteristik özelliklere uygun olarak üretilip üretilmediği konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Oysa, ihlalden söz edilebilmesi için dava konusu ürünlerin coğrafi işaret tescil belgesinde bahsedilen özelliklere sahip olup olmadığı ve bunun sonucu ürünler üzerinde TTH adının tecavüz oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi suretiyle sonuca ulaşılması gerekir...” (Y. 11. HD, E. 2016/1466, K. 2017/4519, 19.09.2017, Kazancı, 30.05.2025).

²¹ AYHAN/ÇAĞLAR/YILDIZ/İMİRLİOĞLU, s.146.

²² GÜN, Buket: Marka Hukukunda Birlikte Varolma, İstanbul 2019, s. 275; MEMİŞOĞLU, Sami Özgür: Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri, Ankara 2019, s. 814.

olarak görmektedir²³. SMK md. 44/2 (b)'de ürünün gerçek menşei veya niteliğini belirten açıklamalar yahut stilinde, tarzında, tipinde, türünde, yöntemiyle, orada üretildiği biçimde gibi terimler içerse veya başka bir dile tercüme edilmiş olsa dahi, tescilli coğrafi işaretin, tescil kapsamındaki özelliklerini taşımayan ya da çağrışım yapacak şekilde benzeri olan ürün üzerindeki yanıltıcı kullanımının veya taklidinin önlenmesinden söz edilmektedir. Maddenin ifadesinde farklılıklar olsa dahi, SMK tarafından sağlanan korumanın coğrafi işarete konu mal ve/veya hizmetlerin çağrışım yapacak kadar benzeri olan ürün üzerindeki yanıltıcı kullanımın da önlenmesi öngörülmektedir. SMK 44/2 hükmü bağlamında, coğrafi işareti tescil ettiren ve/veya coğrafi işaret kullanım hakkına sahip olan kimselerin de coğrafi işareti, hükümde belirtilen şekillerde kullanması önlenemez. Bu kapsamda coğrafi işaretlerin; belirtilen ürünün özelliklerini taşımasına rağmen, coğrafi işaretin ününden fayda sağlayacak şekilde ya da tescil kapsamında yer alan ürünlerde veya bu ürünlerle ilişkilendirilebilecek nitelikteki ürünlerde kullanılması; tescilli coğrafi işaretin özelliklerini taşımayan ya da çağrışım yapacak şekilde benzeri olan ürün üzerinde yanıltıcı şekilde kullanılması veya taklit edilmesi; ürünün iç veya dış ambalajında, tanıtım ve reklam ya da ürünle ilgili yazılı belgelerde ürünün tescil edilmiş doğal veya esaslı nitelikteki özellikleri ile menşeiine ilişkin yanlış veya yanıltıcı herhangi bir açıklama veya belirtiyeye yer verilmesi; coğrafi işarete ilişkin amblemin tüketiciyi yanıltacak biçimde kullanılması önlenemez. Söz konusu haller oldukça geniş bir alanı kapsar ve bir coğrafi işaretin üçüncü kişiler tarafından marka olarak kullanılması, SMK md. 44/2 (ç) başta olmak üzere- SMK 44/2'de belirtilen hallerdendir. Bu bağlamda; coğrafi işaret ile markanın aynı esaslı unsurlardan müteşekkil olduğu hallerin yanı sıra coğrafi işaretin halkı yanıltabilecek şekilde markanın yan unsuru olarak kullanıldığı hallerde de çatışma ve coğrafi işaretin ihlali gündeme gelebilir²⁴.

SMK md. 48/1'de öngörülen ikinci hal ise coğrafi işaretin tescilli olduğu ilgili mal ve/veya hizmette yapılan marka başvurularıdır. Ancak hükümde yer

²³ *any misuse, imitation or evocation, even if the true origin of the products or services is indicated or if the protected name is translated or accompanied by an expression such as 'style', 'type', 'method', 'as produced in', 'imitation' or similar, including when those products are used as an ingredient;* (Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 21 Kasım 2012 tarihli ve (AB) No 1151/2012 sayılı Tarım Ürünleri ve Gıda Maddelerine İlişkin Kalite Düzenlemeleri Hakkında Tüzüğü, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2012/1151/oj/eng>, 24.06.2025).

²⁴ PASLI, Ali: Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, İstanbul 2014, s. 504; GÜN, 275.

alan ‘ilgili mal ve hizmetler’ ibaresi ile ifade edilmeye çalışılan mal ve hizmet benzerliği eşiği belirsizdir. Mülga CoğrİşKHK md. 15’te de coğrafi işaretin tescili kapsamındaki ürünleri andıran ya da çağrıştırabilen ürünlerle ilgili olarak tescilli adın dolaylı veya dolaysız olarak ticari amaçlı kullanımı koruma alanı olarak tarif edilmekle korumanın “aynı” mal ve/veya hizmet ile sınırlı olacağı kabul edilmekteydi. Nitekim Mülga CoğrİşKHK md. 18’de de TRIPS 22/3 ile paralel olarak yine tecavüz niteliğindeki kullanımları düzenleyen md. 13’teki hallerden biri ya da coğrafi işaretle “aynı tür” mallar için marka başvurusunun reddine karar verileceği düzenlenmekteydi²⁵. Öyle yorumlanabilir ki, SMK’da mülga CoğrİşKHK’den farklı olarak ‘aynı’ ifadesinin tercih edilmemesi, ‘ilgili’ mal ve hizmetlerden bahsedilmesi; hükmün kapsama alanının genişletilmesinin amaçlandığını göstermektedir. Ancak bu genişlemenin sınırı çizilmemiştir. Bu genişleme, markalar arasındaki basit karıştırılma tehlikesi için gereken seviyeyi aşmalı; ancak coğrafi işaretin kamusal korumasından beklenen menfaatin zedelenmesine de izin vermeyecek ölçüde olmalıdır²⁶.

Coğrafi işaretin marka başvurusunda esas ya da yan unsur olarak kullanımına ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Mülga CoğrKHK’da TRIPS ile paralel olarak esas ya da yan unsur olarak kullanımdan da bahsedilmemektedir²⁷. Bu noktada, mülga CoğrİşKHK’nın -ve benzer yapıda düzenlenen SMK’nın yalnızca coğrafi işaretin tek başına veya esaslı unsur olarak kullanıldığı markaların tescil edilemeyeceğini düzenlediği; coğrafi işaretin esaslı unsurunu içermeyen markaların tescilinin mümkün olduğu kabul edilmektedir²⁸.

B. Coğrafi İşaretlerin Marka Tescilinde Mutlak ve Nisbi Ret Nedenleri ile Korunması

1. Coğrafi İşaretlerin Marka Tescilinde Mutlak Ret Sebebi Olması

Coğrafi yer adlarının mutlak ret nedenleri arasında yer almasındaki temel amaç, coğrafi yer adının bir kişinin tekeline marka olarak verilmesi sonucunda coğrafi yer adını da içerecek şekilde mal veya hizmet sunacak mevcut veya potansiyel müteşebbislerin haksız rekabet ile karşılaşmalarının önüne

²⁵ GÜNDOĞDU, Gökmen: “555 Sayılı CoğrİşKHK’nın Uygulamasında “Ürün” Kavramı ve Bazı Sorunlar”, İÜHFİM, 2005, C. 63, S. 1-2, s. 231.

²⁶ GÜN, s. 277.

²⁷ GÜNDOĞDU, Coğrafi İşaret, s.144.

²⁸ GÜNDOĞDU, Coğrafi İşaret, s.144; GÜN, s. 279.

geçmektir. Ayrıca, coğrafi unsurlar içeren ifadelerin herkesin kullanımına açık olmasını sağlamak ve bu nedenle bu işaretlerin ticari marka olarak tescil edilerek marka sahibine tekel hakkı verilmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

SMK md. 5/1 (i) hükmüne göre “*Tescilli coğrafi işaretten oluşan ya da tescilli coğrafi işaret içeren işaretler*” marka olarak tescil edilemez. Coğrafi işaretten oluşan bir marka başvurusu yapılırsa, Türk Patent ve Marka Kurumu’nun takdir yetkisine bırakılmaksızın başvuru reddedilir. Söz konusu hükmün uygulanabilmesi için tescilli bir coğrafi işaretin bulunması şarttır. Dolayısıyla tescil edilmemiş ya da tescil başvurusu devam eden bir coğrafi işarete dayanılarak marka başvurusu reddedilemeyecektir.

SMK md. 5/1 (c) “*Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler*”in marka olarak tescil edilemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Buna göre coğrafi kökeni belirtmek için ticarete kullanılan işaretlerin marka olarak tescili başvurusu yapılırsa bu başvuru reddedilebilecektir.

SMK’nın 5/1(c) maddesi, mal veya hizmetleri coğrafi kaynak yönünden doğrudan tanımlayan marka tescil başvurularının reddedileceğini hükme bağlamaktadır. Bu husus değerlendirilirken başvuruya konu malların veya hizmetlerin kapsamı dikkate alınarak tanımlayıcılık değerlendirmesi yapılır.

Markayı oluşturan coğrafi yer adı niteliğindeki ibarenin tescili talep edilen mallar veya hizmetler için ün kazanmış, bilinir, doğrudan o mal veya hizmetleri anımsatır hale gelmiş olması ve ilgili ürünler için menşei bildirmesi durumunda SMK’nın 5/1(c) bendi anlamında ret şartlarının oluştuğu kabul edilir. Bu kapsamda örneğin, “France Perfume”, “Colombia Coffee”, “Cuba Cigars” şeklindeki başvurular ilgili mallar ve hizmetler için bu bent kapsamında reddedilecektir. Ayrıca, doğrudan coğrafi yer adı olmasa da ilgili coğrafi yer adından yeterince farklılaşmayan sıfat şeklinde kullanılan coğrafi yer adlarını münhasıran ya da tanımlayıcı ibareyle (şekil unsurunun niteliğine ilişkin değerlendirme saklı kalmak kaydıyla) içeren markalar bu kategoride değerlendirilecektir²⁹. SMK 5/1 (c)’ye göre coğrafi ad içeren markanın

²⁹ Türk Patent ve Marka Kurumu (TPMK), Marka İnceleme Kılavuzu 2021, s. 121 (<https://webim.turkpatent.gov.tr/file/83c114e4-499d-4791-a98e-4d02fd1d439d?download,30.05.2025>).

tescilinin reddedilebilmesi için, işaretin coğrafi işareti esaslı unsur ya da münhasır unsur olarak kullanıyor olması gerekir³⁰.

Yine SMK md. 5/1 (f) “*Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak işaretleler*”in marka olarak tescil edilemeyeceğini belirtmektedir.

İnceleme tarihi itibarıyla tescilli olmayan coğrafi işaret başvuruları ve coğrafi işaret tescili bulunmamakla birlikte bilinirliği olan ve ilgili ürün için coğrafi kaynak belirten ifadeleri içeren başvurular için 5/1-f bendi uygulanmaktadır. Bu başvurularda açık ve belirgin bir zıtlık durumu ortaya çıkmasa da coğrafi yer adıyla özdeşleşmiş olunması nedeniyle ilgili mallar açısından tüketicinin yanıltılması durumunun ortaya çıkabileceği kabul edilecek ve başvuru listesi bu çerçevede sınırlandırılacaktır. Ancak Yargıtay'ın bir kararında, coğrafi işaretlerle karıştırılmaya izin vermeyecek yer adlarının (İstanbul Şarabı) ticari marka olarak tescil edilebileceği belirtilmiştir³¹. Bu karar, literatürde, malların üretildiği yerin dikkate alınmadığı ve kararın tüketicilerin aldatılıp aldatılmadığı incelenmeden alındığı gerekçesiyle eleştirilmiştir³².

Görüldüğü üzere SMK tarafından coğrafi işaretler ile ticari markalar arasındaki ilişkiyi düzenleyen çeşitli hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlerden ikisi coğrafi köken terimine dayanırken (SMK. Madde 5.1 (c) ve (f), hükümlerden biri doğrudan coğrafi işaretlerle ilgilidir (SMK. Madde 5.1(i))³³. Bu iki terim arasındaki sınır belirlenmek istenirse, coğrafi köken teriminin coğrafi işaret teriminden daha geniş olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Her coğrafi işaret aynı zamanda coğrafi bir köken belirten işaret olmakla birlikte, coğrafi köken belirten her işaretin, bir coğrafi işaret olması gerekmez. Çünkü, coğrafi işaret olarak kabul edilebilecek işaretler SMK md. 34'te düzenlenmiş ve bunların dışındaki işaretler, tek başına bir şehrin coğrafi kökeni gösteren bir işaret olarak kabul edilseler bile, coğrafi işaret olarak kabul edilmezler. Coğrafi bir konumdan oluşan veya coğrafi bir konumu içeren sözcük markaları coğrafi markalar olarak tanımlanır³⁴.

³⁰ TEKİN, s. 756.

³¹ Y. HGK, E. 2000/1814, K. 2000/1814, 20.12. 2000 (Lexpera, 30.05.2025); Bknz. TEKİN, s. 756, dn. 25.

³² TEKİN, s.756; YILDIZ, Burçak: “*Yargıtay Kararları Işığında Coğrafi Markalar*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 9, S. 2, s.141-143.

³³ MEMİŞOĞLU, s. 813.

³⁴ TEKİN, s. 756; YILDIZ, s. 126.

Kısaca özetlemek gerekirse, coğrafi işaret içeren veya coğrafi işareten oluşan coğrafi marka başvurularının SMK mutlak ret hükümlerine göre reddedilmeleri bu üç hükümden birine dayanılarak gerçekleştirilebilir. SMK md. 5/ 1(c) ve (f)'ye göre marka başvurusunun reddedilebilmesi için coğrafi kaynak belirtiyor olması ve halkı yanıltma ihtimalinin olması gereklidir. Oysa, SMK md. 5/1 (i) nin uygulanması, coğrafi işaretin tescilli olması ile mümkündür. Ayrıca, SMK md. 5/1 (c) uyarınca coğrafi işaret içeren veya coğrafi işareten oluşan bir marka başvurusunun reddedilmesi için, coğrafi işaretin başvuru konusu markanın münhasır veya esas unsuru olarak kullanılması gerekmektedir. Coğrafi işaretin markanın münhasır unsuru olması, markanın yalnızca bu işareten oluştuğu anlamına gelir. Öte yandan, coğrafi işaretin markanın esaslı unsuru olması, bu coğrafi işaretin, kelime ve şekil gibi birçok başka unsurdan oluşan ticari markada ön planda olan bir unsur olduğu anlamına gelir³⁵.

Bu doğrultuda, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 22 Mayıs 2019 tarihli 2019/4036 sayılı kararında “Susurluk Tost ve Ayrancı Evi” işareti önceki 'Susurluk Tostçusu' markasına benzediği için ticari marka olarak tescil edilmeye uygun değildir; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 4 Şubat 2019 tarihli 2019/797 sayılı kararı “Golf Maraşlım” ve “Algıdanın Maraşlısı” markalarında Maraş kelimesi bu markaların ne münhasır ne de esaslı bir unsurudur³⁶.

SMK md. 5/1(c)'nin uygulanabilmesi için dikkate alınması gereken başka bir husus, marka olarak tescil başvurusunda bulunulan coğrafi adın ilgili tüketici kitlesinin zihninde, bir yeri çağrıştırıp çağrıştırmadığı veya bu çağrışımın gelecekte gerçekleştirilebileceği ihtimalinin bulunup bulunmadığıdır³⁷. Bu koşullar varsa, marka yanıltıcı olmasa bile reddedilebilir.

Coğrafi işaretler içeren marka başvurularının SMK md. 5/1 (f)'ye göre reddedilebilmesi için, bu markaların halkı ilgili olduğu mal veya hizmetler açısından yanıltması gerekir³⁸. Bu yanıltmanın mal veya hizmetlerin coğrafi

³⁵ YILDIZ, s.134; yani ticari marka yalnızca ‘Milas Zeytinyağı’ kelimelerinden oluşmaktadır (AB No PDO-TR-02379 – 13 Kasım 2017, [2020] OJ C270/7).

³⁶ TEKİN, s. 756, dn. 31.

³⁷ YILDIZ, s. 128-129.

³⁸ Bu doğrultuda bkz. Y. 11. HD, E. 2018/3698 K. 2020/207, 9.01.2020, lexpera, 30.05.2025 tarihli karar (‘MSL Meşhur Safranbolu Lokumcusu’ tescilli coğrafi işaretli Safranbolu Lokumu’na (C 2006/009) benzediği için kamuoyunu aldatıcı niteliktedir); Y. 11. HD, E. 2018/4047, K. 2019/5572, 18.09.2019, lexpera, 30.05.2025 tarih ve sayılı karar (Türkiye

kaynağıyla ilgili olması gerekir³⁹. Diğer bir anlatımla, bu mal veya hizmetler coğrafi unsuru belirten işaretlerle bağlantılı olmalı veya bu mal veya hizmetler coğrafi alanla bağlantılı olarak ünlü olmalı veya ilgili (ortalama tüketicilerin) zihninde o coğrafi alanı tanımlamalıdır⁴⁰. Ortalama tüketiciler için yanıltmanın, doğrudan veya dolaylı olması değil, aşıkâr olması önemlidir. Mesela, Türkiye'de üretilen votkanın üzerindeki Kiril yazısının varlığı yanıltıcı olarak kabul edilebilir⁴¹. Kurum kayıtlarında coğrafi işaret olarak tescilli bulunmamakla birlikte markada yer alan ve ilgili mallar bakımından sahip olduğu ün nedeniyle coğrafi kaynak belirten bazı yer adlarının, tüketiciyi ürünün kalitesi ve kökeni konusunda yanılgıya düşürebileceği durumlarda ise, başvuru kapsamında yer alan ilgili alt grup bakımından sınırlandırma yapılırken, listede yer alan diğer tüm mallar için başvuru ilan edilecektir⁴².

Benzer şekilde, dolaylı yanıltıcılığın başka bir örneği de Türkiye'de üretilen bir ayakkabının üzerindeki İtalyanca metin olabilir⁴³. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, MADRAN ibaresi Aydın ili Bozdoğan ilçesi Madran Dağından çıkartılan meşhur bir kaynak suyunun adı olduğunu, Madran ibaresinin Çine Belediyesi adına TPMK nezdinde kaynak suları için C2013/014 Sayılı coğrafi işaret olarak tescilli olduğunu, marka başvuru aşamasında dahi, ürünlerin coğrafi kaynağı, üretim yeri, niteliği ve kalitesi yönünden halkı yanıltabilecek nitelikte olan marka başvurularının reddinin gerekmekte olduğunu, somut olay yönünden, ilk derece mahkemesince, emsal içtihatlarımızda da yer aldığı üzere, marka başvurusunun kabul olunduğu "Biralır; bira yapımında kullanılan preparatlar. Enerji içecekleri (alkolsüz)" malları yönünden, davalının daha önce Madran bölgesi suyu ile anılan malların üretimi veya bu nitelikteki malların pazarlanması faaliyetiyle uğraştığı veya böyle bir faaliyet izninin bulunduğu konusunda bir iddia ve

Yoga Federasyonu özel bir federasyondur ve kamu federasyonu olmadığı için kamuoyunu aldatici niteliktedir); Y. 11. HD, E. 2018/1584 K. 2019/3302, 30.4.2019, lexpera, 30.05.2025 tarih ve sayılı kararı ("Bozdoğan Belediyesi Madran Memba Suyu") daha önce tescilli olan C 2013/014 sayılı coğrafi işaret ışığında kamuoyunu yanıltmaya müsaittir"); TEKİN, s. 757, dn. 35.

³⁹ YASAMAN, Hamdi (Ayoğlu, Tolga/Yusufoğlu Bilgin, Fülürya/Memiş Kartal, Pınar/Yüksel, Sinan H./Yasaman, Zeynep): Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2021, s.478.

⁴⁰ ÖZGÜR, s. 88.

⁴¹ GÜNDOĞDU, Coğrafi İşaret, s.153

⁴² TPMK Marka İnceleme Kılavuzu, s.308.

⁴³ UZUNALLI, Sevilay: Marka Hukuku, Ankara 2019, 56.

ispatının bulunmaması karşısında, işaretin davalı şirket adına tescili KHK'nın 7/1-f maddesi uyarınca halkı yanıltıcı nitelikte kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken hatalı gerekçeye dayalı ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf isteminin esastan reddine karar verilmesi doğru görülmediğini, hükmün bu nedenle temyiz eden davacı yararına bozulması gerektiğini içtihat eylemiştir⁴⁴. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir şarap markası olarak “Ararat” ibaresi için yapılan tescil başvurusunu, bu sözcük, malın Türkiye dışında bir ülkede üretildiği halde sanki Türkiye’de üretiliyor gibi algılanacağı için yanıltıcı olacağından tescil başvurusunun reddine dair yerel mahkeme kararını onamıştır⁴⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24 Haziran 2019 tarih ve 2019/4740 sayılı kararında Datça Şarapları ibaresinin marka olarak tescil edilebileceğini, Datça’nın şarapları ile ünlü olmayan bir ilçe olduğunu, dolayısı ile bu markanın aldatıcı olarak kabul edilemeyeceğini içtihat eylemiştir⁴⁶. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 15 Ocak 2020 tarihli 2020/379 sayılı kararında “Sivas Bilici Termal” ifadesinin marka olarak tescil edilebileceğini, çünkü Sivas’ın termal kaplıcasıyla ünlü olmayan bir şehir olması nedeniyle, markanın aldatıcı kabul edilemeyeceğini içtihat eylemiştir⁴⁷.

Tescili istenen marka, hem bir yer adı olarak halkı yanıltabilecek nitelikte hem de coğrafi yer adı olarak SMK md. 5/1 (f) kapsamı içerisinde olabilir. Mesela, Almanya’da Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi, 2013 tarihli kararında Hollanda’da üretilip Almanya’ya getirilen peynirler için “Erzincan peyniri” markasının kullanılmasının ve Almanya’da üretilen peynirler için “Erzincan peyniri” markasının yanıltıcı olduğuna hükmetmiştir⁴⁸.

Buna karşılık, SMK md. 5/1 (i)’ye göre, marka başvurusu yalnızca tescilli bir coğrafi işareten oluştuğu veya tescilli bir coğrafi işaret içerdiği hallerde, başka bir şart aranmaksızın reddedilir.

Bunun dışında, yukarıda belirtilen hükümlerle ilgili belirtilmesi gereken başka bir husus da şudur: SMK md. 5/2’de “*bir marka başvuru tarihinden*

⁴⁴ Y. 11. HD, E. 2018/1584, K. 2019/3302, 30.4.2019 (Kazancı, 12.06.2025).

⁴⁵ Y. 11. HD, E. 2006/4734, K. 2005/2890, 22.03.2005 (Bkz. ÇOLAK, Uğur: Türk Marka Hukuku, İstanbul 2023, s. 245).

⁴⁶ Y. 11. HD, E. 2018/351, K. 2019/4740, 24.06.2019 (Lexpera, 29.05.2025).

⁴⁷ Y. 11. HD., E. 2019/2183, K. 2020/379, 15.1.2020 (Lexpera, 29.05.2025).

⁴⁸ YARAYAN, Ali: “*Almanya’da Türkçe Markaların Korunmasına İlişkin Yargı Kararları*”, Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları 2014, (editörler Şenocak, Kemal/Rohe, Matthias/Yarayan, Ali/Ay, Başar) 2019, s. 239.

önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa bu markanın tescili birinci fıkranın (b), (c) ve (d) bentlerine göre reddedilemez” hükmü getirilmiştir.

Başka bir deyişle, somut bir ayırt ediciliği olmayan bir işaretin bazı durumlarda kullanım sonucu ayırt edicilik kazanması mümkündür ve SMK md. 5/ 1 (c) bunlardan biridir. Bu ayırt edicilik kazanma durumu coğrafi köken belirten işaretler açısından da söz konusu olabilir. Bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal/hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa, bu markanın tescili, coğrafi kaynak belirttiği gerekçesiyle reddedilemez. Bu tür markalara: maden suyuna ilişkin Beypazarı, işkembe-paça ürününe ilişkin Beykoz, piliç ürününe ilişkin Mudurnu markaları örnek olarak gösterilmektedir. Coğrafi bir markanın kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmasından söz edilebilmesi, markanın belirli bir teşebbüse ait olacak şekilde algılanması, söz konusu mal/hizmet ile teşebbüsün bağlantılı hâle gelmesi gerekmektedir. Markanın ayırt edicilik kazanmış sayılması için, ilgili çevrenin tamamının coğrafi marka ile belirli bir teşebbüs arasında bağlantı kuruyor olması zorunlu değildir. Bu çevrenin önemli orandaki bir kesiminin kanaati, ayırt edicilik için yeterlidir⁴⁹.

Sonuç olarak, SMK md. 5/1 (i) sadece tescilli coğrafi işaretler açısından uygulanabilecekken, SMK md. 5/1 (c) ve (f) koşulları varsa tescilli olmayan coğrafi işaret veya yer adları için de uygulanabilecektir.

2. Marka Tescilinde Nisbi Ret Nedeni Olarak Coğrafi İşaretler

SMK md. 6/3 coğrafi işaretlerin tescilinde nisbi ret nedeni olarak gündeme gelebilir. Bu hükme göre “*Başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir*”. Marka hukukumuzda tescil ilkesi geçerli olmakla birlikte, SMK istisnai hallerde marka hakkının tescile dayanmadan önceki kullanım yoluyla elde edilebileceğini ve korunabileceğini kabul etmiş, markayı oluşturan ve ilk defa kullanan kişinin bu kullanımını, onu tescil ettirenin hakkına göre üstün tutmuştur⁵⁰.

Hükümde yer verilen “ticaret sırasında kullanılan başka işaret”, ifadesinin haksız rekabet hükümleri dışında özel olarak korunmayan bütün

⁴⁹ YILDIZ, s.139-140.

⁵⁰ ÇOLAK, s.450; SULUK, Cahit/KARASU, Rauf/NAL, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2023, s.220.

işaretleri kapsadığı kabul edilmektedir⁵¹. SMK md. 6/3 uyarınca marka başvurusuna itiraz edilebilmesi için itiraza gerekçe gösterilen işaretin markasal etki yaratacak şekilde kullanılmış olması gerekir. Bu durumda işaret sahibi, sonraki marka başvurusunun kapsamındaki mal ve hizmetlerin aynı ve benzer olmaları itibarıyla marka başvurusuna itiraz edebilir⁵².

SMK md. 6/3 hükmü uyarınca bir marka başvurusuna itiraz edilebilmesi için işaret üzerinde hak elde edilmiş olması gerekir. Bunun için de işaretin tanınır hale gelmesi aranmamakla birlikte, ilgili piyasada belli seviyede bilinir olması gerekir. İşaretin kullanıldığı coğrafi sınırlar içerisindeki öneminin ve ekonomik boyutunun tespiti için, kullanım süresi, yoğunluğu, işaretin ilgili çevrelerde bilinme oranı gibi hususlar değerlendirilir⁵³.

Bu noktada bir coğrafi işaret, henüz tescil edilmemiş olsa da ticaret sırasında markasal etki yaratacak bir biçimde kullanılmış ise, bu coğrafi işaretin marka olarak tescil edilmesine SMK md. 6/3 uyarınca itiraz edilebilir, tescil bir şekilde gerçekleşmişse, hükümsüzlük davası açılabilir.

Bundan başka, SMK md. 6/6 hükmüne göre, “*Tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir*”. SMK md. 6/6 tescil başvurusu yapılan işaretin başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi halini düzenlerken, SMK md. 6/3 tescil edilmemiş olan sınai mülkiyet haklarını düzenleme konusu yapmaktadır⁵⁴. Bu noktada SMK md. 6/6 da coğrafi işaretler açısından gündeme gelebilecek bir hüküm olabilir. Bir coğrafi işaret veya yer adı başkası tarafından marka olarak tescil edilmek istenirse SMK md. 6/6 bu konuda ret ve hükümsüzlük talepleri için bir dayanak oluşturabilir.

⁵¹ ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, Cilt I, Ankara 1997, s.109, dn. 172.

⁵² SULUK/KARASU/NAL, s. 220.

⁵³ SULUK/KARASU/NAL, s. 221.

⁵⁴ ÇAKIR, Aytuğ Ceyhun/ÖZBOYACI, Alper/DEMİRKAPI, Erhan: “*Marka, Ticaret Unvanı ve İşletme Adının Birbirleri ile Karıştırılma Tehlikesine Karşı Korunması*”, TFM, 2021, C. 7 S. 1, s. 56.

C. Coğrafi İşaretle Aynı ya da Çok Yakın Marka Başvurularının Mutlak Reddi

Yukarda detayları açıklandığı üzere, bir coğrafi işaretin varlığı veya coğrafi köken belirten bir yer adı şartların varlığına göre mutlak veya nisbi ret nedeni oluşturabilir.

Tescilli coğrafi işaretin varlığı marka başvurusunda mutlak ret nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu noktada SMK md. 48 coğrafi işaretin tescilinden sonra tescile konu coğrafi işaretle ilgili mal veya hizmetler için kullanılmak üzere yapılan marka başvurusu reddedilir, dolayısıyla tescil edilmiş ise dava yoluyla hükümsüz kılınabilir hükmünü amirdir. Ancak, bu noktada, coğrafi işaret marka ayniyeti ve benzerliği ile ilgili mal ve hizmetlerin kapsamını, yani ayniyeti ve benzerliğini biraz somutlaştırmak gerekmektedir.

Bu konuya dair olarak, TPMK Marka İnceleme Kılavuzu'nda⁵⁵, ülkemizde coğrafi işaretlere atfedilen önemin yıllar geçtikçe artmakta olduğu, kırsal kalkınmaya sağladığı katma değer nedeniyle coğrafi işaret başvurularının teşvik edildiği, buna karşılık tescilli coğrafi işaretleri kullanma hakkına sahip kişiler ile bu ürünlerin tüketicilerinin korunması beklentisine istinaden, en azından münhasıran coğrafi işareten oluşan ya da coğrafi işaret adını içeren başvuruların 5/1 (i) bendi kapsamında mal ve hizmet ayrımı gözetilmeden reddedilmesi gerekliliğinin değerlendirildiği, öte yandan, marka başvuru alışkanlıkları göz önünde bulundurulduğunda bu tarz başvuruların coğrafi işaretin tam adından daha çok genel olarak tescilli coğrafi işareti çağrıştırır nitelikteki çeşitli ibarelerden oluştuğundan hareketle, coğrafi işareti çağrıştırır nitelikte oluşturulan başvuruların 5/1 (i) bendi kapsamında sınırlandırılarak ilanına imkân tanıyan ilkelere de yer verildiği belirtilmektedir.

Buna göre, marka tescil başvurusunun incelenme anında tescilli bir coğrafi işaret varsa, tescilli coğrafi işareten oluşan ya da ilave unsurlarla birlikte tescilli bir coğrafi işaret içeren bir marka başvurusu varsa, bu başvuru SMK 5/1 (i) kapsamında değerlendirilir.

İnceleme tarihi itibarıyla tescilli olmayan coğrafi işaret başvuruları ve coğrafi işaret tescili bulunmamakla birlikte bilinirliği olan ve ilgili ürün için coğrafi kaynak belirten ifadeler 5/1 (i) kapsamında değerlendirilmeyip, 5/1-b, 5/1-c ve 5/1-f bentleri duruma göre uygulanır.

⁵⁵ Marka İnceleme Kılavuzu, s.361 vd.

Kılavuzda önceki tarihli coğrafi işaretin, sonraki marka başvurusunun tüm mal ve/veya hizmetler bakımından reddini gerektiren haller düzenlenmiş, bu hallerden ilki olarak coğrafi işaret ile aynı kaynak+kelime kombinasyonu marka başvurularının reddedileceğine yer verilmiştir.

İnceleme tarihi itibarıyla, marka başvurusunun münhasıran tescilli bir coğrafi işaretten oluşması durumunda başvuru, tescili talep edilen tüm mallar ve hizmetler için 5/1 (i) gereğince reddedilecektir.

Bu kapsamda bir ret kararı verilebilmesi için, tescilli coğrafi işaretin Türk Patent ve Marka Kurumu sicilinde kayıtlı bir tescilli coğrafi işaretin tam adının marka tescil başvurusuna konu edilmiş olması gerekmektedir.

Mesela, Kılavuzda verilen örnek, Malatya Kayısı tescilli coğrafi işareti üzerinden gidilecek olursa, bir başvuru ancak “Malatya Kayısı” ibaresinden oluşması durumunda 5/1 (i) gereğince tüm mallar ve hizmetler için reddedilecektir. İkinci olarak, tescilli coğrafi işaret ile “çok yakın” marka başvurularının da yine tüm mal ve hizmetler bakımından reddine karar verileceği belirtilmektedir. Başvurunun *Malatya Kayısı*, *Malatya Kayısıları* gibi tescilli coğrafi işaretin tam adı olmasa da tüketicisi algısı bakımından coğrafi işaretin tam adından uzaklaşmayan tarzdaki varyasyonlarından oluşması durumunda da 5/1 (i) gereğince ret kararı verilecektir⁵⁶.

Ayrıca “*ezine peynir*” markasının “*ezine peyniri*” coğrafi işareti ile, “*Anamur muz*” markasının “*Anamur muz*” coğrafi işareti ile, “*afyon sucuk*” markasının “*afyon sucuğu*” coğrafi işareti ile, “*Akçaabat köfte*” markasının “*Akçaabat köftesi*” coğrafi işareti ile çok yakın olduğuna yer verilmiştir. Kılavuzda yer alan örneklerden görüldüğü üzere coğrafi işaret ile marka arasında tek ya da birkaç harf farkının bulunduğu hallerde markanın coğrafi işaretle çok yakın olduğuna hükmedilecek ve marka başvurusunun reddine karar verilecektir⁵⁷.

Marka başvurusunun tescilli bir coğrafi işaret adından oluşması durumunda 5/1(i) yanında, somut olayın özelliğine göre, SMK’nın 5/1(b) ve (c) bentleri başta olmak üzere diğer mutlak ret nedenleri kapsamında da değerlendirilmesi gerekliliği de Kılavuzda belirtilmiştir. Bu durum, başvurunun hem tescilli coğrafi işaretin tam adından oluşan hem de coğrafi

⁵⁶ Marka İnceleme Kılavuzu, s. 464.

⁵⁷ Marka İnceleme Kılavuzu, s. 367 vd.

işaretin tam adı olmamakla birlikte çok yakın adlandırmalarından oluşan (*Malatya Kayısıları*, *Malatya Kayısı*) başvurular için de geçerlidir.

Yine Kılavuzda, “*Antakya Künefesi*” tescilli coğrafi işaretinin “*Antakiya Künefesi*” ya da “*Antakia Künefesi*” şeklinde başvurulara konu olması durumunda söz konusu ibarelerin tescilli coğrafi işareten yeterince farklılaşmamış olması gerekçesiyle 5/1(i) kapsamında ret kararı verileceği ifade edilmiştir.

Diğer yandan, marka başvurusunda *Malatya Kayısıcısı*, *Malatyalı Kayısıcı* şeklinde ibareler yer alması durumunda – diğer bentler kapsamında ret gerekçeleri saklı kalmak kaydıyla- 5/1(i) bendi gereğince tüm mallar ve hizmetler için bir ret durumu söz konusu olmayacaktır. Ancak, durumun gereklerine göre çağrışım nedeniyle eşya listesinde sınırlama yapılacaktır.

Marka başvurusunda, coğrafi işaret tesciline konu olmuş ürün adı ile “tarzında”, “stilinde”, “tipinde” vb. ifadelerin yer alması durumunda tescilli coğrafi işaretle bağlantı kurulabilecek malların 5/1 (i) bendi gereğince reddi gerekir. Bu uygulama kaynağını 6769 sayılı SMK’nın 44/2 (b) hükmünden almaktadır⁵⁸.

Bu çerçevede örneğin, “XYZ Hereke Tipinde Halı” şeklinde yapılan bir başvuru eşya listesinde yer alan mal ya da hizmetlere bakılmaksızın 5/1(i) gereğince reddedilecektir.

Marka tescil başvurusunun inceleme tarihi itibarıyla tescilli olan bir coğrafi işaretin adını içermesi durumunda başvuru, tescili talep edilen tüm mallar ve hizmetler için 5/1(i) gereğince reddedilecektir.

⁵⁸ “(2) Coğrafi işareti tescil ettiren ile tescil edilmiş coğrafi işaretin kullanım hakkına sahip kişiler, üçüncü kişilerin; ...

b) Ürünün gerçek menşei veya niteliğini belirten açıklamalar yahut stilinde, tarzında, tipinde, türünde, yöntemiyle, orada üretildiği biçimde gibi terimler içerse veya başka bir dile tercüme edilmiş olsa dahi, tescilli coğrafi işaretin, tescil kapsamındaki özelliklerini taşımayan ya da çağrışım yapacak şekilde benzeri olan ürün üzerindeki yanıltıcı kullanımının veya taklidinin, önlenmesini talep etme hakkına sahiptir. ”

şeklinde yapılan düzenleme ile “stilinde, tarzında, tipinde, türünde, yöntemiyle, orada üretildiği biçimde gibi” ifadelerin tescilli coğrafi işarete konu ürünler için yanıltıcı nitelikteki kullanımlar olarak değerlendirileceği hükmüne bağlanmıştır. Bu nedenle, yukarıda sayılan türdeki ifadelerle tescilli coğrafi işareti ya da tescilli coğrafi işarete çağrışım yapan ibareleri içeren başvuruların 5/1(i) bendi gereğince reddi SMK’nın 44/2(b) bendine de uygun bir yaklaşım olacaktır.

Bu kapsamda bir ret kararı verilebilmesi için, tescilli coğrafi işaretin Türk Patent ve Marka Kurumu sicilinde kayıtlı tam adının ya da coğrafi işaretin tam adı olmamakla birlikte çok yakın adlandırmaların marka başvurusunda yer alması (Malatya Kayısıları, Malatya Kayısı, Ezine Peynir, Anamur Muz, Afyon Sucuk, Adana Kebap, Akçaabat Köfte) gerekmektedir.

Öte yandan, marka başvurusunda *Malatya Kayısıcısı*, *Malatyalı Kayısıcı*, *Anamur Muzculuk* şeklinde ibareler yer alması durumunda – diğer bentler kapsamında ret gerekçeleri saklı kalmak kaydıyla- 5/1(i) gereğince tüm mallar ve hizmetler için bir ret durumu söz konusu olmayacaktır. Ancak, durumun gereklerine göre çağrışım nedeniyle eşya listesinde sınırlama yapılacaktır⁵⁹.

Öz adlar tek başına coğrafi işaret olarak tescil edilemezler⁶⁰ (SMK md. 35/f. 1-b). Söz konusu hüküm emredici olmakla birlikte TPMK nezdinde kayıtlı coğrafi kaynak içermeyen coğrafi işaretler de mevcuttur⁶¹. Özellikle Türkiye genelinde yer alan doğal unsurlardan faydalanılarak üretilen ya da geleneksel üretim yöntemleriyle üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinin tamamıyla ülke sınırları içinde yapılan kendine has ürünlerin tek bir il ile sınırlandırılmaksızın coğrafi işaret olarak tescili mümkündür. Bu şekilde tescil edilmiş coğrafi işaretlere coğrafi kaynak adı eklenerek yapılan marka başvuruları, tescilli coğrafi işaretin jenerikleşmesi riski yarattığından reddedilmektedir⁶².

D. Coğrafi İşaret İçeren Marka Başvurularında Mal ve Hizmetlerin Sınırlandırılması

Her ne kadar SMK md. 5/1 (i) hükmü markanın mutlak ret sebeplerinden biri olarak düzenlenmiş olsa da TPMK marka incelemesinde söz konusu fıkra kapsamında yapılan itirazların kısmen kabulüne de karar verebilmektedir. Marka başvurusunun münhasıran tescilli bir coğrafi işareten oluşmadığı ya da tescilli bir coğrafi işaret içermediği ancak coğrafi işaretle çağrışım yapan

⁵⁹ Marka İnceleme Kılavuzu, s.365.

⁶⁰ SMK md. 44/f. 6 ve mülga 556 sayılı KHK md. 5/f. 1-b ‘ye göre öz ad, ürünün ilk üretildiği veya pazarlandığı bölge veya yöre ile ilgili olsa da bir ürünün genel adı haline gelmiş olan adı olarak tanımlanmıştır. Aynı hüküm ile ürünün öz adı olup olmadığının tespitinde o adın kaynaklandığı bölge ve tüketim alanlarında halkın bu adı kullanımının göz önüne alınacağı da düzenlenmiştir.

⁶¹ “Rakı” coğrafi işaret olarak C 2009/007 numarası ile tüm Türkiye’de TPMK nezdinde tescillidir (erişim: <https://ci.turkpatent.gov.tr/cografi-isaretler/detay/38007>, 30.05.2025).

⁶² Mesela “İstanbul Rakısı” şeklinde yapılacak marka başvurusu reddedilecektir, TPMK Marka İnceleme Kılavuzu, s. 367.

marka başvuruları, aynı fıkra ya dayanılarak coğrafi işaretin tescilli olduğu ürünlerle sınırlı olmak kaydıyla kabul edilmektedir. Bu kapsamda TPMK Marka Kılavuzu'nda öncelikle tescilli coğrafi işaretin varlığı halinde marka başvurusu incelemesinde markanın çağrışım yapıp yapmadığına, daha sonra mal ve/veya hizmetlerin “aynı ya da kıyaslanabilir” olup olmadığının göz önünde bulundurduğuna yer verilmiş, aynı ya da kıyaslanabilir mal ve/veya hizmetler bakımından başvurunun reddine ve kalan diğer emtia sınıfları için markanın tesciline karar verileceği açıklanmıştır. Şu hâlde çağrışım yapan marka ile kıyaslanabilir mal ve/veya hizmet kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

1. Aynı ya da Kıyaslanabilir Mal ve/veya Hizmetler

TPMK Marka İnceleme Kılavuzu'nda kıyaslanabilir mal incelemesinin ne şekilde yapılacağı hususunda, bu incelemenin marka hukukunda başvuru benzerlik incelemesinden farklı olduğu belirtilmiştir. Buna göre malların türü, ortak özellikleri, bileşenleri, içerik, hazırlanma yöntemi, ürünün fiziksel görünüşü ya da aynı hammaddelerin kullanılması pazarlama, hammadde, dağıtım, pazarlama ve toplumun ilgili kesimi tarafından genellikle aynı zamanlarda ve özel etkinliklerde tüketilip tüketilmediği, bakımından ortak özelliklere sahip olup olmaması kriterleri dikkate alınmaktadır. Mesela peynir için süt ve süt ürünleri, taze meyve için meşrubat ve kurutulmuş meyveler kıyaslanabilir mal niteliğinde ve dolayısıyla birbirleri için markanın mutlak reddine sebep olacak emtialardandır.

Bununla birlikte markalar arası incelemede mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzer olup olmadığının değerlendirmesinde hammadde-mamul ilişkisi, pazarlama koşulları, amaçları, satış sonrası servis ve onarım süreçlerinde ortaya çıkan müşteri çevresindeki ayniyet, birinin diğeri yerine ikame edilebilmesi gibi hususların nazara alınacağı kabul edilmektedir⁶³.

SMK md. 5/1-i kapsamında yapılan incelemede, tescilli coğrafi işaret ile aynı kaynak kelimeden oluşan marka başvurularında coğrafi kaynağın adı ile ürünün birbiri ile özdeşleşip özdeşleşmediği de dikkate alınmaktadır. Coğrafi kaynağın, tek başına coğrafi işarete konu ürünü akla getirdiği hallerde coğrafi işaret ile ürünün özdeşleştiği kabul edilmekte, özdeş kabul edilen ürünler de kıyaslanabilir mallardan sayılmaktadır. Kılavuzda örnek olarak Ezine'nin

⁶³ Y. HGK, E. 2017/64, K. 2021/405, 01.04.2021 (Legalbank, 30.05.2025).

peynir ürünü ile özdeşleştiğine yer verilmiştir⁶⁴. Bunun gibi özdeşlik hallerinde mutlak olarak marka başvurusunun reddine karar verilmeyecek, mal ve/veya hizmet sınırlandırması uygulanacak, özdeş kabul edilen mal ve/veya hizmetler bakımından başvuru reddedilecektir. Mesela, Trilya Gemlik marka başvurusu Gemlik Zeytini coğrafi işaretinin korunması için sınırlandırılmıştır⁶⁵.

ABAD'ın C-4 /10 ve C-27/10 sayılı birleştirilen dosyalara ilişkin “Bureau National Interprofessionel du Cognac” kararında ürünlerin kıyaslanabilir sayılması için aranan kriterler şu şekilde sıralanmıştır:

- Benzer pazarlama kurallarına tabi olma, aynı dağıtım kanallarından istifade edilme,
- Objektif olarak aynı özellikleri yansıtmama, aynı hammaddeyi içermeme, aynı üretim ve geliştirme sürecine tabi olma,
- İlgili çevre tarafından benzer şekilde ve ortamlarda tüketilme⁶⁶.

2. Coğrafi İşaretle Çağrışım Yapan Marka

Tescilli bir coğrafi işaret adını çağrıştırmama, marka başvurusu örneğinin tüketici zihninde ürünün tescilli bir coğrafi işaret olduğu algısını uyandıracak nitelikte olması anlamına gelir. SMK'da çağrışım terimine md. 44/2-b'de yer verilmiş, buna göre tescilli coğrafi işaretin, tescil kapsamındaki özelliklerini taşımayan ya da *çağrışım yapacak şekilde benzeri* olan ürün üzerindeki yanıltıcı kullanımının veya taklidinin önlenmesinin talep edilebileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda TPMK tescilli coğrafi işaret ile çağrışım yapan marka başvurularına da mal ve/veya hizmet sınırlandırması uygulamaktadır, aynı ya da kıyaslanabilir mal ve/veya hizmetler bakımından marka başvurusunun reddine karar vermektedir. Örnek olarak “XYZ Malatyalı kayısı” şeklindeki marka başvurusunun “*malatya kayısı*” coğrafi işaretine, “Ezine peynircilik” şeklindeki marka başvurusunun “*Ezine peyniri*” coğrafi işaretine “XYZ Antep Baklavacısı” marka başvurusunun “*Antep Baklavası*” coğrafi işaretine çağrışım yaptığı belirtilmektedir⁶⁷. Bu durumda marka başvurusunun eşya listesinin tescilli coğrafi işarete uygun olarak aynı ve

⁶⁴ Y. 11. HD, E.2017/1974, K. 2019/87, 07.01.2019 sayılı ve tarihli tecavüz kararında “hereke” ibareli marka kullanımının yanıltıcı olduğuna karar verilmiştir (Kazancı, 30.05.2025).

⁶⁵ TPMK Marka İnceleme Kılavuzu, s. 374.

⁶⁶ MEMİŞOĞLU, s. 818, dn. 1560.

⁶⁷ TPMK Marka İnceleme Kılavuzu, s. 373.

kıyaslanabilir mallar için 5/1 (i) kapsamında sınırlandırılması gerekli olup, varsa diğer mallar ve/veya hizmetler ilan edilir.

Çağrışım incelemesine AB Marka Kılavuzu'nda da yer verilmiştir. Coğrafi işaretler doğrudan veya dolaylı olarak kullanıldığında karşılaştırılabilir mallara karşı coğrafi işaret otomatik olarak koruma getirilirken, çağrışım durumlarında tüketicilerin ayrıca ürünü belirtmek için kullanılan ticari marka ile coğrafi işaret ile tanımı korunan ürün arasında bir bağlantı kurması aranmaktadır. Buna göre “tüketici tartışmalı bir isim ile karşılaştığında doğrudan zihninde tetiklenen görüntünün coğrafi işareti korunan ürüne ait olması” durumunda markanın, coğrafi işarete çağrışım yaptığı kabul edilmektedir. Bunun yanında söz konusu incelemede terimler arasında görsel, fonetik veya kavramsal bir ilişki olup olmadığına göre çağrışıma karar verileceği belirtilmektedir⁶⁸.

Terimler arasında görsel, fonetik veya kavramsal bir ilişki olup olmadığı son derece önemlidir. Terimlerin, karakteristik bir başlangıcı paylaşması halinde mesela, Parmesan/Parmigiano Reggiano (26/02/2008, C-132/05, Komisyon v Almanya, EU:C:2008:117); veya terimler özel bir anlamı olmayan karakteristik köklere veya sonlara sahipse, mesela Gorgonzola/Cambozola (04/03/1999, C-87/97, Cambozola, EU:C:1999:115) ve Verlados/Calvados (21/01/2016, C-75/15, Viiniverla, EU:C:2016:35); veya terimler aynı sayıda harf veya heceye sahipse, mesela Gorgonzola/Cambozola (04/03/1999, C-87/97, Cambozola, EU:C:1999:115); ya da kavramsal yakınlığın olduğu durumlarda, mesela Parmesan ve Parmigiano Reggiano arasında (26/02/2008, C-132/05, Komisyon v Almanya, EU:C:2008:117, § 47); görsel ve fonetik benzerlik olmasa da çağrışımın varlığına hükmedilmiştir. (07/06/2018, C-44/17, Scotch Whisky, EU:C:2018:415, § 56).

İlgili malların yakınlık derecesi, marka başvurusu ve coğrafi işaretlerin kapsamındaki ürünlerin gerçek fiziksel görünümü veya içerikleri ve tadı dahil (04/03/1999, C-87/97, Cambozola, EU:C:1999:115, § 27) çağrıştırma konusunda bir faktör olarak görülmüştür. Aslında, malların karşılaştırılabilir olması, kendiliğinden coğrafi işaretin çağrıştırılmasına yol açmaz. Ancak, ilgili mallar aynıysa, bu çağrıştırılmayı destekleyen bir unsurdur. Mesela,

⁶⁸ European Union Intellectual Property Office, Trademark Guidelines for Examination, (AB Marka Kılavuzu), 2025, s.652, (02/05/2019, C-614/17, Queso Manchego, ECLI:EU:C:2019:344, § 22 and 32) <https://guidelines.euipo.europa.eu/2302857/2231846/trade-mark-guidelines/1-introduction,30.05.2025>.

votka için kullanılan 'POLONYA TADI' ifadesi, coğrafi işaret olan 'Polonya votkası'nı çağırıştırır. Ancak Ofis, viski için kullanılan 'POLONYA TADI' ifadesinin, viski ile votka arasındaki farklar göz önüne alındığında, PGI Polonya votkasını çağırştırmadığını düşünmektedir. Başka bir deyişle, viski ile votka arasındaki farklılıklar (mesela farklı özellikler, içerikler ve tat) ve Coğrafi İşaret 'Polonya votkası' ifadesinin ticari markada tam olarak yeniden üretilmemiş olması göz önüne alındığında, ilgili tüketiciler 'POLISH TASTE' ticari markası altında pazarlanan bir viski şişesi ile 'Polonya votkası' tanımıyla korunan votka arasında bir bağlantı kurmayacaktır.

Bunların yanı sıra, marka başvurusunun ürünün dekalizatör olarak nitelendirilen gerçek kökenini göstermesi dikkate alınmamaktadır (07/06/2018, C-44/17, Scotch Whisky, EU:C:2018:415, § 60). Ofis, belirli bir coğrafi işaretin yaygın itibarına ilişkin bir iddianın, çağırışımı belirlemede dikkate alınacak faktörlerden biri olduğunu düşünmemektedir. Kamuoyunun, işarettteki unsur ile ilgili coğrafi işaret arasında yeterince açık ve doğrudan bir bağlantı kurup kurmayacağının değerlendirilmesi, kamuoyunun tüm korunan coğrafi işaretler hakkında eşit bilgiye sahip olmasına dayanmalıdır. Sonuç olarak, marka ile coğrafi işaret arasındaki benzerlik her zaman çağırışım bulunduğu anlamına gelmez. Aynı zamanda markanın coğrafi işareti çağırştırdığı sonucuna ulaşılması için her zaman karıştırılma ihtimalinin bulunması da gerekmemektedir⁶⁹.

AB Marka Kılavuzu'nda ayrıca çağırışım incelemesinin karıştırılma ihtimali incelemesi ile aynı olmadığına da yer verilmiştir. Buna göre marka ile coğrafi işaret arasında karıştırılma ihtimali olmasa bile çağırışım bulunabilecektir. Önemli olan, halkın zihninde ürünlerin menşei ile ilgili bir fikir birliğinin oluşturulmaması ve marka sahibinin korunan coğrafi işaretin itibarından haksız yere yararlanmamasıdır⁷⁰. Buna ek olarak, karıştırılma ihtimalinde olduğu gibi çağırışım ihtimalinde de makul düzeyde bilgilenmiş ortalama tüketici esas alınmaktadır, öyle ki markalar arası incelemede olduğu gibi malın niteliğine göre yüksek özenli tüketici bilgisine göre değerlendirme yapılabilir⁷¹.

⁶⁹ “Ürünü belirtmek üzere üçüncü kişilerce kullanılan ifadelerde, tüketici bu ifadeyle karşılaşınca tescilli coğrafi işareti hatırlatsın diye tescilli bir işaretin bir kısmının yer alması hali de md. 13/1-b bağlamında çağırışım (*evocation*) olarak nitelendirilebilir. Ayrıca Mahkeme, çağırışım söz edebilmek için karıştırılma ihtimaline dahi gerek olmadığına hükmetmiştir; AB Marka Kılavuzu, s. 653.

⁷⁰ AB Marka Kılavuzu, s. 652-653 (21/01/2016, C-75/15, Viiniverla, EU:C:2016:35, § 45).

⁷¹ Y. 11. HD, E. 2015/11750, K. 2016/9156, 28.11.2016 (Kazancı, 30.05.2025).

IV. COĞRAFİ İŞARET KARŞISINDA MARKANIN KORUMASI

SMK önceden tescil edilmiş bir marka karşısında sonradan tescil edilmek istenen coğrafi işaretin durumunu da düzenleme altına almıştır.

Öncelikle, SMK 48/2’de ise önceki tarihli markanın coğrafi işaret karşısındaki durumu düzenlenmiştir. Buna göre *“coğrafi işaretle aynı veya benzer bir marka coğrafi işaretin korunmasından önce iyiniyetle tescil edilmiş veya bu markanın kullanım hakkı iyiniyetle kazanılmışsa, coğrafi işaretin hak sahibine verdiği yetkiler, marka başvurusunun tesciline ve iyiniyetli kullanımına zarar vermez”*.

Böylece kanun koyucu coğrafi işaretin varlığından önce tescil edilmiş ya da kullanılagelmiş olması hâlinde, iyiniyetli olması kaydıyla marka hakkının coğrafi işaretle bir arada var olacağını kabul etmiştir. Ancak coğrafi işaretle aynı ya da benzer önceki tarihli marka sahibinin ne zaman iyiniyetli kabul edileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bir işaretin marka olarak tescili kullanım amacına yönelik değilse ve başkasına ait bir işaretle aynı veya benzer olan bir işaret haklı bir sebep olmaksızın ve dürüst kullanım olarak kabul edilemeyecek bir şekilde marka olarak tescil edilmişse iyi niyetten söz etmek mümkün değildir⁷². Marka nispi ret sebeplerinden SMK md. 6/9 ile düzenlenen kötüniyetli tescil hükmüne ilişkin bir uyuşmazlıkta Yargıtay, marka başvurusunda bulunanın itiraz konusu marka ile olan benzerliği bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde kötüniyetli kabul edileceğini içtihat etmiştir⁷³. Kıyasen SMK md. 48/2’ye uygulanması halinde marka hakkını elde edenin, coğrafi işaretle marka arasındaki benzerliği bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde marka başvurusunun reddine karar verilecek ve markanın kullanımı tecavüz niteliğinde kabul edilecektir. Burada kötüniyet coğrafi işaretin ününden faydalanmak üzere işaretin marka olarak tescil ettirilmesi ve kullanılması olarak değerlendirilebilir⁷⁴

⁷² Bkz. BOZGEYİK, Hayri/TABUR, Mehmet Fatih: *“Teori ve Uygulama Açısından Marka Tescilinde Kötüniyetin Rolü”*, Yargıtay Dergisi, 2024, C. 50, S. 3, s.679 ve 680 vd.

⁷³ Y. HGK, E. 2017/11-2405, K. 2021/163, 25.02.2021 (Legalbank, 30.05.2025).

⁷⁴ Kötüniyetli tescile örnek olarak 11. HD’nin *“MSL Meşhur Safranbolu Lokumcusu+Şekil” ...ibaresinin ...Safranbolu İlçesinin lokum ürünleri ile ilgili olarak tanınmışlığının bulunduğu, anılan işaretin bu ürünlerle ilişkilendirilebilecek ve onun adından yarar sağlayacak ürünler bakımından herhangi bir şekilde kullanılmasının tanımlayıcı olacağı, Safranbolu Lokumu ibaresinin C2006/9 sayı ile mahreç kaydı olarak coğrafi işaret tescilinin bulunduğu, başvuru kapsamında şekerlemeler ürününün satışı ile ilgili perakendecilik hizmetinin yer aldığı, bu hâliyle işaretin coğrafi işaret tescilindeki ürün ve nitelikleri ile ilgisiz bulunduğu, Safranbolu Lokumunun tanınmışlığını bilen ortalama*

ABAD bir kararında coğrafi işaretin çok uzun süredir kullanıldığı durumlarda artık hiçbir mal ve/veya hizmet için marka olarak tescilinin de mümkün olmayacağı yönünde karar vermiştir⁷⁵. Bununla paralel olarak ilk derece mahkemesince verilen bir kararda da coğrafi işaret ne kadar uzun süredir kullanılıyorsa iyiniyet olgusunun da o ölçüde zayıfladığına hükmedilmiştir⁷⁶.

Bu hüküm daha önceki markanın sonraki coğrafi işarete karşı durumu düzenlenmiş, ancak, sonraki coğrafi işaretin önceki markaya karşı durumunu düzenlememiştir⁷⁷.

Bu durumlarda, yani, markanın coğrafi işareten önce tescil edildiği durumlarda, sonraki coğrafi işaretin kaderi ne olacaktır? Daha önce belirtildiği gibi, SMK'nın 48/1. maddesine göre, sonraki markanın geçersizliği talep edilebilir (ayrıca bkz. SMK'nın 25.1. maddesi). Ancak, coğrafi işaretin hükümsüzlüğünü düzenleyen 50. madde, önceki markayla aynı veya benzer olan sonraki coğrafi işaretin hükümsüzlüğünü hükme bağlamamıştır. Bazı yazarlara göre bunun nedeni coğrafi işaretin kollektif niteliği ile marka hakkının bir kişi ya da işletmeye ait olması ile açıklanabilir⁷⁸. Dolayısıyla, bu gibi durumlarda, sonraki coğrafi işaretin geçersizliği talep edilmemelidir⁷⁹. Hukuki kesinlik ve güvenlik ilkelerinden dolayı, hükümsüzlük nedenlerinin genişletilmemesi gerekir. Geçersizlik nedenlerinin hukuki kesinlik ve hukuki

hizmet alıcı kişilerin işaret ile sunulan hizmetleri doğrudan ilişkilendirmesinin ve bir bağ kurmasının kaçınılmaz olduğu, başvurunun bütün olarak kötünüye işaret ettiği” yönünde 09.01.2020 tarih ve 2018-3698/207 sayılı kararı verilebilir (KAYA, Arslan: “Sınai Mülkiyet Hukukunun Güncel Sorunları-Görüşler-Coğrafi İşaret Korumasının Ürünün Öz Adı Sınırlandırmasına Tabi Tutulması ve Önceki Marka ile İlişkisi: Mahreç İşaretleri Özelinde Değerlendirmeler”, Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin’in Anısına Armağan (ed. KAYA, Arslan, KENDİGELEN, Abuzer, ÇONKAR, M. Halil, ZENGİN, İbrahim Çağrı, ÖZSOY, Ahmet), İstanbul 2021, s.343, dn. 39).

⁷⁵ Coğrafi işareti tescil ettirenin doğmuş bir zararı olmadıkça böyle bir karinenin kabul edilemeyeceği hakkında, LE GOFFIC, Caroline: “Cancellation of a trade mark based on a prior foreign geographical indication related to different products”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2008, C.3, S. 3, s.153.

⁷⁶ GÜNEŞ, İlhami: Marka Hukukunda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler, Ankara 2015, s. 159.

⁷⁷ AB 1151/2012 sayılı Tüzüğün 54. maddesinin gerekçesine göre, önceki bir ticari markayla çatışma nedeniyle bir menşe adının veya coğrafi işaretin reddedilmesi veya birlikte var olmasıyla ilgili hükümler uygulanmaya devam etmelidir. TEKİN, s. 758, dn. 2.

⁷⁸ UZUNALLI, s. 52.

⁷⁹ Y. 11. HD, E. 2010/8079, K. 2012/9491, 31.05.2012 (karararama, 30.05.2025) tarihli sayılı karar için bkz. GÜNEŞ, s. 260.

güvenlik ilkeleriyle sınırlandırılması ve yasayla düzenlenmemiş yeni geçersizlik nedenlerinin uygulanmaması gerektiği unutulmamalıdır⁸⁰. Tekin burada kanun boşluğu olduğunu ileri sürmektedir ve buna iki öneri getirmektedir: Birincisi, SMK md. 48/3 uyarınca, coğrafi işaret başvuruları ile ilgili hüküm, sonraki coğrafi işaretler için de uygulama alanı bulabilir. Denilebilir ki, tescili dahi engelleyen bir durum, tescilli coğrafi işaretlerin hükümsüz kılınması için de geçerli olmalıdır. Bununla birlikte Tekin, kendi önerisini hukuki kesinliğe uymadığı düşüncesi ile eleştirmektedir⁸¹.

Tekin tarafından ileri sürülen ikinci öneri, SMK md. 50'ye sonraki coğrafi işaretin hükümsüzlüğüyle ilgili yeni bir madde eklemektir⁸².

Bir diğer görüş ise, SMK 48/2 ve SMK 48/3 düzenlemeleri birlikte incelendiğinde, marka ve coğrafi işaret arasında öncelik sonralık ilişkisinin bulunmadığı, hakkın oluşum süreci içinde, bilinirlik ve toplumun korunması da dikkate alınarak, menfaatler dengesinin sağlanmaya çalışıldığını savunmaktadır. Bu görüş, menfaatler dengesi kurulurken, coğrafi işaretin korunması için markanın koruma sınırlarının daraltıldığı kanaatindedir⁸³.

Öğretide bir görüş, birlikte var olma çözümünden yana gözükmektedir: SMK md. 48/1 gereği eski tescilli coğrafi işaret, herhangi bir itiraz şartına tabi olmaksızın yeni markanın hükümsüzlüğüne sebep olabilmektedir. Ancak eski tescilli ya da tescilsiz marka sahibi aynı ifadeleri içeren coğrafi işaretin tesciline itiraz etmemiş ve coğrafi işaret tescil edilmişse bu iki hak birlikte varlıklarını sürdürürler⁸⁴.

⁸⁰ TEKİN, s. 758; Hukuki bir boşluk yerine, bu gibi durumlarda ticari marka ve coğrafi işaretin bir arada var olmasının düşünülebileceğine dair karşıt bir görüş için bkz.: MEMİŞOĞLU, s. 812.

⁸¹ TEKİN, s. 758.

⁸² TEKİN, s. 759.

⁸³ PASLI, s. 401-402; GÜN, s. 280; KARMUTOĞLU, Başak: “Coğrafi İşaretlerin Tescili ve Korunması Hususunda Farklı Hukuk Sistemlerinin Karşılaştırılması (AB ve ABD Sistemleri Üzerinden Bir İnceleme)”, BATIDER, 2024, C. 40, S. 3, s. 673.

⁸⁴ AYHAN, ÇAĞLAR/YILDIZ/İMİRLİOĞLU, s. 148; GÜN, s. 281; Bir yargı kararına konu olan olayda da Yargıtay bu yönde karar vermiştir. “Davaya konu edilen "... Dondurması" ibaresinin, tüketici nezdinde refleks olarak Kahramanmaraş bölgesi ile aidiyetini sağladığı, bu ibarenin ürünün öz adı olmadığı, dondurma ürünü ile ilgili Kahramanmaraş bölgesine has bir üretim şekli, metodu olduğu, Kahramanmaraş'ın dondurması da bir üretim metodu olarak geçmişten gelen bir üne kavuşmuş, yöre ile anılır hale geldiği, ... dondurmasının, o bölgede yetişen kekik, keven, sümbül ve çiğdem gibi çiçeklerle beslenen keçilerin sütleri ile salebin karışımından elde edildiği, dava konusu coğrafi işarette, ... dondurmasının üretim metodunun da izah olunduğu, belirtilen bitki çeşitleri başka yerlerde de yetiştirileceği,

Bununla birlikte, marka sahibi, coğrafi işaret sahibi tarafından bir ihlal fiiline maruz kaldığı hallerde, SMK md. 7, 29 ve 30 uyarınca haklarını ileri sürebilecektir. Marka sahibi TTK md. 54-63 uyarınca haksız rekabet hükümlerine de başvurabilecektir. Bununla birlikte haksız rekabet hükümlerinden yararlanabilmenin koşulunun, sonraki coğrafi işaretin, mal ve hizmetlerin coğrafi kökeni konusunda halkı yanıltacak nitelikte olmasıdır⁸⁵.

Coğrafi işaretin tescilinden önce tescil edilmiş markanın sahibinin harcadığı emek, zaman ve para ile markanın elde ettiği bilinirliğin korunması açısından önceki tarihli markanın korunmasına yönelik özel hüküm öngörülmüştür. SMK md. 48/3 düzenlemesi gereği, *“tescilli bir markanın sahip olduğu itibar, ün ve kullanım süresi de göz önünde bulundurularak bu marka ile aynı veya benzer olması sebebiyle markanın varlığına zarar verici veya gerçek kaynağı konusunda yanıltıcı olacak nitelikteki adların coğrafi işaret veya geleneksel ürün adı olarak tesciline, önceki tarihli hak sahibinin itirazı üzerine izin verilmez”*.

Maddenin lafzından anlaşıldığı üzere,

➤ önceden tescil edilmiş bir markanın varlığı,

ayrıca bazı nedenlerden dolayı keçi sayısının azlığı kabul edilse de bu durumun, geçmişte var olan ve bölgede yaygın bilinen dondurma üretim metodunu ortadan kaldırmayacağı, florası zengin olan coğrafi bölge ile üretim metodu ilişkisi olduğu varsayılan ... dondurmasının, coğrafi işaret belgesi ile tescillenerek kekik, keven, sümbül ve çiğdem gibi çiçeklerin yer aldığı alanlardaki bitkilerden beslenen ve kayıt altına alınan keçilerden ürün elde edilmesinin amaçlandığı, davacının, ... şemsiye markası altında, ..., ..., ... DONDURMA, ... USULÜ gibi ibarelerden müteşekkil markalar serisini kullandığını ve ürünlerini 180 ülkede sattığını, bu markalardan doğan kazanılmış haklarının korunması gerektiğini ileri sürdüğü, 6769 sayılı Kanun'un 7 nci maddesine göre tescilli marka sahibine hükümsüz kılınmadığı sürece kullanma dahil birtakım münhasır hak yetkisi verdiği, aynı Kanunun 48 inci maddesinde ise "Coğrafi işaretle aynı veya benzer bir marka, coğrafi işaretin korunmasından önce iyiniyetle tescil edilmiş veya bu markanın kullanım hakkı iyiniyetle kazanılmışsa, coğrafi işaretin hak sahibine verdiği yetkiler, marka başvurusunun tesciline ve iyiniyetli kullanımına zarar vermez." şeklinde düzenlemenin yer aldığı, dolayısıyla davaya konu olan C2017/109 başvuru 344 tescil sayılı coğrafi işaret tescilinden önceki davacının "..." ibaresi geçen tescilli markalarının kullanılması ve ticarete konu edilmesi açısından müktesep hakkının, iyi niyet çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün görülebileceğinden, hatta coğrafi işaret tescili dahi bu anlamda davacının daha önceden tescilli markalarının tanıtımına dolaylı katkı da sağlayacağından, davacının bu iddiasının da yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar veren ilk derece mahkemesi ve İstinaf Mahkemesi kararı Yargıtay tarafından onanmıştır (Y. 11. HD, E. 2024/527 K. 2024/8703, 05.12.2024, Lexpera, 27.06.2025).

⁸⁵ TEKİN, s. 758.

- bu markanın kullanılagelmesi sebebiyle sahip olduğu bir tanınmışlık,
 - sonraki coğrafi işaretin önceki marka ile aynı ya da benzer olması ve bu benzerliğin markaya zarar verici veya markanın gerçek kaynağı konusunda yanıltıcı olması ve
 - önceki marka sahibinin itiraz etmesi
- şartları ile önceki tarihli tescilli marka sonraki coğrafi işaret başvurusunun reddine sebep olacaktır⁸⁶.

Maddeye dayanılarak söylenebilir ki, coğrafi işaret başvurusuna itiraz edilebilmesi için markanın belirli bir tanınmışlığa sahip olması gerekir. Eklemek gerekir ki tanınmışlıktan kastedilen SMK md. 6 anlamında tanınmış marka değildir; madde ile korunan, coğrafi işaretle aynı ya da benzer önceki tarihli tescil edilmiş markanın gerçekten kullanılmış olması, bu şekilde korunması gereken bir marka hakkının varlığıdır. Nitekim Yargıtay, markanın tanınmışlığı incelenmesinde kullanım süresini dikkate almaktadır⁸⁷.

SMK md. 48/3'e göre, tescilli bir ticari markanın itibarı, prestiji ve kullanım süresi dikkate alındığında, bir ticari markanın varlığına zarar verebilecek veya o ticari markayla aynı veya benzer olması nedeniyle ürünün gerçek kimliği hakkında yanıltıcı olabilecek adlar, daha önceki hak sahibinin itirazı üzerine coğrafi işaret olarak tescil edilemez. Görüldüğü üzere, fikri mülkiyet hukukunun temel ilkelerinden biri olan öncelik koruması ilkesi burada dikkate alınmıştır ('önce gelen, önce hak sahibi'). Ancak, coğrafi işaret başvurusundan önce tescilli bir markanın varlığı, bu başvurunun tescilini her zaman engelleyemez. Bunun için belirli koşulların sağlanması gerekir⁸⁸. Öncelikle, başvurulmuş coğrafi işaretin daha önceki ticari markayla aynı veya benzer olması gerekir. İşaretlerin aynı olup olmadığını belirlerken, ticari markanın ortalama tüketiciler üzerindeki izlenimi dikkate alınmalıdır.

⁸⁶ AYHAN/ ÇAĞLAR/YILDIZ/İMİRLİOĞLU, s.147.

⁸⁷ "...karşı davanın ise, her ne kadar bilirkişi raporunda davacı-karşı davalı markasının coğrafi işaret niteliği taşıdığı, Anzer ibaresinin tanınmışlığının davacı-karşı davalı tarafça sağlanmadığı, bu nedenle marka olarak tescil edilemeyeceği ve hükümsüzlük şartlarının doğduğu belirtilmiş ise de, davacının markasının 05.11.1990 tarihinde tescil edilmiş olup, bu markanın uzun süre davacı-karşı davalı tarafça kullanılmasına rağmen, tescil tarihinden ve aradan geçen uzun zaman sonra davalı-karşı davacı tarafından bu markanın hükümsüzlüğünün talep edilmesinin TMK'daki iyiniyet kuralları ile bağdaştırılamayacağı gerekçesiyle, karşı davanın da reddine karar verilmiştir..." (Y. 11. HD, E. 2013/10848, K. 2014/284, 08.01.2014, Legalbank, 30.05.2025).

⁸⁸ Bu koşullar hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bakınız: KNAAK, Roland: "Geographical Indications and their Relationship with Trade Marks in EU Law" IIC,2017, S.7, s. 865.

İşaretler arasındaki renk, karakter ve boyut farklılıkları, ticari markalar arasındaki özdeşliği ortadan kaldırmaz. Öte yandan, bir işaretin, tescilli bir markayla ilişkilendirilme olasılığı da dahil olmak üzere, karıştırılma olasılığı varsa, bu işaretin daha önceki ticari markaya benzer olduğu kabul edilir. İkinci olarak, tescil başvurusu yapılan coğrafi işaret, tescilli markanın varlığına zarar vermeli veya halkı bu markanın gerçek kökeni konusunda yanıltmalıdır⁸⁹. Markanın kullanılacağı mal ve hizmetlerin gerçekten ilgili yörenin özelliklerini taşıması halinde, yanıltıcı olmadığı kabul edilir⁹⁰.

Mesela bu doğrultuda verilen bir kararda Zara (Orta Anadolu'da bir ilçe) Balı, daha önce tescil edilmiş ZARA ticari markasına zarar vereceği olacağı gerekçesiyle coğrafi işaret olarak tescil edilmeye uygun bulunmamıştır⁹¹.

Bu bağlamda, coğrafi işaret başvurusunun incelenmesine yönelik süreci değerlendirmek de yararlıdır. SMK md. 38/1'e göre TPMK SMK md. 33 ila 37 ve 39'a göre bir coğrafi işaret başvurusunu inceler.

SMK md. 38'e göre incelenen ve SMK md. 38 uyarınca uygun bulunan başvurular Bülten'de yayınlanır. Tescil talebinin SMK md. 48'e uygun olmadığını iddia eden önceki marka sahibi, tescil talebinin Bülten'de yayınlanmasından itibaren üç ay içinde gerekçeleriyle birlikte yazılı bir itirazda bulunabilir (Madde 40/2 SMK).

Coğrafi işaret ile markanın aynı ya da benzer olup olmadığı incelemesi ise markalar arasında karıştırılma ihtimali olup olmadığı incelemesi doğrultusunda gerçekleşmektedir⁹².

SMK md. 48/1 gereği eski tescilli coğrafi işaret, herhangi bir itiraz şartına tabi olmaksızın yeni markanın hükümsüzlüğüne sebep olabilmektedir. Ancak eski tescilli ya da tescilsiz marka sahibi aynı ifadeleri içeren coğrafi işaretin tesciline itiraz etmemiş ve coğrafi işaret tescil edilmişse bu iki hak birlikte varlıklarını sürdürürler⁹³.

⁸⁹ TEKİN, s. 758.

⁹⁰ GÜN, s.280.

⁹¹ Y. 11. HD, E. 2018/4822, K. 2019/6517, 21.10.2019, karararama, 30.05.2025 tarihli sayılı karar için bkz. TEKİN, s.758, dn. 47.

⁹² WINTERS, Kevin: "Trade marks and geographical indications retain distinct functions in intellectual property law", Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, C.11, S 3, s. 157.

⁹³ TEKİN, s. 758; AYHAN/ÇAĞLAR/YILDIZ/İMİRLİOĞLU, s. 148.

SONUÇ

Bir şahsa ya da şirkete ait olan marka işareti ile kollektif niteliğe haiz olan coğrafi işaretlerin ayırt edici nitelikleri birbiriyle örtüşebilir ve çelişki yaratabilir. SMK md. 48/1 bir coğrafi işaretin tescilinden sonra SMK md. 44'te belirtildiği şekillerde veya coğrafi işaretle ilgili mal veya hizmetler için kullanılmak üzere yapılan bir ticari marka başvurusunun reddedileceğini hükme bağlamaktadır. Bu redde ilişkin olarak uygulanabilecek hükümlerden SMK md. 5/1 (c) mal veya hizmetleri coğrafi kaynak yönünden doğrudan tanımlayan marka tescil başvurularının reddedileceğini hükme bağlamaktadır. Bu husus değerlendirilirken başvuruya konu malların veya hizmetlerin kapsamı dikkate alınarak tanımlayıcılık değerlendirmesi yapılır. SMK 5/1 (c)'ye göre coğrafi ad içeren markanın tescilinin reddedilebilmesi için, işaretin coğrafi işareti esaslı unsur ya da münhasır unsur olarak kullanıyor olması gerekir⁹⁴.

Yine SMK md. 5/1 (f) “*Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak işaretler*”in marka olarak tescil edilemeyeceğini belirtmektedir.

İnceleme tarihi itibarıyla tescilli olmayan coğrafi işaret başvuruları ve coğrafi işaret tescili bulunmamakla birlikte bilinirliği olan ve ilgili ürün için coğrafi kaynak belirten ifadeleri içeren başvurular için 5/1-f bendi uygulanmaktadır. Bu başvurularda açık ve belirgin bir zıtlık durumu ortaya çıkmasa da coğrafi yer adıyla özdeşleşmiş olunması nedeniyle ilgili mallar açısından tüketicinin yanıltılması durumunun ortaya çıkabileceği kabul edilecek ve başvuru listesi bu çerçevede sınırlandırılacaktır.

Ancak, 5.1-i maddesi, coğrafi işareti başka hiçbir koşula bağlı olmaksızın koruduğu ve sonraki ticari marka başvurusunun kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmasını engelleyebileceği için en uygun hüküm olarak kabul edilebilir. Coğrafi işaretin bu hükme göre markaya karşı korunabilmesi için tescil edilmiş olması gerekir. Coğrafi işaretin tescilinden sonra, bu şekilde tescil edilen marka tescil edilmişse, dava yoluyla hükümsüz kılınabilir. Bu maddedeki ilgili ürün ifadesini, coğrafi işaret içeren ürünlerle “aynı” veya “kıyaslanabilir” ürünler olarak anlamak gerekmektedir. Bu hükme göre, coğrafi işaret ile marka arasındaki benzerlik incelemesi, aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markalar arasındaki incelemeye benzer şekilde gerçekleştirilebilir.

⁹⁴ TEKİN, s.756.

Mutlak ret nedenlerinin yanı sıra bir coğrafi işaret, henüz tescil edilmemiş olsa da ticaret sırasında markasal etki yaratacak bir biçimde kullanılmış ise, bu coğrafi işaretin marka olarak tescil edilmesine SMK md. 6/3 uyarınca itiraz edilebilir, tescil bir şekilde gerçekleşmişse, hükümsüzlük davası açılabilir.

Bundan başka, SMK md. 6/6 hükmüne göre, bir coğrafi işaret veya yer adı başkası tarafından marka olarak tescil edilmek istenirse SMK md. 6/6 bu konuda ret ve hükümsüzlük talepleri için bir dayanak oluşturabilir.

SMK md. 48/2 ile önceki tarihli markanın coğrafi işaret karşısındaki durumu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, kanun koyucu coğrafi işaretin varlığından önce tescil edilmiş ya da kullanılagelmiş olması hâlinde, iyiniyetli olması kaydıyla marka hakkının coğrafi işaretle bir arada var olacağını kabul etmiştir.

Bununla birlikte, markanın bir coğrafi işareten önce tescil edildiği durumlarda sonraki coğrafi işaretin ne olacağı SMK'da düzenleme altına alınmamıştır. Ancak eski tescilli ya da tescilsiz marka sahibi aynı ifadeleri içeren coğrafi işaretin tesciline itiraz etmemiş ve coğrafi işaret tescil edilmişse bu iki hak birlikte varlıklarını sürdürürler

SMK md. 48/3 ise tescilli bir markanın itibarı, prestiji ve kullanım süresi dikkate alınarak, ticari markanın varlığına zarar verebilecek veya ticari markayla aynı veya benzer olması nedeniyle gerçek kökeni hakkında yanıltıcı olabilecek adların, önceki hak sahibinin itirazı üzerine coğrafi işaret olarak tesciline izin verilmeyeceğini hükme bağlamaktadır.

Coğrafi işaretlerin markalara karşı korunmasında iki menfaat gözetilmektedir. Birincisi, tüketici tarafından coğrafi işaretin içerdiği kalitesine duyulan güvenin marka sahipleri tarafından kullanılmasına, tekel yaratılmasına engel olmaktır. Bu anlamda mal veya hizmetin gerçekten de coğrafi işaretin gerektirdiği üretim şekli, hammaddenin o yöreden sağlanması gibi kriterleri barındırması halinde bile coğrafi işaret ile aynı ya da çok yakın marka başvurusuna izin verilmemektedir. Bu nedenle tescili istenen mal ve/veya hizmet sınıflarına bakılmaksızın coğrafi işaretle aynı ya da çok yakın marka başvurularının reddine karar verilmektedir.

Coğrafi işaretler ile marka arasındaki ilişkide ikinci bir amaç da markanın, coğrafi işaretin gerektirdiği kriterleri sağlamadığı halde tüketicinin seçim tercihlerinin haksız yere yönlendirilmesine engel olmaktır. Bu nedenle tescili istenen markanın coğrafi işaret içermediği ve fakat coğrafi işareti

çağrıştırdığı hallerde coğrafi işaretin tescilli olduğu ürünlerle sınırlı olarak markanın hükümsüz kılınabileceği kanaatindeyiz.

Coğrafi işaret ile marka arasında tek ya da birkaç harf farkının bulunduğu hallerde markanın coğrafi işaretle çok yakın olduğuna ve tüm mal ve/veya hizmet sınıfları bakımından marka başvurusunun reddedilmesine karar verilmesi söz konusu olabilecektir.

KAYNAKÇA

Kitap, Kitap Bölümü ve Tezler

- ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, Cilt I, Ankara 1997.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/YILDIZ, Burçak/İMİRLİOĞLU, Dilek: Sınai Mülkiyet Hukuku, Ankara 2021.
- ÇOLAK, Uğur: Türk Marka Hukuku, İstanbul 2023.
- GÜN, Buket: Marka Hukukunda Birlikte Varolma, İstanbul 2019.
- GÜNDOĞDU, Gökmen: Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması, İstanbul 2006 (Coğrafi İşaret).
- GÜNEŞ, İlhami: Marka Hukukunda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler, Ankara 2015.
- KAYA, Arslan: “*Sınai Mülkiyet Hukukunun Güncel Sorunları-Görüşler-Coğrafi İşaret Korumasının Ürünün Öz AdıSınırlandırmasına Tabi Tutulması ve Önceki Marka ile İlişkisi: Mahreç İşaretleri Özelinde Değerlendirmeler*”, Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin’in Anısına Armağan (ed. KAYA, Arslan, KENDİGELEN, Abuzer, ÇONKAR, M. Halil, ZENGİN, İbrahim Çağrı, ÖZSOY, Ahmet), İstanbul 2021, s. 327-332.
- MEMİŞOĞLU, Sami Özgür: Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri, Ankara 2019.
- ÖZGÜR, Didem: Coğrafi İşaretlerin Korunması: Avrupa Birliği’ndeki Hukuki Çerçeve ve Türkiye Uygulaması, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Avrupa Birliği Anabilim Dalı Avrupa Çalışmaları Programı Doktora Tezi (yayımlanmamış), İzmir 2011.
- PASLI, Ali: Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, İstanbul 2014.
- SULUK, Cahit/KARASU, Rauf/NAL, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2023
- Türk Patent ve Marka Kurumu (TPMK), Marka İnceleme Kılavuzu 2021, (<https://webim.turkpatent.gov.tr/file/83c114e4-499d-4791-a98e-4d02fd1d439d?download>, 30.05.2025).
- TUNCAY, Mehmet: “Coğrafi İşaretlerin Korunması”, Kırıkkale Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (yayımlanmamış), Kırıkkale 2009.
- UZUNALLI, Sevilay: Marka Hukuku, Ankara 2019.
- YARAYAN, Ali: “*Almanya’da Türkçe Markaların Korunmasına İlişkin Yargı Kararları*”, Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları 2014, (editörler Şenocak, Kemal/Rohe, Matthias/Yarayan, Ali/Ay, Başar) 2019, s 287-308; Türkçe metni de s. 309-330’da yayımlanmıştır)
- YASAMAN, Hamdi (Ayoğlu, Tolga/Yusufoğlu Bilgin, Fülürya/Memiş Kartal, Pınar/Yüksel, Sinan H./Yasaman, Zeynep): Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2021.

Makaleler

- BOZGEYİK, Hayri/TABUR, Mehmet Fatih: “*Teori ve Uygulama Açısından Marka Tescilinde Kötüniyetin Rolü*”, Yargıtay Dergisi, 2024, C. 50, S. 3, s.671-698.

- ÇAKIR, Aytuğ Ceyhan/ÖZBOYACI, Alper/DEMİRKAPI, Erhan: “Marka, Ticaret Unvanı ve İşletme Adının Birbirleri ile Karıştırılma Tehlikesine Karşı Korunması”, TFM, 2021, C. 7 S. 1, s.37-66.
- GÖKOVALI, Ümmühan: “Coğrafi işaretler ve ekonomik etkileri: Türkiye örneği”, Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 2007, C. 21, S. 2, s. 141-160.
- GÜNDOĞDU, Gökmen: “555 Sayılı Coğrafi İşKHK’nın Uygulamasında “Ürün” Kavramı ve Bazı Sorunlar”, İÜHFİM, 2005, C. 63, S. 1-2, s.213-238.
- KARMUTOĞLU, Başak: Coğrafi İşaretlerin Tescili ve Korunması Hususunda Farklı Hukuk Sistemlerinin Karşılaştırılması (AB ve ABD Sistemleri Üzerinden Bir İnceleme), BATIDER, 2024, C. 40, S. 3, s. 645-680.
- KNAAK, Roland: “Geographical Indications and their Relationship with Trade Marks in EU Law”, IIC 2015, S.7, s. 843-867.
- LE GOFFIC, Caroline: “Cancellation of a trade mark based on a prior foreign geographical indication related to different products”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2008, C.3, S. 3, s.152-154.
- MAGHAMINIA, Mohammad: “Türk Sınai Mülkiyet Hukuku Çerçevesinde Marka ile Coğrafi İşaretlerin Karşılaştırılması”, The Journal of International Scientific Researches, 2019, C. 4, S. 1, s. 90-107 vd.
- SHUKLA, Varun: “Historical Development of Geographical Indication Law Under International Arena”, International Journal of Law, 2016, C 2, S.4, s.1-4.
- TEKİN, Ufuk: “Relationship Between Geographical Indications and Trade Marks under Turkish Law”, GRUR, 2021, C.70, S.8, s.754-759.
- VATS, Naresh Kumar: “Geographical indication – the factors of rural development and strengthening economy”, Journal of Intellectual PropertyRights, 2016, S. 21, s.347-354.
- WINTERS, Kevin: “Trade marks and geographical indications retain distinct functions in intellectual property law”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, C.11, S 3, s. 157-159.
- YILDIZ, Burçak: “Yargıtay Kararları Işığında Coğrafi Markalar”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 9, S. 2, s.125-156.
- YILMAZTEKİN, Hasan Kadir/YALÇIN, Banu Eylül: “Turkish law on infringement of Geographical Indications and its degree of alignment with the EU law”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2021, C. 16, S. 4-5, s.376-383.

Kararlar

- Y. HGK, E. 2019/686, K. 2019/1290, 05.12.2019 (Lexpera, 25.05.2025).
- Y. HGK, E. 2017/11-2405, K. 2021/163, 25.02.2021 (Legalbank, 30.05.2025).
- Y. HGK, E. 2017/64, K. 2021/405, 01.04.2021 (Legalbank, 30.05.2025).
- Y. HGK, E. 2000/1814, K. 2000/1814, 20.12.2000 (Lexpera, 30.05.2025).
- Y. 11. HD, E. 2024/527 K. 2024/8703, 05.12.2024 (Lexpera, 27.06.2025).
- Y. 11. HD, E. 2019/2183, K. 2020/379, 15.01.2020 (Lexpera, 29.05.2025).
- Y. 11. HD, E. 2018/3698 K. 2020/207, 09.01.2020 (Lexpera, 30.05.2025).
- Y. 11. HD, E. 2018/4822, K. 2019/6517, 21.10.2019 (Karararama, 30.05.2025).

- Y. 11. HD, E.2018/4047, K.2019/5572, 18.09.2019 (Lexpera, 30.05.2025).
Y. 11. HD, E.2018/2795, K. 2019/5044, 08.07.2019 (Legalbank, 30.05.2025).
Y. 11. HD, E. 2018/351, K. 2019/4740, 24.06.2019 (Lexpera, 29.05.2025).
Y. 11. HD, E. 2018/1584 K. 2019/3302, 30.04.2019, (Lexpera, 30.05.2025).
Y. 11. HD, E. 2018/1584, K. 2019/3302, 30.04.2019 (Kazancı, 12.06.2025).
Y. 11. HD, E.2017/1974, K. 2019/87, 07.01.2019 (Kazancı, 30.05.2025).
Y. 11. HD, E. 2016/1466, K. 2017/4519, 19.09.2017 (Kazancı, 30.05.2025).
Y. 11. HD, E. 2015/11750, K. 2016/9156, 28.11.2016 (Kazancı, 30.05.2025).
Y. 11. HD, E. 2014/6169, K. 2014 /12576, 01.07.2014 (Lexpera, 25.05.2025).
Y. 11. HD, E. 2013/10848, K. 2014/284, 08.01.2014 (Legalbank, 30.05.2025).
Y. 11. HD, E. 2010/8079, K.2012/9491, 31.05.2012 (Kararama, 30.05.2025).
Y. 11. HD, E. 2008/10674, K. 2010/2689, 11.03.2010 (Legalbank, 30.05.2025).
Y. 11. HD, E.2006/4734, K. 2005/2890, 22.03.2005 (Bkz. ÇOLAK, s. 245).
02/05/2019, C-614/17, Queso Manchego, ECLI:EU:C:2019:344.
07/06/2018, C-44/17, Scotch Whisky, EU:C:2018:415.
21/01/2016, C-75/15, Viiniverla, EU:C:2016:35.
26/02/2008, C-132/05, Komisyon v Almanya, EU:C:2008:117.
04/03/1999, C-87/97, Cambozola, EU:C:1999:11.

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN TEMİNATI OLARAK CEZA KANUNLARININ AÇIKLIĞI VE *ULTIMA RATIO* İLKESİ

*The Clarity of Criminal Laws and The Ultima Ratio Principle as a
Guarantee of Fundamental Rights and Freedoms*

Prof. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN*

ÖZ

Özgürlükçü ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan “*ultima ratio*” (son çare) ilkesi, ceza hukukuna ve ceza müeyyidesine, ancak hukuki varlık veya menfaatin korunmasını sağlayabilecek (idari veya medeni yaptırımlar gibi) başka araçların yetersiz kaldığı durumlarda son seçenek olarak başvurulmasını gerektirmektedir. Oysa günümüzde ceza hukuku, toplumsal güvensizlik algısını yöneten ve halkın cezalandırıcı taleplerini tatmin ederek siyasi rıza üreten bir ‘güvenlik aygıtına’ dönüşmektedir. Böylece, yapısal sorunlara kalıcı ve gerçekçi çözümler geliştirmek yerine, göstermelik cezalarla kamuoyunun tepkisini azaltmak ve dikkatleri sorunun asıl kaynağından çok, somut tekil fiile ve faile kaydırmak mümkün olmaktadır. Bu da ceza hukukunun garanti edici işlevini yitirmesine ve araçsallaşmasına yol açmaktadır. Bu tabloda, ceza hukukunun araçsallaştırılması, ceza popülizmi ve kanunlaştırma enflasyonu birbirlerini karşılıklı olarak neden sonuç ilişkisi içinde etkilemektedirler.

Anahtar Kelimeler: Temel hak ve özgürlükler, ultima ratio, özgürlükçü ceza hukuku, ceza popülizmi, ceza hukukunun araçsallaşması.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: okuyucu@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5401-2312.

ABSTRACT

"The principle of "ultima ratio" (last resort), a cornerstone of liberal criminal law, dictates that criminal law and penal sanctions should only be resorted to as a final option when other measures—such as administrative or civil sanctions—prove insufficient to protect legal interests. However, contemporary criminal law is transforming into a 'security apparatus' that manages the perception of social insecurity and generates political consent by satisfying the public's punitive demands. Consequently, instead of developing lasting and realistic solutions to structural problems, it becomes possible to mitigate public reaction with symbolic punishments and divert attention from the root of the problem to the concrete individual act and the perpetrator. This leads to the erosion of the guaranteeing function of criminal law and its subsequent instrumentalization. In this context, the instrumentalization of criminal law, penal populism, and legislative inflation mutually influence one another within a cause-and-effect relationship.

Keywords: *Fundamental rights and freedoms, ultima ratio, liberal criminal law, penal populism, instrumentalization of criminal law.*

GİRİŞ

Ceza kanunlarının açıklığı ve *ultima ratio* ilkeleri ile bunların temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından rolü, iki yüzyılı aşkın zamandır güncelliğini asla yitirmeyen kadim ceza hukuku sorunları olarak karşımıza çıkmaktadır.¹ Belirtmek gerekir ki zaten ceza hukukunun en güncel sorunları, aslında en kadim olanlarıdır. Zira özgürlük-otorite, birey-toplum diyalektiği ile politika, ahlak ve ceza hukuku arasındaki ilişkiler tarafından şekillenen politik-ideolojik esaslara dayanarak hangi fiillerin hangi ölçütlere göre suç haline getirileceği sorunu, devlet düzeninin tipine göre değişebilmektedir.² Gerçekten de son yıllarda güvenlik kaygısı, uluslararası terör, kontrolsüz göç ve şehirleşme gibi önemli toplumsal sorunlar ve yeni tehdit algıları karşısında ceza hukukunun alanı giderek genişlemekte; buna bağlı olarak ortaya çıkan ceza kanunu enflasyonu, kanunun hukukçular tarafından dahi takip edilmesinin güç olduğu bir tablo yaratmakta ve bu durum hukuki güvenlik bakımından ciddi sakıncalar doğurmaktadır. Bu tablonun yarattığı hukuki belirsizliğin kaçınılmaz bir yasama sorunu olduğu düşünülse de bilinçli bir tercihin sonucu olarak yaratıldığı durumlar da azımsanmayacak düzeydedir. Kamuoyunda özellikle de (sosyal medyada) oluşan tepkilerin azaltılması, belirli tip suçlulukla mücadele, güvenlik kaygısı gibi gerekçelerin yeni suç türlerinin yaratılması, ceza müeyyidesi tehdidinin alanca genişletilmesi ve temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin yoğunlaştırılması bakımından bir meşrulaştırma aracı olarak kullanıldığı gözlemlenmektedir.³ Hâlbuki özgürlükçü ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan “*ultima ratio*” (son çare) ilkesi, ceza hukukuna ve ceza müeyyidesine, ancak hukuki varlık veya menfaatin korunmasını sağlayabilecek (idari veya medeni yaptırımlar gibi) başka araçların yetersiz kaldığı durumlarda son seçenek olarak başvurulmasını gerektirmektedir.⁴ Oysa günümüzde ceza hukuku toplumsal güvensizlik algısını yöneten ve halkın cezalandırıcı taleplerini tatmin ederek siyasi rıza üreten bir ‘güvenlik aygıtına’ dönüşmektedir.⁵ Böylece yapısal sorunlara, kalıcı ve gerçekçi çözümler geliştirmek yerine

¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. OKUYUCU ERGÜN, Güneş: Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

² TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2023, s. 21.

³ KATOĞLU, Tuğrul Bayazıt: “Son Seçenek Olması Gereken Ceza Müeyyidesi ve Ceza Hukukunun Zorlanan Sınırları”, AÜHFD, 2023, C.72, S. 3, ss. 973-1005, s. 986.

⁴ MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio: Manuale di diritto penale: Parte generale, Giuffrè, Milano 2019, s. 23.

⁵ DONINI, Massimo: Il volto attuale dell’illecito penale, Giuffrè, Milano 2004, s. 115 vd.

göstermelik cezalarla kamuoyunun tepkisini azaltmak ve dikkatleri sorunun asıl kaynağından çok, somut tekil fiile ve faile kaydırmak mümkün olmaktadır. Bu da ceza hukukunun garanti edici işlevini yitirmesine ve araçsallaşmasına yol açmaktadır.

I. AYDINLANMA VE ÖZGÜRLÜKÇÜ CEZA HUKUKUNUN İNŞASI

Hukuk, özünde toplumsal bir olgudur (*ubi societas, ibi ius*).⁶ Denir ki Robinson Crusoe ıssız bir adada tek başına yaşarken hukuk yoktu; ne zaman ki adaya Cuma geldi, işte o zaman hukuk ortaya çıktı.⁷ Her ne kadar hukukun ortaya çıkışı, insan topluluklarının ortaya çıkışı kadar eskilere uzansa da bir bilim niteliğine kavuşması için 18. yüzyıla kadar gelmek gerekmiştir.⁸ Modern ceza hukukunun doğuşu da aynı zamanlara ve esas itibarıyla Aydınlanma düşüncesine dayanır.⁹ Zira Aydınlanma sayesinde cezalandırma yetkisinin (*jus puniendi*) kaynağı, sınırları, şekli ve ortaya çıkış biçimleri, eleştirel bir zihinle ve rasyonel terminoloji ile ele alınmaya başlanmış ve ceza hukuku ile ideoloji arasındaki ilişki bilinçli bir biçimde ortaya konabilmiştir.¹⁰ Bu dönemde cezalandırmanın temeli, amaçları ve yöntemleri üzerine geliştirilen teoriler, ceza hukukunun bağımsız bir bilim hâlini almasını sağlamıştır.¹¹ Aydınlanma ile ortaya atılan ve hâlâ geçerliliğini koruyan temel ilkeler, etkin bir sosyal savunma ile kişi hak ve özgürlüklerinin dengelenmesi arayışındaki ceza hukuku sistemlerinin esasını teşkil etmiştir.¹² Cezalandırma yetkisinin sınırları, cezaların meşruluğu, bireyle devlet arasındaki ilişkilerin diyalektiği, bireyin sahip olduğu değer, mutlakiyetçi yönetimlerden sıyrılıp farklı yapılara doğru gelişen devlet anlayışı, bu dönemde ceza hukukunun

⁶ Hukukun toplumsallığı hakkında derinlemesine bilgi için bkz. KEYMAN, Selahattin / TOROSLU, Haluk: Hukuka Giriş, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 22.

⁷ FRIEDMANN, Wolfgang: Legal Theory, Stevens & Sons, London 1960, s. 3-4.

⁸ TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s. 3. vd.

⁹ OKUYUCU ERGÜN, s. 35; NUVOLONE, Pietro: Il sistema del diritto penale, CEDAM, Padova 1982, s. 1.

¹⁰ MANTOVANI, Ferrando: Diritto penale, Parte generale, CEDAM, Milano 2009, s. 23.

¹¹ KELLY, J.M.: A Short History of Western Legal Theory, Clarendon Press, Oxford 2013, s. 294 vd.

¹² FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo: Diritto penale, Parte generale, Zanichelli Editore, Milano 2014, s. XV.

başlıca uğraş alanını teşkil eden sorunlar olmuştur.¹³ Böylece 17. yy.'da Tabii Hukuk doktrini ile birlikte mutlakiyetçi rejimlerin baskıcı hukuklarına karşı, akıl temellerine dayalı modern ceza hukukuna doğru başlayan gelişim, 18. yy.'da Aydınlanma ile doruk noktasına ulaşmıştır. Bu gelişim sayesinde sadece normlardan ibaret bir ceza hukuku yerine, ilkelerden oluşan bir ceza hukuku sistemi tesis edilmiştir. Söz konusu ilkeler başlangıçta politik-rasyonal ilkeler iken sonraları hukukî-anayasal ilkelere dönüşmüş ve böylece hukukun meşruiyetinin sağlanması ve bu meşruiyetin denetlenmesi mümkün hâle gelmiştir.¹⁴

Aydınlanmacı düşünürler çoğunlukla hukukçu olmamalarına karşın, hukuk ve özellikle de ceza hukuku konusunda çok mesai harcamışlardır. Bunun başlıca nedeni, cezanın bir zor uygulaması olması ve bireyin özgürlüklerine ve şahsına etki eden en ağır müdahaleyi oluşturmasıdır. Bu nedenle cezalandırma, sadece hukukun değil, devlete ilişkin tartışmaların, ideolojilerin ve felsefenin de temel bir sorunu olagelmiş; edebiyatın ve sanatın da asla kayıtsız kalamadığı bir konu olarak daima karşımıza çıkmıştır. Bu itibarla Orta Çağ'ın bölünmüş siyasal yapısının ve feodalitenin ortadan kalkması üzerine mutlak monarşilerin ortaya çıkışı ve onların da modern devlete evrilmelerine giden süreçte, hukuki güvenlik arayışında olan düşünürlerin, cezalandırma konusuna özel önem vermesi şaşırtıcı değildir.

Bilindiği üzere devlet fikri, artık iyice kontrolden çıkmış gibi görünen çatışma durumunu kontrol altına alabilecek bir politik otorite yaratmak için doğmuştur. Feodalizm döneminde halkın içinde bulunduğu her türlü güvenceden yoksun koşullar, Avrupa ülkelerini 14. ve 15. yüzyıllarda politik iktidarın tek bir egemenin elinde toplanmasını kabul etmeye itmişti. Böylece Orta Çağ'ın bölünmüşlüğü aşılacak mutlakiyetçi (ulusal) devletler ortaya çıkmıştı. Bu mutlakiyetçi rejimlerde egemenin iktidarı üzerinde başka bir güç yoktu ve o, diğer her şeye hükmetmekteydi; yani kontrolsüzdü. Ancak mutlak monarşik despotizm de eleştirilmiş ve bunun yerine devletin gücünün hukukla sınırlandırıldığı, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin egemenin gücünden önce geldiği, kuvvetler ayrılığına dayanan yeni bir devlet anlayışı ortaya çıkmıştır: "*liberal devlet*". Bu yeni devlet anlayışında devlet sorunsalı egemenin gözünden değil, egemene tâbi olan bireyin gözünden ele alınır. Artık devlet, hukukla sınırlandırılır, kamu gücü hukuk kuralları çerçevesinde kullanılabilir ve bireylerin hakları hukukun güvence altındadır. Bundan böyle kanunlar

¹³ NUVOLONE, s. 1.

¹⁴ MANTOVANI, s. 24.

idarenin yapamayacaklarını değil; yapabileceklerini gösterecektir çünkü artık özgürlük kural, yasaklar istisnadır.

Modern düşünürlerin, bireysel hakların ve özgürlüklerin korunması bakımından devlet iktidarının da sınırlanması gerektiğini ve ancak bu hâlde meşru olacağını görmeleri, insanlığın haklar ve özgürlükler mücadelesinde dönüm noktası olmuştur. Böylece mutlak ve keyfî devlet gücü anlayışından artık vazgeçilmiş olmaktadır. Buna göre modern devlet anlayışında pozitif hukuk, bir yandan herkesin özgürlüğünün ve güvenliğinin korunması adına bireylerin keyfî davranışlarının önüne geçerek sosyal kontrolü ve kamu düzenini sağlamayı amaçlarken; diğer yandan, aynı zamanda devlet gücünün sınırlandırılmasına ve düzenlenmesine de hizmet eder hâle gelmiştir. Başka bir deyişle hukuk, artık yalnızca bireylerin davranışlarını değil, aynı zamanda devletin eylem ve işlemlerini de sınırlandırmakta ve düzenlemektedir.

Devlet, bireyin pozitif hukuk kurallarına uymasını sağlamaya çalışır ve bu, en çok, devletin zor yetkisi kullanımının en ağırını oluşturan cezalandırma yetkisinde somutlaşır. Ancak devletin cezalandırma yetkisini kullanarak bireyin pozitif hukuk kurallarına uymasını sağlamaya çalışması, bir yandan kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına alırken diğer yandan bunlara zarar da verebilir. Ceza hukuku, temel hak ve özgürlükleri korumaya hizmet edebileceği gibi, bunları sınırlandırmanın ve yok etmenin aracı da olabilir. Nitekim tarih ve günümüz bunun örnekleri ile doludur.¹⁵ Ancak modern devletin doğuşuyla birlikte ceza hukuku “*ultima ratio*” olarak tasarlanmıştır. Aydınlanmadan itibaren, ceza hukukunun işlevi yalnızca bireyin davranışlarını düzenlemek ve hukuka aykırı olanlarını cezalandırmak değil; temel hak ve özgürlükleri devlete karşı korumak; yani cezalandırma yetkisini sınırlamak ve cezalandırmanın hangi hallerde meşru olacağını belirlemektir. Ceza hukuku, söz konusu sınırı kanunilik, açıklık, “*ultima ratio*”, ihlal edicilik, kusurluluk, orantılılık, insan onuru, fiilsiz ceza olmaz, kusursuz ceza olmaz gibi ilkelerde bulur. Böylece ceza hukukunun temel hak ve özgürlükleri garanti edici bir niteliğe kavuşması amaçlanır.

Gerçekten de ceza hukuku tarihine bakıldığında; ceza hukukunun bir yandan ortak yaşamın temel koşullarını garanti etmeye çalışırken; diğer yandan, hemen her dönemde ve oldukça sık biçimde bir baskı ve ayrıcalıkların korunması aracı olarak da kullanıldığı görülür. Belirtmek gerekir ki ceza hukuku, yalnızca geçmiş zamanlardaki mutlakiyetçi monarşik rejimlerde değil, modern zamanlardaki onlardan kalır yanı olmayan baskıcı ve

¹⁵ OKUYUCU ERGÜN, s. 20.

müdahaleci despotik düzenlerde de devletin resmi doğrularını dayatmak; düşünce ayrılıklarını bertaraf etmek ve iktidarı garanti altında tutmak için başvurulmuş bir araçtır.¹⁶ Ceza muhakemesi hukuku ve polis hukukunun da araçsallaştırılarak kullanıldığı bu tür ceza hukukunun en temel özelliği, suçu öngören normun meşru olan ile olmayanın ayrılmasına imkân vermeyecek ve açıklıktan uzak biçimde kaleme alınması ve iktidarın memuru konumundaki yargının normun kapsamına girmeyen fiilleri de kapsama dâhil görerek cezalandırma konusunda geniş yetkilerle donatılmış olmasıdır.¹⁷

İşte bu nedenlerle feodaliteden mutlak monarşiye ve oradan da modern devlete giden süreçte, hukuki güvenlik arayışında olan düşünürler, cezalandırma konusuna özel önem vermişler ve bireysel hakların ve özgürlüklerin korunması bakımından devlet iktidarının da sınırlandırılması gerektiğini ve ancak bu hâlde meşru olacağını görmüşlerdi. Buna göre hukuk artık, devletin eylem ve işlemlerini de sınırlandırmakta ve düzenlemektedir. Dolayısıyla modern ceza hukukunun işlevi yalnızca bireyin davranışlarını düzenlemek ve hukuka aykırı olanlarını cezalandırmak değildir. Modern ceza hukukunun bir işlevi de ceza kanunlarının gerek yapımı gerekse yorumu ve uygulanması bakımından devlet gücünün keyfi kullanımının önüne geçerek temel hak ve özgürlüklerin devletin keyfi işlemlerine karşı korunmasıdır. Özgürlükçü ceza hukuku anlayışını ifade eden bu işlev, liberal hukuk devletinin temel özelliğidir. Devletin gücünün hukukla sınırlandırıldığı, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin devletin keyfi uygulamaları karşısında garanti altına alındığı, kuvvetler ayrılığına dayanan bu yeni “*liberal hukuk devleti*” anlayışı, yönetilenlerin hukuki güvenliğinin olmadığı ve giderek zorbalığa başvuran “*polis devleti*”nin karşıtıdır.

İşte bu noktada Aydınlanma’nın ceza hukukuna kazandırdığı en önemli ilkelerden olan kanunilik ve “*ultima ratio*” ilkeleri karşımıza çıkar. Kanunilik ilkesi, devletin cezalandırma yetkisini sınırlandırır; bu yetkinin ne zaman, hangi koşullarda kullanılabileceğini ortaya koyar. Ancak belirtelim ki kanunilik ilkesi yalnızca suç ve cezanın kanunla önceden öngörülmüş olmasından ibaret değildir. Aynı zamanda ceza kanunlarının açık ve bilinebilir olması, ceza hukukunun *extrema ratio* olması, aşırı sayıda normdan oluşmaması, en azından anayasa ile güvence altına alınan değerleri korumaya yönelik olması, ilgili sosyal alanda geçerli olan hukuk dışı medeniyet normları ile uyumlu olması, minimum bir rasyonaliteyi barındırması; fail değil fiil ceza

¹⁶ MANTOVANI, s. XXXV; TOROSLU / TOROSLU, s. 24.

¹⁷ TOROSLU / TOROSLU, s. 24.

hukuku anlayışına uygun olması demektir. Anılan koşullar birlikte bulunmadığında, suç teşkil eden fiilin ve cezasının önceden kanunla öngörülmüş olması, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından yeterli korumayı sağlamayacaktır. Zira *Calamendrei*'nin de dediği gibi, “*Kanunîlik kalıbına altın da dökülebilir, kurşun da...*”¹⁸ Söz gelimi, bir kesimin veya çoğunluğun benimsemediği birtakım anlayışların diğer kesimlere dayatılmasını ve bu gibi normların baskı aracına dönüşmesini engelleyebilmek için suç fiilinin yalnızca kanunla öngörülmüş olması yetmez. Kanunla suç olarak öngörülen fiilin ihlal edici de olması gerekir. Yani dış dünyaya yansıyan ve en azından anayasa ile güvence altına alınmış değerleri ihlal eden bir fiil olması gerekir. Aksi halde insanları fiillerine göre değil, var oluş biçimlerine göre yargılayan ve ihlal edici olmasa da belirli bir kesimin ya da çoğunluğun değer yargılarını ve anlayışlarını dayatan bir ceza hukuku sistemi söz konusu olur.

II. AÇIKLIK VE *ULTIMA RATIO* İLKELERİNİN POLİTİK-GARANTİ EDİCİ İŞLEVİ

Modern-özgürlükçü ceza hukukunun kişi hak ve özgürlüklerine devletin müdahale etmesinin hangi hâllerde meşru olacağını belirleyerek devletin müdahale alanını sınırladığı daha önce açıklanmıştı. Beccaria yüzyıllar öncesinden bu hususu şöyle ifade etmekteydi: “*Her insan özgürlüğünün, başkalarından korunmasını sağlamaya yetecek en küçük kısmını toplumsal emanete bırakmıştır. İşte bu mümkün olan en küçük parçaların toplamı, cezalandırma yetkisinin temelini oluşturur; bunun ötesine geçen her şey kötüye kullanmadır ve adalet değildir, fiildir ama hukuk değildir.*”¹⁹ Aydınlanmanın getirdiği devlet tasavvuru ve hukuk anlayışındaki değişim sonucu, devletin cezalandırma yetkisini sınırlandırarak ceza hukukunun kötüye kullanılmasının ve keyfiliğin önlenmesi ve böylece, bireysel hak ve özgürlüklerin devlet gücünün keyfi kullanımına karşı korunması gayesi özgürlükçü ceza hukuku anlayışını doğurmuştu. Bu itibarla özgürlükçü ceza hukuku anlayışı hukuk devleti, hukukî güvenlik, güçler ayrılığı, eşitlik ve demokrasi gibi temel ilkeler ile iç içedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki burada hukuk devleti ile kastedilen anayasası olan ve anayasada gösterilen formalitelere uygun olmak kaydıyla her türlü kanunun ve anayasal değişikliğin yapılabileceği anayasalı devlet değildir. Norm koymanın şekli

¹⁸ Bkz. OKUYUCU ERGÜN, s. 26.

¹⁹ BECCARIA, Cesare: *Dei delitti e delle pene*, Alicia Editions, Wrocław 2021, s.12.

formalite şartlarının yanı sıra, normun içeriğinin de belirli geçerlik ve meşruluk koşullarına tâbi olduğu ve “*sert anayasa*” olarak da adlandırılan anayasaya sahip devlettir. Sert anayasalar en genel tanımıyla karakteristik, temel, değiştirilemeyen ilkeler ve hükümler içerirler ve bunların değiştirilme usul ve çoğunluğu farklıdır. Bu noktada belirtmek gerekir ki değiştirilemeyen hükümler ihtiva eden sert anayasaların, diğer hükümleri de keyfî biçimde değiştirilemez. Anayasalar kendi içinde sözü ve ruhuyla bir bütünlük oluşturur ve buna uygun hareket edilmesi gerekir. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın başlangıç kısmında yer alan, “*sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak*” şeklindeki hüküm de bunu amirdir.

Hukuk devletinin özü hukukî güvenlik ise; hukukî güvenliğin özü de kanunilik ilkesi ve özellikle ceza kanunlarının açıklığı ve *ultima ratio* ilkeleridir. Hukukî güvenlik, ceza hukukunun *extrema ratio* olmasını, en azından anayasa ile güvence altına alınan değerleri korumaya yönelik olmasını, aşırı sayıda normdan oluşmamasını, açık biçimde kaleme alınmış olmasını, ilgili sosyal alanda geçerli olan hukuk dışı medeniyet normları ile uyumlu biçimde anlaşılmasını gerektirir. Bu gerekler doğrultusunda şekillenen özgürlükçü ceza hukuku, her şeyden önce, bir kimsenin, işlendiği zamanın kanunu tarafından açıkça suç olarak öngörülme-yen bir fiilden dolayı ve açıkça öngörülme-yen bir ceza ile cezalandırılmasını yasaklar. Dolayısıyla kanunilik ilkesi, özgürlükçü ceza hukukunun temel taşlarından biridir ve üç temel ilkeye dayanır. Suçların ve cezaların yalnızca kanunla öngörülmesini ifade eden kanunun tekelciliği, ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili olan kanunların geçmişe uygulanmaması ve ceza kanunlarının formüle edilmesi ile ilgili olarak açıklık ilkesi.

Modern hukuk sistemlerinde yerine getirdiği garanti edici işlevi nedeniyle kanunilik ilkesi, özgürlükçü ceza hukuku anlayışının ve liberal demokratik hukuk devletinin temeli olsa da ceza kanunları meşru olan ile olmayanın ayrılmasına imkân vermeyecek şekilde belirsiz kaleme alındığında, şeklen kanunilik ilkesine uyulmuş gibi görünse de hukukî güvenlik ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Bu nedenle ceza kanunlarının açıklığı ilkesi, kanunilik ilkesinin temelini teşkil etmektedir. Ceza kanunlarının açıklığı ilkesi, genel ve soyut norm aşamasında söz konusu olan ve neyin emredildiğinin ya da yasaklandığının *a priori* olarak ortaya konulmasına engel olan belirsizliğin önüne geçilmesini gerektirir. Ayrıca açıklık ilkesi, ceza hukukunda kıyası da reddeder. Normun meşru olan ile olmayanın ayrılmasına imkân vermeyecek şekilde muğlak ve müphem kaleme alınması, farklı

yorumlara imkân vererek, hâkime geniş bir takdir alanı bırakan ve olaydan olaya uygulaması değişebilecek esnek ve belirsiz kanunların ortaya çıkmasına neden olur. Böyle bir durumda suç ve cezanın kanunla öngörülmüş olmasının ve kanunun geçmişe uygulanmamasının fazla bir anlamı kalmaz ve dolayısıyla kanunilik ilkesinin politik-garanti edici işlevini yerine getirmesi imkânsız hâle getirir.

Ceza kanunlarının açıklığı, hukuk devleti kültürünün başlıca kazanımlarındandır. Gerçekten de ceza normlarının açık olması, tipik fiilin net biçimde tanımlanması ve normun kesin biçimde uygulanması, özgürlükçü ceza hukukunun bir gereğidir. Böylece kamu gücüne sınırlar çizmek ve devleti de kanuna tâbi kılmak suretiyle birey, devlet gücü karşısında korunmuş olacaktır. Bu itibarla açıklık ilkesi çerçevesinde kanun hem devletin egemen gücünün bir yansımasıdır hem de bu gücü sınırlandırmaktadır. Bu itibarla açıklık ilkesinin temeli, genel önleme ve kusurluluktan ziyade, hukukî güvenlik ile hukuk devleti ilkesidir.

Açıklık ilkesi yalnızca ceza hukuku bakımından değil, ceza muhakemesi bakımından da önemli işleve sahiptir. Kamu davasının mecburiliği ilkesi, çelişme ilkesi, savunma hakkı, hükmün gerekçeli olması, temyiz gibi ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan garanti edici ilke ve kurumların hayata geçirilebilmesi için, kanunî dayanağa ihtiyaç vardır ve bu tür kanunî referansların bulunmaması, somut olayda genel ve özel önleme gerekçeleri ile bu garantilerden feragat edilmesine; bunların işlevsiz ve sözde garantilere dönüşmesine yol açacaktır.

Hukukî güvenlik, kanunun gerçekte biliniyor olmasından çok, bilinebilir olmasını gerektirir. Kaldı ki “*kanunun bilinebilir olması*” ölçütü dahi, yeni suç tipleri ve çok sayıdaki kanunlarla karmaşıklaşan hukuk düzeni ve sıradan vatandaşın hukuk bilgisi düzeyi karşısında esas itibarıyla teorik ve çoğunlukla aldatıcıdır. Dolayısıyla hukuku bilmeyen ya da en fazla teknik olmayan kulaktan dolma genel bir bilgisi olan toplumun çoğunluğu bakımından tipik fiilin açık ve net biçimde tanımlanmasıyla muğlâk ve müphem biçimde tanımlanmış olması arasında ceza kanunlarının korkutuculuğu açısından fazla bir fark yoktur. Bu itibarla burada açıklık ilkesi ile amaçlanan, fiili işlediği esnada kişinin normu bilmesinin sağlanması değil; fiilden önce meşru olanla olmayanı net biçimde ayırmaya imkân verecek şekilde kaleme alınarak, fiilden sonra normun belirsizliği sayesinde kapsamına girmeyen fiilleri de dâhil ederek uygulanmasının önüne geçmektir.

Dolayısıyla ceza normunun ortalama insan tarafından anlaşılabilirlik şeklinde kaleme alınması gerektiğini savunanların varlığına rağmen, aslında ortalama insan psikolojisi bakımından normun korkutucu etkisini göstermesi için detaylı biçimde bilinmesi şart değildir. Zira ortalama insan genelde normu ya hiç bilmez ya da çok genel bir bilgisi vardır. Normun içeriği hukuk uzmanları tarafından ise, ortalama insandan daha farklı algılanır. Ancak ortalama insan için hukukun korkutucu etkisi, esas itibarıyla başkalarının menfaatlerine aykırı davranışların olumsuz hukukî sonuçlar doğuracağının farkında olmaları ile ilgilidir. Dolayısıyla kanunların korkutucu gücü, aslında açık şekilde kaleme alınması ile değil, sıradan vatandaşın ihlal edici davranışlarda bulunması hâlinde hukuk düzeninin bu davranışı karşılığında kendisine müeyyide uygulayacağını bilincinde olması ile ilgilidir. Bu nedenle kadına yönelik şiddet fiillerinde olduğu gibi, bir cezasızlık algısının bulunduğu durumlarda norm ne kadar açık biçimde öngörülmüş olursa olsun, muhatabı üzerinde fazla bir korkutucu gücü bulunmayacaktır.

Ancak her ne kadar teorik düzlemde kabul edilse ve hukuk devletinin ve modern ceza hukukunun temel ilkelerinden biri sayılsa da kanunların yapımında açıklık ilkesinin tam olarak hayata geçirildiğini söylemek zordur. Hatta bu nedenle söz konusu ilke, İtalyan hukukçu Moccia tarafından haklı olarak, “*modern ceza hukukunun tutulmayan sözlerinden biri*” şeklinde tanımlanmıştır.²⁰

Elbette bu sözün tutulmayışının pek çok nedeni vardır. Her şeyden önce normun açıklığı, bizatihi açık olmayan bir kavramdır. Bunun ne anlama geldiğinin ve hangi ölçüde açıklığın gerektiğinin belirlenmesindeki zorluk, açıklık ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesini de güçleştirmektedir. Oysa Wittgenstein’in da dediği gibi, “*düşünülebilen her şey açıklıkla düşünülebilir. Söylenebilen her şey, açıklıkla söylenebilir.*”²¹ Ancak ne yazık ki bugün, *Calvino*’nun “*anlamsal terör*” diyerek eleştirdiği “*anti-dilin*” her alana nüfuz ettiğini görüyoruz. Hukukçular, entelektüeller, politikacılar, gazete ve televizyon haber editörleri anti-dilde yazıyor, konuşuyor ve düşünüyor. Anti-dilde anlamlar sürekli olarak birbirinden uzaklaştırılıyor, kendi başlarına hiçbir şey ifade etmeyen veya belirsiz ve anlaşılabilir kelimelerin perspektifinin

²⁰ MOCCIA, Sergio: La promessa non mantenuta, Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tasativita nel sistema penale italiano, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2001, s. 11.

²¹ WITTGENSTEIN, Ludwig: Tractatus Logico-Philosophicus, (çev. C. K. OGDEN), Edinburgh Press, Edinburgh 2001, s. 45.

en dibine düşürülüyor.²² Üstelik söz konusu tutarsızlık yalnızca dil bakımından hissedilmiyor. Aralıksız bir imgeler yağmuru altında yaşadığımız bu çağda, imgeler için de aynı özden, içerikten, anlamsal ve biçimsel bütünlükten yoksunluk ve tutarsızlık geçerli.²³ Ve adeta bu dili kullanmanın daha makbul sayıldığı bir ortam söz konusu. Dolayısıyla bu durumun normların kaleme alınışını etkilememesi mümkün değildir.

Öte yandan, kimi zaman kanun koyucuların özellikle soyut, belirsiz ve karmaşık düzenlemelerle *flu* bir cezalandırma alanı yaratmayı amaçladığı da bir gerçektir. Böylece, bu belirsizlik durumundan yararlanılarak aslında normun kapsamında olmayan fiilleri de bu kapsamda cezalandırmak, halkta bir çekince oluşturarak otokontrol mekanizması kurmak, muhalif ve eleştirel sesleri bastırmak imkânı elde edilmiş olmaktadır. Örneğin “*suç işlemek için örgüt kurma*”; “*halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma*”, “*halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama*”, “*müstehcenlik*” gibi kimi bazı devlete ya da topluma karşı suçları öngören normlarda olduğu gibi. Oysaki *genel ahlak, kamu barışı, kötü muamele, müstehcen* gibi genel ilkeler ya da soyut ifadelerle suç öngören kanunların yapılması, meşru olan ile olmayanın bilinmesi imkânını ortadan kaldırır ve hukuk devletini zedelemektedir.

Son zamanlarda ceza hukuku öğretisinde ve uygulamasında ceza hukukunun hedefinin, daha esnek ve genel kanunların yapılması olduğu görüşünün giderek yaygınlaşmakta olduğu gözlemlenmektedir. Bu görüşe göre, böylece daha geniş bir takdir alanında hareket imkânına kavuşan yargıçlar, somut olayın koşullarını ve gereklerini değerlendirerek gerektiğinde bunları genel tecrübe kuralları ve hayatın olağan koşulları doğrultusunda tamamlayabilecek ve somut olay adaletini daha iyi sağlamış olacaklardır. Söz konusu görüş biçimsel kanuniliği reddetmemekle birlikte, esas itibarıyla biçimsel kanuniliğe dayanan bir sistem içinde öze ilişkin kanuniliğe bir yer açmaya çabalamaktadır. Ne var ki genel biçimde kaleme alınan normlardan oluşan bir ceza hukuku düzeni yaratarak hakime hem cezalandırma hem de cezalandırmama konusunda daha geniş bir hareket alanı bırakmayı hedefleyen ve böylece daha adil ve özgürlükçü bir ceza hukukuna ulaşılacağını savunan görüş hiç de isabetli sayılmaz. Aksine, söz konusu görüş, temel hak ve özgürlüklerden ciddi biçimde feragat edilmesi ve hukukî güvenlikten vazgeçilmesi anlamına gelir. Nitekim Sovyet Rusya yahut Nazi Almanyası

²² CALVINO, Italo: “*Per ora sommersi dall’antilingua*”, (in) *Una pietra spora*, Einaudi, Torino 1980.

²³ CALVINO, Italo: *Lezioni Americane*, Mondadori, Milano 2021, s. 60-61.

gibi totaliter sistemlerde, *kanunsuz suç olmaz* ilkesinin demode ve aşılmış bir ilke olduğundan bahisle, bunun yerine adalete ve sosyal gereklere daha uygun olan *hukuksuz suç olmaz* veya *cezasız suç olmaz* ilkelerinin benimsenmesi gerektiğinin ve tecrübeli yargıçlarca ceza kanunlarının kıyasen uygulanmasının kabul edilebileceğinin dillendirilmesi tesadüf değildir.²⁴

Ayrıca vurgulamak gerekir ki ceza kanunlarını daha açık ve sade hale getirme bahanesiyle ceza hukuku kavramlarının ve kurumlarının kendine has inceliklerinin ortadan kaldırılmamasına ve bu şekilde hakimlere geniş takdir alanı bırakarak keyfiliklere yol açılmamasına özen gösterilmelidir. Aydınlanma ile başlayan kişi hak ve özgürlüklerinin yasama, yürütme ve yargı güçleri karşısında korunması mücadelesi sonucunda ceza hukuku kavramları, adeta “*matematiksel formüller*” gibi kesinlik kazanmışlardır.²⁵ Açıklık; basitlik, kolaylık, derinlikten ve incelikten yoksunluk demek değildir. Açıklıktan kasıt, berraklık ve yalınlıktır.

Ceza kanunlarının açıklığı ilkesi bağlamındaki kanunî tanım ve belirleme ile kastedilen kanun metnindeki tanım ve belirlemedir. Ne var ki son yıllarda gerek öğretide gerekse uygulamada kanunun gerekçesinin bir yorum aracı olmanın ötesinde, adeta kanunun metnine dâhil gibi algılandığı görülmektedir. Oysa kanun gerekçesi kanun metnine dâhil değildir; o, yorum araçlarından yalnızca biridir. Eğer kanun koyucu bir hususu kanunen düzenlemek istemişse, bunu kanun metni içerisinde yapması gerektiği açıktır.

Anayasa Mahkemesi de muğlâk ve müphem biçimde düzenlenen normları, tartışma konusu unsurun gerekçede tanımlanmasından hareketle açıklık ilkesine uygunmuş gibi değerlendirme yaklaşımından vazgeçmelidir. Muğlâk ve belirsiz görünen normun anlamının belirlenebilmesi için “*uygulamadaki hukuk*” ölçütünden hareketle ve yargı kararlarına başvurmak suretiyle norma belirginlik kazandırılmaya çalışılması da sıkça başvurulanan yöntemlerden biridir. Anayasa Mahkemesi’nin, normun formülasyonun net, belirli ve açıklık ilkesine uygun olmasını ifade eden “kanunî belirlilik” yerine “hukukî belirlilik” şeklinde bir kavram ortaya atarak; belirsiz hükümlerin içeriğinin uygulamada ve yargı kararlarında belirlenmesinin olağan olduğu yönünde kararlar vermesi dikkat çekmektedir.

²⁴ VASSALLI, Giuliano: “*Nullum crimen sine lege*”, Noviss. dig. it., vol. XI, Torino 1965, s. 496.

²⁵ TOROSLU, Nevzat / ERSOY, Yüksel: “*Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı*”, Türk Ceza Kanunu Reformu, II. Kitap, Ankara 2004, s. 3-4.

Ceza kanunlarının açıklığı ilkesi bakımından, kanunların gramer ve sentaks açısından açık biçimde kaleme alınması gereklidir, ancak yeterli değildir. Daha önce de vurgulandığı üzere, kanunilik ve bu bağlamda açıklık ilkeleri, ceza hukukunun *extrema ratio* olmasını, çok sayıda ve çeşitli kanunlara dağılmış dağınık normlardan oluşmamasını; en azından anayasa ile güvence altına alınan değerleri korumaya yönelik olmasını, yani ihlâl edici olmasını; ilgili sosyal alanda geçerli olan hukuk dışı uygarlık normları ile uyumlu olmasını da gerektirir.

Oysa çözümlenmesi neredeyse imkânsız ve adeta şifreli gibi görünen kanunlar, açıklık ilkesinin ve kıyas yasağının ihlâl edilmesi riskini doğurmaktadır. Öte yandan özellikle son zamanlarda belirli tip suçluluk ile mücadele konusundaki kararlılığı kanıtlamak için içi boş ve sembolik normların yapılması yoluna gidilmekte ve bunlar yapıldıkları acil durum koşulları nedeniyle asgari belirlilik koşullarını bile taşımamaktadır. Yasama tekniğinden ve uygun dilden yoksun, baştan savma kanunlar karşısında yargıçlar, norma müdahale ederek *ratio legis* inşa etmek durumunda kalmaktadırlar. Bir normlar yığımından ibaret hâle gelen hukuk düzeni, bugün uzmanlar için bile ulaşması güç bir hukuk düzenine ve dolayısıyla kaotik bir yargı sistemine neden olmaktadır. Böylece düzenden, yargısal düzensizliğe, hukuk düzeninden kanunların düzensizliğine doğru bir gidiş söz konusu olmaktadır. Hâlbuki hukukî kesinlik sadece münferit normları değil, ceza hukuku sisteminin bütününe ilgilendirir ve yalnızca belirli normlar bakımından değil, ceza hukukunun bütünü bakımından bir gerekliliktir. Kanun koyucunun belirli bir suç politikası oluşturup bu suç politikası doğrultusunda kanunlar yapamaması/yapmaması nedeniyle aynı konuda farklı yönde kanunlar yapılmakta ve sonra bunlar da sıklıkla yeniden değiştirilmektedir. Kanun yapma tekniğine ve mantığına uygun kanunlar yerine, günü kurtarmaya; anlık eğilimlere hitap etmeye ve kamuoyu tepkilerini, özellikle de sosyal medyada oluşan kamuoyu tepkilerini hafifletmeye yönelik kanunlar yapılmakta; bütün bunlar ise, bir kanunlaştırma enflasyonuna yol açmaktadır. Bugün çok sayıda, karmaşık, çelişkili ve istikrarsız kanunlar yığını nedeniyle ortaya çıkan kanun enflasyonu, hukuki güvenliği ve belirliliği ortadan kaldıracak boyuttadır. Üstelik bu kanunların niteliklerinin gerektiği gibi olmaması, kanunların saygınlığını da zedelemektedir. Öyle ki bu kanuni kaos ortamında kanun koyucunun kendisi dahi kendi hızına yetişememekte; kendi yaptığı kanunları takip edememekte; aynı konuya ilişkin farklı hükümler sevk edebilmektedir. (Örneğin yaklaşık iki ay arayla kabul edilen CMK ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında

Kanun’da yer itibariyle yetkili mahkemeye ilişkin farklı hükümler yer almaktadır. Ya da CMK 138/2’de CMK 135/6’ya atıf yapılmakta; ancak 135. Maddede yeni fıkraların eklendiği, söz konusu 6. Fıkranın artık 8. Fıkra olduğu gözden kaçmaktadır.) TCK²⁶ ve CMK²⁷ maddelerine baktığımızda aşağı yukarı 3’te 2’sinin değişikliğe uğradığı görülmektedir. Oysa söz konusu kanunlar yürürlüğe gireli 20 yıl bile dolmamıştır. İlk değişikliklerin, kanunların Resmi Gazete’de yayımlanıp henüz yürürlüğe girmediği dönemde yapılması dahi, yasama faaliyetinin özensizliği hakkında fikir vermektedir. Öte yandan aradan geçen sürede, bu boyutta değişiklik yapılmasını açıklayacak radikal toplumsal değişiklikler bulunmadığı gibi, *code* niteliğindeki temel kanunlarda böyle sık değişiklikler yapılması doğru değildir. Bu durum, hukuki istikrarı ve belirliliği ortadan kaldırmakta; düzgün bir suç ve ceza politikasının oluşturulmasını ve izlenmesini de imkânsız kılmaktadır. Son yıllarda sıklıkla başvurulanan “*torba kanun*” veya “*yargı paketi*” diye tabir edilen çok sayıda ve farklı hukuk dallarına ve farklı konulara ilişkin konuların bir arada kanunlaştırılması, kanunî düzenlemelere ilişkin güncel değişikliklerin takip edilmesini ve bilinmesini oldukça zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla yalnızca normun yazılışı ve yapımı değil, yayımı da açıklık ilkesini ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesini ihlal edebilmektedir.

Kısacası bir normlar yığınınından ibaret hâle gelen hukuk düzeni, bugün uzmanlar için bile ulaşması güç ve kapalı bir hukuk düzenine ve dolayısıyla kaotik bir yargı sistemine neden olmaktadır. Böylece düzenden, yargısal düzensizliğe, hukuk düzeninden kanunların düzensizliğine doğru bir gidiş söz konusudur. Hâlbuki hukukî kesinlik ve güvenlik sadece münferit normları değil, hukuk sisteminin bütününe ilgilendirir ve yalnızca belirli normlar bakımından değil, hukukun bütünü bakımından bir gerekliliktir.²⁸

Bütün bunlar, bir yandan politik-ideolojik çoğulculuk adına hukukî kesinlik ihtiyacına vurgu yaparken diğer yandan kanunu bireysel ve toplumsal menfaatlerin korunması için değil, toplumun yönetilmesi için kullanan, aşırı kanunlaşmaya giden, sosyal etik ilkelere esinlenen genel ifadelerle kanunlar yapan modern toplumların çözülemeyen çelişkilerinin bir sonucudur ve hukukî kesinliğin ve güvenliğin de kaybolmasına yol açmaktadır. Demokratik

²⁶ 48 defa değişiklik yapılmış; toplam 345 maddenin -farklı veya mükerrer maddeleri olmak üzere- 194’ünde ekleme/çıkarma/değişiklik/iptal gerçekleştirilmiş.

²⁷ 58 defa değişiklik yapılmış toplam 335 maddenin -farklı veya mükerrer maddeleri olmak üzere- 313’ünde ekleme/çıkarma/değişiklik/iptal gerçekleştirilmiş.

²⁸ Bkz. OKUYUCU ERGÜN, s. 152.

bir hukuk sisteminde ceza normunun muhatapları, normun koruma alanına ilişkin güvenilir ve uzun vadeli tahminlerde bulunma imkânına sahip olmalıdır. Oysa normun kapsamının bugünden yarına değiştiği, bugün meşru olanın yarın yasaklandığı bir düzende ceza normunun bireylerin varlıklarını ve birlikte yaşama koşullarını koruma işlevini yerine getirdiğinden söz edilemez. Sürekliliği olmayan, durmadan değişen bir ceza normu, ceza hukukundan beklediğimiz kesinliği, belirsizliğe ve işlevsizliğe çevirir. Durmadan değişen bir ceza hukuku belirsizlik ve eşitsizlik girdabı yaratır ve sonunda çökme tehlikesi ile karşı karşıya kalır.

Oysaki açıklık ilkesi kanun koyucuya suç fiilini semantik açıdan mümkün olan en açık ve net bir dille tanımlama ödevi yükler. Bu ise, kanun koyucunun en uygun norm koyma tekniğini bilinçli biçimde kullanarak normun açık olması hususunda maksimum dikkati göstermesi anlamına gelmektedir. Bu noktada kanun koyucunun önünde kanun yapma tekniği ve tipik fiili belirleme açısından bir yol ayrımı belirir: kanun koyucu ya hâkime mümkün olduğunca geniş bir takdir alanı tanıyacaktır ya da hâkimin takdir yetkisini olabildiğince sınırlandıracaktır. Belirtmek gerekir ki kanunî tipin formüle edilme tekniği, doğal olarak hukuk düzeni tipine göre değişir. Biçimsel kanunîlik ilkesini temel alan ve özgürlükleri güvence altına almaya yönelik liberal-garanti edici ceza hukuku sistemlerinde tipik fiil, ağırlıklı olarak olgusal unsurlara başvurarak tanımlanır. Öze ilişkin kanunîlik ilkesine dayanan ve baskı ve sindirme aracı işlevi gören hukuk düzenlerinde kanunî tip, çoğunlukla değerlendirici unsurlarla doludur. Bunlar muğlâk ve esnek yahut etik-duygusal unsurlardır. Baskıcı ve totaliter devletlerin ceza hukukları bu ikinci gruba dâhildir. Bu tür ceza hukuku sistemlerinde normatif unsurların belirsizliği, baskın ideolojiye ait değerlerin; devlet aklının veya mantık dışı güçlerin, kanaatlerin, çağ dışı düşüncelerin güdümündeki toplulukların kabullerinin dayatılmasının aracına dönüşür. Bu gibi rejimlerde yapılan kanunların vatandaşların eşit biçimde temel hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlamaya imkân veren ve rejimin düşman kabul ettiği kişilere karşı kullanılmasını ya da bir kayırma aracına dönüşmesini engelleyen garanti edici ilkelere uygun olup olmadığını denetleme imkânı da son derece sınırlıdır. O nedenle bu tip ceza hukuku sistemlerinde tipik fiilin olabildiğince muğlâk ve müphem unsurlarla tanımlanması suretiyle ceza normunun olabildiğince açıklıktan uzak kılınması tercih edilir. Ceza hukuku tarihi bunun örnekleriyle doludur. Örneğin halk düşmanlığını cezalandıran Nazi Ceza Kanunu; anti Sovyet propagandaları cezalandıran ve Stalinci temizliğin aracı hâline gelen Sovyet Ceza Kanunu bunun örneğidir.

İşte bu yol ayrımındaki kanun koyucunun durumu *Robert Frost*'un o ünlü dizelerinden ilham alınarak tasvir edilebilir²⁹: önünde bir yol ayrımı duran kanun koyucunun her iki yoldan birden gitmesi mümkün değildir; o, bu yollardan birini seçmek zorundadır ve bütün farkı yaratan, gidilmeyen yoldur.³⁰

III. CEZA POPÜLİZMİ VE SUÇLA MÜCADELE ÜZERİNDEN YÖNETME

Günümüzde ceza hukuku, giderek toplumsal korkulara, politik taleplere ve medya baskısına yanıt veren bir siyaset aracına dönüştükçe, “cezalandırma üzerinden siyaset” anlayışı yaygınlaşmakta; dolayısıyla güvenlik, terör, ahlak, göç, çevre gibi her sorunun ceza tehdidiyle karşılanması yoluna başvurulmaktadır. Bu da ceza hukukunun garanti edici işlevini yitirmesine ve araçsallaşmasına neden olmaktadır. Ceza hukukunun giderek anayasa ile güvence altına alınan hukuki varlık veya menfaatleri koruma işlevinden uzaklaşarak toplumun güvenlik endişesini yatıştırmanın, dikkatleri toplumsal sorunların ve suçluluğun kökeninde yatan gerçek nedenlerden başka bir yöne kaydırmanın bir aracı haline geldiği gözlemlenmektedir. Dolayısıyla ceza hukuku modern demokrasilerde iktidarın meşruiyetini korumasının bir aracına dönüşmektedir. Medyanın da etkisiyle kısıktırılan halkın cezalandırma arzusuna yanıt vererek siyasi rıza üretmek amacıyla rasyonel ve bilimsel bir ihtiyacın ürünü olarak değil, anlık toplumsal öfkeleri dindirecek birer ‘yatıştırıcı’ olarak ceza kanunları yapılmaktadır.³¹ Bugün modern ceza hukukunun aydınlanmadan getirdiği garanti edici ilkelere karşı adeta sistematik bir çaba söz konusudur. Bu tabloda, ceza hukukunun araçsallaştırılması, ceza popülizmi ve kanunlaştırma enflasyonu birbirlerini karşılıklı olarak neden sonuç ilişkisi içinde etkilemektedirler.

Hukuk Devleti’nde, cezai yaptırımın tek meşru amacı, yukarıda değinilen ilkelere uygun biçimde kanunla suç olarak öngörülen bir fiili cezalandırmak ve suçun önlenmesini sağlamaktır; asla siyasi muhalifleri sindirmek, farklı sesleri susturmak veya iktidardaki grubun siyasi hedeflerini pekiştirmek için bir araç olmamalıdır. Ancak, günümüz siyaset sahnesinde, ceza hukukunun bu ideal konumdan uzaklaşarak, siyasi bir araç (*strumento politico*) olarak

²⁹ OKUYUCU ERGÜN, s. 30.

³⁰ “Two roads diverged in a yellow wood,/And sorry I could not travel both/.../ I shall be telling this with a sigh/ Somewhere ages and ages hence:/ Two roads diverged in a wood, and I—/I took the one less traveled by,/And that has made all the difference.”

³¹ DONINI, s. 85 vd.

kullanıldığına dair yaygın bir eğilim gözlemlenmektedir. Ceza hukukunun siyasi araçsallaştırılmasının en belirgin itici gücü ise, ceza popülizmidir.

Ceza popülizmi, siyasi gücün seçmen rızası için ceza hukukunu demagogik ve konjonktürel kullanımı anlamına gelir. Bu, vatandaşların güvensizlik duygusunu sömürerek hızlı, sembolik ve genellikle anayasal açıdan şüpheli normatif yanıtlar önermeyi amaçlayan bir stratejidir. İtalyan doktrininde bu durum, iktidarın “suçla mücadele yoluyla yönetim” (*governo attraverso la criminalità*) paradigmasına kayması olarak tanımlanır. Bu sayede, halkın güvenlik talebi ve intikamcı dürtüleri (*passioni vendicativo-punitive*) istismar edilerek, hızlı ve sembolik cezai yasalarla kolay siyasi rıza toplanması hedeflenir.³² Yapısal sorunlara, kalıcı ve gerçekçi çözümler geliştirmek yerine göstermelik cezalarla kamuoyunun tepkisini azaltmak ve dikkatleri sorunun asıl kaynağından çok somut tekil fiile ve faile kaydırmak amaçlanır.

SONUÇ YERİNE

Özgürlük gibi, özgürlükçü ceza hukuku anlayışı da takip edilmesi ve peşinden koşulması gereken bir idealdir. Unutulmamalıdır ki ceza hukuku tarihi, insanlığın haklar ve özgürlükler mücadelesinin bir izdüşümü niteliğindedir. Söz konusu tarih, baskılar ve adaletsizlikler kadar, daha onurlu ve daha insanî bir hayat biçimine dair bitmeyen çabaları da ortaya koyar. Ne diyordu Nazım, her türlü baskı ortamında dahi özgürlük idealinin asla sönmeyeceğini ifade eden dizelerinde:

“Bakıyorum geceye demirlerden.

ve iman tahtamın üstündeki korkunç baskıya rağmen.

kalbim en uzak yıldızla birlikte çarpıyor”

³² DONINI, s. 115 vd.

KAYNAKÇA

- BECCARIA, Cesare: Dei delitti e delle pene, Alicia Editions, Wroclaw 2021.
- CALVINO, Italo: “*Per ora sommersi dall’antilingua*”, (in) Una pietra spora, Einaudi, Torino 1980.
- CALVINO, Italo: Lezioni Americane, Mondadori, Milano 2021.
- DONINI, Massimo: Il volto attuale dell’illecito penale, Giuffrè, Milano 2004.
- FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo: Diritto penale, Parte generale, Zanichelli Editore, Milano 2014.
- FRIEDMANN, Wolfgang: Legal Theory, Stevens & Sons, London 1960.
- KATOĞLU, Tuğrul Bayazıt: “*Son Seçenek Olması Gereken Ceza Müeyyidesi ve Ceza Hukukunun Zorlanan Sınırları*”, AÜHFD, 2023, C.72, S. 3, ss. 973-1005.
- KELLY, J.M.: A Short History of Western Legal Theory, Clarendon Press, Oxford 2013.
- KEYMAN, Selahattin / TOROSLU, Haluk: Hukuka Giriş, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- MANTOVANI, Ferrando: Diritto penale, Parte generale, CEDAM, Milano 2009.
- MARINUCCI, Giorgio / DOLCINI, Emilio: Manuale di diritto penale: Parte generale, Giuffrè, Milano 2019.
- MOCCIA, Sergio: La promessa non mantenuta, Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tasattivita nel sistema penale italiano, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2001.
- NUVOLONE, Pietro: Il sistema del diritto penale, CEDAM, Padova 1982.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş: Ceza Kanunlarının Açıklığı İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970.
- TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2023.
- TOROSLU, Nevzat / ERSOY, Yüksel: “*Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı*”, Türk Ceza Kanunu Reformu, II. Kitap, Ankara 2004.
- VASSALLI, Giuliano: “*Nullum crimen sine lege*”, Noviss. dig. it., vol. XI, Torino 1965.
- WITTGENSTEIN, Ludwig: Tractatus Logico-Philosophicus, (çev. C. K. OGDEN), Edinburgh Press, Edinburgh 2001.

SİGORTA HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN MUNZAM (AŞKIN) ZARAR TALEPLERİNİN SİGORTA TAHKİM KOMİSYONUNDA İLERİ SÜRÜLEBİLMESİ

*The Assertion of Additional Damage Claims Arising from Insurance
Law before the Insurance Arbitration Commission*

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR*

ÖZ

Munzam zarar, enflasyonu son yıllarda hisseden ülkemizde önemli bir sorun hâline gelmiştir. Enflasyon oranı ile temerrüt faizleri arasındaki makas açıldıkça, alacaklıların alacağına geç kavuşması sebebiyle ilave zararları ortaya çıkmıştır. Zararlarını munzam zarar davası açarak gidermeye çalışan alacaklıların önüne Türk Yargı uygulamasında, zararın somut olarak ispatı şartı çıkmış ve talepler reddedilmiştir. Konuyla ilgili çok sayıda başvurunun yapıldığı Anayasa Mahkemesi'nin verdiği pilot karar ile mülkiyet hakkının ihlâl edildiği sonucuna varılmış ve meselenin çözümü TBMM'ne bırakılmıştır. TBMM'den yapılacak düzenleme veya Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'ndan çıkacak bir karar ile munzam zarar taleplerinin kolaylaşacağı düşünülmektedir. Bu durumda munzam zararın enflasyon sepeti ile temerrüt faizi arasında kalan miktar kadar talep edilmesi imkânı ortaya çıkabilecektir. Sigorta uyumazlıkları alanında da alacağını geç alan sigortalı veya zarar gören üçüncü kişilerin aynı şekilde talep bulunmaları mümkün olabilecektir. Söz konusu taleplerin Sigorta Tahkim Komisyonu'nda ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığı işbu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: mehmet.ozdamar@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9845-0779.

Cumhuriyetin müeyyidesi olarak ulu önder Gazi Mustafa Kemal ATATÜRK'ün riyasetinde kurulan Ankara Hukuk Mektebi bir yüzyıla uzanan yaşı ile artık asırlık bir çınardır. Cumhuriyetin sağladığı imkânlar ile 1992-1996 yılları arasında lisans, 1996-1998 yılları arasında yüksek lisans ve 1998-2004 yılları arasında doktora eğitimi gördüğüm bu asırlık çınarın 100. Kuruluş Yılı Armağanı'na mütevazı bir çalışma sunmak bahtiyarlığına erişmiş bulunmaktayım. Geride kalan yıllar boyunca ülkemizin hukuk camiasına birbirinden kıymetli hukukçu mezunlar veren okulumuzun, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile birlikte nice yıllar ayakta kalması en büyük temennimizdir.

Anahtar Kelimeler: Sigorta sözleşmesi, munzam zarar, enflasyon, temerrüt faizi, sigorta tahkim.

ABSTRACT

Additional (consequential) damages have become a significant issue in recent years in Türkiye, where inflation has been strongly felt. As the gap between the inflation rate and default interest rates has widened, creditors have incurred additional losses due to delayed satisfaction of their claims. In Turkish judicial practice, creditors seeking to remedy such losses by filing claims for additional damages have been confronted with the requirement to prove the damage concretely, which has resulted in the rejection of their claims. In response to numerous individual applications, the Constitutional Court, through its pilot judgment, concluded that the right to property had been violated and referred the resolution of the matter to the Turkish Grand National Assembly (TBMM). It is anticipated that either a legislative amendment by the TBMM or a decision to be rendered by the Grand Chamber for the Unification of Case Law of the Court of Cassation would facilitate the assertion of claims for additional damages. In such a case, it may become possible to claim additional damages corresponding to the difference between the inflation basket and the default interest. In the field of insurance disputes, insured persons or injured third parties who receive their claims belatedly may likewise be able to assert similar claims. The question of whether such claims for additional damages may be brought before the Insurance Arbitration Commission constitutes the subject matter of this study.

Keywords: Insurance contract, additional damages, inflation-induced loss, default interest, insurance arbitration.

GİRİŞ

Munzam zarar ülkemizde yaşanan enflasyon sonucunda uzun süredir gündemi meşgul etmektedir. Alacaklarını geç alan ve uygulanan temerrüt faizi oranının oldukça düşük kalması sebebiyle ilave zarara uğrayan alacaklıların, munzam zarar talepli açtıkları davalar sebebiyle Türk mahkemelerinde önemli bir iş yükü meydana gelmektedir. Konuyla ilgili olarak 2002 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen karar ile munzam zararın somut şekilde ispat edilmesi gerektiği; sadece enflasyonun yüksek olması gibi soyut dayanakların kabul edilmeyeceğine işaret edilmiştir. Söz konusu içtihadın akabinde mahkemeler bu tür talepleri, özel bir ispat olmadıkça reddetmeye başlamıştır. Meselenin bireysel hak ihlali olduğu iddiasıyla yapılan başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesi tarafından 08.07.2025 tarihinde verilen karar¹ ile bu durumun mülkiyet hakkı ihlali olduğu ve sorunun çözümü için TBMM’de özel bir düzenleme yapılması gerektiği belirtilerek mesele TBMM’ye gönderilmiş ve kararın yürürlüğe girmesi için dokuz aylık bir süre öngörülmüştür.

TBMM’nin tavrı henüz bilinmemekle birlikte, sigortacılık alanında alacağını geç alan alacaklıların munzam zarar için sigortacıya karşı talepte bulunmaları mümkündür. Hâlihazırda munzam zarara uğranıldığıının somut olarak ispat edilmesi gerekmektedir. Ancak söz konusu düzenlemenin yapılmasından sonra bu tür taleplerin önünün açılması halinde meselenin adliye mahkemelerinin yanı sıra Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde ileri sürülüp sürülemeyeceği açık değildir. Sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların Sigorta Tahkim Komisyonu’nda çözüme kavuşturulması mümkün olmakla beraber munzam zarar talebinin ileri sürülmesi konusunda net bir şekilde konuşmak mümkün değildir.

İşbu çalışmada munzam zarar taleplerinin hukuki niteliği itibariyle Sigortacılık Kanunu’nun m. 30 hükmü çerçevesinde Sigorta Tahkim Komisyonu’nda talep edilip edilemeyeceği meselesi somut olarak ele alınmış; gerekli tartışmalar yapılarak zarara uğrayan hak sahiplerine tahkim yolunun açık olup olmadığı konusu incelenmiştir.

¹ AYM, Caner Şafak, B. No: 2024/41763, 08.07.2025 (RG, 29.09.2025, S. 33032).

I. MUNZAM ZARARIN TALEP EDİLMESİNE İLİŞKİN GELİŞMELER

Borçlar Hukukunda, alacaklının alacağını alamaması sebebiyle uğradığı ve temerrüt faizi ile karşılanamayan zarar, munzam (aşkın) zarar olarak ifade edilmektedir. Söz konusu zararın talep edilmesi paranın değer kaybettiği dönemlerde ayrı bir önemi haizdir.

A. Genel Olarak

Ülkemizde enflasyonun temerrüt faizi oranının üzerinde artması nedeniyle paranın alım gücünün azalması, alacaklıların para borcunu geç iktisap ettiği durumlarda edim konusunda yaşanan değer kaybı neticesinde zarar görmesine neden olmaktadır. Bu durum yarattığı sonuçlar bakımından borç ilişkilerindeki eşitliği bozmakta ve borç ilişkilerinin vaktinde ifa edilmemesini ticarî açıdan mantıklı (?) hâle getirmektedir. Ayrıca ticarî hayatta ödemelerin gecikmesi piyasaların yavaşlamasına neden olarak işletmelerin zora girmesi ve ekonomik daralmayı tetiklemesi gibi riskleri içermektedir.

Kanun koyucu bu türdeki zararların talep edilebilmesi ve taraflar arasındaki eşitliğin sağlanması amacıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 122/1'de “[a]lacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür.” hükmünü ihdas etmiştir (karş. mülga 818 sayılı BK m. 105²).

Kanun'daki düzenlemeye göre munzam zararın talep edilebilmesi için temerrüt faizini aşan bir zararın bulunması ve borçlunun kusuru olmadan temerrüde düştüğünü ispatlayamaması yeterli kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere kanun koyucu munzam zararın talep edilebilmesi için ilave özel bir şart aramamış sadece bu iki şartın bir arada gerçekleşmesi hâlinde munzam zararın talep edilebileceğini hükme bağlamıştır.

Kanun'da aranan şartlardan ilki temerrüt faizini aşan miktarda bir zararın varlığıdır. Ülkemizde son yıllarda olduğu gibi, enflasyonun yüksek seyretmesi hâlinde, paranın geç ödenmesi sonucunda alacaklının doğal bir zararının

² Mülga 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu, Munzam zarar Madde 105 – “Alacaklının dışarı olduğu zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir. Bu munzam zarar derhal takdir olunabilirse hakim, esasa dair karar verir iken bu zararın miktarını dahi tayin edebilir.”

ortaya çıkacağı aşikârdır. Bunun yanı sıra borçlunun kusursuz olduğunu ispatlayamaması hâlinde munzam zararın şartlarının gerçekleştiği kabul edilir³.

B. Türk Uygulanmasında Munzam Zarar Talebi İçin İlave Şart: Somut İspat

Enflasyonun yüksek seyrettiği dönemlerde paranın kendiliğinden değer kaybetmesi sebebiyle ekonomik işleyişin de zarar görmesi sonucunda, temerrüde düşen kişi sayısında ve borç miktarında gözle görünür bir artış olacağı açıktır. Söz konusu borçluların bir kısmının iyiniyetli ve dürüst ticaret yaparken meydana gelen olumsuz gelişmelerden dolayı temerrüde düştükleri bilinmekle beraber; bir kısmının ise bilinçli olarak temerrüde düştükleri ve borcu geç ödeyerek paranın değer kaybından istifade ettikleri görülmektedir. Dolayısıyla yüksek enflasyonun insanların ticarî hayattaki etik davranışlarını bozduğu yazılı olmayan bir gerçeklik olarak ortaya çıkmaktadır.

Ülkemizde enflasyonun yüksek seyretmesine karşın uzun süre kanunî faizin %12 olması, ancak 01.06.2024 günü Resmî Gazete’de yayınlanan Cumhurbaşkanlığı Kararı ile oran bir kat artırılarak %24’e çıkarılmıştır. Aynı dönemde ticarî işlerde uygulanan temerrüt faizi değişkenlik göstermekle beraber, makalenin yazıldığı dönemde en son %39,75 olarak tespit edilmiştir⁴. Temerrüt faiz oranlarının enflasyon oranlarına göre nispeten daha düşük olması sebebiyle alacağını zamanında/vadesinde alamayan alacaklıların ilave bir zarara uğradığı görülmektedir.

Bununla birlikte Yargıtay uygulamasında munzam zararın ispatlanması için paranın değer kaybetmesi, enflasyonun yüksek seyretmesi yeterli sayılmamış ve alacaklının uğradığı zararı somut olarak ispat etmesi gerektiği belirtilmiştir. Aslında önceleri paranın değer kaybettiğinin tespit edilmesi (soyut ispat) tek başına munzam zararın ispatı için yeterli sayılırken, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun verdiği karar ile içtihat değiştirilmiştir.

³ Munzam zararın şartları için bkz. EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. III, Ankara 2022, s. 2396-2397.

⁴ Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’nın 20.12.2025 tarih ve 33113 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Tebliğ ile, reeskont faizi yıllık 38,75; avans faizi ise 39,75 olarak belirlenmiştir.

1. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Konuya İlişkin Kararı⁵

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu uyuşmazlık, davacının bankaya yatırdığı parayı daha sonra *off shore* çalışan başka bir bankaya aktarılması sonucunda paranın iadesinin talep edilmesine rağmen davacıya paranın iade edilmemesi üzerine açılan davayı kazanmasının ardından alacağına 16 yıl sonra kavuşan davacının paranın alım gücündeki azalma nedeniyle munzam zararının oluştuğu iddiasına ilişkindir.

İstanbul 5. Tüketici Mahkemesi kararında⁶, davacı tarafın işlemiş avans faizi ile birlikte 2.947.080,68 TL olarak alacağın tahsil edildiğini ve faizi aşan zararın ispatının gerektiği, ancak davacı tarafça anılan hususu ispata yarar delil sunulmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Davacının istinaf yoluna başvurusu neticesinde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin 12. Hukuk Dairesi kararında⁷; “(...) Davacının ileri sürdüğü zarar iddiasına dayanak olarak somut bir ispat vasıtasının bulunmadığı, farazi varsayımlar üzerinden davanın kabul edilemeyeceği, ilk derece mahkemesince verilen kararın usul ve esas bakımından kanuna uygun olduğu gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine (...)” hükmetmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararı, süresi içerisinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi verdiği karar⁸ ile şu gerekçelerle kararı bozmuştur:

“(...) 6098 sayılı TBK'nın 122. maddesi (Mülga BK'nın 105.) maddesi uyarınca, alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür. Kanun koyucu para borcunun geç ödenmesi halinde bir zararın mevcut olduğunu kural olarak benimsemiş, bu zararın tazminini iki bölümde düşünmüştür. Birinci bölüm, ispat edilmeden tahsili talep edilebilecek zarar miktarı olup, bu zararın temerrüt faizi ile karşılanması kabul edilmiştir. Bunun dışında alacaklının herhangi bir kareden istifade etmek olanağı yasal olarak mevcut değildir. Bu nedenle, munzam zarar isteminde bulunan alacaklı öncelikle borçlunun borcunu geç ödemesi nedeniyle uğradığı zararın

⁵ YHGK, E. 2021/938, K. 2022/401, 29.03.2022 (Yargıtay Karar Arama).

⁶ İstanbul 5. Tüketici Mahkemesi, E. 2016/639, K. 2016/2098, 22.12.2016.

⁷ İstanbul BAM 12. HD, E. 2017/486, K. 2017/655, 29.12.2017.

⁸ Y. 11. HD, E. 2017/1512, K. 2019/3201, 29.04.2019 (Yargıtay Karar Arama).

temerrüt faizi ile karşılanamadığını, temerrüt faizini aşan bir zarara uğradığını ispat etmelidir. (...) Bu itibarla, munzam zarar davalarında alacaklının (davacının) ispat yükümlülüğü çok sıkı kurallara bağlanmamalı, genel ispat yöntemlerinde olduğu gibi her olayın kendi yapısı ve özelliği içinde değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. (...)”.

İstanbul 5. Tüketici Mahkemesi direnme kararında⁹, davacı tarafından açılan dava sonucunda, alacak tutarı olan 450.000,00 TL’nin 09.12.1999 tarihinden itibaren avans faizi ile birlikte, 3.027.540,22 TL (cezaevi harcı ve damga vergisi kesintilerden sonra 2.947.080,68TL) olarak tahsil edildiği, söz konusu tutardan 2.391.785,38 TL’nin takip tarihine kadar işlemiş faiz tutarı olduğu, takipte kesinleşen tutar için takip tarihinden ödeme tarihine kadar 60.167,84 TL faiz hesaplandığı, davacıya ödenen faiz tutarının toplamda 2.451.953,22 TL olduğu göz önüne alındığında söz konusu faizi aşan zararın davacı tarafından somut olgularla ispat edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kararında şu ifadele yer vermiştir:

“(...) Her ne kadar bozma kararında, ülkemizde belirli dönemlerde mevcut olan ekonomik olumsuzluklar nedeniyle paranın satın alma değerinin önemli derecede azaldığı, böyle bir ortamda bireyin parasının değerini sabit tutmak ve kazanç sağlamak için girişimlerde bulunmasının olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine uygun düşen bir karine olarak kabul edilmesinin zorunlu olduğu, enflasyonist ekonominin olumsuz etki ve sonuçlarının kamu tarafından bilindiği yahut bilinebileceğinden bu durumun mahkemelerin bilgileri dâhilinde olduğu, bu sebeple aşkın (munzam) zararın oluşumundaki zaman diliminin ekonomik koşullarının farklılığı gözetilmeksizin tüm dönem için somut ispat arayan yazılı gerekçeyle sonuca gidilmesinin hatalı olduğu belirtilmiş ise de; davacı tarafından talep edilen aşkın (munzam) zararın dayanağı olarak ileri sürülen iddia, geç ödeme nedeniyle kendisince, bizzat ve somut olarak uğranılan zarar iddiasından ziyade ekonomik koşullardaki olumsuzluklar nedeniyle paranın satın alma gücündeki meydana gelen azalmanın aşkın (munzam) zararı oluşturduğu yönündedir. Başka bir anlatımla davacı tarafından, ülkemizdeki belirli dönemlerdeki ekonomik koşullarda mevcut olumsuzluklardan hareketle, kendi durumuna özgü şekilde açık ve somut olarak oluşan bir zarar olgusuna dair bir iddiada bulunulmadığı gibi bu yönde ispata yeter herhangi bir delil de sunulmamıştır. Açılan davada sadece, ekonomik

⁹ İstanbul 5. Tüketici Mahkemesi, E. 2019/291, K. 2016/669, 05.12.2019.

koşullardaki olumsuzluklardan hareketle davacının durumunda olan bir bireyin elindeki varlığını koruma amacıyla belirli yatırımlara yönlendireceğine dair faraziyeyle dayalı olarak aşkın (munzam) zararın ortaya çıktığı ileri sürülmüştür.

(...) Bu itibarla davacı tarafından ileri sürülen, ülkemizdeki belirli dönemlerde mevcut olan ekonomik olumsuzluklardan enflasyon, yüksek faiz, para değerindeki düşüş gibi olgulara dayalı aşkın (munzam) zarar talebi, zarar olgusunun delili olarak kabul edilemez. Zira ülkemizdeki belirli dönemlerde var olan ekonomik koşullardaki olumsuzluklar nedeniyle paranın satın alma gücünde meydana gelen azalma, tek başına davacının temerrüt faizi dışında bir zararının varlığının ispatı değildir. Dolayısıyla ekonomik şartlar sebebiyle ortaya çıkan yüksek enflasyon, döviz kurlarındaki dalgalanma, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu, paranın satın alma gücünde meydana gelen azalma gibi olumsuzluklar, bir karine olarak kabul edilip davacıyı, kendi somut durumuna özgü vakıalarla oluştuğu iddia olunan zararı ispat yükümlülüğünden kurtarmayacağı gibi davacıya bu yönde herhangi bir ispat kolaylığı da sağlamaz (...).”

Hukuk Genel Kurulu’nun verdiği bu karardan sonra Yargıtay’ın Hukuk Daireleri önlerine gelen uyuşmazlıklar bağlamında somut ispat aramaya başlamışlar ve sadece paranın değer kaybetmesi temeline dayalı davaları reddetmişlerdir¹⁰.

2. Anayasa Mahkemesi’nin Konuya İlişkin Kararı¹¹

Anayasa Mahkemesi, konuyla ilgili son kararında enflasyon nedeniyle para alacağına yaşanan değer kaybı nedeniyle munzam zarar taleplerinin reddedilmesinin yapısal bir sorun olduğuna ve mülkiyet hakkını ihlâl ettiğine karar vermiştir.

“(...) Enflasyon ve buna bağlı olarak oluşan döviz kuru, mevduat faizi, Hazine bonusu ve devlet tahvili faiz oranlarının sabit yasal ve temerrüt faiz oranlarının çok üstünde gerçekleşmesi; borçlunun yararlanması,

¹⁰ Bu tür kararlara örnek olarak bkz. YHGK, E. 2017/2800, K. 2021/1629, 09.12.2021; YHGK, E. 2021/938, K. 2022/401, 29.03.2022; Y. 9. HD, E. 2025/3964, K. 2025/7182, 01.10.2025; Y. 9. HD, E. 2025/7405, K. 2025/7786, 13.10.2025; Y. 11. HD, E. 2019/101, K. 2022/7803, 07.11.2022; Y. 3. HD, 2022/691, E. 2022/2136, K. 2022/2136, 10.03.2022; Y. 3. HD, E. 2024/2657, K. 2025/1765, 19.03.2025. (Yargıtay Karar Arama).

¹¹ AYM, Caner Şafak, B. No: 2024/41763, 08.07.2025.

alacaklının ise zarara uğraması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle borçlu borcunu süresinde ödememekte, yargı yoluna başvurulduğunda da yargı süresini uzatma gayreti göstermekte, böylece yargı mercilerindeki dava ve takipler çoğalmakta, yargıya güven azalmakta, kendiliğinden hak almak düşüncesi yaygınlaşarak kamu düzeni bozulmakta, kişi ve toplum güvenliği sarsılmaktadır (AYM, E.1997/34, K.1998/79, 15/12/1998). Mülkiyet hakkı kapsamında alacağın geç ödenmesi durumunda aradan geçen sürede enflasyon nedeniyle paranın değerinde oluşan hissedilir aşınmayla mülkiyetin gerçek değeri azaldığı gibi bu bedelin tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden yararlanmak imkânı da yoktur. Bu şekilde kişiler mülkiyet haklarından mahrum edilerek haksızlığa uğratılmaktadır (AYM, E.2008/58, K.2011/37, 10/2/2011).

(...) Borçluların yargılama sonunda ödemekle yükümlü tutulacakları faizin enflasyon oranının önemli ölçüde altında kalması ve bu zararın başka bir hukuki yolla telafi edilmesinin mümkün olmaması hâlinde, borçluların zamanında ödenmemesi olasılığı artacaktır. Bu durum, özel hukuk kişilerinin taraf olduğu uyuşmazlık ve dava sayılarında önemli bir artışa sebebiyet verecektir. Borçlular zamanında ödemedikleri borçlar nedeniyle enflasyonun altında faiz ödemesi yapacak, dolayısıyla borcu ödememekle kârlı çıkmış olacaktır (bazı farklılıklarla birlikte bkz. AYM, E.1997/34, K.1998/79, 15/12/1998). Anayasa'nın 35. ve 40. maddeleri, devlete özel hukuk kişileri arasındaki alacakların enflasyon karşısında uğrayacağı önemli ölçüdeki değer kayıplarını giderecek hukuki altyapı ve mekanizmaları oluşturma sorumluluğu yüklemektedir. Bir başka deyişle devlet, özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklarda tarafların menfaatleri arasındaki adil dengenin sağlanmasına yönelik tedbirleri almakla yükümlüdür. (...)"

Anayasa Mahkemesi ilgili başvurunun pilot dava olarak görülmesini ve benzer nitelikteki başvuruların durdurulmasını kararlaştırmıştır.

"(...) Anayasa Mahkemesi tarafından mevcut başvuru ve diğer derdest başvurular bakımından ihlal kararı verilerek Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar verilse de bu durum benzer başvuruların yapılmasını önlemeyeceği gibi özel hukuk kişileri arasındaki alacağın enflasyon karşısında değer kaybına uğramasından kaynaklanan ihlalleri de sonlandırmayacaktır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine bireysel

başvurunun ikincilliği ilkesi dikkate alınarak, özel hukuk kişileri arasındaki alacağın enflasyon karşısında değer kaybına uğraması dolayısıyla meydana gelen zararların tazmin edilmesini sağlayacak başvuruyu yollarının bulunmamasından kaynaklı ihlaller nedeniyle ortaya çıkan ve yapısal sorun teşkil eden durumun telafi edilebilmesi için açık bir kanuni bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Oluşturulacak başvuru yolunun hâlihazırda yapılan ve bundan sonra yapılacak başvurular açısından özel hukuk kişileri arasındaki alacağın enflasyon karşısında değer kaybına uğramasını önleyecek nitelikte olması gerektiği aşkıttır. (...)”.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında yüksek enflasyonun olduğu dönemlerde, düşük faiz uygulamasının alacaklının alacağını geç alması hâlinde onu korumadığını; bu durumun da alacak hakkının mülkiyet hakkına konu olduğundan bahisle mülkiyet hakkının ihlâli sonucunu doğurduğuna karar vermiştir. Mahkeme sonuç kısmında içinde bulunduğumuz durumun mülkiyet hakkı ihlâli olduğunu tespit etmekle beraber, sorunun çözümü için TBMM’ni işaret etmiş ve orada yapılacak düzenleme ile bu sorunun kalıcı olarak çözülebileceğini belirtmiştir.

Mahkeme kararında çoğunluğa katılmayan ve karşı oy kullanan üyelerin gerekçesinin özeti şu şekildedir:

“(...) Söz konusu içtihat farklılıklarının, Türk Borçlar Kanunu’nun 122. maddesinin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin olduğu açık olup, Türk Hukukunda paranın enflasyon karşısında değer kaybına uğraması nedeniyle alacaklının başvurabileceği etkin bir mekanizmanın bulunmadığının kabul edilmesi mümkün değildir. Türk Borçlar Kanunu’nun 122. maddesi alacaklının aşkın zararını tazmin etmesine imkan veren bir düzenleme olup, yerel mahkemelerin katı bir yorum benimsemesi ve alacaklıya olağandışı bir külfet yüklenmesi durumunda Anayasa Mahkemesi, Ano İnşaat Ve Ticaret Ltd. Şti. başvurusunda olduğu üzere Anayasa’nın 35. maddesi çerçevesinde hak ihlali kararı vererek, 6216 sayılı Kanunun 50. maddesi uyarınca mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemesine gönderilmesine karar verebilecektir. (...)”

Aslında karşı oy gerekçesinde de görüldüğü üzere, Türk Borçlar Kanunu m. 122 hükmünde yer alan munzam zararın Yargıtay’ın katı tutumundan

dolayı uygulanamadığını, alacaklıya özel olarak uğradığı zararı ispat etmesini beklemenin (*somut ispat*), herkesin gördüğü şekilde paranın değer kaybetmesinin (*soyut ispat*) tek başına yeterli olmadığının kabul edilmesinin adil ve hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmadığı tespit edilmiştir.

Esasen kanaatimizce de munzam zararın mevcut kanunî düzenleme ile istenebileceği, bunun için özellikle enflasyonun hissedilir derecede yüksek olduğu dönemlerde en azından enflasyon rakamı ile uygulanan temerrüt faizi arasındaki negatif farkın munzam zararın oluştuğunun ispatının yeterli kabul edilmesi gerektiğini, alacaklının zararının doğmadığını ispat yükünün borçlunun üzerinde olduğunun kabul edilmesinin munzam zararın tazmini açısından daha adil ve kalıcı sonuç olarak karşımıza çıkacağını ifade etmek gerekir. Ülkemizdeki resmî enflasyon oranlarının üzerinde yaşanan hayat pahalılığı ve paranın değer kaybının tazmin edilmesinin önemli bir sorun olduğunun belirtilmesi gerekir.

II. SİGORTA HUKUKUNDA MUNZAM ZARARIN TALEP EDİLMESİ

Özel hukukun diğer alanlarında olduğu gibi sigorta hukukunda da alacağını geç tahsil eden alacaklının munzam zararının ortaya çıkabileceği aşîkârdır. Yukarıda izah edilen gelişmeler çerçevesinde yakın zamanda kanunî değişiklik veya Yargıtay hukuk dairelerinin içtihat değiştirerek munzam zararın talebini kolaylaştırmaları hâlinde alacağına geç kavuşan alacaklıların bu davaları açacaklarını tahmin etmek hiç de zor değildir. Sigorta hukukuna özgü davaların nerede açılabilceğine ilişkin özel bir tespit yapılması gerekir.

Aşağıda bu tür davaların çözümünün hangi merciden istenebileceğine ilişkin tespitler yapılmaya ve olası başvurular esnasında ortaya çıkabilecek bazı usul sorunları üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

A. Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Munzam Zararın Adliye Mahkemelerinde Talep Edilmesi

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 4 hükmünde sayılan konulardan kaynaklanan davaların ticarî dava olduğu ve ticaret mahkemesi bulunan yerlerde ticaret mahkemesinde; bulunmayan yerlerde ticarî davalara bakmakla görevli asliye hukuk mahkemelerinde görüleceği belirlenmiştir (TTK m. 5).

Sigorta sözleşmesinden kaynaklanan alacakların sigorta şirketleri tarafından geç ödenmesi hâlinde alacaklının hukukî statüsüne göre tüketici

veya ticaret mahkemelerinde açılması mümkündür. Yine TTK m. 5/A veya TKHK m. 73/A hükümleri doğrultusunda bu kapsamdaki bazı davaların açılmasından önce arabuluculuğa başvurulması gerekmektedir. Sigorta sözleşmesinden kaynaklanan davanın açıldığı mahkemede, sonradan ayrıca munzam zarar talepli dava açılması mümkündür. Orta vadede ispat sorununa ilişkin katı tutumun değişmesi hâlinde bu tür davalarda borçlunun temerrüde düştüğü tarih ile alacaklının alacağını aldığı tarih arasında yaşanan değer kaybının hesaplanarak talep edilmesi imkânı ortaya çıkacaktır.

B. Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Munzam Zararın Sigorta Tahkim Komisyonu’ndan Talep Edilmesi

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu¹² m. 30 hükmü ile hayatımıza giren tahkim uygulaması, aradan geçen yıllar sürecinde uygulama alanı genişlemiş ve her yıl çok ciddi miktarda sigorta hukuku uyuşmazlıklarının çözümünü sağlayan merci hâline gelmiştir. Sigorta Tahkim Komisyonu’na gitmeden önce sigorta kuruluşuna başvurulması, sigorta kuruluşunun başvuruyu açık ya da zımnî reddetmesinin ardından tahkime gidilebilmesi mümkündür (SK m. 30/13).

Sigorta tahkimine başvurulabilecek konular sınırlı olarak belirlenmiştir¹³. Uyuşmazlığın temelinde kural olarak “sigorta sözleşmesi”nin yer alması zorunludur¹⁴. Sigorta sözleşmesi veya Güvence Hesabıyla olan kanunî ilişki dışında kalan uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesi kural olarak mümkün değildir.

Sigorta Tahkim Komisyonu’nun önüne gelen meselelerde Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin eski kararlarına¹⁵ atıf yapılarak somut ispat olmadığı için

¹² RG, 14.06.2007, S. 26552.

¹³ Sigorta tahkimiyle ilgili ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. ÖZDAMAR, Mehmet: “*Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 17, S. 1-2, s. 833 vd. Sigorta Tahkim Komisyonu’ndan talepte bulunulabilmesi için sigortacıya başvurulabilmesi için ayrıca bkz. SEVEN, Vural: “*Mahkemeye-Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu*”, İzmir Barosu Dergisi, 2018, Y. 83, S. 2, s. 102 vd.

¹⁴ SK m. 30/1, “(1) Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü (...)”, için sigorta tahkime başvuru yapılabileceği açıkça hükme bağlanmıştır.

¹⁵ Y. 17. HD, E. 2013/6380, K. 2016/1111, 28.01.2016: *Kanun hükümlerinin açık lafzından da anlaşılacağı üzere, munzam zarar; borçlunun temerrüdü nedeniyle uğranılmış olan ve temerrüt faizini aşması nedeniyle borçlu tarafından karşılanmayan zarardır. Alacaklı,*

ret kararları verildiği görülmekteydi. Son dönemlerde artık Komisyon'un ön inceleme aşamasında konunun doğrudan sigorta sözleşmesi ile ilgili olmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir.

Munzam zarar ile ilgili önümüzdeki dönemde TBMM'de atılacak adımlar veya munzam zararın ispatlanmasına yönelik yargının katı tutumunun gevşetilmesi halinde Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde de sigorta sözleşmeleriyle ilgili munzam taleplerinin gündeme geleceğini söylemek gerekir.

1. Munzam Zararın Sigorta Tahkiminin Görev Alanına Girip Girmediği Meselesi

Munzam zarar, daha önce de ifade edildiği üzere, TBK m. 122'de düzenlenmiştir. Munzam zararın bağımsız bir talep olduğu öğreti ve yargı

temerrüt nedeniyle uğradığı ve temerrüt faizini aşan bakiye zararının borçludan tahsilini talep edebilir. Ancak munzam zararın olduğu hususunun alacaklı tarafından ispatlanması gerekir. Diğer bir anlatımla fiilen uğranılan zararın somut veri ve belgelerle tevsik edilmesi gerekir. Zira munzam zarar, alacaklının öz varlığından, ekonomik ve sosyal faaliyetlerinden, toplum içerisindeki statüsünden, başına gelen olaylardan kaynaklanan, somut olgular nedeniyle uğramış fiili zarardır. (HGK'nın 31.10.2007 tarih ve 2007/11-668 E.-2007/798 K. ilamı). Soyut anlatımlar, muhtemel kar kayıpları, elde edilmesi tahmin edilen gelirkalemleri munzam zararın ispatı için yeterli değildir. Yine yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu gibi hususlar başvurunu ispat yükünden kurtarmaz (HGK 2000/5- 1611 E. ve 2000/1636 K. ilamı). 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 105.maddesinde karşılanması öngörülen faizi aşan zararın, genel ekonomik olumsuzlukların (ülkede cari enflasyon oranı, yüksek ve değişken döviz kurları, mevduat faizleri) dışında, başvuranın durumuna özgü, somut vakıalarla ispatlanması gerekir (HGK'nın 31.10.2007 tarih ve 2007/11-668 E.-2007/798 K. ilamı). (Yargıtay Karar Arama).

Y. 17. HD, E. 2020/2916, K. 2021/3278, 25.03.2021: *1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, munzam zararın borçlunun temerrüdü nedeniyle uğranılmış olan ve temerrüt faizini aşması nedeniyle borçlu tarafından karşılanmayan zararlar olması, alacaklının temerrüt nedeniyle uğradığı ve temerrüt faizini aşan bakiye zararının borçludan tahsilini talep edebileceği ve munzam zararın olduğu hususunun alacaklı tarafından ispatlanması gerektiğinden 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinde karşılanması öngörülen, faizi aşan zararın, genel ekonomik olumsuzlukların (ülkede cari enflasyon oranı, yüksek ve değişken döviz kurları, mevduat faizleri) dışında, başvuranın durumuna özgü, somut vakıalarla ispatlanması gereken bir durum olduğundan, eldeki davada aranan şartlar başvuran tarafca ispatlanamadığından, başvuran vekilinin aşağıdaki bendin dışında kalan ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazının reddine karar vermek gerekmiştir.*" (Yargıtay Karar Arama).

kararlarında ifade edilmektedir¹⁶. Buradaki bağımsızlık, Kanun'da ayrı bir yerde müstakil şekilde düzenlenme ve ayrı zamanaşımına tabi olma özelliğinden çıkarılmakta ve kabul edilmektedir. Munzam zararın bağımsız bir hak olduğu kabul edildiği takdirde temelinde yer alan sigorta sözleşmesinden bağımsız olması sebebiyle, Sigorta Tahkim Komisyonu'nun görev alanına girmeyecek; bu tür başvurular henüz hakeme gönderilmeden reddedilecektir (Hâlihazırdaki uygulama da bu yöndedir).

Munzam zarar talebinin Kanun'da düzenlenmesi sebebiyle bağımsız olduğu kabul edilse de, temelinde yer alan hukukî ilişkinin yok sayılması gerektiğini düşünmekteyiz. Kambiyo senetlerinin temel ilişkiden bağımsız olmasına bağlanan bir takım hukukî sonuçlar olmakla beraber, aralarındaki ilişki tam olarak kopmamakta, ihtiyaç duyulması hâlinde temel ilişkiden istifade edilmektedir.

Sigorta hukukundan kaynaklanacak munzam zarar taleplerinin de bağımsız oldukları kabul edilse dahi, Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde görülmekte olarak sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzlukla ilgili munzam zarar taleplerinin de yine Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde görülebileceği kabul edilebilir. Böylece asıl alacağın kaynaklandığı sigorta sözleşmesinin düzgün uygulanmamasından kaynaklanan sigorta alacağının geç ödenmesi sebebiyle ortaya çıkan zarar komisyon nezdinde talep edilebilecektir.

¹⁶ BARLAS, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Sonuçlar, İstanbul 1992, s. 219; KARTAL, Bilal: “Faizi Aşan Zarar -Munzam Zarar- ‘BK.nun 105. Maddesi ile İlgili Kararlar’”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu - XII, Ankara 1995, s. 15; KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2003, s. 410; YILDIZ, Mustafa Göktürk: Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, İstanbul 2020, s. 155; KILIÇ ÖZTÜRK, Gizem: Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü, Ankara 2016, s. 101; munzam zararın ferî bir alacak olmamakla birlikte asıl zararın devamı niteliğinde bir müspet zarar olduğu görüşü için bkz. AYRANCI, Hasan: Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK m. 105), Ankara 2006, s. 116-117. Munzam zararın, borç ilişkisindeki yükümlüğün devamı niteliğinde olması nedeniyle onun zamanaşımına tabi olduğuna ilişkin görüş için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet: “Yargıtay Kararları Açısından Munzam Zarar”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XV, Ankara 1999, s. 24-25; AKÇAAL, Mehmet: “Güncel İctihatlar Işığında Munzam Zarar”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, C. 12, S. 2, s. 1093-1094. Munzam zararın Yargıtay tarafından bağımsız bir borç olarak değerlendirildiğine ilişkin olarak bkz. YHGK, E. 2011/730, K. 2012/373, 13.06.2012; YHGK, E. 2021/938, K. 2022/401, 29.03.2022 (Yargıtay Karar Arama).

Burada dikkate edilmesi gereken konu, munzam zarar talebinin kaynağı olan ve geç ödenen alacağın sigorta sözleşmesinden kaynaklanmış olmasıdır. Bu sayede, belki de hayatında ilk kez riziko gerçekleştiği için zarar gören sigortalının veya üçüncü kişinin zararının hızlı bir şekilde tazmin edebilmesine imkân sağlanmış olacaktır.

Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurunun ihtiyarî olduğu, munzam zarar alacaklısının adliye mahkemelerine başvurabileceği gibi yine sigorta şirketine başvurmak kaydıyla Komisyon nezdinde munzam zararının tazmin edilmesi istenebilir. Başvuru sahibinin gerekli usulleri yerine getirmesinden sonra meselenin sigorta hakemleri tarafından ele alınması mümkün sayılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra TBMM'de çıkarılacak yeni bir düzenleme veya Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararı ile ispata ilişkin kolaylaştırıcı bir yaklaşım getirilmesi hâlinde sigorta sözleşmesinden kaynaklanan tazminatların geç ödenmesinden kaynaklanan munzam zarar taleplerinin de önünün açılması mümkün hâle gelebilecektir.

Anılan yönde meydana gelebilecek değişikliklerin sigorta hukukundan kaynaklanan munzam zarar talepleri de için de uygulanabileceği açıktır. Bu durumda sigorta sözleşmesinden kaynaklanan alacağını geç tahsil eden alacaklının munzam zarar talebinde bulunabilmesi imkânı ortaya çıkacaktır. Böylece mesela yeni aldığı aracının pert olması veya çalınması hâlinde tazminatını alamayan sigortalının açtığı davadan sonra faiziyle birlikte tahsil ettiği parasının, arabasının o andaki yeni değerinin çok altında kalması hâlinde tipik bir munzam zararın ortaya çıktığı görülebilir. Bu durumda alacaklının tahsil ettiği tazminat ile yeni aracın arasındaki farkı tahsil imkânı olmalıdır.

2. Munzam Zararın Sigorta Tahkimde Talep Edilebilmesi Hâlinde Bazı Usul Sorunları

Sigorta hukukuna ilişkin alacakların geç ödenmesinden kaynaklanan munzam zarar taleplerinin Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde ileri sürülmesi hâlinde şu hususlara dikkate edilmesi gerekir.

Öncelikle Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru esnasında öncelikle sigorta kuruluşundan munzam zararın tazmin edilmesinin istenmesi; olumsuz cevap alınması veya 15 gün sessiz kalınması hâlinde başvurunun yapılması gerekir. Söz konusu ön şart, Sigorta Tahkim Komisyonu'na yapılacak diğer taleplerde olduğu gibi munzam zarar hâlinde de uygulanmalıdır.

Munzam zarar taleplerinin ileri sürülmesi hâlinde hesaplama yönteminin ne şekilde belirleneceği henüz tam olarak bilinmemektedir¹⁷. Enflasyon ile temerrüt faizi arasındaki olumsuz farkın dikkate alınması ya da çeşitli ekonomik enstrümanların yer aldığı sepet ile hesaplama yapılması yoluyla zarar belirlenebilir. Söz konusu yöntemin tahkim hakemleri tarafından kullanılması ve aynı yöntemle munzam zararın hesaplanması sağlanabilir.

Zararın talep edilmesi hâlinde bunun sigorta poliçesinin limitleri içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususuna bakılmalıdır. Munzam zararın faiz gibi ilave bir yükümlülük olduğu dikkate alındığında sigorta poliçesinin kapsamı dışında kalacağını, poliçe limitiyle bağlı kalınsızın ortaya çıkacak zararın tazmin edilmesi gerekeceği belirtilmelidir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Dünyada ve ülkemizin son yıllarda yaşanan ekonomik gelişmelerinin sonucunda paranın değer kaybettiği gerçeği bilinmektedir. 3095 sayılı Kanun'da sabit şekilde belirlenen temerrüt faiz oranının yetersiz kalması ve bunun sonucunda ilgili hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi ile aslında ülkede yaşanan hayat pahalılığı ve paranın değer kaybettiği yargı kararları ile de tespit edilmiştir. Alacaklıların alacaklarını geç tahsil etmeleri sebebiyle uğradıkları zararların Türk Borçlar Kanunu m. 122 hükmü çerçevesinde munzam zarar çerçevesinde tazmin edilmesi mümkündür.

Anayasa Mahkemesi'nin pilot kararından sonra TBMM'de yapılacak bir düzenleme veya Yargıtay'da alınacak İçtihadı Birleştirme Kararı ile munzam zararın ispatında yaşanan katılığın aşılması mümkün olabilir. Ekonominin sağlıklı olduğu dönemlerde ortaya çıkmayacak bu tür zararların enflasyonun yüksek olduğu dönemlerde yaşanması paranın değer kaybına sebebiyet vermesinden dolayı alacağını geç tahsil eden alacaklılar bakımından meydana gelebilir.

Sigorta hukukunda meydana gelen munzam zararın alacaklılar tarafından adliye mahkemelerinin yanı sıra Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde de ileri sürülmesinin mümkün olduğu düşünülmektedir. Diğer taleplerdeki usulü takip edilerek yapılacak başvuruların tahkim hakemleri eliyle sonuçlandırılması mümkün kabul edilmelidir. Tahkim hakeminin belirlenen

¹⁷ Bu yönde bir örnek olarak bkz. Y. 6. HD, E. 2023-1766, K. 2024-4097, 14.11.2024 (Yargıtay Karar Arama).

hesaplama yöntemiyle alacaklının uğradığı zararı hesaplattırarak tazminine karar vermesi mümkün sayılmalıdır.

Gerçi daha önce Sigorta Tahkim Komisyonu'nda istenen tazminat taleplerinin ortalama 6-8 ayda bitirilen kesinlik sınırı altında kalan başvurular bakımından munzam zararın meydana gelmeyeceği rahatlıkla söylenebilir. Zira alacaklının uyuşmazlığın çözümü ile tahkime başvurusu ile kesin karar arasında kısa bir zaman aralığı bulunmaktadır. Ancak kesinlik sınırını aşan tazminat tutarları bakımından meselenin Yargıtay'a taşınması ve tahsilat sürecinin uzaması hâlinde munzam zararın varlığından söz edilebilir.

Ayrıca daha önce adliye mahkemelerinde istenen sigorta tazminatlarından kaynaklanan munzam zarar taleplerinin Sigorta Tahkim Komisyonu nezdinde istenebileceğini de belirtmek gerekir. Her ne kadar hâlihazırda önce adliye mahkemesine başvurulması hâlinde sonradan buradan vazgeçip tahkim sürecine başvurulması kabul edilmese de, munzam zarar bakımından bu kralın uygulanmaması gerektiği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet: “*Güncel İctihatlar Işığında Munzam Zarar*”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, C. 12, S. 2, s. 1069-1099.
- AYRANCI, Hasan: Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK m. 105), Ankara 2006.
- BARLAS, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Sonuçlar, İstanbul 1992.
- EREN, Fikret/ DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. III, Ankara 2022.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2003.
- KARTAL, Bilal: “*Faizi Aşan Zarar -Munzam Zarar- "BK.nun 105. Maddesi ile İlgili Kararlar"*”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu- XII, Ankara 1995, s. 5-36.
- KILIÇ ÖZTÜRK, Gizem: Borçlar Hukukunda Borçlunun Temerrüdü, Ankara 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: “*Yargıtay Kararları Açısından Munzam Zarar*”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XV, Ankara 1999, s. 1-33.
- NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem: “*Güncel Yargı Kararları Bağlamında Aşkın Zarar*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2023, C. 35, S. 165, s. 105-135.
- ÖZDAMAR, Mehmet: “*Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 17, S. 1-2, s. 831-855.
- SEVEN, Vural: “*Mahkemeye-Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu*”, İzmir Barosu Dergisi, 2018, Y. 83, S. 2, s. 95-129.
- YILDIZ, Mustafa Göktürk: Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümlerine Göre Borçlu Temerrüdünün Şartları ve Sonuçları, İstanbul 2020.

TÜRK CEZA KANUNU'NDA TAKSİRİN TESPİTİ

The Determination of Negligence in the Turkish Penal Code

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN*

ÖZ

Bu çalışmada taksiri düzenleyen TCK'nın 22. maddesine işaret edildikten sonra, taksirin unsurları üzerinde durulmaktadır. Çalışmanın odak noktasını 5237 sayılı TCK'ya göre taksirin belirlenmesi ve derecelendirilmesi oluşturmaktadır. Taksirli suçlarda kusurun birleşmesi durumunda cezai sorumluluğun nasıl belirleneceği hususu değerlendirilmekte, bu esnada gerekçede belirtilen "taksirden dolayı kusurun matematiksel olarak ifade edilemeyeceği" yönündeki iddianın uygulamada ne kadar karşılık bulduğu incelenmektedir. Son olarak taksirli suçlara özgü olarak hükme bağlanan TCK'nın 22/6. maddesindeki cezai sorumluluğu kaldıran veya azaltan neden ele alınmaktadır. Bütün bu konular ele alınırken konuya ışık tutacağı düşünülen uzman bilirkişi görüşleri ve yargı kararlarına da ilgili olduğu bölümlerde yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Taksir, kusurluluğun derecelendirilmesi, trafik ve iş kazaları, taksirli suçlarda iştirak, şahsi cezasızlık nedeni.

ABSTRACT

In this study, after referring to Article 22 of the Turkish Penal Code No. 5237, which defines and governs negligence, the elements of negligence are examined. The study primarily focuses on the determination and gradation of negligence under Turkish Penal Code. It evaluates how criminal liability should be determined in negligent crimes where culpability is combined/shared, and examines to what extent the claim in the legislative rationale, namely that "culpability arising from negligence cannot be expressed mathematically", is reflected in practice. Finally, the study addresses the ground that excludes or reduces criminal liability specific to negligent crimes, as set out in Article 22/6 of the Turkish Penal Code. In addressing these issues,

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, E-posta: ozen@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8406-8269.

the study incorporates expert witness opinions and relevant judicial decisions to help illuminate the subject.

Keywords: *Negligence, gradation of culpability, traffic and occupational accidents, participation in negligent crimes, personal ground for non-punishment.*

GİRİŞ

Suçun varlığından söz edebilmek için failin tipe uygun ve zararlı bir fiili gerçekleştirmesi yeterli değildir; ayrıca bu fiil bakımından kusurlu olması gerekmektedir. Bir başka anlatımla işlenen fiil ile fail arasında sadece maddi bağın yeterli olmadığı, aynı zamanda fail ile fiil arasında psikolojik bir bağın da bulunması gerektiği hususu ceza hukukunun temel ilkesi haline gelmiştir. Bu ilke “fiilin sübjektifliği ilkesi” olarak isimlendirilmektedir.¹ Bu ilkenin ceza hukukunda egemen olması uygarlığın ve insanlığın zaferi olarak nitelendirilmektedir.²

TCK, kusurlu sorumluluğun iki şeklini kabul etmiş, objektif sorumluluk ipotezleri sayılan sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlarda da gerçekleşen sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için en azından failin taksirli davranışının olmasını aramıştır.³ Bu durumda suçun varlığından söz edebilmek için failin kusurlu davranışının varlığı zorunludur. Kusurluluk, suçu oluşturan maddi fiile neden olan iradenin ödeviye aykırı davranışdır.⁴

Taksir, genel olarak istenen bir davranışın istenmeyen neticesinden sorumluluktur.⁵ Mahiyetinin gereği olarak, toplumsal hayat, tehlikelerle doludur. Herkes, her gün, bireysel-toplumsal hayatın icabı olarak, birçok davranışta, tehlikeli çok ve çeşitli etkinliklerde bulunmaktadır. Bu durum, bireylerin, davranışlarında, özenli olmalarını zorunlu kılmıştır. Davranışında özenli olmak demek, tedbirli, dikkatli olmak, meslek ve sanatta acemi olmamak, emirlere ve nizamla uymak demektir.

¹ MANTOVANI, Ferrando: Diritto Penale, Parte Generale, XI edizione, CEDAM, Milano 2020, s. 305.

² TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2023, s. 204.

³ Objektif sorumluluk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, Muharrem: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yayıncılık, Ankara 1998.

⁴ ANTOLISEI, Francesco: Manuale di diritto penale, Parte generale, Sedicesima edizione, Giuffrè, Milano 2003, s. 325; HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2022, s. 262; TOROSLU / TOROSLU, Genel Kısım, s. 204.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ALIMENA, Francesco: La colpa nella teoria generale del reato, Palermo 1947; CECCHI, Il delitto colposo, S. Maria C.V. 1950; ALTAVILLA, La colpa, Torino 1957; PIOLETTI, Contributo allo studio del delitto colposo, Padova 1990; GALLO, Colpa penale, in Enciclopedia del diritto, v. VII, 1960.

1. TÜRK CEZA KANUNU'NDA GENEL OLARAK TAKSİR VE TAKSİRİN UNSURLARI

5237 sayılı TCK, kusurlu sorumluluğun ikinci şekli olan taksiri 22. maddesinde düzenlemiştir. Bu hükmüne göre,

“Madde 22- (1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

(2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemekle gerçekleştirilmesidir.

(3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.

(5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.

(6) Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.”

Taksir, TCK madde 22/2’de, “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemekle gerçekleştirilmesi” biçiminde tanımlanmaktadır. 765 sayılı mülga TCK’da taksirli insan öldürme ve yaralama suçlarında, sadece taksir kalıplarına yer verilmiş, genel hükümlerde ise taksir tanımlanmamıştı.

Taksirin unsurları, TCK’nın hükmü, öğreti ve uygulama dikkate alındığında şu şekilde sıralanmaktadır⁶:

a. Taksirle işlenebilen bir suçun bulunması,

⁶ Taksirin unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MANTOVANI, Parte generale, s. 359 vd; DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1973, s. 296 vd; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2024, s. 431 vd.

- b. Hareketin istenilmiş (iradi) olması, sonucun ise istenilmemesi (irade edilmemesi),
- c. Davranış kurallarının ihlal edilmesi,
- d. Sonucun öngörülebilir olması (Davranış kurallarının ihlalinin faile isnat edilebilir olması),
- e. Davranış ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması.

A. Taksirle İşlenebilen Bir Suçun Bulunması

Kusurluluğun tipik şekli kasttır. Taksirli sorumluluk ise istisnai sorumluluk biçimidir. Bu itibarla suçun varlığı için kural olarak aranacak kusurluluk şekli kasttır. Nitekim TCK'nın 21/1. maddesine göre, “*suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*”. Taksirli sorumluluk istisnai bir sorumluluk şekli olduğundan, bir fiilin taksirli şeklinin cezalandırılabilmesi için bu konuda kanunda açık bir hüküm bulunmalıdır. Gerçekten TCK'nın 22/1. maddesine göre, “*taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*” Kanunda fiilin taksirli şekli öngörülmemiş ise kanunilik ilkesi karşısında bunu cezalandırmak mümkün değildir. Örneğin mala zarar verme suçu (TCK m. 151), sadece kasıtlı olarak işlenebilen bir suç olduğundan, taksirli bir davranışla başkasının malına zarar verilmesi durumunda bu fiil cezalandırılmaz.

B. Hareketin İstenilmiş Olması, Sonucun ise İstenilmemiş Olması

Taksirin varlığı için öncelikli olarak tipik maddi fiilin fail tarafından doğrudan ve dolaylı olarak istenmemiş olması gerekir. Zira kasttan söz edebilmek için tipik maddi fiilin bilinmesi ve istenmesi gerekir. Kast ile taksiri birbirinden ayıran en önemli unsur taksirde sonucun istenmemiş olmasıdır. Davranış iradi olmakla birlikte sonuç istenmemiş olmalıdır. Sonucun öngörülmesi isteme anlamına gelmez. Bununla birlikte TCK, taksir tanımında sonucun öngörülmemiş olmasına vurgu yapmaktadır.⁷

Taksirli bir davranışın cezalandırılması için kural olarak sonucun gerçekleşmesi gerekir. Sonuç gerçekleşmediği takdirde, taksirli davranışın faili cezalandırılmaz. Zira taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir. Bununla birlikte istisnai olarak zararlı sonuca neden olabilecek davranışlar sonuç gerçekleşmese bile bu davranışlar cezalandırılmaktadır. Örneğin trafik mevzuatının trafik kurallarını ihlal eden davranışları sonuçtan bağımsız olarak

⁷ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 286.

cezalandırmasında olduğu gibi. Belirtelim ki, bu durumlarda artık taksirli suç değil, bu kuralları ayrıca cezalandıran kasıtlı bir suç söz konusu olmaktadır.⁸

C. Davranış Kurallarının İhlal Edilmesi

Taksirin varlığı için aranan bir başka unsur, istenmeyen zararlı sonuçları önlemeye yönelik davranış kurallarının ihlal edilmesidir. Bu davranış kuralları, insan davranışlarının başkalarına ait varlıklar bakımından yaratabileceği sınırsız tehlikeli veya zararlı durumları önlemeyi ya da bu tehlikeleri sosyal yönden kabul edilebilir sınırlar içinde tutmayı amaçlamaktadır.

Zararlı sonuçları önlemeye yönelik davranış kuralları kaynak açısından iki grupta toplanabilir. Buna göre, davranış kuralları, yazılı davranış kuralları ve yazılı olmayan davranış kuralları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yazılı davranış kuralları, yetkili makamlar tarafından konulan nizam, emir ve talimatlar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Belirtelim ki, bu davranış kurallarının mutlaka resmi otorite tarafından konulması gerekmemektedir. Uyulması zorunlu olması kaydıyla, özel kişilerin koydukları kurallara uyulmaması durumunda da taksirli sorumluluk söz konusu olabilecektir. Örneğin, inşaat sektörüne veya değişik sanayi faaliyetlerine ilişkin çalışma yaşamını ilgilendiren kurallara uyulmaması durumunda taksirli sorumluluk gerçekleşebilir.⁹

Yazılı olmayan davranış kuralları, dikkatli ve özenli olmaya ilişkin sosyal kurallardır. Bunlar genel ve bilimsel-teknik deneyimden kaynaklanmaktadır. Dikkatli olmaya yönelik davranış kuralları, icrai davranış şeklindeki bir davranışın belirli tarzda yapılmasını emretmektedir. Buna karşılık özenli olmaya ilişkin davranış kuralları ise, bazı davranışları veya davranış biçimlerini yasaklamaktadır.¹⁰

Taksirli sorumluluğa neden olan bu davranış kurallarının, objektif bir niteliğe sahip olması şarttır. Bu itibarla ilgili oldukları özel alana ait en ileri bilim ve tecrübeye göre öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütlerine dayanılarak belirlenmeleri gerekmektedir. Bu kurallar, en ileri bilim ve tecrübeye göre, gerçekleştirilmediklerinde zararlı sonucun öngörülebilir olmasını veya yerine getirildikleri takdirde zararlı sonucun önlenebilir

⁸ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 433.

⁹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 288.

¹⁰ TOROSLU / TOROSLU, Genel Kısım, s. 239.

olmasını sağlayan davranış kurallarıdır.¹¹ Zararlı sonuçların öngörülmesi ve önlenmesine yönelik davranış kuralları, sadece ortak deneyime dahil olan davranış kurallarını değil, aynı zamanda henüz bu nitelikte olmayan kuralların da davranış kuralları içinde değerlendirilmesine olanak sağlamaktadır. Böylece güvenlik standartlarının gelişen bilim ve teknolojik araştırmaların kazanımlarına göre devamlı uyumlu olmasını da olanaklı kılmaktadır. Bu itibarla sadece ortak deneyime dahil kurallar değil, aynı zamanda henüz bu nitelikte olmayan riskler ve kullanım teknikleri sadece keşfedenler tarafından bilinen yeni maddelerle ilgili kurallar da davranış kurallarına dahildir.¹²

D. Sonucun Öngörülebilir Olması (Davranış Kurallarının İhlalinin Faile İsnat Edilebilir Olması)

Taksirin varlığı için davranış kuralının ihlal edilmiş olması yeterli değildir. İhlal edilen bu davranış kuralı sonucunda ortaya çıkan zararlı sonucun faile isnat edilebilir olması zorunludur.¹³ Failin gerçekleştirdiği fiilden ötürü kınanabilir olmadığı takdirde kusurlu sayılması ve sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. Bu itibarla sonucun faile isnat edilebilir olması için sonucun öngörülebilir olması gerekir. Taksirli sorumluluğun varlığı için mutlaka sonucun öngörülebilir olması gerekir. Faile öngörülmesi mümkün olmayan bir sonuçtan sorumluluk yüklemek mümkün değildir. Gerçekten sonucun öngörülmesi olanaklı değilse ortada kusurluluğu gerektiren bir husus da yok demektir. Bu unsur, kusurlu sorumluluk şekli olan taksir ile kaza ve tesadüfü ayıran çizgiyi de oluşturmaktadır.¹⁴ Belirtelim ki, sonuç öngörülebilir değilse, failden dikkat ve özen göstermesi de beklenemez.¹⁵ Hukuk düzeni taksirli sorumlulukta failin beklenen özeni göstermediği için sorumluluğunu kabul etmektedir.

Bu koşulla ilgili olarak çözümlenmesi gereken sorun, davranış kurallarına uymamanın faile ne zaman isnat edilebileceğidir. Bir başka anlatımla davranış kurallarına failin uyması hangi şartlarda beklenebilecektir? Bu sorunun yanıtı genel ve özel taksire göre farklılık arz etmektedir.

¹¹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 288.

¹² TOROSLU / TOROSLU, Genel Kısım, s. 240.

¹³ MANTOVANI, Parte generale, s. 370.

¹⁴ İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1967, s. 147.

¹⁵ ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / MERAKLI, Serkan / BACAĞIZ, Pınar / BAŞBÜYÜK, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2025, s. 528.

Gerçekten dikkatsizlik ve özensizlikten kaynaklanan genel taksir durumunda, sonucun öngörülebilirliği ve önlenebilirliği temel ölçüt kabul edilmelidir. Genel taksir denilen dikkatsizlik ve özensizlikten kaynaklanan taksirde, sonucun öngörülebilir ve önlenebilir olup olmadığı hususu failin faaliyette bulunduğu tüm koşullar göz önünde tutularak somut biçimde belirlenecektir. Belirtelim ki, bu konuda ne fail esas alınacak ne deneyimli insan dikkate alınacak ne de ortalama insan esas alınacaktır. Sonucun öngörülebilir ve önlenebilir olup olmadığına ilişkin olarak “model-ajan” ölçütüne başvurulacaktır.¹⁶ Bu ölçütte, modern iş bölümü, uzmanlaşma, bilgi standardı farklılıkları yanında eğitim derecesi, yaş, fiziki eksiklik gibi ölçütlere değerlendirilebilecek gruplar esas alınarak sorumluluk belirlenecektir. Bu açıklamalar göstermektedir ki, taksirin varlığını belirlemeye yönelik kınanabilirlik yargısı izafidir. Zira istenmeyen sonuç belli durumda olan bir fail için öngörülebilir ve önlenebilir iken başka bir fail yönünden bu nitelikte olmayabilir. Model-ajan ölçütünde bir mesleki faaliyet içinde birden çok model-ajan belirlenmesi mümkündür. Bu durumda failin dahil olduğu model süje bakımından sonuç, öngörülebilir ve önlenebilir sonuç olarak değerlendirildiğinde, fail kınanabilir ve dolayısıyla taksirli sorumluluğu söz konusu olabilir. Zira fail sadece objektif açıdan tehlikeli bir davranışı gerçekleştirmiş olmamakta, ayrıca dikkatsiz ve özensiz davranmış olması nedeniyle de kınanabilmektedir.¹⁷

Yazılı davranış kurallarına uyulmaması şeklinde ortaya çıkan özel taksir, herhangi bir yazılı normun ihlalinde değil, sadece zararlı sonuçları önlemeye yönelik normların ihlalinde kaynaklanmaktadır. Öyleyse özel taksir, genel taksirde olduğu gibi önleyici davranış kuralına uymamayı zorunlu kılmaktadır. Önleyici davranış kurallarının ceza hukukuna dahil normlar olması zorunlu değildir. Koruyucu nitelik taşımaları kaydıyla ceza hukukuna dahil olmayan, örneğin trafik ve iş kazalarına ilişkin suçları öngören normlar da olabilir.¹⁸

E. Davranış ile Sonuç Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

Taksirli sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için iradi olan davranış ile istenmeyen ve fakat gerçekleşen zararlı sonuç arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu konuda üçüncü kişinin davranışının veya mağdurun

¹⁶ TOROSLU / TOROSLU, Genel Kısım, s. 241.

¹⁷ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 291.

¹⁸ TOROSLU / TOROSLU, Genel Kısım, s. 244.

davranışının eklenmesi halinde fail bakımından nedensellik bağının kesilip kesilmeyeceği üzerinde durmakta yarar vardır. Failin davranışına üçüncü kişinin davranışı eklenmiş olabilir. Üçüncü kişinin davranışı kusursuz ise, failin taksirli davranışı ile zararlı sonuç arasındaki nedensellik bağı varlığını sürdürür. Örneğin bir trafik kazasında sürücülerinin her ikisinin de taksirli davranışları sonucu iki aracın çarpışması sonucu araçlardan birinde bulunan yolcunun ölmesi durumunda, her bir sürücü taksirli insan öldürme suçundan ayrı ayrı sorumlu olacaktır.¹⁹

Mağdurun davranışının failin davranışa eklenmesi durumunda da kusurlu olup olmamaya göre nedensellik bağının kesilip kesilmediği ve dolayısıyla sorumluluk belirlenmelidir. Buna göre, mağdurun kusursuz davranışının failin taksirli davranışına eklenmesi durumunda nedensellik bağı kesilmez ve fail gerçekleşen zararlı sonuçtan tek başına sorumlu olur. Örneğin kendisine yeşil ışık yanan A'nın yaya geçidinden geçtiği esnada araçlara kırmızı ışık yanmasına rağmen durmadan geçen ve bu esnada A'ya çarpan B'nin durumunda olduğu gibi.

Mağdurun kusurlu davranışı söz konusu olursa, yani zararlı sonucun gerçekleşmesinde hem failin hem de mağdurun taksirli davranışı etkili olursa failin sorumluluğu varlığını sürdürür. Yok eğer sonuç tek başına mağdurun kusurlu davranışı sonucu meydana gelmiş ise, artık failin davranışı ile sonuç arasında nedensellik bağı olmadığından, failin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.²⁰

II. TÜRK CEZA KANUNU'NDA TAKSİRİN BELİRLENMESİ

Kanunun istisnai sorumluluk olarak öngördüğü taksir, taksirli şeklinin kabul edildiği suçta mutlaka ispatlanmalıdır. Taksir karinesi kabul edilemez. Zira her somut olayda taksirin ispatlanmasından vazgeçilir ve sorumluluk için sadece maddi nedensellik bağının varlığı yeterli kabul edilirse, bu durum kusurlu sorumluluğun ortadan kalkması anlamına gelir. Bu husus özellikle objektif sorumluluk ipotézlerini kaldırdığını iddia eden ve istenmeyen zararlı sonuçtan failin sorumluluğuna başvurulabilmesi için en az taksirli davranışın varlığını arayan sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlarda manevi unsuru düzenleyen TCK'nın 23. maddesi bakımından geçerlidir.²¹

¹⁹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 291.

²⁰ DEMİRBAŞ, Genel Hükümler, s. 438.

²¹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 293.

Taksirin belirlenmesinde, taksirin türü göz önünde bulundurulmalıdır. Şöyle ki, genel taksir söz konusu olduğunda, somut olayda, belli bir mesleğe mensup ve belli şartlarda bulunan akli başında bir insan için sonucun öngörülebilirliğine ve önlenebilirliğine başvurmak gerekir. Gerçekten tedbirsizlik ve dikkatsizlikten fail, ancak zararlı sonucun gerçekleşebileceğini tahmin edebildiğinde, öngörebildiğinde sorumlu olmalıdır. Zararlı sonuç fail tarafından öngörülemediğinde artık kınanması mümkün değildir.²²

Buna karşılık özel taksir durumunda, öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütüne başvurulmayacak, yazılı davranış kurallarına uymamanın belirlenmesi yeterli kabul edilecektir. Bu son durumda yazılı davranış kuralına uymamanın bilinçli ve iradi olması aranacaktır. Gerçekten bu taksir türünde sonucun gerçekleşmesinde failin özensiz bir davranışının olup olmadığının tespitinde, sadece hukuka uygun olarak konulmuş bulunan ve uyulması zorunlu davranış kurallarının ihlal edilmiş olup olunmadığına bakılacaktır.²³ Bu bağlamda, örneğin kırmızı ışıkta geçerek kendisine yeşil ışık yanan yayanın ölümüne neden olan sürücü, taksirli insan öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Burada sürücünün dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olup olmadığı araştırılmayacaktır. Zira bu alana ilişkin yazılı davranış kurallarının ihlalinin, olayımızda kırmızı ışık ihlalinin saptanması taksir için yeterlidir. Aynı şekilde maden işletmesinde, hava ulaşımında veya tren işletmeciliğinde, bir kazanın gerçekleşmesi durumunda sorumluluk bakımından sadece olası tehlikeleri önlemek için konulmuş olan zorunlu tedbir ve dikkat kurallarına uyulup uyulmadığına bakılacaktır.

Öyle ise, emir ve nizamlara aykırılıkta sorumluluğun varlığı için ihlalin tespiti yeterlidir. Ancak sorumluluk, yazılı davranış kurallarının ihlalinin doğan tüm zararlı sonuçları içerecek biçimde genişletilmemelidir. Bu konuda “normun konuluş amacı” ölçü olarak alınmalıdır. Bu durumda taksirli sorumluluğun sınırı, ihlalden kaynaklanan her türlü zararlı sonuç değil, tersine ihlal edilen normun doğrudan önlemeyi hedeflediği zararlı sonuçlardan biri olmalıdır.²⁴ Yazılı davranış kurallarının geçerli olduğu faaliyet alanına ilişkin kurallara kişi tam olarak uymasına rağmen zararlı sonuç gerçekleşmiş ise, bu sonuçtan fail sorumlu tutulamaz. Zira kişinin kınanabilir bir davranışı yoktur. Örneğin, lastiği patladığı için savrulan otomobile çarpmamak için sağdan

²² ANTOLISEI, Parte generale, s. 377; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 293; TOROSLU / TOROSLU, Genel Kısım, s. 237.

²³ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 294; TOROSLU / TOROSLU, Genel Kısım, s. 244.

²⁴ ANTOLISEI, Parte generale, s. 378; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 295.

önündeki arabayı geçen sürücünün taksirli davranışından söz edilemez. Zira somut durumda söz konusu normlara uyulması normun önlemeyi amaçladığı zararlı sonuçlara neden olacağından, sürücünün bu normları göz ardı etmesi gerekir. Bu durumda model ajanın öngörebilirliği ve önlenebilirliği ölçütlerine göre belirlenen davranış kurallarına uyulması sorumluluğu ortadan kaldırır.²⁵

III. TÜRK CEZA KANUNU'NDA TAKSİRİN DERECELENDİRİLMESİ

5237 sayılı TCK, 765 sayılı mülga TCK'nın aksine kusurun derecelendirilmesini kabul etmemiştir. Gerçekten mülga TCK döneminde taksirli insan öldürme ve yaralama suçlarında kusur sekiz üzerinden derecelendirilmekte ve failin taksirli davranışına eklenen kusurlu davranış da dikkate alınarak ceza sorumluluğu belirlenmekteydi.²⁶ Bu uygulama öğretide kusurun matematiksel olarak derecelendirilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmekteydi.²⁷ Bu eleştiri çerçevesinde TCK, kusurun derecelendirilmesini kabul etmemiştir. Gerekçede buna ilişkin olarak, *“Taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluk, bir değerlendirmeye ancak olay hâkimi tarafından yapılabilir. Bu nedenle, taksirden dolayı kusurluluğun matematiksel olarak ifadesi mümkün değildir. Ancak, normatif değerlendirmeye hâkim tarafından belirlenen kusurluluk göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun cezasında belli bir oranda indirim yapılabilir.”* denilmektedir. Buna göre, taksirli suçtan dolayı verilecek ceza, failin kusuruna göre belirlenecek ve her bir fail kendi kusurlu davranışına göre sorumlu olacaktır.

Herkesin kendi kusurundan sorumlu olacağı hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak mülga TCK'da kusurun derecelendirilmesi yoluna gidilebildiği için örneğin taksirli insan öldürme suçunda bu tür bileşik kusurun varlığında cezalar kusurun derecesine göre 1/8'e kadar indirilebilmekteydi. 5237 sayılı Kanun ise mülga TCK'dan farklı olarak taksirin sekiz üzerinden derecelendirilmesini kabul etmediği için failin taksirli davranışına mağdurun veya başkasının taksirli davranışı da eklense ve minimum taksiri olduğu kabul edilse bile, failin cezası temel cezadan aşağı

²⁵ MANTOVANI, Parte generale, s. 368; TOROSLU / TOROSLU, Genel Kısım, s. 245.

²⁶ Bkz. ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 323.

²⁷ Bkz. ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2025, s. 279.

olamayacak, sadece takdiri nedenler uygulanmak suretiyle temel cezanın altına inilecektir.²⁸

Taksirle öldürme suçunda birden çok kişi suça katıldığında, örneğin ekip halindeki bir ameliyatta, karşılıklı bir trafik kazasında daha çok kusurludan daha az kusurlunun ayrılmasında ölçünün ne olacağı belirsizdir. Herhalde hâkim, kınanabilirlik esas olmak üzere kusuru belirlerken, neticeyi birlikte meydana getiren kimselerin neticenin meydana gelmesine nedensel katkılarını göz önüne alacaktır. Bu, hâkimin, bir kimseye sen kusurlusun derken, aynı zamanda o kimsenin ne miktar, yani az veya çok kusurlu olduğunu göstermesi demektir. Kuşkusuz bir yerde miktar yahut azlık ve çokluk varsa, o yerde zorunlu olarak sayısalılık da vardır. Böyle olunca, kusuru belirlemede sayısalılıktan vazgeçildiği iddiası pek tutarlı gözükmemektedir.²⁹

Bunun en büyük kanıtı ise 1 Haziran 2005 tarihinden sonra da TCK'nın 22. maddesi hükmü ile kusurun derecelendirilmemesi kuralının uygulamada bazı kurumlar tarafından benimsenmemesidir. Trafik kazası sonucu ortaya çıkan taksirli öldürme fiillerinde failin kusuru belirlenirken, asli kusur-tali kusur ayrımı yapılmaktadır. Bu durumda taksirin matematiksel derecesinden vazgeçilse bile, ağır-hafif taksir derecelendirmesi varlığını sürdürmektedir. Özellikle Adli Tıp Kurumundan trafik kazaları ile ilgili olarak somut olayda kusurlu davranışların derecelendirilmesini hem savcılık kurumunun hem de mahkemelerin talep ettiği görülmektedir.

Belirtelim ki, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 84. maddesinde hangi trafik ihlallerinin asli kusurlu sayılacağı belirtilmiş bulunmaktadır. Adli Tıp Kurumu bu hükümden hareketle KTK anlamında ortaya çıkan ihlallerde, kusurları belirlerken, anılan Kanunun 84. maddesinde belirtilen haller asli kusur sayılmakta, diğer ihlaller ise tali kusur kabul edilmekte, tali kusurlu davranışlar arasında da zararlı sonucun ortaya çıkmasında ağırlıklı etken olan davranış birinci derecede kusurlu davranış, diğer davranışlar ise ikinci derecede kusurlu olarak nitelendirilmektedir. Tali kusurlu davranışların her ikisinin de zararlı sonucun gerçekleşmesinde eşit etkisinin olduğu kabul edildiğinde, her iki davranış eşdeğer kusurlu kabul edilmektedir.

Maddi hasarlı trafik kazalarında tazminat hesaplanmasında ise Yönetmelik hükümlerinden hareketle, yüzlük sistem esas alınarak kusurlar dağıtılmaktadır. Bu uygulamalara bazı örnekler vermek gerekirse; Ankara Adli Tıp Kurumu

²⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2025, s. 61.

²⁹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Kişilere Karşı Suçlar, s. 60.

Grup Başkanlığı Trafik İhtisas Dairesi Başkanlığı'nın 18.02.2009 tarihli vermiş olduğu raporda, *“sürücü M.Y.T gündüz vakti, meskun mahalde sevk ve idaresi altındaki çekici ile bölünmüş yolda seyredip dönmek istediği fabrika girişine gelmeden önce sağ şeride yanaşmayıp, seyir halinde olduğu sol şeritten sağa doğru kurallara aykırı biçimde, kontrolsüzce, arkadan gelen minibüsün önünü kapatacak şekilde doğrultu değiştirdiği sırada sağ arka orta şeritten gelen minibüsle çarpıştığı kazada dikkatsizliği, tedbirsizliği ve kural ihlali nedeniyle, K.T.K'nun 84/f ve 53/a maddeleri gereğince asli kusurludur. Sürücü O.G. gündüz vakti, meskun mahalde, sevk ve idaresindeki minibüs ile bölünmüş yolda seyredip olay mahalline geldiğinde, hızı konusunda tutanaktaki tespit ve fren izi mesafesinden de anlaşılmakla meskun mahal şartlarının üzerindeki hızıyla orta şeritteki seyri sırasında, sol şeritten sağa dönmek için önüne doğru hatalı biçimde ve kontrolsüzce doğrultu değiştiren çekiciye takılı römorka frenli vaziyette sağ arka teker ve yan tarafından çarpması sonucu meydana gelen olayda dikkatsizliği ve kural dışı davranışı nedeniyle, K.T.K'nın 51, 52/b maddeleri gereğince tali kusurludur.”*³⁰

Ankara Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi'nin 17.02.2009 tarihli kararında, asli kusurluluğa karşılık olarak birinci derecede kusurlu, tali kusurluluğa karşılık olarak da ikinci derecede kusurlu tabirlerini kullanmaktadır. Bu karara göre, *“sola dönüş yaparak doğrultu değiştirecek olan sürücüler, bu eylemlerini, niyetlerini arkalarından seyreden sürücülere duyurmaları açısından önceden ve uygun bir zamanda ve yeterli mesafe öncesinden dönüş işareti verip hız azaltarak doğru seyreden araçların geçişlerini bekleyip dönüş için uygun şeride girdikten sonra gerçekleştirmek zorundadır. Meydana gelen olayda ise, geri dönmek için geldiği olay yerindeki orta ayırıcı arasından dönüş yapmak istediğinde, bu eylemini yukarıda anılan hususlara ve doğrultu değiştirme manevralarına dikkat etmeden (KTK, m.84/f) kontrolsüzce sağ şeritten sol şeride doğrultu değiştirip orta ayırıcı arasında seyrettiği platformun sol şeridini takiben gelen araçların seyrettiği bu şeridi ihlal edecek şekilde durduğu sırada, platformda seyreden ve yapmış olduğu bu hareket ile önünü kapatıp seyir güvenliğini bozduğu geçiş hakkına sahip aracın kendi aracına sol taraftan çarpmasıyla ölümle sonuçlanan söz konusu olayın başlamasına dikkatsiz, tedbirsiz ve kurallara aykırı bu hareketleri nedeniyle fazlasıyla katkı sağlamış olan sürücü İ.Ö, birinci derecede kusurludur.*

³⁰ Ankara Trafik İhtisas Dairesi Başkanlığı'nın 18.02.2009 gün ve 2009/1527/497 sayılı kararı (Rapor yayınlanmamıştır.).

Sürücüler, aksine bir karar alınıp işaretlenmemişse, mahal için belirlenmiş hız limitleri dahilinde sevk etmek zorunda (KTK, m.51) oldukları araçlarının hızlarını, kavşaklara yaklaşırken daha da azaltmak zorundadır (KTK, m.52/a). Meskun mahal sınırları içerisinde kalan yoldaki seyrini, hızının 100-120 km/saat olduğunu kendi ifadesinden da anlaşılacağı üzere, mahal şartlarının çok üzerinde bir hızla sürdürmüş olması sebebiyle olay yerindeki orta ayırıcı arasından dönmek için sağ şeritten sol şeride doğrultu değiştirip kendi şeridini ihlal eder şekilde duran otomobile yüksek hızından dolayı duramayıp çarpmasıyla sonuçlanan olayda sürücü B.Ş'nin de dikkatsiz, tedbirsiz ve kurallara aykırı olan bu hareketleri nedeniyle ikinci derecede kusurludur. Bölünmüş yolun Manavgat yönüne olan platformunda seyir halinde iken, bölünmüş yolun karşı platformunda çarpışan araçlardan önüne fırlayan otomobilin yönetimindeki kamyonla çarpışmasıyla sonuçlanan olayda sürücü M.B'ye bu oluş şartlarında atfedilecek herhangi bir kusur bulunmamaktadır.”³¹

Gereğe rağmen trafik ve iş kazalarında Yargıtay uygulaması da bu yönde istikrar kazanmış durumdadır. Yargıtay'ın birçok kararında uzman bilirkişi raporu doğrultusunda asli ve tali kusur ayrımı yapıldığı görülmektedir. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda, “Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığının 16.04.2008 günlü raporuna göre ise; sanığın sevk ve idaresindeki otomobil ile meskun mahalde seyrini sürdürürken yola gereken dikkatini vermediği, hızını mahal şartlarına göre ayarlamadığı, direksiyon hakimiyetine gerekli özen ve ehemmiyeti göstermediği, kendi seyir şeridini takiben seyrini sürdürmeyip karşı şeridi kullandığı, bu haliyle karşı yönden yol ortalarına yakın halde seyrederek gelen ölenin bisikleti ile çarpıştıkları ve meydana gelen olayda sanığın asli kusurlu olduğu, ölenin ise bisiklet ile kendi şeridinde seyrini sürdürürken karşı yönden şerit ihlali yaparak gelen otomobili gördüğünde iyice yolun sağ tarafına yanaşarak önlem alması gerekirken bu hususa özen göstermediği, önlem almayarak otomobil ile çarpıştığı, olayda tali kusurunun bulunduğu tespitine yer verildiği, mahkemece bu raporun hükme esas alındığı” belirtilmektedir.³²

Yine Ceza Genel Kurulu başka bir kararında şu ifadelere yer vermektedir: “Bu nedenlerle taksire dayalı kusurun ağır olduğu durumlarda, alt sınırdan uzaklaşarak, hafif olduğu durumlarda ise alt sınırdan veya alt sınıra yaklaşarak temel ceza tayin edilmesi isabetli bir uygulama olacak ise de,

³¹ Ankara Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi'nin 17.02.2009 tarih ve 2009/1590/507 sayılı Raporu (Rapor yayınlanmamıştır).

³² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2012/1537, K. 2013/580, T. 03.12.2013.

bundan her hâlde ağır kusurlu fail hakkında en üst hadden, hafif kusurlu fail hakkında ise alt hadden ceza tayin edilmesi gerektiği sonucu çıkarılmamalı, TCK'nın 61/1. maddesindeki olaya uyan diğer ölçütler ve TCK'nın 3. maddesinde düzenlenen "orantılılık" ilkesi bir bütün hâlinde değerlendirilerek haklı ve ölçülü bir ceza belirlenmeli, somut olayın özellikleri itibarıyla bazı hâllerde alt hadden bazı hâllerde de üst hadden tayin edilecek cezanın haklı ve ölçülü bir ceza olacağı da gözden uzak tutulmamalıdır.”³³ Yargıtay tarafından yapılan ağır kusur-hafif kusur ayrımının aslında asli kusur-tali kusur ayrımıyla aynı işlevi üstlendiği ortadadır.

IV. TAKSİRLİ SUÇLARDA İŞTİRAK VE TEŞEBBÜS

TCK, taksirli suçlarda iştirakin mümkün olmadığını açıkça belirtmiştir. TCK'ya göre, “*Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası, kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.*” Bu durumda taksirli suçlara iştirak olup olmayacağı tartışması artık pratik değerini yitirmiştir.³⁴ Her bir fail, kendi kusuru oranında ayrı ayrı işlenen taksirli suçtan sorumlu olacaktır.³⁵

Kuşkusuz taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir. Mantıki bağdaşmazlık nedeniyle taksirli suçlara iştirak mümkün değildir. Çünkü, bu tür suç grubunda suç yaratan normda öngörülen fiili gerçekleştirme kastı yoktur. Bu kastın bulunmadığı bir durumda da teşebbüsten söz edilemez.³⁶

V. TAKSİRLİ SORUMLULUĞU KALDIRAN VEYA AZALTAN DURUM (md. 22/6)

Mülga TCK döneminde failin taksirli davranışı sonucu gerçekleşen zararlı sonuç, ciddi mağduriyetine neden olmakta ve dolayısıyla ortaya çıkan mağduriyet ve üzüntü karşısında bir de ceza yaptırımı uygulanmak suretiyle ikinci bir mağduriyet yaratılması eleştirilmekteydi. Bu bağlamda örneğin failin trafik kazası ya da taksirli bir davranış sonucu eşinin, çocuğunun veya

³³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2017/833, K. 2020/415, T. 13.10.2020.

³⁴ Mülga TCK dönemindeki tartışmalar için bkz. EREM, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. I, Seçkin Kitabevi, Ankara 1984, s. 561 vd.

³⁵ ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAŞIZ / BAŞBÜYÜK, Genel Hükümler, s. 539; AYDIN, Devrim: Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 263.

³⁶ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 342; TOROSLU / TOROSLU, Genel Kısım, s. 319.

anne ya da kardeşinin ölümüne neden olması durumunda ceza verilmemesi yerine ceza yaptırımı uygulanması tartışılmaktaydı. Bu durumlarda faile ya hiç ceza verilmemesi ya da cezasının önemli oranda indirilmesinin ortaya çıkan mağduriyeti gidermede önemli olduğu yaklaşımları bulunmaktaydı.³⁷ Bu yaklaşımlar TCK Tasarısı'nda hukuki düzenlemeye dönüştüğü gibi, 5237 sayılı TCK da aynı yaklaşımları benimseyerek taksirin şekline göre, failin cezai sorumluluğunun ortadan kaldırılması veya cezanın indirilmesi şeklinde bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır.

5237 sayılı TCK, taksirli sorumluluğa özgü olarak cezai sorumluluğu kaldıran veya azaltan bir neden öngörmüştür. Buna göre, “*Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez, bilinçli taksir halinde verilecek cezadan yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.*” Bu düzenleme ile taksirli hareket sonucu gerçekleşen netice, failin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir ceza verilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmış ise, basit taksir halinde ceza verilmeyecek; bilinçli taksir halinde ise ceza sorumluluğu devam edecek, fakat kanunda öngörülen oranda cezadan indirim yapılacaktır. Bu nedenle bu hükmün uygulanabilmesi için aşağıdaki koşullar birlikte gerçekleşmelidir:

1. İşlenen suç taksirli suç olmalıdır,
2. Zararlı sonuç, münhasıran failin kişisel ailevi durumu bakımından etkili olmalıdır,

Burada etkinin hem kişisel hem de ailevi olması aranmaktadır. Her iki durum birlikte değerlendirilecektir. Çünkü TCK “ve” bağlacını kullanmıştır. Akrabalık ilişkisi arandığına göre bu durumun Medeni Kanun anlamında anlaşılması gerekir. En azından nişanlılık ilişkisi söz konusu olmalıdır, sözlülük veya birliktelik gibi durumlar buraya dahil değildir.³⁸ Aynı şekilde çok samimi, dostluk ilişkisi de bu hükmün uygulanmasını sağlamaz. Oysa akrabalık kadar, birlikte yaşamı olan kişilerin ilişkileri veya dostluk, yakın arkadaşlık ilişkileri de ailevi ilişkiler kadar faili etkileyebilir. Bu yönüyle TCK düzenlemesi yetersizdir. Olması gereken bakımından burada kullanılması

³⁷ Bkz. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 286 vd.

³⁸ Benzer yönde bkz. KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024, s. 241.

gereken bağlaç “veya” olmalıydı. Uygulama bu iki durumun birlikte aranması nedeniyle daraltılmıştır.³⁹

3. Ortaya çıkan bu etki artık bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağduriyete neden olmalıdır.

Faile verilecek cezanın artık gereksiz kılacak derecede mağduriyetine neden olması da gerekir. Bu mağduriyetin maddi olması şart değildir, manevi nitelikte mağduriyetler de buraya dahildir. Ne tür mağduriyetlerin cezaya hükmedilmesini gereksiz kıldığı hususu, somut olayın özelliklerine göre yargıç tarafından belirlenecektir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın uygulaması bağlamında yargı kararlarında bu kurumun uygulama alanı bulunduğunu görüyoruz. Gerçekten, Yargıtay, olayda mağdurların sanığın eşi, kızı ve yeğeni olmasını⁴⁰, sanığın kardeşinin ölümü ile sonuçlanan taksirli hareketi sonucu neden olduğu neticede münhasıran sanığın kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın hükmolunması gereksiz kılacak derecede mağdur olmasını sonuçladığını⁴¹, taksirli hareket sonucu meydana gelen olayda babasının ölmesi, annesinin yaralanmış olmasını⁴², 22/6. madde çerçevesinde değerlendirmiştir. Buna karşılık, ölenin sanığın eniştesi olması karşısında 22/6. maddenin uygulama olanağı bulunmadığına karar vermiştir. Gerçekten 9. CD, 30.5.2007 tarihinde verdiği kararda, “ölen MY'nin sanığın eniştesi olmasının sanık hakkında cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede sonuçtan mağdur olduğunu kabule yeterli olmadığı bu nedenle de 5237 sayılı TCK'nın 22/6. maddesinin olayda uygulama yeri bulunmadığından tebliğnamedeki görüşe iştirak edilmemiştir” sonucuna ulaşmıştır.⁴³

SONUÇ

5237 sayılı TCK, taksirli fiillere ilişkin olarak mülga 765 sayılı Kanun'dan farklı birtakım düzenlemeler getirmiştir. Kanunun taksire ilişkin 22. maddesinin gerekçesinde kusurun matematiksel olarak hesaplanamaya-

³⁹ HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Genel Hükümler, s. 297. İlgili hükmün başka yönlerine ilişkin eleştiriler için bkz. ÖZBEK / DOĞAN / MERAKLI / BACAĞIZ / BAŞBÜYÜK, Genel Hükümler, s. 543.

⁴⁰ Bkz. Yargıtay 9. CD, 21.03.2007 gün ve 8150-2370 sayılı kararı.

⁴¹ Bkz. Yargıtay 9. CD, 05.11.2007 gün ve 3593-7860 sayılı kararı.

⁴² Bkz. Yargıtay 9. CD, 24.10.2007 gün ve 2904-7418 sayılı kararı.

⁴³ Bkz. Yargıtay 9. CD, 30.05.2007 gün ve 677-4851 sayılı kararı.

cağı belirtilse de uygulamada gerekçenin aksine uzman bilirkişilere mutlaka kusurun matematiksel olarak tespiti noktasında talep geldiği ortadadır. Karayolları Trafik Kanunu’nun 84. maddesinde asli kusurlu davranışların sayılması, mefhum-u muhalifinden tali kusurlu davranışların da olabileceğine işaret etmektedir. Trafik ve iş kazalarında Yargıtay içtihadının da bu yönde istikrar kazandığı görülmektedir. 5237 sayılı Kanun’un getirdiği bir başka değişiklik taksirli iştiraki ortadan kaldırmasıdır. Bu durumda mülga Kanun dönemindeki taksirli suçlara iştirak olup olmayacağı tartışması artık pratik değerini yitirmiştir. 22. maddenin 6. fıkrasında öngörülen taksirli sorumluluğu kaldıran veya azaltan duruma ilişkin düzenlemenin de eksik yönleri bulunmaktadır. Burada etkinin hem kişisel hem de ailevi olmasının aranması, yani arada “veya” yerine “ve” bağlacının kullanılması hükmün alanını oldukça daraltmaktadır. Halbuki akrabalık kadar, birlikte yaşamı olan kişilerin ilişkileri veya dostluk, yakın arkadaşlık ilişkileri de ailevi ilişkiler kadar faili etkileyebilir. Bu yönüyle TCK düzenlemesi eleştirilmelidir.

KAYNAKÇA

- ANTOLISEI, Francesco: Manuale di diritto penale, Parte generale, Sedicesima edizione, Giuffrè, Milano 2003.
- AYDIN, Devrim: Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2024.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1973.
- EREM, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. I, Seçkin Kitabevi, Ankara 1984.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2022.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2025.
- İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1967.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024.
- MANTOVANI, Ferrando: Diritto Penale, Parte Generale, XI edizione, CEDAM, Milano 2020.
- ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / MERAKLI, Serkan / BACAŞIZ, Pınar / BAŞBÜYÜK, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2025.
- ÖZEN, Muharrem: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yayıncılık, Ankara 1998.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2025.
- TOROSLU, Nevzat / TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2023.

SINIR DIŞI SÜRECİNDE İDARİ GÖZETİME ALTERNATİF YÜKÜMLÜLÜKLER: TÜRK HUKUKU VE BAZI ÜLKE UYGULAMALARI

*Alternatives to Administrative Detention in the Deportation Process:
Turkish Law and Selected Country Practices*

Prof. Dr. Necla ÖZTÜRK*
Arş. Gör. Serhat ÇELİK**
Arş. Gör. Cansu DOĞAN***

ÖZ

İdarî gözetime alternatif yükümlölükler, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancılar bakımından, idarî gözetimin aksine kişi özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmayan veya daha az kısıtlayıcı nitelikte olan idarî yükümlölükleri ifade etmektedir. Türk hukukunda ilk kez 2019 yılında 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa¹ eklenen m. 57/A ile düzenlenen bu yükümlölüklere ilişkin usul ve esaslar ise 2022 yılında yürürlüğe giren İdarî Gözetime Alternatif Yükümlölüklere İlişkin Yönetmelikte² ayrıntılı biçimde yer almaktadır.

Bu çalışmanın amacı, Türk hukukunda yer alan idarî gözetime alternatif yükümlölükleri ayrıntılı biçimde incelemek ve bu yükümlölüklerin uygulanmasında karşılaşılan sorunları ele almaktır. Bu kapsamda çalışmada öncelikle idarî gözetim ve alternatif yükümlölükler kavramsal olarak açıklanmakta; ardından Türk hukukunda

Makale Geliş Tarihi: 19.12.2025

Makale Kabul Tarihi: 31.12.2025

“Makale hakem incelemesinden geçmiştir.”

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, E-posta: ozturknecla@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1259-980X.

** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: serhatcelik@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1107-0592.

*** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: cansudogan@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0009-0005-4732-0479.

¹ RG, 11.04.2013, S. 28615. Bundan böyle “YUKK” olarak anılacaktır.

² RG, 14.09.2022, S. 31953. Bundan böyle “İGAYY” olarak anılacaktır.

düzenlenen idarî gözetime alternatif yükümlülüklerin türleri ele alınmaktadır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde Türk hukukundaki teorik ve uygulamadaki sorunlar değerlendirildikten sonra, farklı devletlerin hukuk sistemlerinde yer alan iyi uygulama örnekleri açıklanmakta ve Türk hukukundaki alternatif yükümlülüklerle karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İdarî gözetime alternatif yükümlülükler, idarî gözetime alternatif yükümlülüklerle ilişkin yönetmelik, yabancı, sınır dışı etme, iyi uygulama örnekleri.

ABSTRACT

Alternatives to administrative detention refer to administrative obligations that, instead of placing foreigners subject to a deportation decision under administrative detention, impose restrictions that do not fully deprive them of their personal liberty or are less restrictive in nature. Alternatives to administrative detention were first regulated in Turkish law through Article 57/A, added to the Law on Foreigners and International Protection (Law No. 6458) in 2019. The procedures and principles regarding these alternative obligations are set out in detail in the Regulation on Alternatives to Administrative Detention, which entered into force in 2022.

The aim of this study is to examine in detail the alternatives to administrative detention provided under Turkish law and to address the issues encountered in their implementation. In this context, the study first conceptually explains administrative detention and alternative obligations, and then addresses the types of alternatives to administrative detention regulated under Turkish law. In the subsequent sections, after evaluating the theoretical and practical problems in Turkish law, best practice examples from the legal systems of other countries are presented, followed by a comparative assessment with the alternatives to administrative detention under Turkish law.

Keywords: *Alternatives to Administrative Detention, Regulation on Alternatives to Administrative Detention, Foreigner, Deportation, Best Practice Examples.*

GİRİŞ

Devletler, düzensiz göçle mücadele etmek ve yabancıların sınır dışı etme süreçlerinin etkin ve düzgün şekilde yürütülmesi için çeşitli tedbirler almaktadır. İdari gözetim ve idarî gözetime alternatif yükümlülükler, devletlerin söz konusu amaçları gerçekleştirmek için uygulamada sıklıkla başvurduğu tedbirlerdir. Türkiye'nin son yıllarda karşılaştığı yoğun göç dalgası sonucunda idarî gözetim ve alternatif yükümlülükler Türk hukukunda çok daha tartışılmaya başlandığı gibi uygulamada sıklıkla karşımıza çıkmaktadır.

İdarî gözetim; kamu düzenine, kamu güvenliğine veya kamu sağlığına yönelik mevcut ya da muhtemel bir tehdit teşkil eden yabancıların, kanunen belirlenmiş yerlerde ve belirli sürelerle özgürlüklerinden yoksun bırakılarak tutulmalarına yol açan idarî bir tedbirdir. İdari gözetim, doğası gereği kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını kısıtlayıcı bir işlem olduğundan, prensip olarak her zaman son çare olarak uygulanması gerekmektedir. İdari gözetimin insan haklarına ağır bir müdahale teşkil eden yapısı nedeniyle 2019 yılında Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda yapılan değişiklikle idarî gözetime alternatif yükümlülüklerle yer verilmiştir. İdari gözetime alternatif yükümlülüklerin esasına ve uygulamasına dair ikincil düzenleme olan İdarî Gözetime Alternatif Yükümlülüklerle İlişkin Yönetmelik ise 2022 yılında yürürlüğe girmiştir.

Alternatif yükümlülüklerin hukukumuzda nispeten yeni bir uygulama olması, uygulamada çeşitli sorunları beraberinde getirmiştir. Yönetmeliğin geç yürürlüğe girmesi, alternatif tedbirlerin usul ve esaslarının yeterince netleştirilmemesi ve idarenin kurumsal yapısındaki yetersizlik, bu tedbirlerin etkin biçimde uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Bunun yanı sıra kararlardaki gerekçe eksikliği ve bireysel değerlendirmenin yer almayışı ile kırılgan gruplar bakımından öngörülen koruyucu özel hükümlerin uygulamada yeterince işletilmemesi, alternatif yükümlülüklerle amaçlanan hedeflerin uygulamada gerçekleşmemesine yol açmaktadır. Çalışmamızda söz konusu sorunlar Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukukun ışığında değerlendirilecektir.

I. İDARÎ GÖZETİME ALTERNATİF YÜKÜMLÜLÜKLERE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

A. Temel Kavramlar

1. İdarî Gözetim

İdarî gözetim; kamu düzenine, kamu güvenliğine veya kamu sağlığına yönelik mevcut ya da muhtemel tehdit teşkil eden yabancıların, kanunen

belirlenmiş yerlerde belirli sürelerde, özgürlüklerinden mahrum bırakılarak tutulmasını sağlayan ve valilik kararıyla uygulanan idarî bir yükümlülüktür³. Bununla birlikte, idarî gözetim, kural olarak, ülkeye giriş işlemlerine ilişkin sebepler veya diğer sebeplerle sınır dışı edilecek yabancılar hakkında⁴ sınır dışı etme süreci tamamlanıncaya kadar başvuru ve yabancıların özgürlüğünün kısıtlanması sonucu doğuran bir yöntemdir⁵. Sınır dışı etmek üzere idarî gözetim ise Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (YUKK Yönetmelik)⁶ m.3/1-bb’de tanımlanmıştır. Buna göre, “*Hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye’ye giriş veya Türkiye’den çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye’den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, idarî yükümlülükler getirilerek idarî gözetimi sonlandırılanlardan bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanların sınır dışı edilinceye kadar Kanunda öngörülen süreye uygun olarak geri gönderme merkezinde tutulması*” ifade etmektedir.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma (YUKK) m. 57/2 ve YUKK Yönetmelik m. 59 uyarınca, hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişilerin; kaçma ve kaybolma riski bulunması, ülkeye giriş - çıkış kurallarını

³ Aydoğan ASAR, Yabancılar Hukuku (Göç Yönetimine İlişkin Temel Konular) (Seçkin Yayıncılık, 2025), 228; Burak HUYSAL / Begüm ŞERMET, “6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 57. Maddesi Çerçevesinde Hakkında Sınır Dışı Kararı Alınan Yabancıların İdari Gözetimi,” Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, (Beta Yayınevi, 2014), 2220; Nimet ÖZBEK, “AİHM Kararları Işığında YUKK’nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekanlar Hakkında Ortak Sorunlar,” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 118 (2015): 20; Nimet ÖZBEK, “Administrative Detention in Accordance with the Foreigners and International Protection Law,” Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10, S. 2 (2020): 122; Cemre TÜYSÜZ, Türk Hukukunda Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi (On İki Levha Yayıncılık, 2023), 193.

⁴ Bu kuralın istisnasını ise 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 68 uyarınca uluslararası koruma statüsü başvuru sahipleri oluşturmaktadır.

⁵ Nuray EKŞİ, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda İdari Gözetim (Beta Yayınevi, 2014), 3; Merve AKBULUT, Türk Yabancılar Hukukunda İdari Gözetim (On İki Levha Yayıncılık, 2020), 11. Benzer yönde bkz. Işıl ÖZKAN, Göç - İltica ve Sığınma Hukuku (Seçkin Yayıncılık, 2022), 507; Merve İSPİRLİ ARMAĞAN, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi İçtihadı Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bakımından İdari Gözetim Tedbirlerinin Cezalandırıcı Yönü,” Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 42, S. 2 (2022): 916. “İdari gözetim” kavramının milletlerarası alandaki tanımları için ayrıca bkz. AKBULUT, İdari Gözetim, 7 vd.

⁶ RG, 17.03.2016, S. 29656. Bundan böyle “YUKK Yönetmelik” olarak anılacaktır.

ihlâl etmesi, sahte ya da asılsız belge kullanması, geçerli bir mazereti olmaksızın ülkeden çıkması için tanınan sürede çıkış yapmaması, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturması hâlinde valilik tarafından idarî gözetim kararı alınır. Hükümden anlaşılacağı üzere, kişi hakkında idarî gözetim⁷ kararı verilebilmesi için öncesinde sınır dışı etme kararı alınması gerekmektedir⁸. Ancak hakkında sınır dışı etme kararı alınan her yabancı hakkında idarî gözetim kararı alınmamaktır.

2. İdarî Gözetime Alternatif Yükümlülükler

İdarî gözetimin katı ve kısıtlayıcı yapısından nedeniyle kabul edilen alternatif yükümlülükler, göç yönetimi sürecinde yabancıların temel hak ve özgürlüklerini koruma amacı taşıyan ve bu sebeple fiziksel sınırlandırma içermeyen yöntemlerdir⁹. İdarî Gözetime Alternatif Yükümlülüklerle İlişkin Yönetmelik (İGAYY) m. 4/1-i hükmünde ise sınır dışı edilmesine karar verilen yabancı hakkında uygulanan ve idarî gözetim yerine özgürlüğünü kısıtlamayacak ya da daha az kısıtlayacak biçimde olan idarî yükümlülükler “idarî gözetime alternatif yükümlülük” olarak ifade edilmiştir. Bu düzenlemeden hareketle, söz konusu yükümlülükler, temel hak ve özgürlükler bakımından idarî gözetime kıyasla daha hafif bir müdahale türü olarak nitelendirilebilir¹⁰. Bu çerçevede; milletlerarası hukukta da genel kabul gören, seyahat belgelerine el koyulması koşulu, devletçe belirlenen açık, yarı açık

⁷ İdarî gözetim konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Aysel ÇELİKEL / Günseli (ÖZTEKİN) GELGEL, *Yabancılar Hukuku* (Beta Yayıncılık 2022), 135 vd.; Vahit DOĞAN, Alper Çağrı YILMAZ / Lale AYHAN İZMİRLİ, *Türk Yabancılar Hukuku* (Savaş Yayınevi, 2023), 123 vd.; ÖZKAN, *Göç - İltica ve Sığınma Hukuku*, 507; Hacı CAN / Ekin TUNA, *Yabancılar Hukuku Genel Kısım* (Adalet Yayınevi, 2022), 338 vd.; Nuray EKŞİ, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu* (Beta Yayınevi, 2018), 124 vd.; EKŞİ, *İdarî Gözetim*, 50 vd.; ASAR, *Yabancılar Hukuku*, 225 vd.; Döndü KUŞCU, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri* (On İki Levha Yayıncılık, 2017), 124 vd.

⁸ Sınır dışı etme hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL / (ÖZTEKİN) GELGEL, *Yabancılar Hukuku*, 124 vd.; DOĞAN, YILMAZ / AYHAN İZMİRLİ, *Türk Yabancılar Hukuku*, 114 vd.; CAN / TUNA, *Yabancılar Hukuku*, 314 vd.; EKŞİ, *Yabancılar Hukuku*, 113 vd.; ASAR, *Yabancılar Hukuku*, 195 vd.; KUŞCU, *Sınır Dışı Edilme*, 71 vd.

⁹ Erman EROĞLU / Ersin YILMAZ, “*İdarî Gözetim ve İdarî Gözetime Alternatif Yükümlülüklerin Hukuki Rejimi: Görev Sorunları ve Esasa İlişkin Yargısal Yaklaşımlar*,” *Uyuşmazlık Yargısı Dergisi*, S. 1 (2025): 8-9. Ayrıca bkz. Meltem İNELİ CİĞER, “*Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukukta İdarî Gözetime Alternatif Yükümlülükler*,” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* Prof. Dr. Cemal ŞANLI’ya Armağan 40, S. 2 (2020): 804.

¹⁰ İNELİ CİĞER, “*Alternatif Yükümlülükler*,” 804; İSPİRLİ ARMAĞAN, “*İdarî Gözetim Tedbirlerinin Cezalandırıcı Yönü*,” 920.

veya geri göndermenin gerçekleşeceği yerlerde kalma zorunluluğu, teminat gösterme, ikamete ilişkin sınırlamalar gibi hususlar idarî gözetime alternatif yükümlülükler olarak değerlendirilebilir¹¹.

İdarî gözetimin niteliği itibariyle yabancıların kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ağır müdahale eden bir idarî işlem olduğundan bahsetmiştik. Alternatif yükümlülükler ise insan haklarına daha saygılı, kişi özgürlüğü ve güvenliği ilkeleri ve bazı avantajları olması nedeniyle son yıllarda milletlerarası hukukta ve Türk hukukunda çok daha tartışılmaya ve uygulama başlamıştır. Alternatif yükümlülüklerin idarî gözetime karşı başlıca avantajları; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹² m. 5 ve Anayasa¹³ m. 19 ile güvence altına alınan kişi özgürlüğü hakkına getirilen kısıtlamayı minimum düzeyde tutması, yabancıların toplumsal hayata katılımına imkân sağlaması, devletlerin çocuklar, hamile kadınlar, engelliler vb. gibi hassas grupları koruma yükümlülüğüne uyması ve yabancıların geri gönderme merkezinde kalması sonucu fiziksel ve ruhsal sağlığının olumsuz etkilenmesini önlemesidir¹⁴.

Netice itibariyle, idarî gözetime alternatif yükümlülükler, idarî gözetimle ulaşılmak istenen amaçların, yabancıların kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını koruyan yöntemlerle sağlanmasıdır. Nitekim kişi özgürlüğünü ciddi biçimde kısıtlayan idarî gözetimin son çare olarak uygulanması insan haklarını esas alan kuralların da bir gereğidir¹⁵.

¹¹ EROĞLU / YILMAZ, “Alternatif Yükümlülüklerin Hukuki Rejimi,” 9; İNELİ CİĞER, “Alternatif Yükümlülükler,” 804.

¹² Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve Konseye üye devletlerin tamamının taraf olduğu Sözleşme, 04.11.1950 tarihinde imzaya açılmış ve 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye de Sözleşmeye taraf olup, Sözleşme 18.05.1954 tarihi itibariyle Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir. Bkz. RG, 19.03.1954, S. 8662. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/49-avrupa-insan-haklar-sozlesmesi/>, Erişim Tarihi: 10.01.2026.

¹³ RG, 20.10.1982, S. 17844.

¹⁴ Mülteci Hakları Merkezi (MHM), İdarî Gözetime Alternatifler El Kitabı (2021), III, <https://mhd.org.tr/yayinlar/idarî-gozetime-alternatifler-el-kitâbi/> Erişim Tarihi: 11.12.2025.

¹⁵ Meltem İNELİ CİĞER / Meltem HAMİT, “Dünden Bugüne Türk Hukukunda Göç Bağlamında İdarî Gözetime Alternatif Yükümlülükler,” in 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 10. Yılında Türkiye’de Uluslararası Koruma ve Göç, ed. Ayşe Dicle Ergin ve Yiğit Kader (On İki Levha Yayıncılık, 2024), 180.

B. İdarî Gözetime Alternatif Yükümlülüklerin Ortaya Çıkışı

1. Milletlerarası Hukukta

Milletlerarası hukukta, idarî gözetime alternatif yükümlülükleri düzenleyen bir sözleşme bulunmamaktadır¹⁶. Buna karşın, milletlerarası örgütlerin, devletlere, idarî gözetime alternatif yükümlülükleri tavsiye eden kararları bulunmaktadır. Nitekim Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulunun 2008 yılından itibaren bu yönde vermiş olduğu kararlar ve BM İnsan Hakları Komitesi ile BM Mülteciler Yüksek Komiserliği Yürütme Komitesinin (BMMYK) hazırladığı belgeleri bulunmaktadır¹⁷. Avrupa Komitesi Bakanlar Konseyi de 2003 tarihli bir tavsiye kararında¹⁸; Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi ise 2010 tarihli bir kararında¹⁹ idarî gözetim alternatiflerinin öncelikle incelenip değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁰.

2. Türk Hukukunda

Türk hukukunda, yabancıların sınır dışı işlemine tâbi tutulmadan önce idarî gözetim altına alınması YUKK'un önce uygulanmaktaydı. Nitekim YUKK öncesinde idarî gözetim uygulaması, 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanunun (YİSHK)²¹ m. 17 ve m. 23 hükümleri esas alınarak yerine getirilmekteydi. Haklarında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların, bu işlem sonuçlanana kadar mülteci

¹⁶ İNELİ CİĞER, "Alternatif Yükümlülükler," 804.

¹⁷ BM İnsan Hakları Komitesinin, Milletlerarası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin, kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin m. 9 hükmünün yorumunda, idarî gözetime alternatif yükümlülüklerle değinilmiştir. Bkz. United Nations Human Rights Committee, International Covenant on Civil and Political Rights, General comment No. 35 Article 9 (Liberty and security of person), CCPR/C/GC/35. BMMYK Yürütme Komitesinin "Executive Committee of the High Commissioner's Programme" programının sonuçlarına ilişkin 1998 tarihli belgesinde de yine mültecilerin korunması bağlamında bu tarz yükümlülüklerin mevcudiyeti vurgulanmış ve bu durumun temel insan haklarına uygun olmasına değinilmiştir. Bkz. A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions 7th edition, June 2014, Access to Asylum Procedures, No. 85 (XLIX) - 1998.

¹⁸ Bkz. Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation Rec (2003) 5 of the Committee of Ministers to member States on measures of detention of asylum seekers), (Adopted by the Committee of Ministers on 16 April 2003 at the 837th meeting of the Ministers' Deputies), <https://www.refworld.org/legal/resolution/coeministers/2003/en/97286>, Erişim Tarihi: 14.12.2025.

¹⁹ Bkz. Council of Europe, Parliamentary Assembly, Detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17813&lang=en>, Erişim Tarihi: 14.12.2025.

²⁰ İNELİ CİĞER, "Alternatif Yükümlülükler," 805.

²¹ RG, 24.07.1950, S. 7564.

misafirhanelerinde ya da polis ve jandarma karakollarında tutulmaktaydı²². YİSHK m. 17’ye göre siyasi sebeplerle Türkiye’ye sığınan yabancılar ancak İçişleri Bakanlığı’nın belirlediği yerlerde ikamet etme hakkına sahipti. Sınır dışı etme kararı verilen yabancılardan pasaport tedarik edilemeyenler ve başka sebeplerden Türkiye’yi terk edemeyen yabancılar da YİSHK m. 23’e göre İçişleri Bakanlığı’nın belirlediği yerlerde ikamet etmek zorundaydı. YİSHK hükümlerinde bu uygulamalar açıkça idarî gözetim olarak ifade edilmemekteydi²³. Dolayısıyla idarî gözetimin hukukî bir kavram olarak Türk hukukuna girmesi YUKK ile gerçekleşmiştir.

İdarî gözetime alternatif yükümlülükler YUKK’un orijinal hâlinde yer almamıştır. 2019 yılında yürürlüğe giren 7196 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla²⁴ idarî gözetime alternatif yükümlülükler YUKK’a girmiş ve böylelikle Türk hukukunda ilk kez pozitif olarak düzenlenmiştir²⁵.

II. TÜRK HUKUKUNDA İDARÎ GÖZETİME ALTERNATİF YÜKÜMLÜLÜKLER

Türk hukukunda idarî gözetim, sınır dışı edilme veya uluslararası koruma başvuru sürecinde yabancıların kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ağır bir müdahale teşkil eden idarî bir işlemdir. İdarî gözetimin amacı sınır dışı etme sürecinin veya uluslararası koruma başvuru sürecinin etkin ve hukuka uygun biçimde yürütülmesini güvence altına almaktır. Bu çerçevede idarî gözetim, hakkında sınır dışı etme kararı alınan veya uluslararası koruma başvurusu sahibi yabancıların kaçma ya da kaybolma riski taşımaları yahut kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı açısından tehdit oluşturmaları hâlinde başvurulmuş istisnâ bir tedbir niteliği taşımaktadır.

İdarî gözetime alternatif yükümlülüklerin düzenlenme amacı ise 7196 sayılı Kanunun Genel Gereğesinde²⁶ açıklanmıştır. Tüm düzensiz

²² EROĞLU / YILMAZ, “Alternatif Yükümlülüklerin Hukukî Rejimi,” 12.

²³ Döndü KUŞCU, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdarî Gözetim Altına Alınmaları,” Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 22, S. 37 (2017): 246; Güven YARAR / Emine Dilek KAPLAN, “İdarî Gözetim Kararları ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar,” Terazi Hukuk Dergisi, S. 232 (2025): 192.

²⁴ RG, 24.12.2019, S. 30988. Bundan böyle “7196 sayılı Kanun” olarak anılacaktır.

²⁵ Ayrıca bkz. İNELİ CİĞER / HAMİT, “Dünden Bugüne Türk Hukukunda Göç Bağlamında İdarî Gözetime Alternatif Yükümlülükler,” 176 vd.

²⁶ “Antalya Milletvekili Kemal Çelik ile 104 Milletvekilinin Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2368) ile

göçmenlerin geri gönderme merkezlerinde barındırılmasının kamu maliyesi üzerinde yük oluşturacağı ve bu yükü azaltmak ve yabancıları gönüllülük çerçevesinde geri dönüşe teşvik etmek amacıyla kabul edildiği idari gözetime alternatif yükümlülüklerin getirildiği ifade edilmiştir. 7196 sayılı Kanunun Madde Gerekçeleri kısmında²⁷ ise yabancıların idarî gözetim altına alınmasının hem yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin korunması hem idarenin iş ve işlemlerinin sağlıklı biçimde yürütülmesi bakımından verimli olmadığı bu sebeple idarî gözetime alternatif yükümlülüklerin getirildiği, ek olarak, idarî gözetimi sona eren düzensiz göçmenlerin ülke içerisindeki faaliyetlerinin takip edilebilmesi amacıyla söz konusu yabancılara da alternatif yükümlülükler getirilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Görüleceği üzere, 7196 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda YUKK’a dâhil edilen idarî gözetime alternatif yükümlülükler ile idareye, idarî gözetim kararı almak yerine söz konusu yükümlülüklerden birini tercih etme noktasında takdir hakkı tanınmıştır²⁸. 7196 sayılı Kanunla YUKK’a eklenen m. 57/A düzenlemesi ile YUKK m. 57/2’de sayılan ya da idarî gözetimi sonlandırılan yabancılara getirilecek alternatif yükümlülükler ise; belirli adreste ikamet etme, bildirimde bulunma, aile temelli geri dönüş, geri dönüş danışmanlığı, kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma, teminat ve elektronik izleme şeklinde düzenlenmiştir. Çalışmamızın bu kısmında bahsi geçen idari gözetime alternatif yükümlülüklerden bahsedilecektir.

A. İdarî Gözetime Alternatif Yükümlülük Türleri

1. Belirli Adreste İkamet Etme

İdarî gözetime alternatif yükümlülüklerden ilki, belirli adreste ikamet etme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğe ilişkin detaylı düzenlemeler İGAYY’da mevcuttur. “Belirli adreste ikamet etme” başlıklı İGAYY m. 8

Tekirdağ Milletvekili Mustafa Şentop’un Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2385) ve İçişleri Komisyonu Raporu” (2019) Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi C. 22, S. Sayısı 144, 8. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c022/tbmm27022022.pdf> Erişim Tarihi: 07.12.2025.

²⁷ “Antalya Milletvekili Kemal Çelik ile 104 Milletvekilinin Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2368) ile Tekirdağ Milletvekili Mustafa Şentop’un Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2385) ve İçişleri Komisyonu Raporu” (2019) Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi C. 22, S. Sayısı 144, 17. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c022/tbmm27022022.pdf> Erişim Tarihi: 07.12.2025.

²⁸ AKBULUT, İdarî Gözetim, 139.

uyarınca, bu yükümlülüğe tâbi tutulacak yabancı, sınır dışı etme işlemi tamamlanıncaya kadar ikamet edeceği adresi İl Göç İdaresi Müdürlüğüne bildirmek zorundadır. Bu adresin doğruluğu ise söz konusu yetkili makam tarafından teyit edilir. Eğer teyit edilemezse bu durumda yabancının kendi imzasının bulunduğu kira sözleşmesi, bulunmuyor ise yanında kalacağı kişilerin yazılı muvafakatı gerekmektedir. Belirli adreste ikamet etme yükümlülüğüne tâbi tutulan yabancının adres bilgileri kolluk birimleriyle de paylaşılmaktadır. Kolluk birimleri, İl Göç İdaresi Müdürlüğü'nün talebi hâlinde, yabancının belirttiği adreste ikamet edip etmediğini mahallî tahkikatla tespit edebilir. Tahkikat esnasında söz konusu yükümlülüğü yabancının haklı bir sebep olmadan ihlal ettiği tespit edilirse yabancı hakkında idarî gözetime alternatif yükümlülükler sona erdirilir ve yabancı idarî gözetim altına alınır²⁹.

Belirli adreste ikamet etme yükümlülüğünde esas olan, yabancının, hakkında işlem yapılan şehirde bu yükümlülüğe tâbi tutulmasıdır. Yabancı, yazılı talepte bulunmak kaydıyla, istisnâ olarak başka bir şehirde de ikamet edebilir³⁰. YUKK m. 54'te belirtilen bazı kişi grupları (terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar, kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar ve/ veya uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler) hakkında yalnızca belirli adreste ikamet etme yükümlülüğünün öngörülemeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu kişi gruplarının kaybolmalarını engelleme amacıyla ilave alternatif yükümlülüğe veya yükümlülüklerle de tâbi tutulacağı İGAYY m.8/8'de düzenlenmiştir.

²⁹ Meltem İNELİ CİĞER, Göç Bağlamında İdarî Gözetim Alternatifleri (Yetkin Yayıncılık, 2024), 94.

³⁰ Bu noktada İGAYY m. 8/7 uyarınca, “Yabancı, başka bir ilde ikamet etmek için yazılı talepte bulunduysa;

a) Talebe ilişkin değerlendirme, yabancıyı yükümlülüğe tâbi tutan İl Müdürlüğü tarafından yapılır.

b) Yapılacak değerlendirmede, yabancının sağlık durumu, güvenlik riski, eğitim durumu ve aile bağları gibi özel durumları göz önünde bulundurulur. Yabancı, talebine dayanak teşkil edebilecek belgeleri İl Müdürlüğüne sunar. Söz konusu gerekçelerden herhangi birinin bulunmadığı durumlarda Başkanlığın yazılı görüşü alınır. Ayrıca, her hâlükârda hakkında Kanunun 54 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) ve/veya (k) bendinden işlem yapılan yabancılar için Başkanlığın uygun görüşünün alınması zorunludur.

c) Yabancının talebinin uygun görülmesi hâlinde, yükümlülüğünü yerine getireceği ildeki İl Müdürlüğüne yabancının il değişikliğinin gerekçesini de içerecek şekilde bilgi verilir.

ç) Yabancının takibini, yükümlülüğünü yerine getireceği ildeki İl Müdürlüğü yapar.”

2. Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü

İdarî gözetime alternatif yükümlülüklerden bir diğeri, İGAYY m. 9'da düzenlenen, bildirimde bulunma yükümlülüğüdür. Anılan düzenlemeye göre, yabancı, tâbi tutulduğu bu yükümlülüğü bir ya da birkaç yolla yerine getirebilir. Bunlar ise; parmak izi verilerinin doğrulanması, ses tanıma uygulaması³¹ ve İl Göç İdaresi Müdürlüğünde ıslak imza atma gibi yollarla yerine getirilebilir. Bildirimde bulunma yükümlülüğüne tâbi tutulan yabancının, hangi aralıklarda ve hangi şekilde bildirimde bulunacağına İl Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından karar verilir. Söz konusu bildirim aralıkları bir aydan fazla olamaz. Bu yükümlülükte de esas olan, yabancının, hakkında işlem yapılan şehirde bildirimde bulunma yükümlülüğüne tâbi tutulmasıdır³². Tıpkı belirli adreste ikamet etme yükümlülüğünde olduğu gibi, YUKK m. 54/1'in (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında kalanların yalnızca bildirimde bulunma yükümlülüğüne tâbi tutulamayacağı, söz konusu kişi gruplarının kaybolmalarını engelleme amacıyla ilave alternatif yükümlülüğe veya yükümlülüklerle de tâbi tutulacağı düzenlenmiştir.

3. Aile Temelli Geri Dönüş

Aile temelli geri dönüş, yabancının aile ve özel hayatına saygı hakkının korunmasını ve aile birliği ilkesini gözetten bir alternatif yükümlülüktür. İGAYY m. 11 gereğince sınır dışı etme yaptırımına tâbi tutulacak yabancıya, talebi doğrultusunda, bu yaptırım uygulanıncaya kadar ülkede yasal olarak bulunan birinci ve ikinci derece akrabalarının yanında kalabilme imkânı sağlanmaktadır. Yabancının bu yöndeki talebi yazılı olmalıdır. Söz konusu

³¹ Ses tanıma uygulaması İGAYY m. 10'da düzenlenmiştir. Yabancının ses tanıma uygulaması yoluyla takibinin yapılmasını sağlayacak yazılım ve donanım Göç İdaresi Başkanlığı (GİB) veya GİB'in yetkilendirileceği kurumlar tarafından geliştirilir. Bu yükümlülüğün süresini İl Göç İdaresi Müdürlüğü belirleyecektir.

³² Bu durumun istisnası da mümkündür. Nitekim İGAYY m. 9/5 uyarınca, “*Yabancı, başka bir ilde bildirimde bulunmak için yazılı talepte bulunduysa;*

a) Talebe ilişkin değerlendirme, yabancıyı yükümlülüğe tâbi tutan İl Müdürlüğü tarafından yapılır.

b) Yapılacak değerlendirmede, yabancının sağlık durumu, güvenlik riski, eğitim durumu ve aile bağları gibi özel durumları göz önünde bulundurulur. Yabancı, talebine dayanak teşkil edebilecek belgeleri İl Müdürlüğüne sunar. Söz konusu gerekçelerden herhangi birinin bulunmadığı durumlarda Başkanlığın yazılı görüşü alınır. Ayrıca, her hâlükârda hakkında Kanunun 54 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) ve/veya (k) bendinden işlem yapılan yabancılar için Başkanlığın uygun görüşünün alınması zorunludur.

c) Yabancı talebinin uygun görülmesi hâlinde, yükümlülüğünü yerine getireceği ildeki İl Müdürlüğüne yabancının il değişikliğinin gerekçesini de içerecek şekilde bilgi verilir.

ç) Yabancının takibini, yükümlülüğünü yerine getireceği ildeki İl Müdürlüğü yapar.”

yabancınnın aile bağlarının belirlenmesine dair bilgi ve belgeler -kimlik kartı, pasaport, sürücü belgesi, GİB veya valilik tarafından düzenlenen belgeler gibi- kendisi, yasal temsilcisi veya yanlarında kalacağı akrabaları tarafından İl Göç İdaresi Müdürlüğüne sunulmalıdır (İGAYY m. 11/2).

Aile temelli geri dönüş yükümlülüğüne tâbi tutulacak kişinin, yanında kalacağı akrabalarından yazılı muvafakat alınması gerektiği düzenlenmiştir. Yabancınnın akrabaları tarafından verilecek bu muvafakatta, sınır dışı etme prosedüründe İl Göç İdaresi Müdürlüğü ile iş birliği yapılacağı ve yabancınnın seyahat masraflarının karşılanacağı taahhüt edilmektedir. Söz konusu muvafakatin alınamaması hâlinde ise aile temelli geri dönüş yükümlülüğü uygulanamaz (İGAYY m. 11).

7196 sayılı Kanunda aile temelli geri dönüş yükümlülüğü hakkında bir muhalefet şerhi yer almaktadır. İlgili muhalefet şerhine göre söz konusu düzenleme, Anayasa m. 38 çerçevesinde “ceza sorumluluğunun şahsiliği” prensibine aykırı şekilde, kişi hakkında alınan sınır dışı etme kararının yalnızca kendisini bağlayıcı bir sonuç doğurması gerekirken, kişinin aile üyelerine de yükümlülük getirdiğinden bahisle, haklı olarak, eleştirilmiştir³³.

4. Geri Dönüş Danışmanlığı

İdarî gözetime alternatif olarak düzenlenen bir diğer yükümlülük geri dönüş danışmanlığıdır. İGAYY m. 12 kapsamında; hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların menşe ülkesiyle ilgili doğru bilgi ve belgelerin tespiti, ülkesine veya üçüncü bir ülkeye gönderilmesi sürecinde hak ve yükümlülüklerine ilişkin bilgilendirme ve gönüllü olarak ülkesine veya üçüncü bir ülkeye dönmesi konusunda teşvik etmek amacıyla geri dönüş danışmanlığı düzenlenmiştir. Geri dönüş danışmanlığı sürecinde yabancıya hak ve yükümlülüklerine dair yazılı bilgilendirme tebliğ edilir. Bu hüküm uygulanırken YUKK m. 4 uyarınca geri gönderme yasağının öncelikle

³³ Muhalefet Şerhinde söz konusu eleştiri şu şekilde yer almaktadır: “*Aile temelli geri dönüşün koşulları ve bunun uluslararası sözleşme esaslarına göre nasıl uygulanacağı konusunda da açıklık bulunmamaktadır. Anayasanın 38. maddesinde “ceza sorumluluğun şahsiliği” vurgulanmaktadır. Şahsın hakkında verilen sınır dışı etme kararı kendisini bağlayıcı sonuç doğurması gerekirken, bu düzenleme de aile bireylerine de yükümlülük getirilmektedir*”. bkz. “Muhalefet Şerhi, “Antalya Milletvekili Kemal Çelik ile 104 Milletvekilinin Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2368) ile Tekirdağ Milletvekili Mustafa Şentop’un Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2385) ve İçişleri Komisyonu Raporu” (2019) Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi C. 22, S. Sayısı 144, 41-42. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c022/tbmm27022022.pdf> Erişim Tarihi: 10.12.2025.

gözetilmesi gerekmektedir. Yabancıнын ülkesine veya üçüncü bir ülkeye dönüşü gönüllü, güvenli ve onurlu bir şekilde olmalıdır³⁴.

Sınır dışı edilecek yabancıların, gönüllü geri dönüş yapma ihtimalinin olduğu ülkede, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamelelere uğrama ihtimali veya ırkı, dini, tâbiyeti, belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti, siyasî fikirleri dolayısıyla yaşama hakkı ve kişi hürriyeti hakkının ihlal edilme olasılığı varsa bu yükümlülük uygulanmaz. Dolayısıyla geri dönüş, zorunlu tutulabilecek bir alternatif yükümlülük değildir³⁵. Geri dönüşün insan haklarına uygun şekilde gerçekleşebilmesi için bu kararın yabancıнын açık rızasıyla bilinçli bir şekilde gerçekleşmesi, yabancıya menşe ülkenin durumu ve menşe ülkedeki tehlikeler hakkında kapsamlı bilgilendirme yapılması gerekmektedir³⁶.

5. Kamu Yararına Hizmetlerde Gönüllülük Esasıyla Görev Alma

Hakkında sınır dışı etme kararı alınan kişi hakkında, İGAYY m. 13 uyarınca kamu hizmetlerinde gönüllü olarak görev alma alternatif yükümlülüğü uygulanabilir. Söz konusu yükümlülüğe ilişkin usul ve esasların İçişleri Bakanlığınca düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Ancak hâlihazırda bu yükümlülük için İçişleri Bakanlığı tarafından herhangi bir düzenleme yapılmamış olup, uygulamada hiç karşılaşılmayan bir alternatif yükümlülüktür³⁷. İGAYY’nın 2022’de yürürlüğe girmesinin üzerinden üç yıl geçmiş olmasına rağmen İçişleri Bakanlığı tarafından bu konuda henüz bir düzenleme yapılmamıştır. Sonuç olarak, kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma, yabancıнын bulunduğu ülke ve topluma uyum

³⁴ Türkiye’de geçici koruma altındaki Suriyeliler için “Gönüllü, Güvenli, Onurlu ve Düzenli Geri Dönüş Programı” uygulanmaktadır. GİB resmî sitesinde, geri dönüşlerin uluslararası hukuka uygun biçimde gönüllülük esasına dayandığı, hiçbir yabancıнын başka bir ülkeye zorla gönderilmediği ve geri dönenlerin insan onuruna yaraşır yaşam koşullarına sahip olmalarının amaçlandığı belirtilmektedir. Ayrıca geri dönüşlerin sürdürülebilirliği bakımından yeniden entegrasyonun önemine vurgu yapılmaktadır. bkz. Göç İdaresi Başkanlığı, Gönüllü Geri Dönüş, <https://www.goc.gov.tr/gonullu-geri-donus>. Erişim Tarihi: 11.01.2026.

³⁵ Meltem İNELİ CİĞER, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda Aralık 2019’da Yapılan Bazı Değişikliklerin Değerlendirilmesi,” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 26, S. 2 (2020): 706; Zeynep Derya TARMAN, “Gönüllü Geri Dönüş,” Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 13, S. 1 (2023): 30.

³⁶ İNELİ CİĞER, “Göç Bağlamında,” 95.

³⁷ Asylum Information Database (AIDA), Türkiye 2024 Country Report, 133. <https://asylumineurope.org/reports/country/turkiye/> Erişim Tarihi: 12.12.2025.

sağlamasına ve faydalı olmasına katkı sağlayacak bir yükümlülük iken uygulamada hiç yer almaması önemli bir eksikliktir.

6. Teminat

İdarî gözetime alternatif yükümlülüklerden bir başkası teminat yükümlülüğüdür. Söz konusu yükümlülük İGAYY m. 14'te düzenlenmiştir. Buna göre, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya bu hususta yetkilendirdiği kişinin, ilgili muhasebe birimine gerekli teminat bedelini yatırması gerekmektedir. Söz konusu bedel, her yıl yeniden değerlendirilerek GİB tarafından İl Göç İdaresi Müdürlüklerine bildirilir. Belirlenen bedelinin yatırılmasının ardından bu işleme ait dekontun İl Göç İdaresi Müdürlüğüne teslim edilmesi gerekmektedir. Dekontun teslim edilmesiyle yabancıya idarî gözetimi sona erdirilir. Yabancıya teminat yükümlülüğüne tâbi tutulması, bildirimde bulunma yükümlülüğüne tâbi tutulmasını da beraberinde getirmektedir. Bu noktada bildirim yükümlülüğü, İl Göç İdaresi Müdürlüğü'nün belirleyeceği aralıklarla uygulanacaktır.

Yabancı hakkında alınan sınır dışı etme kararı yerine getirilirse veya yabancı ülkeden çıkış yaparsa³⁸ ya da sınır dışı etme kararı mahkemece iptal edilirse yatırılan teminat kişiye iade edilir. Söz konusu teminat bedeline ilişkin herhangi bir faiz ödemesi yapılmaz. Teminat bedelinin iadesi noktasında İl Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından, teminatın iadesine ilişkin talep ve hesap numarası bilgileri, yabancıya kendisinden veya yasal temsilcisinden yazılı olarak alınır. Yabancıya teminat yükümlülüğüne tâbi tutulabilmesi için insan ticareti mağduru olup olmadığının tespit edilmesi ve teminat bedelinin tacirleri tarafından yatırılmasının önlenmesi amacıyla mülakat yapılması mecburidir. Yabancıya insan ticareti mağduru olduğu hususunda kuvvetli şüphe bulunursa İnsan Ticaretiyle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik³⁹ kapsamında işlem yürütülür. Son olarak, YUKK m. 54/1'in b, ç ve/ veya k bentleri kapsamındaki yabancıların⁴⁰ teminat yükümlülüğüne tâbi tutulmayacağı düzenlenmiştir.

³⁸ İGAYY m. 14/8 uyarınca, “*Teminat yatıran yabancıya Ülkemizden çıkış yapması için tanınan süre, bir aydan az ve altı aydan fazla olamaz. Şahsın kendisine tanınan bu süre içinde ülkeden çıkış yapmaması ya da yükümlülüklerine uymaması durumunda, teminat meblağı Hazineye gelir olarak kaydedilir*”. Bununla birlikte, İGAYY m. 14/10'a göre, mücbir sebeplerin mevcut olması durumunda bu süre işlemez.

³⁹ RG, 17.03.2016, S. 29656.

⁴⁰ “*Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar, Türkiye’de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar, Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler*”.

7. Elektronik İzleme

Hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların sınır dışı etme süreci tamamlanana kadar elektronik izleme yükümlülüğüne tâbi tutulmasına karar verilebilir. İGAYY m. 15, elektronik izlemenin farklı şekillerde uygulanabileceğini düzenlemiştir. Buna göre, elektronik izleme yükümlülüğü; yabancıların iletişim cihazlarına mobil uygulama yüklenip sonrasında bildirimde bulunmaları, konumlarının belirlenmesi ve elektronik kelepçeyle izleme şeklinde uygulanabilir. Ancak burada, elektronik izleme yükümlülüğüne tâbi tutulacak kişinin öncelikle özel ihtiyaç sahibi ya da hassas durumda olan kişi kategorisine girip girmediği ve kamu düzeni ve güvenliğine tehdit oluşturup oluşturmadığı değerlendirilecektir. Yabancı, özel ihtiyaç sahibi veya hassas durumda ise hakkında elektronik kelepçe yükümlülüğü uygulanamaz. Söz konusu kişilere sadece iletişim cihazlarına yüklenecek mobil uygulama aracılığıyla bildirimde bulunma ve konum tespiti yükümlülüğü getirilebilir. Bahsi geçen yabancılara, bu yükümlülüğe ek olarak, bildirimde bulunma yükümlülüğü uygulanamaz.

Elektronik izlemenin bir türü olan elektronik kelepçe uygulanması yükümlülüğü, hakkında sınır dışı etme kararı alınan her yabancı için uygulanmaz. Elektronik kelepçe, sınır dışı etme nedeni; terör örgütü yönetici, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar; kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı açısından tehdit oluşturan; uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendiren yabancılar için uygulanır. Söz konusu yabancılar için ancak belli sebeplerin varlığı hâlinde elektronik kelepçe yoluyla elektronik izleme yükümlülüğü uygulanabilir. Bu sebepler ise; yabancıların idarî gözetim süresinin dolması, sulh ceza hâkimliği kararıyla idarî gözetim süresinin dolması, güvenlik ve istihbarat birimleri tarafından yabancıya elektronik kelepçe uygulamasının zorunlu görülmesi, GİB tarafından elektronik kelepçe ile takip edilmesine karar verilmesidir.

Elektronik kelepçe, idarî gözetime alternatif yükümlülükler arasında en ağır ve zorlayıcı yükümlülük olarak nitelendirilebilir⁴¹. Nitekim bu yükümlülük, esas itibarıyla ceza hukukuna özgü bir yükümlülük olarak değerlendirildiğinden göç bağlamında uygulanması sığınmacıların suçlu olarak etiketlenmesi riskini beraberinde getirdiği gerekçesiyle

⁴¹ Avrupa Konseyi, Göç Bağlamında Etkin İdarî Gözetim Alternatiflerinin Hukuki ve Uygulama Boyutu (2017), 112, <https://rm.coe.int/goc-baglam-nda-etkin-idari-gozetim-alternatiflerinin-hukuki-ve-uygulam/1680a1d0f3>, Erişim Tarihi: 11.12.2025.

eleştirilmektedir⁴². Ek olarak, bazı uygulama örneklerinde de elektronik izleme, fiili bir idarî gözetim biçimi olarak kabul edilmekte ve bu nedenle gerçek anlamda bir alternatif yükümlülük olarak değerlendirilmemektedir⁴³.

Elektronik izleme yükümlülüğü kararına karşı yabancı, yasal temsilcisi veya avukatı aracılığıyla sulh ceza hâkimliğine başvurabilir. Başvurunun yapılmış olması elektronik izleme yükümlülüğünü kaldırmaz. Sulh ceza hâkimi başvuruyu beş gün içinde sonuçlandırır ve bu karar kesindir. Ancak yabancı, yasal temsilcisi veya avukatı elektronik izleme yükümlülüğüne ilişkin şartların değiştiği veya ortadan kalktığı iddiasıyla tekrar sulh ceza hâkimliğine başvurma hakkına sahiptir. Elektronik izleme yükümlülüğünün sonlandırılması kararı verildiğinde, alternatif yükümlülük hemen sonlandırılır. Ancak yabancı hakkında gerekli görülmesi hâlinde başka alternatif yükümlülükler karar verilmesi mümkündür (İGAYY m. 18 ve YUKK m. 57/A/5).

B. İdarî Gözetime Alternatif Yükümlülükler Tâbi Tutulabilecek Kişi Grupları

1. Hakkında Sınır Dışı Etme Kararı Alınan Kişiler

Hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancılardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye usulüne uygun giriş - çıkış yapmayan, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir gerekçesi olmadan Türkiye'den ayrılmaları için tanınan sürede ayrılmayan, kamu düzeni ve kamu sağlığı açısından tehdit oluşturan kişiler, YUKK m. 57/2 gereğince, idarî gözetime ya da idarî gözetime alternatif yükümlülükler tâbi tutulur. Eğer bu kişiler hakkında idarî gözetim kararı alınamıyorsa idarî gözetime alternatif yükümlülüklerden birinin ya da birkaçının getirilmesi zorunludur. Ayrıca söz konusu kişilerden idarî gözetim süresi dolanlar ve idarî gözetim kararı

⁴² Mültecilerle Dayanışma Derneği (Mülteci-Der), Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında İdarî Gözetime Alternatif Yöntemlerin Değerlendirilmesi (2020), 20, <https://multeci.org.tr/wpcontent/uploads/2021/07/YABANCILAR-VE-ULUSLARARASI-KORUMA-KANUNU-KAPSAMINDA-IDARİ-GOZETIME-ALTERNATIF-YONTEMLERIN-DEGERLENDIRILMESI.pdf>, Erişim Tarihi: 12.12.2025; Barış TEKSOY, “İdarî Gözetim Altına Alınan Yabancıların Elektronik ve İletişim Cihazlarının İncelenmesine İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi,” Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 75, S. 2 (2020): 551.

⁴³ European Agency For Asylum (EUAA), Guidelines on Alternatives to Detention (2024), 18 https://www.euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/2025-01/2024_Guidelines_on_Alternatives_to_Detention_EN.pdf Erişim Tarihi: 11.12.2025; Alice BLOOMFIELD, “Alternatives to Detention at a Crossroads: Humanisation or Criminalisation?,” Refugee Survey Quarterly (2016): 1-18.

alınmadan önce idarî gözetime alternatif yükümlülüklerle tâbi tutulmasına karar verilen kişilere idarî gözetime alternatif yükümlülükler uygulanır (İGAYY m. 6).

2. Kırılğan Gruplar

Kırılğan grupta yer alan kişiler; fiziksel, zihinsel veya sosyal bakımdan dezavantajlı, temel ihtiyaçlarını karşılayamayacak durumda olan ve bu nedenle özel nitelikli yardım ve desteğe ihtiyaç duyan kişiler şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁴. Uluslararası Göç Sözlüğünde ise hassas grup olarak adlandırılan ancak Türkçe’de kırılğan grup kavramına karşılık gelen kişiler; *“diğer gruplara kıyasla, çatışma ve kriz zamanlarında ayrımcı uygulamalar, şiddet, doğal ve çevresel felaketler veya ekonomik zorluklarla karşılaşma riski daha yüksek olan herhangi bir grup veya toplumdaki kesimler; çatışma ve kriz dönemlerinde daha fazla risk altında olan (kadınlar, çocuklar veya yaşlılar gibi) toplumsal gruplar ya da kesimler”* şeklinde ifade edilmektedir⁴⁵. Kırılğan gruplar İGAYY’da açıkça tanımlanmasa da kırılğan grupları kapsayan; özel ihtiyaç sahipleri, hassas durumda olan kişiler ve refakatsiz çocuklarla ilgili düzenleme mevcuttur. “Kırılğan grup” ifadesi, İGAYY’ın hassas durumda olan kişiler tanımlamasında *“Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından kırılğan grup olarak tanımlanan kişiler”* şeklinde ifade edilmektedir (İGAYY m. 4/1-n).

Kırılğan gruplar hakkında kural olarak sınır dışı etme ve idarî gözetim kararı alınabilmektedir. Ancak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı üzerindeki etkileri nedeniyle, kırılğan gruplar bakımından idarî gözetim istisnâ bir tedbir niteliği taşımaktadır. Bu kişiler psikolojik, fiziksel veya sosyal bakımdan daha hassas bir konumda bulunduğundan, idarî gözetimin doğuracağı olumsuz sonuçlar çok daha ağır olabilmektedir. İdarî gözetim ile ulaşılmak istenen menfaatin idarî gözetime alternatif yükümlülüklerle sağlanmasının mümkün olduğu hâllerde, kırılğan grupların idarî gözetim altına alınması kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlaline yol açacaktır. Bu nedenle kırılğan gruplar için idarî gözetime alternatif yükümlülüklerin öncelikle değerlendirilmesi ve uygulanması gerekmektedir.

⁴⁴ UNHCR, Master Glossary Of Terms Rev. 1 (2006), 23. <https://www.refworld.org/sites/default/files/attachments/5d82b8fa4.pdf>, Erişim Tarihi: 09.12.2025.

⁴⁵ Uluslararası Göç Örgütü, Göç Terimleri Sözlüğü, 40. https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml31_turkish_2ndedition.pdf, Erişim Tarihi: 09.12.2025.

a) Refakatsiz Çocuklar

Refakatsiz çocuk, İGAYY m. 4/1-p uyarınca, kanunen ya da örf ve âdet gereği, kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati olmaksızın Türkiye'ye gelen veya Türkiye'ye giriş yaptıktan sonra refakatsiz kalan on sekiz yaşın altındaki yabancıyı ifade etmektedir.

Refakatsiz çocuklarla ilgili tüm işlemlerde öncelikle çocuğun yüksek yararının gözetilmesi esastır⁴⁶. Refakatsiz çocukların idarî gözetim altına alınmasının son çare olması gerektiği hatta refakatsiz çocukların idarî gözetim altına almasının tamamen yasaklanması uluslararası hukuk literatüründe de sıklıkla ifade edilmektedir⁴⁷. Nitekim BM Çocuk Hakları Sözleşmesi⁴⁸ m. 37 uyarınca hiçbir çocuk yasadışı ya da keyfî biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Bir çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakılması her zaman en son çare olarak başvurulacak bir tedbir olup en kısa süre ile sınırlı olmalıdır. Bu sebeplerle, refakatsiz çocuklar için idarî gözetime alternatif yükümlülüklerin öncelikli olarak değerlendirilmesi ve uygulanması kritik bir öneme sahiptir.

b) Özel İhtiyaç Sahibi Kişiler

Refakatsiz çocuklar, engelliler, yaşlılar, hamileler, ciddi sağlık sorunları bulunan bireyler, yanında çocuğu bulunan yalnız ebeveynler ve şiddet mağdurları, İGAYY m. 7/1'de özel ihtiyaç sahibi kişiler olarak tanımlanmaktadır. Prensip olarak, özel ihtiyaç sahibi kişiler idarî gözetim altına alınmamalı ve bu kişiler için alternatif yükümlülüklerle başvurulması esastır.

Özel ihtiyaç sahibi kişilerin tespiti, devletin temel sorumlulukları arasında yer almakta olup, bu tespit süreci sistematik ve bireyselleştirilmiş bir

⁴⁶ Çocuğun üstün yararının öncelikli olarak gözetilmesi, Türkiye, BM Çocuk Hakları Sözleşmesine taraf olduğu ve Sözleşme m. 3'te çocuğun üstün yararı ilkesi düzenlendiği için zorunludur. YUKK m. 66'da da bu husus ayrıca düzenlenmiştir.

⁴⁷ UNICEF Working Paper, Alternatives to Immigration Detention of Children (2019), 1. [https://www.unicef.org/media/58351/file/Alternatives%20to%20Immigration%20Detention%20of%20Children%20\(ENG\).pdf](https://www.unicef.org/media/58351/file/Alternatives%20to%20Immigration%20Detention%20of%20Children%20(ENG).pdf) Erişim Tarihi: 12.12.2025; Göçmenlik Prosedürleri Nedeniyle Çocukların Özgürlüklerinden Yoksun Bırakıldığı Yerlere Yapılacak Ziyaretler-Parlamente İçin Kılavuz, 13 <https://rm.coe.int/gocmenlik-prosedurleri-nedeniyle-cocuklarin-ozgurluklerinden-yoksun-bi/1680a1d0a7> -Erişim Tarihi: 12.12.2025.

⁴⁸ Sözleşmenin Türkçe hâli için bkz. https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uamevzuat/birlesmismilletler.pdf. BM Genel Kurulu tarafından 20.11.1989 tarihinde imzaya açılan ve 02.09.1990 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşmeye Türkiye de taraftır. Sözleşme, 04.05.1995 tarihi itibarıyla Türkiye bakımından yürürlüktedir. Bkz. RG, 27.01.1995, S. 22184. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/124-cocuk-haklarna-dair-sozlesme/>, Erişim Tarihi: 11.01.2026.

değerlendirmeye dayanmalıdır⁴⁹. Bu kapsamda, yabancıların yetkililerle ilk teması anında standart bir tarama yapılmalı; bireyin yaşı, sağlık durumu, aile yapısı, geçmişte maruz kaldığı şiddet veya travma deneyimleri ile kırılganlık durumları bu tarama sırasında dikkate alınmalıdır. Tespit süreci çok disiplinli bir yaklaşımla yürütülmelidir. Yabancıнын özel ihtiyaç sahibi olup olmadığına dair yapılan değerlendirme gizli ve güvenli bir ortamda, kişinin kendisini serbestçe ifade edebileceği koşullarda gerçekleştirilmelidir. Yabancıya yeterli tercüman desteği sağlanmalı ve ihtiyaç duyulması hâlinde aynı cinsiyetten görüşmeci veya tercüman görevlendirilmelidir⁵⁰. Bireyin koşullarındaki veya kırılganlık durumundaki herhangi bir değişiklik ihtimaline karşı alternatif yükümlülükler gereklilik ve orantılılık açısından düzenli olarak gözden geçirilmelidir⁵¹.

c) Hassas Durumda Olan Kişiler

Özel ihtiyaç sahipleri, alkol ve madde bağımlısı kişiler, fiziksel veya psikolojik rahatsızlığı bulunanlar, kendisine veya başkasına zarar verme eğilimi olan kişiler, bulaşıcı hastalığa sahip kişiler, insan ticareti mağdurları veya mağduru olduğu yönünde kuvvetli şüphe bulunan kişiler, risk altındaki çocuklar ve BMMYK'nın kırılgan grup olarak tanımladığı kişiler, İGAYY m. 4/1-ö uyarınca, hassas durumda olan kişiler olarak kabul edilmektedir.

BMMYK tarafından kırılgan gruplar kapsamında değerlendirilen bireyler, bulundukları bağlama göre farklılık gösterebilecek şekilde, ilerleyen kısımlarda belirtilen kategorilere giren ve kayıt aşamasında önceliklendirilmesi gereken yüksek risk grubundaki kişilerdir. Bahse konu kişiler ise; refakatsiz veya ailesinden ayrı düşmüş çocuklar, ciddi sağlık sorunları bulunan kişiler, özel hukukî veya fiziksel koruma ihtiyacı olan bireyler, bekar kadınlar, kadınların reisi olduğu hane üyeleri, yaşlılar, engelli bireyler ile farklı cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, cinsiyet ifadesi ve/veya cinsiyet özelliklerine sahip olan bireylerdir (LGBTIQ+). İGAYY'nın hassas durumda olan kişiler tanımı, kadınların reisi olduğu haneye mensup ve LGBTIQ+ bireyler hariç, BMMYK'nın değerlendirmesiyle paraleldir. Ancak hassas durumda olan kişilere BMMYK'nın kırılgan grup olarak tanımladığı

⁴⁹ Esra YILMAZ EREN, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bağlamında Hassas Durumdaki Yabancıların İdarî Gözetimi,” *Adalet Dergisi* 73, S. 2 (2024): 430.

⁵⁰ UNHCR-IDC, “Vulnerability Screening Tool - Identifying And Addressing Vulnerability: A Tool For Asylum And Migration Systems (2016),” <https://www.unhcr.org/media/unhcr-idc-vulnerability-screening-tool-identifying-and-addressing-vulnerability-tool-asylum>, Erişim Tarihi: 12.12.2025.

⁵¹ EUAA, “Guidelines on Alternatives to Detention,” 63.

kişiler de dâhil edildiği için kadınların reisi olduğu haneye mensup ve LGBTIQ+ bireylerin de mevzuat kapsamına girdiği söylenebilir⁵².

C. Bireysel Değerlendirme ve Karar Süreci

1. Yetkili Makam ve Süre

Sınır dışı etme kararı alınan kişi hakkında idarî gözetime alternatif yükümlülüklerin uygulanmasına GİB veya re'sen valilikler tarafından karar verilebilmektedir. Yabancınnın idarî gözetime alternatif yükümlülükler tâbi olup olmayacağı ve hakkında hangi yükümlülük veya yükümlülükler uygulanacağı değerlendirmesini valilikler yapacaktır (İGAYY m. 5). Yetkili makam, idarî gözetime alternatif yükümlülüğün süresini en fazla yirmi dört ay olarak belirleyebilir⁵³ (İGAYY m. 20). İdarî gözetime alternatif yükümlülüklerin devamında zaruret olup olmadığının idare tarafından düzenli olarak incelenmesi YUKK'ta ve İGAYY'da düzenlenmemiş olup, bu hususta bir belirsizlik söz konusudur⁵⁴.

Alternatif yükümlülüğün süresinin dolmasıyla söz konusu yükümlülük sonlandırılır. İdarî gözetime alternatif yükümlülükleri sonlandırmaya ise valiliklerin yanında GİB, sulh ceza hâkimlikleri ve idare mahkemeleri de yetkilidir. İdarî gözetime alternatif yükümlülükler, sulh ceza hâkimi kararıyla, yabancınnın sınır dışı edilmesi, gönüllü geri dönüş yapması veya kendiliğinden ülkeden çıkış yapmasıyla, GİB'in talimatıyla, yabancınnın yükümlülüğü ihlal etmesi hâlinde, İl Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından alternatif yükümlülüklerin devamına gerek görülmemesi hâllerinde, yabancınnın idarî gözetim altına alınması hâlinde, yabancı hakkında alınan sınır dışı etme kararının iptal edilmesi, kaldırılması veya geri alınması durumlarında ve yabancınnın ölmesi hâlinde sonlandırılır (İGAYY m. 20).

İdarî gözetime alternatif yükümlülükler karşı başvurulabilecek yargı yolu, İGAYY m. 18'de yalnızca elektronik izleme yükümlülüğü bakımından açıkça düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca, elektronik izleme yükümlülüğüne karşı sulh ceza hâkimliğine itiraz edilebilir. Buna karşılık, diğer idarî gözetime alternatif yükümlülükler açısından başvurulacak yargı yoluna ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Bu durumda, söz konusu yükümlülükler ilişkin kararların idarî işlem niteliği taşıması nedeniyle, genel esaslar çerçevesinde idarî yargı merciilerine başvurulması gerekecektir. Nitekim idarenin almış

⁵² İNELİ CİĞER, “Göç Bağlamında,” 86.

⁵³ Teminat yükümlülüğüne ilişkin hükümler saklıdır.

⁵⁴ TÜYSÜZ, “Türk Hukukunda Sınır Dışı,” 217.

olduğu aynı hukukî nitelikteki kararlar için farklı mahkemelere başvurulması uyumsuz bir içtihat oluşmasına neden olabilecektir⁵⁵.

2. Değerlendirme Kriterleri

İdarî gözetim yerine alternatif yükümlülüklerin uygulanmasına ilişkin değerlendirme yapılırken öncelikle kişinin bireysel koşulları dikkate alınmalıdır (İGAYY m. 7). Bu kapsamda, kişinin vatandaşı olduğu devlet, kırılganlık düzeyi, yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu ve geçmiş deneyimleri gibi kriterler göz önünde bulundurulmalıdır. Değerlendirme yapılırken yabancının özgürlük ve güvenlik hakkı, aile bütünlüğü, çocuğun yüksek yararı ve kamu düzeni, kamu sağlığı ve kamu güvenliği dengesi gözetilir (İGAYY m. 5 ve m. 7). Değerlendirmede özellikle, kişinin kaçma riski, ülkeye uyum sağlama düzeyi, bilgi ve belge temininde iş birliği yapması, sabit ikamet sahibi olup olmadığı, hassasiyet durumu ve özel ihtiyaç sahibi olup olmadığı, çocuğun üstün yararı ilkesi, geri gönderme ihtimalinin oranı gibi kriterler de göz önünde bulundurulmalıdır. Değerlendirme süreci her bireyin özel durumuna göre ayrı ayrı gerçekleştirilmelidir⁵⁶.

Alternatif yükümlülüklerin seçimine ilişkin değerlendirme yapılırken, ilgili yükümlülüğün özel hayata saygı hakkı ve haberleşmenin gizliliği gibi temel özgürlükler üzerindeki kısıtlayıcı etkileri de göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca, ölçülülük analizinin yalnızca soyut ve genel düzeyde kalmaması, başvuranın bireysel koşulları dikkate alınarak somut olayda yabancıya getirilen sınırlama veya yükümlülüğün değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁷.

Alternatif yükümlülüklerle tâbi tutulacak kişinin idarî gözetim altına alınmadan önce hakkında alternatif yükümlülük uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmesi esastır. Bununla birlikte, somut olayın özellikleri nedeniyle bu değerlendirmenin idarî gözetim kararı alınmadan yapılmasının mümkün olmadığı hâllerde yabancı öncelikle idarî gözetim altına alınmaktadır. Hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancılardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın

⁵⁵ TÜYSÜZ, “Türk Hukukunda Sınır Dışı,” 218.

⁵⁶ Mültecilerle Dayanışma Derneği (Mülteci-Der), Türkiye’de İdarî Gözetim Düzenleme ve Uygulamalarına İlişkin Genel Bir Hukuki Değerlendirme Raporu (2023), 23 <https://multeci.org.tr/2023/12/21/turkiyede-idari-gozetim-duzenleme-ve-uygulamalarina-iliskin-genel-bir-hukuki-degerlendirme/>, Erişim Tarihi: 12.12.2025.

⁵⁷ Mülteci Hakları Merkezi (MHM), İdarî Gözetime Alternatifler El Kitabı (2021), 20 <https://mhd.org.tr/yayinlar/idari-gozetime-alternatifler-el-kitabi/>, Erişim Tarihi: 11.12.2025.

Türkiye’den ayrılımları için tanınan sürede çıkmayan veya kamu düzeni, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturan yabancıların; idarî gözetim uygulanmadığı takdirde ülkeleriyle ilgili doğru bilgi ve belgelere ulaşılamayacak olması, kimlik ve uyruğunun tespit edilemeyecek olması, idare ile iş birliği yapmamaları ve idarî gözetim altına alınmaması durumunda ülkelerine geri gönderilmelerinin fiilen mümkün olmaması hâllerinde öncelikli olarak idarî gözetim altına alınmaları esastır (İGAYY m. 6/4).

Yabancı idarî gözetime tâbi tutulup geri gönderme merkezine yerleştirildikten sonra alternatif yükümlülüklerle tâbi tutulup tutulamayacağının değerlendirilmesi için kendisiyle mülakat yapılmalıdır. Yabancı hakkında, geri gönderme merkezine getirildikten sonraki kırk sekiz saatlik sürede idarî gözetime alternatif yükümlülüklerle tâbi tutulması gerektiği tespit edilirse idarî gözetim kararı sonlandırılır ve bir veya birkaç alternatif yükümlülüğe tâbi tutulması kararlaştırılabilir. Ancak idarî gözetim altına alınan kişinin alternatif yükümlülüğe tâbi tutulup tutulamayacağının değerlendirilmesi ilk kırk sekiz saat içinde yapılmak zorunda değildir. İdarî gözetime alternatif yükümlülüklerle ilişkin değerlendirme, yabancı hakkında yapılan işlemlerin her aşamasında herhangi bir süreye tâbi olmaksızın gerçekleştirilebilir (İGAYY m. 7).

Sonuç olarak, idarî gözetime alternatif yükümlülüklerin değerlendirilme sürecinde insan haklarının etkin şekilde korunmasına riayet edilmelidir. İdarî gözetimin her zaman son çare olması gerektiği unutulmamalıdır. İdarî gözetime alternatif yükümlülüklerin öncelikle değerlendirilmesi ve uygulanması, kişinin özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edilmesinin önüne geçer. Dolayısıyla değerlendirme sürecinde, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancının temel haklarının korunması düşüncesi esas alınmalıdır.

III. UYGULAMADA KARŞILAŞILAN BAZI SORUNLAR VE İYİ UYGULAMA ÖRNEKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar

1. İkincil Düzenlemenin Geç Yürürlüğe Girmesi

2019 yılında 7196 sayılı Kanunla YUKK’a dâhil edilen idarî gözetime alternatif yükümlülükler, yabancıların özgürlük ve güvenlik haklarının daha az kısıtlanması bakımından önemli bir yenilik olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, uygulamada bu yükümlülüklerin etkin bir biçimde hayata geçirilmesinde çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, alternatif yükümlülüklerin uygulanmasına ilişkin ilk düzenleme olarak YUKK m.

57/A'nın öngörülmesinin ardından alternatif yükümlülüklerin nasıl uygulanacağına dair usul ve esasları düzenleyen ikincil bir mevzuatın bulunmaması sorun olmuştur. Nitekim bu konuda usul ve esasları düzenleyen İGAYY'nın, 7196 sayılı Kanundan üç yıl sonra, 2022'de yürürlüğe girmesi, bu süreçte alternatif yükümlülüklerin uygulanmasını oldukça sınırlı kılmıştır⁵⁸.

2. Alternatif Yükümlülüklerin Sınırlı Biçimde Uygulanması ve Süreye İlişkin Sorunlar

Türk hukukunda sınır dışı etme süreçlerinde idarî gözetim kararı neredeyse kendiliğinden uygulanmaktadır. Mevzuatta öngörülmüş olmasına rağmen, idarî gözetime alternatif olabilecek yükümlülüklerin bireysel ve sistematik değerlendirmesi uygulamada yeterince uygun bir biçimde gerçekleştirilmemektedir. Bu durum, alternatif yükümlülüklerin pratikte istisnâî bir nitelik taşımasına yol açmaktadır. Nitekim yaygın olarak uygulanan alternatif yükümlülükler, bildirim zorunluluğu ve belirli bir adreste ikamet etme yükümlülüğü gibi belirli yükümlülüklerle sınırlıdır⁵⁹. Bu yükümlülükler, çoğunlukla idarî gözetim kararı sonrasında ek bir kısıtlama olarak devreye girmekte, dolayısıyla özgürlüğü sınırlayıcı önlem olmaktan ziyade ikincil bir zorunluluk niteliği kazanmaktadır.

Uygulamada ortaya çıkan önemli sorunlardan bir diğeri, kamu hizmetlerinde gönüllülük esasıyla görev alma, teminat ve elektronik izleme gibi yükümlülüklerin usul ve esaslarının netleştirilmemesi nedeniyle etkin şekilde uygulanamamasıdır. Bununla birlikte, bahse konu yükümlülüklerin GİB bünyesinde ek personel ve teknik altyapı ihtiyacı doğurması, mevcut kapasitenin yetersizliği sebebiyle uygulamanın kapsamının sınırlı kalmasına yol açmaktadır. Özellikle teminatın kapsamı, şekli ve miktarı ile elektronik izlemenin adli yükümlülük niteliğine ilişkin mevcut belirsizlikler, suç işlemediği hâlde sınır dışı edilen yabancılar üzerinde cezaî bir algı oluşmasına neden olabilmektedir⁶⁰. Bildirim yükümlülükleri ise özellikle sosyal ve iş hayatını ağır derecede etkileyebilecek şekilde uygulanabilmektedir. Gönüllü geri dönüş uygulamalarında yabancıların baskı altında veya yanlış bilgilendirme sonucunda form imzalamaya zorlandığı iddiaları bulunmaktadır⁶¹.

Alternatif yükümlülükler ayrıca pratik engeller nedeniyle tam anlamıyla uygulamaya geçirilememektedir. Örneğin, teminat yükümlülüğünün yüksek

⁵⁸ Mülteci-Der, İdarî Gözetime Alternatif Yöntemlerin Değerlendirilmesi, 10.

⁵⁹ İNELİ CİĞER, “Göç Bağlamında,” 102.

⁶⁰ AIDA, Türkiye 2024 Report, 133.

⁶¹ AIDA, Türkiye 2024 Report, 133-136.

maliyeti nedeniyle sınırlı kullanımı söz konusudur. Elektronik izleme veya mobil uygulama ile bildirim gibi teknolojik çözümler ise altyapı eksikliği nedeniyle hayata geçirilememektedir⁶². Bu bağlamda, Türk hukukunda idarî gözetim hâlen temel uygulama yöntemi iken; alternatif yükümlülükler istisnâ ve sınırlı bir niteliktedir.

Son olarak, idarî gözetim için öngörülen azami sürenin, altı ay artı altı ay olmak üzere, on iki ay olmasına karşın alternatif yükümlülüklerin yirmi dört aya kadar uygulanabilmesi, yükümlülük süresinin idarî gözetimin amacına uygunluğu açısından tartışmaya yol açabilecek niteliktedir.

3. Karar Gerekçelerinin Yetersizliği

Türk hukukunda idarî gözetim kararlarına yapılan itirazların yargısal denetiminde gerekçe eksikliği ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Sulh ceza hâkimliklerinin kararlarında gerekçelerin yetersizliği ve başvurunun iddialarına yanıt niteliği taşımayan tekdüze gerekçelerin tekrar edilmesi, etkili başvuru hakkının ihlal edilmesine yol açmaktadır. İdarî gözetime alternatif yükümlülükler açısından da gerekçe yetersizliği ve usul sorunları, sistematik ve etkin bir değerlendirme yapılmamasından kaynaklanmaktadır. Türk hukukunda idarî gözetimin yalnızca son çare olarak uygulanacağına dair bir ilke bulunmadığından⁶³ kararların gerekçesinde öncelikle alternatif yükümlülüklerin uygulanmasına dair bireysel değerlendirme bulunmamaktadır.

Uygulamada idarî gözetim ve alternatif yükümlülük kararlarında gerekçe eksikliği, yaygın bir usulî güvence sorunu olarak öne çıkmaktadır. Kararlara dayanak oluşturan gerekçelerin yetersizliği, yabancıların keyfi uygulamalara karşı korunma hakkını zedelemektedir. Ölçülülük ve keyfilik açısından ise alternatif yükümlülüklerin somut olayda zorunluluk, amaç ve orantılılık ilkelerine uygun olarak uygulanması gerektiği hâlde, uygulamada bu ilkelere yeterince riayet edilmediği gözlemlenmektedir⁶⁴. Valilikler tarafından verilen yükümlülük kararlarında, daha az kısıtlayıcı bir yükümlülüğün neden yeterli olmadığına dair somut gerekçeler yer almamaktadır. İdarî gözetim kararlarında ise yalnızca kanun maddelerine atıf yapılmakla yetinilmektedir.

4. Kırılgan Gruplar İçin Yeterli Değerlendirme Yapılmaması

Özel ihtiyaç sahipleri, hassas durumda olan kişiler ve refakatsiz çocuklarla ilgili açık bir düzenleme içeren İGAYY m. 4, bu şekilde kırılgan

⁶² AIDA, Türkiye 2024 Report, 133.

⁶³ İNELİ CİĞER, “Göç Bağlamında,” 102.

⁶⁴ Mülteci-Der, İdarî Gözetim Alternatif Yöntemlerin Değerlendirilmesi, 35.

grupları koruma altına almıştır. Söz konusu düzenleme, refakatsiz çocuklar başta olmak üzere kırılgan gruplar hakkında öncelikle alternatif yükümlülüklerin uygulanmasını düzenleyerek kırılgan grupların idarî gözetime tâbitutulmasını ancak belli zorunlu hâllerde sağlamaya çalışmaktadır. Buna karşın, kırılgan gruplar için düzenlenen söz konusu koruyucu hükümlerin uygulamada etkili biçimde işletilmediği görülmektedir⁶⁵.

Uygulamada karşılaşılan diğer bir sorun ise sağlık sebeplerinden dolayı özel ihtiyaçları bulunan ve hassas durumda olan kişilerin, bu tür durumlarını kanıtlamakta zorlanmalarıdır. Bunun bir sonucu olarak, idare, bu yöndeki iddiaları çoğu zaman kötü niyetli beyanlar olarak değerlendirmektedir. Düzensiz göçmenler için engellilik veya diğer tıbbi durumlara ilişkin sağlık raporu alınması pratikte kolay olmadığından tıbbi kırılganlık iddiaları çoğu zaman belgelendirilememekte ve idarî gözetimin önlenmesi için etkili şekilde kullanılamamaktadır⁶⁶.

B. İyi Uygulama Örnekleri

1. Bazı Avrupa Devletlerinden İyi Uygulama Örnekleri: Belçika ve İsveç

a) Belçika

Belçika, refakatsiz çocukların idarî gözetimini yasaklama ve reşit olmayan çocukları bulunan aileler için açık ve toplum temelli aile/geri dönüş evlerinde barındırma uygulamalarıyla Avrupa ülkelerindeki iyi uygulama örneklerinden birini teşkil etmektedir⁶⁷. Bu birimler hukukî olarak gözaltı merkezleri olarak kabul edilse de kapalı değildir ve ailelere geniş hareket özgürlüğü sağlar. Belçika’da, hâlihazırda beş bölgede kullanılan toplam yirmi sekiz konut birimi bulunmaktadır. Bireysel ev ve dairelerden oluşan bu birimler, belediye merkezlerinde yer aldığı ve diğer konutlardan ayırt edilemediği için toplum temelli kabul edilir. Evde daima bir yetişkin bulundurulması gerekir ve her konutta yalnızca bir aile barındırılır. Aile

⁶⁵ AIDA, Türkiye 2024 Report, 135-136.

⁶⁶ AIDA, Türkiye 2024 Report, 136.

⁶⁷ European Migration Network, Detention And Alternatives To Detention in International Protection And Return Procedures in Belgium (2023), https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/5f45dbe9-7caf-4dc9-9a24-297bb03454b7_en?filename=alternatives_to_detention_belgium.pdf. Erişim Tarihi: 12.12.2025; AIDA, Detention of Vulnerable Applicants Belgium, <https://asylumineurope.org/reports/country/belgium/detention-asylum-seekers/legal-framework-detention/detention-vulnerable-applicants/>, Erişim Tarihi: 12.12.2025; İNELİ CİĞER, “Göç Bağlamında,” 129 vd.

üyeleri, eğitim, alışveriş, avukat görüşmesi veya dinî törenler gibi sınırlı nedenlerle evden ayrılabilir. Böylece çocuklar ve aileler toplumdan izole edilmemiş olur.

b) İsveç

Bir başka iyi uygulama örneği İsveç'te görülmektedir. İsveç'te denetim (*supervision*), idarî gözetim yerine uygulanabilecek alternatif bir yükümlülüktür. Yetkili makamlar, idarî gözetim kararı vermeden önce denetim yükümlülüğünü değerlendirmekle yükümlüdür. Denetim yükümlülüğü, kararın hangi makam tarafından alındığına bağlı olarak, kişinin polis ya da İsveç Göçmenlik Ajansına düzenli aralıklarla bildirimde bulunmasını içermektedir. Ayrıca pasaport veya diğer kimlik belgelerinin teslim edilmesi yükümlülüğünü de kapsayabilmektedir.

İsveç'te sığınmacılar, belli durumlarda, kayıtlarının yapılması ve sağlık ve diğer ihtiyaçlarının belirlenmesi amacıyla açık kabul merkezlerine yerleştirilmektedir⁶⁸. Kabul merkezine girişte sığınmacıların kayıtları alınmakta ve kendilerine fotoğraflı bir kimlik belgesi verilmektedir. Bu belge, göç yetkilileri tarafından başvurunun takibi için; sığınmacılar tarafından ise toplum içindeki hizmetlerden faydalanmak için kullanılmaktadır. Her sığınmacıya bir vaka sorumlusu atanmakta ve bu kişi mülteci statüsü belirleme süreci ile İsveç'teki hak ve yükümlülere dair bilgilendirme yapmaktadır. Birkaç hafta sonra sığınmacılar, Göçmenlik Dairesine yakın ev veya dairelerde barınacak şekilde başka bölgelere transfer edilmektedir. Sığınmacılar, kendilerine atanan vaka sorumlularıyla düzenli toplantılar yapmakta ve gerekirse sağlık, danışmanlık ve diğer hizmetlere yönlendirilmektedir. Vaka sorumluları, motivasyon danışmanlığı vererek sığınmacıları göç sürecine hazırlamakta ve başvurusunun olumsuz sonuçlanması hâlinde kaçma veya kaybolma riskini değerlendirmektedir. Olumsuz sonuçlanan başvurularda ise üç seçenek sunulmaktadır; gönüllü geri dönüş, vaka sorumlusunun refakatinde geri dönüş veya polis birimlerine teslimin ardından zorunlu geri dönüş⁶⁹. Gönüllü geri dönüşü seçenlere maddî destek ve diğer teşvikler sağlanmakta, geri dönüş seyahati vaka sorumlusu tarafından organize edilmekte ve dönüş bileti Göçmenlik Dairesi tarafından karşılanmaktadır. Kaçma veya kaybolma riski yoksa, başvurusu reddedilen sığınmacılara ülkeyi bağımsız olarak terk etmeleri için 14 ilâ 30 gün süre tanınmaktadır. 2012 yılında ülkeyi terke davet edilen üçüncü ülke vatandaşlarının %68'i gönüllü geri dönüş veya

⁶⁸ Alternatives to Detention- Sweden, <https://asylumineurope.org/reports/country/sweden/detention-asylum-seekers/legal-framework-detention/alternatives-detention/>, Erişim Tarihi: 13.12.2025.

⁶⁹ MHM, El Kitabı, 63.

Gönüllü Geri Dönüş Desteği programı çerçevesinde ülkeden ayrılmıştır. Geri dönüş seçeneklerinden birini kabul etmeyen ve yetkililerle iş birliği yapmayan kişilere bildirim yükümlülüğü veya mevcut hizmetlerden kısıtlı faydalanma gibi yaptırımlar uygulanabilmektedir.

İdarî gözetim altına alma İsveç'te istisnâ niteliktedir. İsveç'te yalnızca haklarında nihaî karar alınmış ve ülkeyi terke davet edilmiş ancak bu karara uymadıkları için sınır dışı edilmeyi bekleyen kişiler idarî gözetim altına alınabilmektedir. İdarî gözetimin gerçekleşeceği merkezler küçük, kapalı barınma merkezleri olarak tasarlanmıştır. Kişiler merkez içinde serbestçe hareket edebilmekte ve iki veya dört kişilik odalarda kalmaktadır. Merkezde televizyon, bilgisayar, internet erişimi ve spor aletlerinin bulunduğu dinlenme salonları mevcuttur. Ek olarak, merkez içinde kamerasız cep telefonları kullanılabilir. Odaların çoğu bahçe kısmına bakan pencerelere sahiptir. İdarî gözetim altındaki kişiler binanın ortasında bulunan avluya gözetim altında çıkabilmekte ve böylece sınırlı da olsa açık havaya erişim sağlanmaktadır. Merkez çalışanları alıkonulan kişilerle onurlu ve saygılı bir ilişki kurmaya çalışmakta, güvenlik görevlileri üniforma giymemekte ve silah taşımamaktadır. Ziyaretçi odalarında masalar, sandalyeler, kanepeler ve çocuklar için oyuncaklar bulunmaktadır. İki sivil toplum kuruluşunun merkeze sınırsız erişimi olup, bu kuruluşlar alıkonulan kişilere destek vermekte, ek etkinlikler sunmakta ve idarî gözetim şartlarını izlemektedir. Uluslararası gözlemciler, bu merkezdeki idarî gözetim şartlarının son derece yüksek standartta olduğunu belirtmektedir. İsveç'te idarî gözetim, yalnızca son çare olarak sınır dışı işlemleri çerçevesinde ve insan onuru ile refahını gözetken koşullarda uygulanmaktadır⁷⁰.

2. Bazı *Common Law* Devletlerinden İyi Uygulama Örnekleri

a) Amerika Birleşik Devletleri

Common law sisteminin en bilinen örneklerinden olan Amerika Birleşik Devletlerinde (ABD), Mart 2013'te Göçmenlik ve Gümrük Muhafaza (*Immigration and Customs Enforcement* - ICE) tarafından, sığınmacılar hakkında alınacak yükümlülüklerle ilgili kararlarda kullanılmak üzere Risk Sınıflarını Değerlendirme (*Risk Assessment Instrument*) aracı geliştirilmiştir⁷¹. Bu araç, bireylerin toplum için risk düzeyini ve kaçma

⁷⁰ EMN, Country Factsheet Sweden, https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/45409773-e477-4f55-8481-edd904509a0c_en Erişim Tarihi: 13.12.2025; MHM, El Kitabı, 64.

⁷¹ Immigration and Customs Enforcement(ICE), Alternatives to Detention, <https://www.ice.gov/features/atd>, <https://www.americanimmigrationcouncil.org/report/alternatives-immigration-detention-overview/>, Erişim Tarihi: 13.12.2025; MHM, El Kitabı, 41.

olasılığını nesnel ölçekler ve algoritmalarla puanlayarak idarî gözetimin gerekliliğini veya uygun alternatifleri belirlemeyi amaçlamaktadır. Risk Sınıflarını Değerlendirme, hukukî bir değerlendirme ile sürece başlamakta; aile bağları, göç öyküsü, yükümlülükler uyum, sağlık ve yaşlılık, engellilik, hamilelik, mağduriyet durumları gibi hassas durumları dikkate almaktadır. Böylece ICE memurları, idarî gözetim ve alternatif yükümlülük kararlarını bireysel, yeknesak ve orantılı şekilde alabilmektedir.

ABD’de tarihsel olarak katı idarî gözetim uygulamaları görülmüş olsa da yoğun denetleme programları (*Intensive Supervision Programs*) bu yaklaşımın başarılı bir alternatifini sunmaktadır. Vera Enstitüsü tarafından 1997-2000 yıllarında yürütülen pilot program, salıverilen kişilerin kapsamlı tarama ve değerlendirme süreci sonucunda belirlendiğini ve düzenli bildirim, duruşma hatırlatmaları, yasal temsilci ve destek hizmetleri aracılığıyla izlendiklerini göstermiştir. Güncel olarak ICE tarafından yürütülen Gözetime Alternatifler - Yoğun Denetimli Katılım Programı (*Alternatives to Detention - Intensive Supervision Appearance Programme*), sınır dışı süreci devam eden yabancı yetişkinlere bireyselleştirilmiş denetim mekanizmaları sunmaktadır. Katılımcılar suç ve göç geçmişi, uyum durumu, aile ve topluluk bağları, bakım sorumlulukları ile insani veya tıbbi durumlar açısından titiz bir değerlendirmeden geçirilir. Program, günlük kişi başı maliyeti yalnızca 4,20 ABD doları ile idarî gözetimin 152 ABD doları maliyetine kıyasla oldukça ekonomiktir. Denetim, telefonla bildirim (*telephonic reporting*), vücuda takılı GPS izleme (*body-worn GPS*) ve SmartLINK mobil uygulaması gibi teknolojiler aracılığıyla sağlanır. Ayrıca ICE, vaka yönetimi (*case management*) ve daha yoğun destek gerektiren katılımcılar için Uzatılmış Vaka Yönetimi Hizmeti (*Extended Case Management Services*) sunarak uyum oranlarını artırmakta ve gözetim gerekliliğini azaltmaktadır. Bu uygulamalar, ABD’de göç hukukunda idarî gözetime bireyselleştirilmiş, risk temelli, teknolojik ve malî bakımdan etkin bir alternatif sunduğunu göstermektedir.

b) Kanada

Common law sistemini uygulayan bir başka ülke olan Kanada’da, idarî gözetimi son çare olarak kullanmayı amaçlayan Gözetime Alternatif Yükümlülükler (*Alternatives to Detention - ATD*) programı mevcuttur. Söz konusu program ile 2025 yılında sığınmacıların çoğu hakkında alternatif yükümlülük tedbirleri uygulanmış, çok az sığınmacı gözetim merkezlerine

yerleştirilmiştir⁷². Program, Kanada Sınır Hizmetleri Ajansı (*Canada Border Services Agency - CBSA*) görevlileri ve Kanada Göçmenlik ve Mülteci Kurulu (*Immigration and Refugee Board - IRB*) üyelerine, toplum içine salıverilen bireyleri etkin biçimde yönetme ve kamu güvenliğini sağlama imkânı sunar. Kanada’da göçmen ve sığınmacılara, toplum temelli idarî gözetime alternatif yükümlülükler uygulanmaktadır. Toplum Temelli Denetim (*Community Supervision*), bireylerin toplum içinde yaşamalarını ve bu süreçte aile üyeleri veya toplum hizmetleri alanında uzmanlaşmış kuruluşlar tarafından desteklenmelerini sağlayan bir idarî gözetim alternatifidir. Sağlanan destek, kişinin bireysel ihtiyaçlarına göre belirlenir ve program koşullarına uyumu amaçlar. Bu kapsamda teminat yatırılması karşılığında serbest bırakma (*release on a deposit*), kefil aracılığıyla teminat verilmesi (*guarantee to a bondsperson*), bildirim yükümlülüğü koşuluyla serbest bırakma (*release on reporting conditions*) ve toplum temelli vaka yönetimi ile denetim programı kapsamında serbest bırakma (*release under a community case management and supervision program*) yükümlülükleri tek başına veya birlikte uygulanabilir. Teminat yatırılması karşılığında serbest bırakma, kişinin belirli bir malî tutarı yatırmadan sonra serbest bırakılmasını ifade eder. Kefil aracılığıyla teminat verilmesi, bir kefilin serbest bırakma koşullarına uyulacağını güvence altına almak amacıyla para yatırmasını veya taahhütte bulunmasını kapsar; kefil ayrıca kişiye ikamet imkânı da sunabilir. Bildirim yükümlülüğü koşuluyla serbest bırakma hâlinde ise CBSA ve / veya IRB, kişinin risk düzeyine göre düzenli bildirim gibi yükümlülükler belirler. Toplum temelli vaka yönetimi ve denetim programları, özellikle kefil bulunmayan veya ek desteğe ihtiyaç duyan kişiler için öngörülür; bu programlar sağlık ve ruh sağlığı hizmetleri, bağımlılık desteği, istihdam ve barınma desteği ile aile ve çocuklara yönelik hizmetleri ve gerekli hâllerde zorunlu ikamet yükümlülüğünü içerebilir⁷³.

Toplum temelli denetim kapsamında elektronik denetim (*electronic supervision*) de uygulanmaktadır. Bu yükümlülük, yetkili makamların kişilerle iletişimini kolaylaştırır ve yükümlülüklerle uyumu izlemeyi amaçlar. Elektronik denetim, elektronik izleme (*electronic monitoring*) ve uzaktan bildirim uygulamalarından oluşur. Elektronik izleme, GPS veya benzeri teknolojilerle yapılır ve genellikle kefil aracılığıyla teminat verilmesi ya da toplum temelli vaka yönetimi programlarıyla birlikte uygulanır; daha çok

⁷² 2025 yılında, idarî gözetim şartlarına tâbi bireylerin %98’inden fazlası Kanada ATD programına dahil edilmiştir. Yüzde ikiden daha az bir kısmı sadece sığınmacıların tutulduğu merkezlerle yerleştirilmiştir. Bkz. Government of Canada, Alternatives to Detention, <https://www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/atd-srd-eng.html>, Erişim Tarihi: 12.12.2025.

⁷³ Government of Canada, Alternatives to Detention.

yüksek riskli kişiler için öngörülür. ReportIn uygulaması (*ReportIn app*) ise kişilerin bildirim yükümlülüklerini uzaktan yerine getirmelerini sağlar. Uygulama, yüz tanıma ve konum verileriyle kimlik ve yer doğrulaması yapar. Katılım, kişinin risk düzeyine ve programa katılma isteğine bağlıdır⁷⁴.

Toronto Kefalet Programı (*Toronto Bail Program*) ise 1996'dan beri yürütülen ve idarî gözetim şartlarının düzenli olarak gözden geçirilmesini sağlayan bir uygulamadır. Kanada'da program kapsamında kefalet ile serbest bırakılma şartlarını karşılayan bireyler tespit edilir ve başvuru sürecinde desteklenir. Katılımcılar arasında hapis cezasını tamamlamış göçmenler, reddedilmiş uluslararası koruma başvurusu sahipleri ve kaçma riski nedeniyle gözetimde tutulan sığınmacılar bulunur. Program güçlü vaka yönetimi, destek, danışmanlık, bildirim ve denetim faaliyetlerine dayanır. Alternatif yükümlülükler düzenli aralıklarla gözden geçirilir. Kefalet mekanizması, gözetimdeki bireylerin toplum içinde güvenli biçimde yönetilmesini sağlar; kefil belirli bir bedeli ödemeyi kabul eder ve gözetimdeki kişi şartlara uyduğu takdirde yatırılan para geri alınır⁷⁵. Toronto Kefalet Programı ve ATD programı, *common law* sistemine sahip Kanada'da idarî gözetime alternatif yükümlülüklerin başarılı bir örneği olarak değerlendirilmektedir.

C. Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda İdarî Gözetime Alternatif Yükümlülüklerin Değerlendirilmesi

2019 yılında YUKK'a eklenerek ve 2022 yılında İGAYY ile Türk hukukunda yer almaya başlayan idarî gözetime alternatif yükümlülükler, yabancıların kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik müdahaleyi en aza indirmeye çalışan düzensiz göçle baş etme yöntemlerindendir. Türk hukukunda nispeten yeni olarak değerlendirilebilecek alternatif yükümlülüklerle ilgili hâlâ mevzuat ve uygulama açısından eksiklikler bulunmaktadır. Türk hukukundaki idarî gözetime alternatif yükümlülüklerle ilgili düzenlemeler ve bu yükümlülüklerin uygulanması karşılaştırmalı hukuk ve insan hakları ışığında değerlendirildiğinde hâlâ geliştirilmeye muhtaçtır. Örneğin, uluslararası hukuk ve AB müktesebatı, idarî gözetimin yalnızca son çare (*ultima ratio*) olarak uygulanmasını ve daha az kısıtlayıcı tedbirlerin mümkün olduğu durumlarda öncelikle alternatif yükümlülüklerle başvurulmasını öngörmektedir. Kanada ve ABD gibi ülkelerde ise bu ilke, somut vaka bazında uygulanmaktadır. Söz konusu ülkelerde her bir yabancı

⁷⁴ Canada Council for Refugees, Alternatives to Detention (2022), <https://ccrweb.ca/sites/ccrweb.ca/files/2022-08/CCR%20ATD%20comments%20August%202022.pdf> Erişim Tarihi: 13.12.2025; MHM, El Kitabı, 72; İNELİ CİĞER, "Göç Bağlamında," 115.

⁷⁵ MHM, El Kitabı, 36, 72.

için vaka yönetimi ve toplum temelli destek modelleri ayrıntılı şekilde planlanmaktadır.

Belçika ve İsveç'teki uygulamalar, Türkiye'ye göre yabancıların haklarına daha az müdahale etmektedir. Belçika'da reşit olmayan çocukları olan aileler ve refakatsiz çocuklar için kapalı gözetli yerine toplum temelli aile/geri dönüş evleri kullanılarak yabancıların toplumdaki soyutlanmamasını ve hareket özgürlüğünün kısıtlamasını minimuma indirilmesi sağlanmaktadır. Türkiye'deki geri gönderme merkezlerine alternatif olarak toplum temelli aile ve geri dönüş evleri yapılması insan hakları standartlarına daha uygun bir tedbir olarak değerlendirilebilir.

İsveç'te idarî gözetim yalnızca sınır dışı edilmeleri zorunlu olan kişiler için son çare olarak uygulanmaktadır. Yabancılar sınır dışı edilmeden önce vaka yönetimi, denetim yükümlülüğü ve açık kabul merkezlerinde sistematik kayıt ve destek süreçleri işletilmektedir. Bu modellerde, elektronik izleme ve düzenli bildirim gibi teknolojik araçlar, yalnızca kaçma kaybolma riski yüksek yabancılar için ve vaka yönetimiyle birlikte kullanılmaktadır.

Sonuç olarak, Türk hukukunda alternatif yükümlülükler kontrol odaklı mekanizmalar (bildirim, ikamet yükümlülüğü, elektronik izleme) ile sınırlı kalmakta, vaka yönetimi ve toplum temelli destek sistemleri henüz tam anlamıyla gelişmemiştir. Karşılaştırmalı hukuk örneklerine bakılarak Türk hukukundaki alternatif yükümlülükler, daha bireysel risk analizine dayalı ve toplumla entegrasyonu sağlayan yöntemler olarak düzenlenmelidir.

SONUÇ

İdarî gözetime alternatif yükümlülükler, yabancıların kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının korunması ve idarî gözetim tedbirinin prensip olarak her zaman son çare olması sebebiyle hem milli hukukumuzda hem milletlerarası hukukta kritik bir öneme sahiptir. İdarî gözetime alternatif yükümlülüklerin Türk hukukunda düzenlenmesi ve uygulanması nispeten yeni bir uygulamadır. Türkiye'nin son yıllarda aldığı yoğun düzensiz göç sebebiyle yabancılar hukukuna ilişkin problemler çok daha fazla biçimde ortaya çıkmaktadır. Türkiye son on yılda yoğun bir biçimde düzensiz göçmenleri ağırlamaktadır. Bunun sonucu olarak hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı sayısı gözle görülür biçimde artmıştır. Düzensiz göçle mücadele edilirken yabancıların temel insan haklarının her zaman gözetilmesi gerekmektedir. Bu sebeplerle, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı idare ve yargı mercileri tarafından her daim gözetilmeli, idarî gözetim son çare olmalıdır. İdarî gözetime alternatif yükümlülükler ise

evvela yabancıların insan haklarına daha saygılı idarî yükümlülükler olması nedeniyle bu noktada öne çıkmaktadır. Bununla birlikte, alternatif yükümlülükler, idarî gözetime kıyasla insan haklarına daha saygılı olmakla ülkemize daha az maliyetli olup, bu sebeple de tercihe şayandır. Nitekim ABD’de uygulanan Gözetime Alternatifler - Yoğun Denetimli Katılım Programı buna çok iyi bir örnektir.

İdarî gözetime alternatif yükümlülükler, kişi özgürlüğünü daha az kısıtlayacak olması nedeniyle de önem arz etmektedir. Böylelikle temel insan haklarına saygı hususu gözetilmiş olur. Bu doğrultuda Belçika ve İsveç’te uygulanan alternatif yükümlülükler, konuya ilişkin olarak ülkemize yol gösterecek niteliktedir. Nitekim Kanada da ATD Programı ile bu konuda iyi bir örnek teşkil etmektedir.

İdarî gözetime alternatif yükümlülükler Türk hukukunda nispeten yeni bir düzenleme olduğu için uygulamada pek çok sorunla karşılaşmaktadır. Bu sorunların başlıcaları; idarî gözetime alternatif yükümlülüklerin istisnâ kalması, idarî gözetim ve alternatif yükümlülükler dair kararlarda gerekçe eksikliği ve idarî gözetim ve alternatif yükümlülük kararları alınırken yapılan değerlendirmede kırılgan gruplar için yeterli özenin gösterilmemesidir. İdarî gözetime alternatif yükümlülüklerle ilgili uygulamadaki sorunlar için öncelikle teoride ve uygulamadaki yetersiz kaynak ve bilgi eksikliğinin çözülmesi gerekmektedir. Daha sonra ise hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancılar için öncelik olarak, kendiliğinden idarî gözetim kararı değil, idarî gözetime alternatif yükümlülüklerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Sonuç olarak, Türkiye’de insan haklarına saygılı bir göç hukuku ve yönetimi için idarî gözetime alternatif yükümlülükler sadece kırılgan gruplar için değil, hakkında sınır dışı etme kararı alınmış tüm yabancılar için öncelikli olarak değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- “Antalya Milletvekili Kemal Çelik ile 104 Milletvekilinin Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2368) ile Tekirdağ Milletvekili Mustafa Şentop’un Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2385) ve İçişleri Komisyonu Raporu.” Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi 22, S. Sayısı 144 (2019) <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c022/tbmm27022022.pdf>.
- Alternatives to Detention- Sweeden, <https://asylumineurope.org/reports/country/sweden/detention-asylum-seekers/legal-framework-detention/alternatives-detention/>.
- AKBULUT, Merve. Türk Yabancılar Hukukunda İdari Gözetim. On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- ASAR, Aydoğan. Yabancılar Hukuku (Göç Yönetimine İlişkin Temel Konular). Seçkin Yayınevi, 2025.
- Asylum Information Database. Türkiye 2024 Country Report (2024), <https://asylumineurope.org/reports/country/turkiye/>.
- Asylum Information Database. Detention of Vulnerable Applicants Belgium, <https://asylumineurope.org/reports/country/belgium/detention-asylum-seekers/legal-framework-detention/detention-vulnerable-applicants/>.
- Avrupa Konseyi. Göç Bağlamında Etkin İdari Gözetim Alternatiflerinin Hukuki ve Uygulama Boyutu (2017), <https://rm.coe.int/goc-baglam-nda-etkin-idari-gozetim-alternatiflerinin-hukuki-ve-uygulam/1680a1d0f3>.
- CAN, Hacı / TUNA, Ekin. Yabancılar Hukuku Genel Kısım. Adalet Yayınevi, 2022.
- Canada Council for Refugees. Alternatives to Detention (2022), <https://ccrweb.ca/sites/ccrweb.ca/files/202208/CCR%20ATD%20comments%20August%202022.pdf>.
- ÇELİKEL, Aysel / (ÖZTEKİN) GELGEL, Günseli. Yabancılar Hukuku. Beta Yayınevi, 2022.
- DOĞAN, Vahit / YILMAZ, Alper Çağrı / AYHAN İZMİRLİ, Lale. Türk Yabancılar Hukuku. Savaş Yayınevi, 2023.
- EKŞİ, Nuray. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu. Beta Yayınevi, 2018.
- EKŞİ, Nuray. 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda İdari Gözetim. Beta Yayınevi, 2014.
- EROĞLU, Erman, / YILMAZ, Ersin. “İdari Gözetim ve İdari Gözetime Alternatif Yükümlülüklerin Hukuki Rejimi: Görev Sorunları ve Esasa İlişkin Yargısal Yaklaşımlar.” Uyuşmazlık Yargısı Dergisi, S. 1 (2025): 1-44.
- European Agency For Asylum (EUAA). Guidelines on Alternatives to Detention (2024), https://www.euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/202501/2024_Guidelines_on_Alternatives_to_Detention_EN.pdf.
- European Migration Network. Country Factsheet Sweeden, https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/45409773-e477-4f55-8481-edd904509a0c_en.
- European Migration Network. Detention And Alternatives To Detention in International Protection And Return Procedures in Belgium (2023), https://home-affairs.ec.europa.eu/document/download/5f45dbe9-7caf-4dc9-9a24297bb03454b7_en?filename=alternatives_to_detention_belgium.pdf.

- Government of Canada, Alternatives to Detention (2022), <https://www.cbsa-asfc.gc.ca/security-secure/atd-srd-eng.html>.
- Göçmenlik Prosedürleri Nedeniyle Çocukların Özgürlüklerinden Yoksun Bırakıldığı Yerlere Yapılacak Ziyaretler- Parlamenteler İçin Kılavuz, <https://rm.coe.int/gocmenlik-prosedurleri-nedeniyle-cocuklarin-ozgurluklerinden-yoksun-bi/1680a1d0a7>.
- HUYSAL, Burak / ŞERMET, Begüm. “6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Korum Kanunu’nun 57. Maddesi Çerçevesinde Hakkında Sınır Dışı Kararı Alınan Yabancıların İdari Gözetimi.” Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, 2195-2221. Beta Yayınevi, 2014.
- Immigration and Customs Enforcement (ICE). Alternatives to Detention, <https://www.ice.gov/features/atd>; <https://www.americanimmigrationcouncil.org/report/alternatives-immigration-detention-overview/>.
- İNELİ CİĞER, Meltem. Göç Bağlamında İdari Gözetim Alternatifleri. Yetkin Yayınevi, 2024.
- İNELİ CİĞER, Meltem. “Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukukta İdari Gözetim Alternatif Yükümlülükler.” Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan 40, S. 2 (2020): 799-829.
- İNELİ CİĞER, Meltem / HAMİT, Meltem. “Dünden Bugüne Türk Hukukunda Göç Bağlamında İdari Gözetim Alternatif Yükümlülükler.” in 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 10. Yılında Türkiye’de Uluslararası Koruma ve Göç, ed. Ayşe Dicle Ergin ve Yiğit Kader, 173-204. On İki Levha Yayıncılık, 2024.
- İSPİRLİ ARMAĞAN, Merve. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi İçtihadı Işığında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bakımından İdari Gözetim Tedbirinin Cezalandırıcı Yönü.” Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 42, S. 2 (2022): 913-45.
- KUŞCU, Döndü. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri. On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- KUŞCU, Döndü. “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları.” Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 22, S. 37 (2017): 241-84.
- Mültecilerle Dayanışma Derneği (Mülteci-Der). Türkiye’de İdari Gözetim Düzenleme ve Uygulamalarına İlişkin Genel Bir Hukuki Değerlendirme Raporu (2023), <https://multeci.org.tr/2023/12/21/turkiyede-idari-gozetim-duzenleme-ve-uygulamalarina-iliskin-genel-bir-hukuki-degerlendirme/>.
- Mültecilerle Dayanışma Derneği (Mülteci-Der). Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Kapsamında İdari Gözetim Alternatif Yöntemlerin Değerlendirilmesi (2020), <https://multeci.org.tr/wpcontent/uploads/2021/07/YABANCILAR-VE-ULUSLARARASI-KORUMA-KANUNU-KAPSAMINDA-İDARİ-GOZETIME-ALTERNATIF-YONTEMLERIN-DEGERLENDIRILMESI.pdf>.
- Mülteci Hakları Merkezi (MHM). İdari Gözetim Alternatifler El Kitabı (2021), <https://mhd.org.tr/yayinlar/idari-gozetime-alternatifler-el-kitabi/>.
- ÖZBEK, Nimet. “AİHM Kararları Işığında YUKK’nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekanlar Hakkında Ortak Sorunlar.” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 118 (2015): 15-50.
- ÖZBEK, Nimet. “Administrative Detention In Accordance With The Foreigners and International Protection Law.” Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10, S. 2 (2020): 119-38.

ÖZKAN, Işıl. Göç - İltica ve Sığınma Hukuku. Seçkin Yayınevi, 2022.

TARMAN, Zeynep Derya. “Gönüllü Geri Dönüş.” Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 13, S. 1 (2023): 1-43.

TEKSOY, Barış. “İdari Gözetim Altına Alınan Yabancıların Elektronik ve İletişim Cihazlarının İncelenmesine İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi.” Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 75, S. 2 (2020): 517-56.

TÜYSÜZ, Cemre. Türk Hukukunda Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi. On İki Levha Yayıncılık, 2023.

Uluslararası Göç Örgütü. Göç Terimleri Sözlüğü, https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml31_turkish_2ndedition.pdf.

UNHCR. Master Glossary Of Terms Rev. 1 (2006), <https://www.refworld.org/sites/default/files/attachments/5d82b8fa4.pdf>.

UNHCR-IDC. “Vulnerability Screening Tool - Identifying And Addressing Vulnerability: A Tool For Asylum And Migration Systems (2016)”, <https://www.unhcr.org/media/unhcr-idc-vulnerability-screening-tool-identifying-and-addressing-vulnerability-tool-asylum>.

UNICEF Working Paper. Alternatives to Immigration Detention of Children (2019), [https://www.unicef.org/media/58351/file/Alternatives%20to%20Immigration%20Detention%20of%20Children%20\(ENG\).pdf](https://www.unicef.org/media/58351/file/Alternatives%20to%20Immigration%20Detention%20of%20Children%20(ENG).pdf).

YARAR, Güven / KAPLAN, Emine Dilek. “İdari Gözetim Kararları ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar.” Terazi Hukuk Dergisi, S. 232 (2025): 189-97.

YILMAZ EREN, Esra. “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Bağlamında Hassas Durumdaki Yabancıların İdari Gözetimi.” Adalet Dergisi 73, S. 2 (2024): 425-57.

ZORUNLU İRTİFAKLARDA SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Duty to Enter into a Contract in Cases of Necessary Servitudes

Prof. Dr. A. Lâle SİRMEN*

ÖZ

İrade özerkliği ilkesinin hukuk alanındaki uzantısı olan sözleşme özgürlüğü hem sözleşme yapma hem de sözleşme yapmama özgürlüğünü içerir. Türk Borçlar Kanununun 26. maddesi sözleşmenin içeriğinin kanunda öngörülen sınırlar içinde belirlenebileceğini dile getirirken, sözleşme özgürlüğünün sınırları olduğunu ve bu sınırların da aynı Kanunun 27. maddesinde sayılanlardan ibaret olmadığını belirtmektedir. İşte kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu da sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birini teşkil eder. Sözleşme yapma zorunluluğu, hukuk düzeninin kişiye bu yönde bir iradesi olmaksızın bazı kişiler lehine onlarla sözleşme yapma yükümlülüğü yüklemesidir. Zorunlu irtifaklarda da kanun belli şartlar altında bir taşınmaz malikine diğer bir taşınmaz malikine karşı, bu malikin taşınmazı üzerinde ihtiyaç duyulan irtifak hakkını kurması konusunda dava yoluyla da ileri sürebileceği bir talep hakkı tanır. Böylelikle söz konusu taşınmaz maliki kanundan dolayı taşınmazı üzerinde talep edilen irtifak hakkını kurmakla yükümlü olur. Bu bakımdan, zorunlu irtifaklar bir yandan taşınmaz mülkiyetinin dolaylı kısıtlaması, diğer yandan da bir borç ilişkisi niteliği taşır. Zorunlu irtifaklar, Türk Medenî Kanununda, kanunî taşkın yapı hakkı, kanunî mecra hakkı, kanunî geçit hakkı ve kanunî kaynak (su) hakkı olarak düzenlenmiştir. Zorunlu irtifakın kurulmasını talep hakkına sahip olan taşınmaz maliki, irtifakın kurulmasını dava yoluyla da talep edebilir. Zorunlu irtifakın mülkiyet kısıtlaması niteliğine dayanılarak açılan dava bir yenilik doğuran dava olacaktır. Buna karşılık, zorunlu irtifakın diğer bir yapısal özelliği olan sözleşme yapma yükümlülüğüne dayanıldığı takdirde, eda davası açılabilir. Bu davalar açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olma, Türk Medenî Kanununda “Komşu

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi; Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, E-posta: lale.sirmen@ufuk.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3797-3036.

Makaleyi basılmadan önce okuyarak görüşlerini benimle paylaşan değerli bilim insanı Prof. Dr. Saibe OKTAY ÖZDEMİR’e teşekkür ederim.

Hakkı” başlığı altında düzenlenmiş olan kanunî mecra ve geçit hakkının kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından dava şartı olarak düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma yükümlülüğü, zorunlu irtifaklar, taşınmaz mülkiyetinin dolaylı kısıtlamaları, yenilik doğuran dava, eda davası.

ABSTRACT

Freedom of contract, as an extension of the principle of autonomy of will, encompasses both the freedom to enter into a contract and the freedom to refrain from doing so. Article 26 of the Turkish Code of Obligations indicates that the content of a contract may be determined by the parties within the limits prescribed by law. This provision implies that the limitations on freedom of contract are not confined to those enumerated in Article 27 of the Code of Obligations; rather, additional statutory limitations may also apply. One such limitation is the statutory duty to conclude a contract. This duty refers to an obligation imposed by law upon a person, irrespective of that person’s will, to enter into a contract in favor of certain individuals. Likewise, in cases of necessary servitudes, under certain conditions, the law grants the owner of an immovable property a right of claim that may be asserted before the courts against the owner of another immovable property to demand the establishment of a servitude over the latter’s property in favor of the former. The Turkish Civil Code recognizes four necessary servitudes: the statutory right of encroachment, the statutory right of conduit, the statutory right of way, and the statutory right to use a water source. Necessary servitudes thus function, on the one hand, as an indirect limitation on the ownership of the immovable property and, on the other hand, as a legal relationship giving rise to obligations. An owner of an immovable property seeking the establishment of a necessary servitude may initiate either an action of formative nature or an action for performance, depending on the legal characterization invoked. Furthermore, prior recourse to mediation constitutes a condition for bringing an action in disputes concerning the statutory right of way and the statutory right to use a water source, both of which are regulated under the title “Neighbor Right” in the Turkish Civil Code.

Keywords: *Freedom of contract, duty to enter into a contract, necessary servitudes, indirect limitation of immovable ownership, action of formative nature, action for performance.*

KONUNUN TAKDİMİ

Zorunlu irtifaklar, komşular arasında yardım ve dayanışmanın sürekliliğini sağlamak amacıyla taşınmaz mülkiyetine komşular yararına getirilmiş kısıtlamalardır. Ancak, zorunlu irtifaklarda irtifakı kurmakla yükümlü olan taşınmaz malikinin yalnız mülkiyet hakkı değil, sözleşme özgürlüğü de sınırlanmaktadır. Nitekim, zorunlu irtifakı kurma borcu altında olan taşınmaz maliki, aynı zamanda sürekli bir borç ilişkisine kaynaklık eden irtifak sözleşmesinin kurulmasına katılmakla da yükümlüdür. İşte bu yükümlülük sözleşme özgürlüğünün kanunla sınırlanması sonucu ortaya çıkmaktadır.

Zorunlu irtifaklarda sözleşme yapma yükümlülüğünü konu alan bu çalışmada esas itibarıyla sözleşme yapma zorunluluğu, zorunlu irtifakların hukukî yapısı, düzenleniş amacı ve kuruluş biçimi incelenecek, zorunlu irtifaklar tek tek ele alınarak özellikleri ve sözleşme yapma yükümlülüğü ile ilgili olarak yapıları karşılaştırılmak suretiyle tanıtılacaktır.

I. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

Sözleşme özgürlüğü, 18. yüzyıla egemen liberalizm ve bireyciliğin temellendirdiği irade özerkliği ilkesinin hukuk alanındaki uzantısıdır¹. İrade özerkliği, bireyin, hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içinde, hukukî ilişkilerini kendi isteklerine ve ihtiyaçlarına göre biçimlendirmek suretiyle kendi özel hukuk alanı üzerinde egemen olabilmesini ifade eder. Bu egemenliğin kullanılmasında başvurulacak en önemli araç ise, esas itibarıyla, iki veya daha fazla kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının oluşturduğu bir hukukî işlem olan sözleşmedir. Hukuk düzeninin sözleşmeye yer verdiği alanda, bir hakkın veya yükümlülüğün doğması, sona ermesi ya da muhtevanın değişmesi biçiminde kendini gösteren hukukî etki ya da sonuçların meydana gelmesi, doğrudan doğruya kişinin iradesine bağlanmıştır².

¹ **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 30. Baskı, Ankara 2025, N. 948; **Barış Demirsatan**, Sözleşme Yapma Zorunluluğu, İstanbul 2022, s. 6 vd.; **Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 363 vd.

² Hukukî ilişkilerin tek taraflı işlemler aracılığıyla kurulmasının, değiştirilmesinin veya ortadan kalkmasının istisnaen söz konusu olması nedeniyle sözleşme özgürlüğünün, irade özerkliğini hayata geçirecek en önemli ilke olduğu söylenebilir. Bu konuda bkz. **Ingebor Schwenzer / Christiana Fountoulakis**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Bern 2020, N. 25.01 vd.; **Eren**, N. 954 vd.; **Necip Kocayusufpaşaoğlu**,

Sözleşme özgürlüğü, kişilerin bir sözleşme yapma veya yapmama, karşı tarafa seçme, karşı tarafla anlaşarak sözleşmenin içeriğini istediği gibi düzenleme, sözleşmeyi istediği şekilde yapma (şekil serbestisi), yapılmış bir sözleşmeyi içerik olarak değiştirme ve sona erdirmeye konusunda serbestçe hareket edebilmelerini ifade eder³. Sözleşme özgürlüğünün Türk Borçlar Kanununun (TBK) 26. maddesinde düzenlenen içeriği bu tanıma oranla daha sınırlıdır: “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*”. Ancak, bu hükümde sözleşme özgürlüğü sadece içeriği belirleme yönünden belirtilmişse de, içerik özgürlüğü sözleşme özgürlüğünün diğer unsurlarının varlığını da gerektirdiğinden, hâkim görüş, bu hükmün sözleşme özgürlüğünü bütünüyle içerdiğini kabul eder⁴.

Su halde, sözleşme özgürlüğü hem sözleşme yapma hem de sözleşme yapmama özgürlüğünü içermektedir. Kişinin dilediği sözleşmeyi yapma özgürlüğü, sözleşme özgürlüğünün olumlu yönünü⁵; buna karşılık, sözleşme yapmama özgürlüğü de liberal sözleşme anlayışına göre sözleşme özgürlüğünün olumsuz yönünü ifade eder⁶. Herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğünü sahip olduğunu belirten Anayasanın 48. maddesinin 1. fıkrası hükmüyle sözleşme yapma özgürlüğü gibi, sözleşme yapmama özgürlüğünün de güvence altına alındığı açıktır. Sözleşme yapmama özgürlüğü, kişinin istemediği kişiyle, istemediği, dikte edilmiş içerikte bir sözleşme yapmama konusundaki özgürlüğünü ifade eder. Nitekim, sözleşme yapmama özgürlüğünün, sözleşme yapma özgürlüğüne işaret eden TBK 26’yla da yakın bir ilişkisi vardır. Çünkü sözleşme yapma zorunluluğu nedeniyle sözleşme yapmak zorunda olan kişinin sözleşmenin içeriğini belirleme konusunda da serbestçe hareket etmesi söz konusu olamaz. Ancak, TBK 26 sözleşmenin içeriğinin kanunda öngörülen sınırlar içinde belirlenebileceğini dile getirirken, sözleşme özgürlüğünün sınırları olduğunu ve bu sınırların da TBK 27’de sayılanlardan ibaret olmadığını belirtmiş olmaktadır. İşte kanundan doğrudan veya dolaylı olarak doğan sözleşme

Borçlar Hukuku, Genel Hükümler-Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2010, § 40, N. 4-5; ayrıca **Osman Berat Gürzumar**, Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006, s. 42, not: 25.

³ **Schwenzer / Fountoulakis**, N. 26.01; **Eren**, N. 956; **Demirsatan**, s. 9 vd.

⁴ **Gürzumar**, s. 42; **Eren**, N. 957; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 364; **Demirsatan**, s. 16.

⁵ **Ruth Arnet**, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Bern 2008, N. 177; **Vedat Buz**, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara 2006, s. 116; **Hale Şahin**, Uyarılma Kayıtları, Ankara 2024, s. 54-55.

⁶ **Arnet**, N. 176; **Buz**, s. 116; **Şahin**, s. 54.

yapma zorunluluğu da sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birini teşkil eder⁷. Günümüzde kişiler, hukukî ilişkilerini istekleri doğrultusunda biçimlendirebilmek için sürekli olarak sözleşme kurmak durumundadırlar. Liberal ekonomilerde kişilerin sözleşme özgürlüğünden yararlanıp karşılıklı menfaatlerini gözeterek sözleşme yapmaya girişmelerinin, her iki tarafın da birbirine eş pazarlık gücü bulunması halinde bir anlamı olabilir⁸. Müzakere gücü yüksek olan taraf, kendisine yönelmiş sözleşme önerilerini reddederek, öneride bulunanların kişi olarak toplumsal yaşamda hukukî ilişkilerini arzularına göre sürdürmelerini güçleştirebilir. İşte sözleşme özgürlüğünün bu şekilde kullanılmasının engellenmesi gerekir. Bunu sağlayacak olan araç da sözleşme yapma zorunluluğudur⁹. Sözleşme yapma zorunluluğu, sözleşme yapma özgürlüğünün olumsuz yönünü sınırlamaktadır.

Sözleşme özgürlüğünün kanunla sınırlanabilmesi, temel hak ve hürriyetlerin ancak Anayasanın ilgili maddelerinde sayılan sebeplerle kanunla sınırlanabileceğini belirten Anayasanın 13. maddesiyle de uyum içindedir¹⁰. Ancak burada özellikle üzerinde durulması gereken konu, sözleşme özgürlüğünün, bu şekilde sınırlanmasının Anayasanın ilgili maddelerinde sayılan sebeplere dayanıp dayanmadığının belirlenmesidir.

Sözleşme özgürlüğüne ilişkin olarak Anayasanın 48. maddesinde herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiştir. Ancak, Anayasanın 48. maddesinde hak ve özgürlükler açısından hiçbir sınırlama nedeninin öngörülmemesi, sözleşme özgürlüğünün tamamen sınırsız olduğu şeklinde yorumlanmasına yol açmamalıdır. Nitekim genel bir hukuk ilkesi olan ve Anayasanın 14. maddesinin 2. fıkrasında tekrarlanan “kötüye kullanma yasağı” sözleşme özgürlüğü bakımından da uygulama alanı bulur. Bu bakımdan, sözleşme yapma özgürlüğü, kötüye veya amacına aykırı kullanılması halinde sınırlanabilir ve bu sınırlama Anayasaya aykırı olmaz¹¹. Öte yandan, Anayasanın “temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder” şeklindeki 12. maddesinin 2. fıkrası hükmüyle pazarlık gücü zayıf olan tarafın korunması amacıyla karşı taraf için sözleşme yapma zorunluluğunun öngörülmesi, Anayasanın 48. maddesinin koruma alanı dışında kalabilecektir¹². Ayrıca,

⁷ Gürzumar, s. 42-43.

⁸ Arnet, N. 179; Kocayusufpaşaoğlu, § 40, N. 5; Schwenzer / Fountoulakis, N. 25.06; Saibe Oktay-Özdemir, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu, Cilt 1, (Madde 1-82), İstanbul 2019, TBK 26, N. 13; Demirsatan, s. 19.

⁹ Oktay-Özdemir, İstanbul Şerhi, TBK 26, N. 17; Demirsatan, s. 22.

¹⁰ Gürzumar, s. 42 vd.

¹¹ Gürzumar, s. 46 vd.; Demirsatan, s. 25.

¹² Gürzumar, s. 48.

kamu yararı nedeniyle Anayasanın 35. maddesi çerçevesinde sözleşme özgürlüğüne de kanunla sınırlama getirilmesi hukuka uygun olacaktır. Sözleşme özgürlüğünün, mülkiyet hakkıyla ilişkisi, özellikle zorunlu irtifakların komşular yararına getirilmiş mülkiyet kısıtlamaları içinde yer aldığı dikkate alındığı takdirde, Anayasanın 35. maddesinin 2. ve 3. fıkralarındaki: *“Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz”* şeklindeki hükümler de zorunlu irtifaklarda sözleşme özgürlüğünün kamu yararı amacıyla sınırlanmasına dayanak teşkil edebilecektir¹³. Bu nedenle, sözleşme özgürlüğünün öngördüğü taraflar arasındaki eşitliğin, mevcut ekonomik düzen karşısında şekli anlamda kalması ve böylece amacından sapmasını engellemek için getirilmiş olan sınırlamalar bakımından Anayasaya aykırılık sorunu söz konusu olmaz. Sözleşme yapma zorunluluğu da bu kapsamda düşünülmelidir¹⁴.

II. SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU¹⁵

Sözleşme yapma zorunluluğunda, bir kişinin kendisine bir sözleşme kurmak üzere öneri yönelten kişiye karşı, kanuna dayalı bir nedenle, bu öneriyi kabul etme, yani hedeflenen sözleşmenin kurulmasını sağlayacak olan irade beyanında bulunma borcu altında olması söz konusudur. Diğer bir deyişle, sözleşme yapma zorunluluğu, hukuk düzeninin kişiye bu yönde bir iradesi olmaksızın bazı kişiler lehine onlarla sözleşme yapma yükümlülüğü yüklemesidir¹⁶. Şu halde, sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması sonucu doğuran sözleşme yapma zorunluluğunun en önemli özelliği, kişinin iradesinden kaynaklanmamasıdır¹⁷.

¹³ **Gürzumar**, s. 43; **Demirsatan**, s. 26

¹⁴ **Demirsatan**, s. 26.

¹⁵ Sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birini teşkil eden sözleşme yapma zorunluluğu kavramını ifade etmek için öğretide sözleşme yapma zorunluluğu (Kontrahierungszwang, Abschlußzwang) terimi kullanılmasının yanısıra sözleşme yapma (kurma) yükümlülüğü (Kontrahierungspflicht, Abschlusspflicht) terimi de kullanılmaktadır. Bu iki ifadeye farklı anlamlar yükleyen yazarların yanısıra, bunların eş anlamlı olduğunu belirten görüşler de mevcuttur (bkz. **Arnet**, N. 78-79; **Demirsatan**, s. 32). Gerçekte, sözleşme yapmakla yükümlü olma, sözleşme yapma zorunda olmanın sonucu olarak ortaya çıktığından, bu incelemede genel başlık olarak sözleşme yapma zorunluluğu, bu zorunluluğun söz konusu olduğu her somut durum için sözleşme yapma yükümlülüğü terimleri kullanılmıştır.

¹⁶ **Hans Karl Nipperdey**, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920, s. 7; **Buz**, s. 116.

¹⁷ **Nipperdey**, s. 17. “... sözleşme yapma zorunluluğu en özlü şekilde, kanuna dayalı bir nedenle, bir kişinin kendisine bir sözleşme kurmak üzere öneri yönelten kişiye karşı bu

Bir kimse bir ön sözleşme, örneğin bir satış vaadi yapmak suretiyle kendi iradesiyle bir sözleşme yapma yükümlülüğü altına girebilir. Ancak, bu durumda sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması sonucu ortaya çıkan sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu değildir¹⁸. Sözleşme yapma zorunluluğu, bu zorunluluk altında olan kişinin irade özerkliğine müdahale teşkil eder. Oysa, tarafların ileride bir sözleşme yapacaklarına ilişkin vaatlerini içeren sözleşmede, sözleşme yapma borcu altına giren taraflar kendi irade özgürlüklerini bizzat sınırlamaktadırlar. Ön sözleşme ile irade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın olağan başka bir borç doğuran sözleşmeden farkı yoktur¹⁹.

Sözleşme yapma zorunluluğu bulunduğu durumlarda sözleşme ancak karşılıklı ve birbirine uygun öneri ve kabul beyanlarıyla kurulabilmekte, sözleşme yapmaya zorlama hakkı bulunan tarafın tek taraflı irade beyanı (öneri) sözleşmenin kurulmasına yeterli olmamaktadır. Buna karşılık, bir yenilik doğuran hak, hak sahibi tarafından karşı tarafa yöneltilen tek taraflı irade beyanıyla kullanıldığı takdirde, muhatap ve hak sahibi arasında sanki bir sözleşme yapılmış gibi bir ilişki doğurur. Bu durumda hakkın kullanılması sonucunda, yani hakkın kullanıldığına ilişkin irade beyanının muhataba ulaşmasıyla iki taraf arasında ortaya çıkan sözleşme ilişkisi çerçevesinde hak ve yükümlülükler meydana gelir. Türk Medenî Kanunu (TMK) ve Türk Borçlar Kanununda düzenlenen sözleşmeden doğan alım, önalım ve geri alım hakları bunun en bilinen örneklerindendir. Yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla karşı tarafın kabulüne gerek olmaksızın sözleşme ilişkisinin doğması, yenilik doğuran hakların sözleşme yapma yükümlülüğü doğurmadığını göstermektedir²⁰. Bu hakların tarafların sözleşme serbestisi kapsamında sözleşmeyle kararlaştırılması da, bunların sözleşme yapma yükümlülüğü doğurmasına bir diğer açıdan engel oluşturur²¹. Bununla beraber, kanunda düzenlenmiş bir yenilik doğuran hak olan yasal önalım hakkının kullanılmasıyla da payın devrine ilişkin satış sözleşmesi yapma borcu değil, doğrudan doğruya satım ilişkisi, dolayısıyla payı devretme borcu doğduğundan, burada da sözleşme yapma yükümlülüğü bulunmadığı kabul edilmektedir²².

öneriyi kabul etme borcu altında olması olarak tanımlanmalıdır. Öncelikle, bir temel özgürlüğün sınırlandırılması söz konusu olduğundan, bu zorunluluğunun kanundan kaynaklandığı ve bu itibarla sözleşme yapmakla borçlu olan kişinin iradesinden kaynaklanmadığı bu şekilde ortaya konulabilmektedir”: **Demirsatan**, s. 29-30.

¹⁸ **Arnet**, N. 95; **Demirsatan**, s. 33- 34.

¹⁹ **Demirsatan**, s. 34.

²⁰ **Arnet**, N. 96; **Demirsatan**, s. 36

²¹ **Arnet**, N. 96.

²² **Arnet**, N. 107.

Medenî Kanun ve Borçlar Kanununda sözleşme yapma zorunluluğundan kaynaklanan sözleşme yapma yükümlüğünü genel olarak düzenleyen bir hüküm yoktur. Ancak bazı hükümlerin sözleşme yapma yükümlülüğüne dayanak olabileceği; söz konusu hükümlerin yorum yoluyla genel veya dolaylı olarak sözleşme yapma yükümlülüğü doğurduğu ileri sürülmektedir. Doktrinde sözleşme yapma zorunluluğunun dayandırıldığı hükümler esas itibarıyla TMK 2, TMK 24 ve TBK 49/2'dir²³. Federal Mahkeme sözleşme yapma zorunluluğunu ahlâka aykırı davranış yasağına dayandırırken²⁴, Yargıtay TMK 2 hükmünde hareket etme eğilimindedir²⁵. Bunların yanı sıra, kanun hükümleriyle sözleşme yapma yükümlülüğünün tüketicinin korunması mevzuatında olduğu gibi özel olarak düzenlendiği durumlar da mevcuttur²⁶.

Acaba Medenî Kanunda irtifak hakkı kurma zorunluluğu getiren hükümlerle sözleşme yapma yükümlülüğünün de düzenlenmiş olduğu söylenebilir mi? Bu soruya cevap verebilmek için söz konusu hükümlerle kurulan irtifakları incelemek gerekir.

III. ZORUNLU İRTİFAKLAR

Zorunlu irtifaklar, Medenî Kanunda düzenlenmiş olan dolaylı mülkiyet kısıtlamaları²⁷ niteliğini taşıyan, esas itibarıyla bir taşınmazın amacına uygun olarak kullanılabilmesi veya işletilebilmesi için zorunlu olan bir ihtiyacı karşılamak ya da taşınmazda yaratılan bir değeri korumak üzere kurulan irtifak haklarıdır. Bu anlamda mülkiyet kısıtlaması kanunun bu hakları dolaylı olarak kurmasından değil, maliki bu hakları kurmakla yükümlü kılmasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir deyişle, zorunlu irtifak hakları kanun gereği meydana gelmez, kanundan kaynaklanan sadece irtifak hakkını kurma yükümlülüğüdür. Zorunlu irtifaklar bu yükümlülük yerine getirilmek suretiyle kurulur²⁸.

Medenî Kanunun bir taşınmaz malikini, komşu taşınmazın zorunlu bir ihtiyacını karşılamak üzere onun taşınmazı lehine bir irtifak kurmakla

²³ Gürzumar, s. 53; Buz, s. 118-119; Arnet, N. 321 vd.

²⁴ Bkz. Buz, s. 119; Demirsatan, s. 81-83; BGE 129 III 35.

²⁵ Buz, s. 119 ve Demirsatan, s. 90 ve aynı sayfalarda zikredilen kararlar.

²⁶ Örneğin, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6 sözleşme yapma yükümlülüğü getiren özel bir kanun hükmüdür. Mevzuatta yer alan sözleşme yapma zorunluluğu oluşturabilecek nitelikteki hükümlerin gerçek anlamda zorunluluk doğurup doğuramayacakları hakkında bkz. Demirsatan, s. 121 vd.

²⁷ Bkz. aşağıda: 58'e ait metin.

²⁸ A. Lâle Sirmen, Eşya Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2025, s. 584.

yükümlü kıldığı dolaylı mülkiyet kısıtlamalarında, bu borç yerine getirilerek kurulan irtifak hakkı zorunlu ihtiyacı karşılamak üzere, kanunda düzenlenen bir talep hakkına dayanılarak kurulduğundan²⁹, zorunlu irtifaklar kanunî irtifaklar olarak da anılmaktadır^{30, 31}.

Katlanma yükümlülüğü içeren zorunlu irtifaklar Medenî Kanunda kanunî taşkın yapı hakkı, kanunî mecra hakkı, kanunî geçit hakkı ve kanunî kaynak hakkı olarak düzenlenmiştir. Zorunlu irtifaklar, kanunî mecra hakkı dışında, kanundaki şartların gerçekleşmesi halinde uygun (TMK 725/2) veya tam (TMK 747/1, 761/1) bir bedel karşılığında tanınmaktadır. Mecra irtifakında ise, yüklü taşınmaz malikinin uğrayacağı zararın tamamen karşılanması şart koşulmuştur (TMK 744/1).

IV. ZORUNLU İRTİFAKLARI KURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAYNAĞI

Türk öğretisinde zorunlu irtifakları kurma yükümlülüğünün kaynağı hakkında başlıca iki görüş mevcuttur: Yenilik doğuran hak görüşü ve kanundan doğan eşyaya bağlı borç görüşü.

A. Yenilik Doğuran Hak Görüşü

Bu görüşe göre, zorunlu irtifak haklarından kanunî taşkın yapı hakkı, kanunî geçit hakkı ve kanunî kaynak hakkında, bu hakların kurulması konusunda kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesiyle kanun ihtiyacı sahibine bir irtifak hakkı kurulmasını isteme konusunda bir yenilik doğuran hak tanımıştır. Söz konusu hak, zorunlu irtifaka ihtiyacı bulunan taşınmazın mülkiyetine bağlıdır. Hak sahibinin hakkını kullanmasıyla, karşı tarafın kabulüne gerek kalmaksızın komşu taşınmaz maliki zorunlu irtifakı kurma borcu altına girer³². Dolayısıyla, bu durumda hakkı kurmakla yükümlü olan kişi

²⁹ Bkz. aça. IV, B ve V.

³⁰ **Rey**, N. 597.

³¹ Kanunî irtifaklar, zorunlu bir ihtiyacın karşılanması veya yaratılan bir değerın korunması amacıyla kurulan zorunlu irtifaklardan daha geniş bir kavramı ifade eder. Bu kavram kanundan kaynaklanan tüm irtifak haklarını kapsar. Nitekim, sağ kalan eşin ölen eşiyile birlikte yaşadıkları konut üzerinde tanınmasını isteyebileceği intifa veya oturma hakları da TMK 240/1, TMK 255/2 ve TMK 652/2’de sağ kalan eşe kanunen tanınmış olan talep hakkına dayandığından, kanunî irtifak hakları olarak nitelendirilmektedir: **Jörg Schmid/ Bettina Hürlmann-Kaup**, Sachenrecht, 6. Auflage, Zürich, Genf 2022, N. 1220; karş. **Halûk Nomer / Mehmet Serkan Ergüne**, Eşya Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2025.

³² **M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, (kanunî taşkın yapı hakkı) N. 1864, (kanunî geçit hakkı) N. 2011, (kanunî kaynak hakkı) N. 2023; **Hüseyin**

bakımından bir sözleşme yapma yükümlülüğü söz konusu değildir. Nitekim, yukarıda da belirtildiği gibi, yenilik doğuran hakların kullanılması sözleşme yapma yükümlülüğü doğurmaz³³.

Kanunî mecra irtifakında ise, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesiyle ihtiyaç içinde olan taşınmaz lehine kanunen doğrudan doğruya bir irtifak hakkının doğacağı ileri sürülmektedir³⁴. Böylelikle, şartların gerçekleşmesiyle “irtifak tesisi yenilik doğuran hakkı” doğmuş; mecra irtifakı kurulmuş olmaktadır³⁵. Dolayısıyla bu durumda da bir sözleşme yapma yükümlülüğünden söz etmek mümkün değildir.

B. Kanundan Doğan Eşyaya Bağlı Borç Görüşü

Yenilik doğuran hak görüşü karşısında yer alan, bizim de katıldığımız *kanundan doğan eşyaya bağlı borç* görüşüne göre ise, zorunlu irtifaklarda kanun belli şartlar altında bir taşınmaz malikine diğer bir taşınmaz malikine karşı, bu malikin taşınmazı üzerinde ihtiyaç duyulan irtifak hakkını kurması konusunda dava yoluyla da ileri sürebileceği bir talep hakkı tanır³⁶. Böylelikle söz konusu taşınmaz maliki kanundan dolayı taşınmazı üzerinde talep edilen irtifak hakkını kurmakla yükümlü olur. Bu yükümlülük, kanundan doğan eşyaya bağlı borç niteliğindedir³⁷. Taşınmaz maliki, talepte bulunan taşınmaz maliki ile resmî şekilde (TMK 706/1, Tapu K. 26/1) düzenlenen bir sözleşme (irtifak sözleşmesi) yapmak ve kural olarak irtifak hakkının tescilini³⁸ sağlamak üzere tescil isteminde bulunmak suretiyle bu borcunu yerine getirir. Ancak zorunlu irtifaklardan kanunî mecra irtifakı, irtifak sözleşmesinin kurulmasıyla doğduğundan³⁹, mecra irtifakında yükümlü taşınmaz maliki

Hatemi / Rona Serozan / Adülkadir Arpacı, Eşya Hukuku, İstanbul 1991 (**Hüseyin Hatemi**), s. 664; **Demirsatan**, s. 37. Bu görüşün eleştirisi için bkz. **Çiğdem Kırcı**, “Zorunlu İrtifakların Hukukî Niteliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. 54, S. 4, s. 74-76.

³³ Bkz. yuk. not: 20’ye ait metin.

³⁴ **Cumhur Özakman**, Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978, s. 199; **Oğuzman/ Seliçi / Oktay Özdemir**, N. 2005.

³⁵ **Hatemi / Serozan / Arpacı**, Eşya Hukuku, İstanbul 1999, s. 661.

³⁶ Bu görüş için bkz. **Sirmen**, (kanunî taşkın yapı hakkı) s. 578-579, (kanunî mecra hakkı) s. 627, (kanunî geçit hakkı) s. 632, (kanunî kaynak hakkı) s. 634. Kanunî mecra hakkı sözleşmeyle kurulmakla beraber, yapılacak açıklayıcı tescil için de aynı usul izlenmelidir.

³⁷ **Peter Liver**, Das Eigentum, Schweizerisches Privatrecht, Fünfter Band Sachenrecht, Erster Halbband, Basel, Stuttgart 1977, s. 198; **Heinz Rey**, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Dritte ergänzte und überarbeitete Auflage, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I, Bern 2007, N. 595; **Kırcı**, s. 73; **Sirmen**, s. 584.

³⁸ Bu konuda bkz. aşağıda: 40’a ilişkin metin.

³⁹ Bkz. aşağıda: V, B.

sadece bu sözleşmenin kurulmasına katılmakla borcunu ifa etmiş sayılır. Dolayısıyla, kanundan doğan eşyaya bağlı borç görüşü kabul edildiği takdirde, zorunlu irtifakı kurma borcu altında olan taşınmaz maliki bakımından sözleşme yapma yükümlülüğü söz konusu olmaktadır.

V. ZORUNLU İRTİFAKLARIN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Zorunlu irtifaklar sözleşme yapma yükümlülüğünün değişik görünüş biçimleri olarak kabul edilir. Aslında zorunlu irtifakı kurmakla yükümlü olan taşınmaz maliki bakımından hem mülkiyet hakkının kısıtlanması hem de sözleşme serbestisinin sınırlanması söz konusudur. Zorunlu irtifaklarda sözleşme yapma edimi üzerine yapılanmış bir sürekli borç ilişkisinin varlığı da gözlemlenmektedir.

Zorunlu irtifaklar yararlanan taşınmaz lehine kurulduğundan, eşyaya bağlı irtifakların tescilindeki usul gereğince (TMK 1018 ve TST 30/3) hem yararlanan hem de yüklü taşınmazların sayfalarına tescil edilir⁴⁰.

Zorunlu irtifaklar, Medenî Kanunda, kanunî (zorunlu) taşkın yapı hakkı, kanunî (zorunlu) mecra hakkı, kanunî (zorunlu) geçit hakkı ve kanunî (zorunlu) kaynak hakkı olarak şöyle düzenlenmiştir.

A. Kanunî (Zorunlu) Taşkın Yapı Hakkı

Medenî Kanunun 725. maddesinin 1. fıkrasına göre: “*Bir yapının başkasına ait araziye taşırılan kısmı, eğer yapıyı yapan malik taşırılan arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, ona ait taşınmazın bütünleyici parçası olur.*” Ancak taşkın yapıyı yapan malik, bu yapıyı komşu araziye taşıma yetkisi sağlayan bir irtifak hakkına sahip olmasa da, “*zarar gören malik taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak on beş gün içinde itiraz etmediği, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyiniyetle yapan taşınmaz maliki, uygun bir bedel⁴¹ karşılığında taşınan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini*

⁴⁰ Bu konuda bkz. **Sirmen**, kanunî taşkın yapı hakkı için s. 579; kanunî geçit hakkı için s. 632; kanunî kaynak hakkı için s. 634. Öğretide, diğer zorunlu irtifaklardan farklı olarak kanunî kaynak hakkının belirli bir kişi veya topluluk lehine kurulan düzensiz kişiye bağlı irtifak olarak da kurulabileceği ileri sürülmektedir: **Liver**, s. 304.

⁴¹ Bedel talebinin dayanağı, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir; ödenecek bedel yaratılan ekonomik değer korunması sonucunda katlanılan fedakârlığın karşılığını oluşturmaktadır: **İlhan Uluşan**, Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 143 vd., 339 vd.; **Galip Sermet Akman**, Taşkın İnşaat, İstanbul 1982, s. 262-263.

isteyebilir”(TMK 725/2). Arazi malikinin taşan kısım için kuracağı irtifak hakkı, araziye temas eden yapı için bir üst hakkı, balkon gibi temas etmeyenler için de, yapının taşmasına katlanma irtifakı (TMK 779) olabilir. Ayrıca bu irtifak hakkı, yapıyı yapan malikin taşınmazının mülkiyetine bağlı (eşyaya bağlı) irtifak biçiminde kurulmuş olmalıdır⁴².

Görüldüğü gibi, kanun burada taşkın yapıyla yaratılmış olan değer in korunması için, yapının taşmış olduğu arazinin malikini, yapıyı yapan malik ile bir sözleşme yapmak ve bu sözleşmeye göre de taşan kısım için bir irtifak hakkının kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin devredilmesini sağlamakla yükümlü kılmaktadır. Bu yükümlülük kanundan doğan eşyaya bağlı borç niteliğindedir. Arazi maliki bu borcunu yapıyı yapan malik ile resmî şekilde (TMK 706/1, Tapu K. 26/1) düzenlenen bir sözleşme yapmak ve irtifak hakkının⁴³ veya devrettiği arazinin mülkiyetinin tescilini istemek suretiyle yerine getirir. Taşınmaz maliki sözleşme yapmaya yanaşmazsa, yapı maliki taşan kısım için bir irtifak hakkının kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin devredilmesini dava yoluyla talep edebilir⁴⁴.

B. Kanunî (Zorunlu) Mecra Hakkı

Medenî Kanunun 744. maddesinin 1. fıkrasına göre: “*Her taşınmaz maliki, uğrayacağı zararın⁴⁵ tamamının önceden ödenmesi koşuluyla, su yolu, kurutma kanalı, gaz ve benzerlerine ait boruların, elektrik hat ve kablolarının, başka yerden geçirilmesi olanaksız veya aşırı ölçüde masraflı olduğu takdirde, kendi arazisinin altından veya üstünden geçirilmesine katlanmakla yükümlüdür.*”

Bu hükümde öngörülen şartların gerçekleşmesiyle kanun mecra ihtiyacı içinde bulunan taşınmazın malikine, komşu taşınmaz malikine karşı, bu malikin taşınmazı üzerinde ihtiyaç duyulan mecra irtifakını kurması konusunda dava yoluyla da ileri sürebileceği bir talep hakkı tanımaktadır. Komşu taşınmaz malikinin talepte bulunan malikin mecraya ihtiyacı olan taşınmazı lehine bu irtifak hakkını kurmakla yükümlü olması, kanundan doğan eşyaya bağlı borç niteliğindedir. İrtifak hakkı, taşınmaz malikinin bu borcu

⁴² Oğuzman / Seliçi / Oktay Özdemir, N. 1870; Sirmen, s. 579.

⁴³ Bkz. yuk. not: 40’a ilişkin metin.

⁴⁴ Bkz. aşı. VII.

⁴⁵ TMK744/1’de her ne kadar zarar deniyorsa da, burada gerçekte çatışan çıkarlardan birinin tercih edilmesi sonucu katlanılan ağır fedakârlığın bedeli olarak bir denkleştirme sağlanmak istenmiştir: **Ulusan**, s. 136 vd., 338.

yerine getirmek üzere mecra ihtiyacı içinde bulunan taşınmazın maliki ile yaptığı sözleşmeyle kurulur⁴⁶.

Mecra hakkını kuran sözleşme, aynî etkili bir sözleşme olmakla birlikte, aynı zamanda irtifakın kurulmasını hedefleyen, irtifakın nasıl kullanılacağına, yerine, irtifakın karşılığında ödenecek zararın miktarına ilişkin olarak tarafların karşılıklı alacak ve borçlarını düzenleyen bir irtifak sözleşmesi niteliğini de taşımaktadır. Bu bakımdan, bu sözleşme TMK 781 uyarınca resmî şekilde, tapu müdürü veya onun yetkilendireceği tapu sicil görevlisi tarafından düzenlenmelidir (Tapu K. 26/1). TMK 744/3'e göre, hak sahibi, giderlerini karşılayarak açıklayıcı tescil yaptırabilir. Tescil edilmemiş olan mecra hakkı, dışarıdan görülmüyorsa, yüklü taşınmazın mülkiyetini kazanan iyiniyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez⁴⁷. Taşınmaz maliki sözleşme yapmaya yanaşmazsa, taşınmazı için mecra ihtiyacı içinde olan komşu malik mecra hakkının kurulmasını dava yoluyla talep edebilir⁴⁸.

C. Kanunî Geçit Hakkı

Medenî Kanunun 747. maddesinin 1. fıkrasına göre: *“Taşınmazından genel yola çıkmak için yeterli geçidi bulunmayan malik, tam bir bedel⁴⁹ karşılığında bir geçit hakkı tanınmasını komşularından isteyebilir.”* Bu hükümde öngörülen şartların gerçekleşmesiyle kanun geçit ihtiyacı içinde olan taşınmazın malikine, komşu taşınmaz malikine karşı, bu malikin taşınmazı üzerinde ihtiyaç duyulan geçit irtifakını kurması konusunda dava yoluyla da ileri sürebileceği bir talep hakkı tanımaktadır. Komşu taşınmaz malikinin talepte bulunan malikin geçit ihtiyacı içinde olan taşınmazı lehine bu irtifak hakkını kurmakla yükümlü olması, kanundan doğan eşyaya bağlı borç niteliğindedir⁵⁰.

Komşu taşınmaz malikinin borcunu yerine getirmek için geçit ihtiyacı içinde bulunan taşınmazın maliki ile önce bir irtifak sözleşmesi yapması gerekir. Bu sözleşme TMK 781 uyarınca tapu müdürlüğünde düzenlenmelidir

⁴⁶ **Arthur Meier-Hayoz**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband, Das Grundeigentum II, Art. 680-701 ZGB, Bern 1975, Art. 691, N. 7; **Rey**, N. 1152, **Sirmen**, s. 628.

⁴⁷ **Meier-Hayoz**, Art. 691, N. 75; **Rey**, N. 1155; **Sirmen**, s. 628.

⁴⁸ Bkz. aşı. VII.

⁴⁹ Bu bedel, yüklü taşınmaz malikinin fedakârlığının karşılığı olan bir denkleştirme bedelidir: *Ulus*, s. 130 vd.; Y14.HD, 12.09.2012, 8241/10014 (YKD, 2012/11, s. 2160).

⁵⁰ **Meier-Hayoz**, Art 694, N. 8; **Thomas Geiser / Stephan Wolf (Hrsg.)**, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 7. Auflage, Basel 2023 (**Rey / Strebel**) Art. 694, N. 3; **Sirmen**, s. 632.

(Tapu K. 26/1). Sözleşmede, irtifakın yeri ve irtifakın karşılığında ödenecek olan bedelin miktarı da belirtilmelidir. Sözleşme düzenlendikten sonra da yükümlü taşınmaz maliki, irtifak hakkının tescili için tescil isteminde bulunmalıdır. İrtifak hakkı tapu siciline tescille kurulur⁵¹.

Malik borcunu ifa etmezse, geçit ihtiyacı içinde olan taşınmazın maliki, geçit hakkının kurulmasını dava yoluyla talep edebilir⁵².

D. Kanunî Kaynak (Su) Hakkı

Medenî Kanunun 761. maddesinin 1. fıkrasına göre: “*evi, arazisi veya işletmesi için gerekli sudan yoksun olup bunu aşırı zahmet ve gidere katlanmaksızın başka yoldan sağlayamayan taşınmaz maliki komşusundan, onun ihtiyacından fazla olan suyu tam bir bedel⁵³ karşılığında almasını sağlayacak bir irtifak kurulmasını isteyebilir.*” Bu hükümde öngörülen şartların gerçekleşmesiyle kanun kaynak ihtiyacı içinde olan taşınmazın malikine, komşu taşınmaz malikine karşı, bu malikin taşınmazı üzerinde ihtiyaç duyulan kaynak hakkını kurması konusunda dava yoluyla da ileri sürebileceği bir talep hakkı tanımaktadır. Komşu taşınmaz malikinin talepte bulunan malikin kaynak ihtiyacı içinde olan taşınmazı lehine bu irtifak hakkını kurmakla yükümlü olması, kanundan doğan eşyaya bağlı borç niteliğindedir. Komşu taşınmaz malikin borcunu yerine getirmek için taşınmazı kaynak ihtiyacı içinde bulunan malik ile TMK 781 ve Tapu K. 26/1 uyarınca tapu müdürlüğünde yapacağı sözleşmede (irtifak sözleşmesinde) irtifakın yeri ve irtifakın karşılığında ödenecek bedelin miktarı belirtilir. Sözleşme düzenlendikten sonra da yükümlü taşınmaz malikin, talep sahibi malikin su ihtiyacı içinde olan taşınmazı lehine irtifak hakkının tescili için tescil isteminde bulunması gerekir. İrtifak hakkı tapu siciline tescille kurulur⁵⁴.

Malik borcunu ifa etmezse, taşınmazı için su ihtiyacı içinde olan komşu malik, kaynak irtifakının kurulmasını dava yoluyla talep edebilir⁵⁵.

VI. ZORUNLU İRTİFAKLARIN HUKUKÎ YAPISI

Aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi, zorunlu irtifaklar bir yönüyle kanundan doğan dolaylı mülkiyet kısıtlaması niteliğindedir. Dolaylı

⁵¹ Bkz. yuk. not: 40’a ilişkin metin

⁵² Bkz. aşağıda VII.

⁵³ Bu bedel, yüklü taşınmaz malikin fedakârlığının karşılığı olan bir denkleştirme bedelidir: **Ulusan**, s. 135.

⁵⁴ Basler Kommentar (**Rey / Strebel**), Art. 710, N. 2. Ayrıca bkz. yuk. not: 40’a ilişkin metin.

⁵⁵ Bkz. aşağıda VII.

mülkiyet kısıtlamalarında bir taşınmaz maliki kanundan ötürü diğer bir taşınmaz malikine karşı, bu malikin kendi taşınmazı üzerinde bir aynî hak kurması konusunda dava yoluyla da ileri sürebileceği bir talep hakkına sahiptir. Mülkiyetin kısıtlanması sonucunu doğuran aynî hak, kural olarak tapu siciline tescille kurulur.

Bu nedenle, zorunlu irtifaklarda iki aşama vardır: Birincisi, irtifak sözleşmesinin kurulması; ikincisi de kanunda öngörülmüş olan irtifak hakkının kurulması⁵⁶. İrtifak hakkını kurma borcu altındaki taşınmaz maliki birinci aşamada irtifak sözleşmesini, ikinci aşamada da irtifak hakkını kurmakla yükümlü olmaktadır. Dolayısıyla burada bu taşınmaz maliki bakımından sözleşme yapma yükümlülüğü söz konusu olmaktadır.

A. Kanundan Doğan Dolaylı Mülkiyet Kısıtlaması Olarak Zorunlu İrtifaklar

Taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları, hukukî işleminden ve kanundan doğan kısıtlamalar olmak üzere ikiye ayrılır. Kanundan doğan mülkiyet kısıtlamaları, doğrudan etkili olup olmamasına göre doğrudan mülkiyet kısıtlamaları ve dolaylı mülkiyet kısıtlamaları olarak bir ayırıma tâbi tutulmaktadır. Özel hukuktan kaynaklanan doğrudan mülkiyet kısıtlamaları özel veya resmî bir işleme gerek kalmaksızın, kanun gereği malike karşı ileri sürülebilen kısıtlamalardır. Bu kısıtlamalar maliki doğrudan doğruya bir şeye katlanmak, bir şeyden kaçınmak veya bir şeyi yapmakla yükümlü kılar⁵⁷. Dolaylı mülkiyet kısıtlamaları ise doğrudan doğruya kanundan doğmaz; kanun belli şartlar altında bir taşınmaz malikine diğer bir taşınmaz malikine karşı, bu malikin kendi taşınmazı üzerinde bir aynî hak kurması konusunda dava yoluyla da ileri sürebileceği bir talep hakkı tanır. Kendisinden aynî hak kurması talep edilen taşınmaz maliki de taşınmazı üzerinde talep edilen aynî hakkı, örneğin bir irtifak hakkı veya rehin hakkı kurmakla yükümlü olur⁵⁸. Taşınmaz malikinin talep sahibi için aynî hak kurma yükümlülüğü, kanundan doğan, eşyaya bağlı borç niteliğindedir⁵⁹.

Zorunlu irtifakların kurulması şeklinde gerçekleşen dolaylı mülkiyet kısıtlaması, kanunun taşınmaz malikini irtifak hakkını kurmakla yükümlü kılmasından kaynaklanır. Taşınmaz malikine mülkiyet kısıtlaması etkisi

⁵⁶ Arnet, N. 289.

⁵⁷ Meier-Hayoz, Art. 680, N. 52; Rey, N. 592; Basler Kommentar (Rey / Strebel), Art. 680, N. 3; Sirmen, s. 584.

⁵⁸ Rey, N. 595; Liver, s. 197-198; Sirmen, s. 584.

⁵⁹ Rey, N. 595; Liver, s. 198; Sirmen, s. 584.

yapan böyle bir hakkın meydana gelmesi, kural olarak tapu siciline tescille mümkündür⁶⁰.

B. Kanunî Borç İlişkisi Olarak Zorunlu İrtifaklar

Zorunlu irtifaklar aynı zamanda kanunî borç ilişkisi olarak da nitelendirilmektedir⁶¹. Nitekim, hak sahibi taşınmaz malikinin irtifak hakkının kurulmasına ilişkin alacağı, kanundan doğan dar anlamda bir borç ilişkisini ifade eder⁶². Ancak, zorunlu irtifaklarda kanun içerik itibarıyla taraflar için birtakım hak ve yükümlülükler de düzenlediğinden, her zorunlu irtifak hakkı bir yönüyle dolaylı mülkiyet kısıtlaması niteliğini taşıırken, bir diğer yönüyle de kanundan doğan, geniş anlamda bir borç ilişkisi oluşturur⁶³. Nitekim, kanunda irtifakın nasıl kullanılacağına, yerine, irtifakın karşılığında ödenecek bedelin miktarına, bunların yanısıra, kanunda irtifakın kullanabilmesi için yapılacak tesisin yapım, bakım, iyileştirme giderlerinin kimin tarafından karşılanacağına ilişkin olarak (TMK 790), taraflar için karşılıklı alacak ve borçlar düzenlenmiştir. Taraflar da irtifak sözleşmesiyle bu geniş anlamda borç ilişkisini kendi iradelerine uygun olarak düzenleyebilirler.

Kanunî taşkın yapı hakkı, kanunî geçit hakkı ve kanunî kaynak hakkı gibi zorunlu irtifaklar, zorunlu bir ihtiyacı karşılamak üzere, yüklü taşınmaz malikinin bu yolda bir iradesi olmaksızın, kanunda düzenlenmiş bir talep üzerine kurulduğu için, burada kanundan doğan bir sözleşme yapma yükümlülüğü de söz konusu olmaktadır⁶⁴. Nitekim, irtifak hakkının kurulması için kanunda öngörülmüş olan koşulların gerçekleşmesiyle irtifak hakkını kurma yükümlülüğü altında bulunan taşınmaz malikinin, zorunlu irtifakın kurulmasını talep eden taşınmaz maliki ile tescilin hukukî sebebinin oluşturacak olan borçlandırıcı sözleşmeyi (irtifak sözleşmesini) yapma borcu doğar. Aynı şekilde, kanunî mecra irtifakında da, kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesiyle, irtifakı kurmakla yükümlü olan taşınmaz malikinin, mecra

⁶⁰ Bu konuda bkz. **Sirmen**, s. 624.

⁶¹ **Arnet**, N. 289.

⁶² Alacaklının borçludan istemeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmek zorunda kaldığı bir tek edimi, yani bir tek borç ve onun karşılığı olan alacağı içeren hukukî ilişkiye dar anlamda borç ilişkisi denir: **Eren**, N. 60; **Schwenzer / Fountoulakis**, N. 4.01; **M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz**, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 23. Bası, İstanbul 2025, N. 11.

⁶³ Geniş anlamda borç ilişkisi taraflar arasında çeşitli borçları içeren, aslî edim yükümünün yanısıra yan yükümlülükleri de içine alan bir hukukî ilişkiyi ifade eder: bkz. **Eren**, N. 61; **Schwenzer / Fountoulakis**, N. 4.03; **Oğuzman / Öz**, N. 12.

⁶⁴ **Arnet**, N. 296.

irtifakının kurulmasını talep etmiş olan taşınmaz maliki ile aynî etkili irtifak sözleşmesini yapma borcu doğmaktadır⁶⁵.

Görüldüğü gibi, zorunlu irtifaklarda sözleşme yapma yükümlülüğünün bir borç ilişkisi olarak doğabilmesi için, irtifaka ihtiyacı olan taşınmaz malikinin bunu talep etmesi gerekir. Bu talep irtifak hakkının kurulması için kanunda öngörülmüş olan esaslı noktaları da ihtiva eden bir “öneri” şeklinde olur. Yoksa, irtifakın kurulmasını talep eden taşınmaz maliki bu talebini bir öneri ile yapmadıkça, komşu taşınmaz malikinin irtifak sözleşmesini yapma borcu doğmaz. Dolayısıyla, yapılan önerinin özellikle kanuna uygun olması da gerekmektedir. Örneğin, öneride taşkın yapı hakkı için uygun bedelin, mecra hakkı için zararın tamamının, geçit ve kaynak hakkı için tam bedelin miktarı olduğundan daha düşük belirlenmiş veya sözleşmeden doğan edimlerin ifası için makul sayılmayacak bir vadeye yer verilmiş ise, sözleşme yapma yükümlülüğü doğmayacaktır⁶⁶. İrtifaka ihtiyacı olan tarafın önerisi ile başlayan süreçte, tarafların sözleşme hükümlerini müzakere etmek suretiyle sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktaları üzerinde uyuşmaları da mümkündür.

Zorunlu irtifakın kurulması vaadini içeren, mecra irtifakında irtifak hakkının kurulmasını da sağlayan irtifak sözleşmesi resmî şekle tâbi olup bu işleme resmîyeti verecek olan makam da tapu müdürlükleridir.

VII.ZORUNLU İRTİFAKLARIN MAHKEME KARARIYLA KURULMASI

Zorunlu irtifakın kurulmasını talep hakkına sahip olan taşınmaz maliki, irtifakın kurulmasını dava yoluyla da talep edebilir. Zorunlu irtifakların uygulamada mülkiyet kısıtlaması veya sözleşme yapma yükümlülüğü şeklinde ele alınmasına göre açılacak olan davalar da farklıdır. Şöyle ki, zorunlu irtifakın mülkiyet kısıtlaması niteliğine dayanılarak açılan dava, bir yenilik doğuran dava olacaktır. Buna karşılık, zorunlu irtifakın diğer bir yapısal özelliği olan sözleşme yapma yükümlülüğüne dayanıldığı takdirde, eda davası açılabilir.

Zorunlu irtifakın kurulmasını talep, genel olarak kusurdan bağımsızdır. Şüphesiz, zorunlu irtifakın kurulmasını talep eden taşınmaz malikinin bu talebi dürüstlük kuralını ihlâl ettiği takdirde reddedilecektir. Kanunî taşkın yapı hakkında TMK 725/2’ye göre taşınmaz kısmı için komşu malikten bir irtifak

⁶⁵ Meier-Hayoz, Art. 691, N. 62.

⁶⁶ Demirsatan, s. 153-154.

hakkı kurulmasını isteyebilmek için, taşkın yapıyı yapan kişinin iyiniyetli olması aranmıştır. Bu kişinin taşkınlığa hakkı olduğunu farzetmekte ağır kusuru yoksa, iyiniyetli sayılır⁶⁷. Yine kanunî geçit irtifakında, mevcut geçidin kasten ortadan kaldırılması dışında, malikin kendi fiiliyle ihtiyaç durumunu yaratmış olması durumunda dahi geçit isteyebileceği kabul edilmektedir⁶⁸. Diğer zorunlu irtifaklarda da taşınmaz malikin ancak kastî fiilleri ile zorunlu ihtiyacın yaratılması irtifakın kurulmasını engelleyecektir⁶⁹.

A. Yenilik Doğuran Dava Aracılığıyla Kurulan İrtifaklarda Sözleşme Yapma Yükümlülüğüne Yer Olmaması

TMK 780/2 uyarınca irtifak hakkının kazanılmasında ve tescilinde aksi öngörülmedikçe taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır. Böylelikle zorunlu irtifak haklarının kanundan doğan dolaylı mülkiyet kısıtlaması niteliği taşıması, diğer bir deyişle kanunun taşınmaz malikini zorunlu irtifak hakkını kurmakla yükümlü kılması nedeniyle, bunların kurulması için açılacak olan dava, mahkemenin yenilik doğuran kararıyla taşınmaz mülkiyetinin hükmen kurulmasını sağlayan, TMK 716/1’de düzenlenmiş tescil davasıdır. Şu halde, TMK 716/1’in kıyasen uygulanmasıyla zorunlu irtifakların kurulması da yenilik doğuran bu davayla talep edilebilecektir.

Nitekim taşkın yapıda, yapının taşırıldığı arazi maliki kanundan zorunlu olarak doğan irtifak hakkı kurma veya taşın kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetini devir borcunu ifa etmezse, yapıyı yapan malikin açacağı dava üzerine hâkim ya bir irtifak hakkı kurulmasına ya da taşın kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin taşkın yapıyı yapan malikin mülkiyetine geçirilmesine karar verecektir. Bu nedenle, her iki durumda da açılacak olan dava tescil davasıdır (TMK 716/1)⁷⁰.

Yine, kanunî mecra irtifakında mecra geçirilmesine katlanmakla yükümlü olan malik mecranın geçirilmesine izin vermez, irtifakın kurulması için ihtiyaç sahibi taşınmaz maliki ile sözleşme yapmaya yanaşmazsa, irtifak hakkı, ihtiyaç sahibinin açtığı davada mahkemenin verdiği kararın kesinleşmesiyle kurulur. Nitekim, burada da TMK 716/1 kıyasen uygulanarak hâkimin bir yenilik doğuran kararla mecra irtifakının kurulmuş olduğuna hükmedeceği kabul edilmektedir⁷¹.

⁶⁷ **Meier-Hayoz**, Art. 674, N. 66; **Rey**, N. 1137; **Sirmen**, s. 577, not: 644.

⁶⁸ **Rey**, N. 1169.

⁶⁹ **Arnet**, N. 295.

⁷⁰ **Meier-Hayoz**, Art. 674, N. 80 ve 86; **Basler Kommentar (Rey / Strebel)**, Art. 674, N. 14; **Sirmen**, s. 579.

⁷¹ **Meier-Hayoz**, Art. 691, N. 61; **Rey**, N. 1152-1153; **Sirmen**, s. 627; **Özakman**, s. 162.

Gerek kanunî geçit gerek kanunî kaynak hakkında, irtifak hakkını kurmakla yükümlü olan malik, bu borcunu yerine getirmezse, geçit veya kaynak ihtiyacı içinde olan komşu malik, geçit hakkı veya kaynak hakkının tanınmasını dava yoluyla talep edebilir. Açılacak dava, yine TMK 780/2'deki yollama nedeniyle TMK 716/1'de düzenlenmiş olan tescile zorlama davasıdır. Bu halde, yenilik doğuran mahkeme kararının kesinleşmesiyle irtifak hakkı kurulmuş olur. Kararın kesinleşmesi üzerine yapılan tescil, açıklayıcı niteliktedir⁷².

TMK 716/1'e göre açılan yenilik doğuran davada, yüklü taşınmaz maliki lehine hükmedilecek olan; taşkın yapı hakkında uygun bedelin, kanunî mecra hakkında uğranılan zararın, kanunî geçit hakkında ve kaynak hakkında tam bedelin, irtifak hakkının kurulmasına ilişkin mahkeme kararının verilmesine kadar ödenmesi gerekir. Dolayısıyla, ödenecek miktarı belirleyen mahkeme, karar verebilmek için bu miktarın ödenmesini beklemelidir. Bu konuda, önalım hakkının kullanılmasında açılan davaya ilişkin TMK 734/2 hükmünün kıyasen uygulanması mümkündür. Böylelikle hâkim hak sahibi taşınmaz malikinden bu bedeli belirlenen sürede, belirlenen yere yatırmasını talep edebilir.

Kanundan doğan irtifak hakkını kurma borcunun ifası için açılan yenilik doğuran dava sonucunda zorunlu irtifak hakkı hükmen kurulduğundan, bir sözleşme yapma yükümlülüğü söz konusu değildir.

B. Eda Davasına Dayanan Sözleşme Yapma Yükümlülüğü

İsviçre'de kanunî mecra, kanunî geçit ve kanunî kaynak haklarında söz konusu olan sözleşme yapma yükümlülüğünün de bir eda davasının konusunu oluşturabileceği kabul edilmektedir⁷³. Ancak, taşınmazın zorunlu bir ihtiyacının karşılanması amacını değil, yaratılmış olan değer korunması amacını taşıyan kanunî taşkın yapı hakkının kurulması için sadece TMK 716/1'de düzenlenmiş olan yenilik doğuran dava açılabilir⁷⁴.

Kanunî mecra, kanunî geçit ve kanunî kaynak haklarında söz konusu olan sözleşme yapma yükümlülüğünün bir eda davasının konusunu oluşturabilmesi, Türk Hukuku bakımından da mümkün görünmektedir.

⁷² Schmid / Hürlimann Kaup, N. 1223; Stephanie Hrubesch-Millauer / Barbara Graham-Siegenthaler / Martin, Eggel, Sachenrecht, 5. Auflage, Bern 2023, (kanunî geçit hakkı bakımından) N. 06.320; Sirmen, s. 633 ve 635.

⁷³ Bu konuda bkz. Arnet, N. 299.

⁷⁴ Meier-Hayoz, Art. 674, N. 80; Arnet, N. 297.

Buna göre, kanunî mecra hakkı, geçit hakkı ve kaynak hakkında irtifak sözleşmesini kurma yükümlülüğü altında olan taşınmaz maliki bu borcunu kendi rızasıyla ifa etmediği takdirde, ihtiyaç sahibi taşınmaz maliki borçlusuna karşı ister TMK 716/1'e dayanarak yenilik doğuran tescil davasını isterse aynen ifa talebiyle eda davası açabilecektir. Ancak, eda davasında talep konusunun ne olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kanunî geçit hakkının kurulması için açılan eda davasında davacı mahkemeden doğrudan tescil isteminin yerine geçecek bir karar vermesini ister. İrtifak hakkı da tescil isteminin yerine geçen mahkeme kararının ibrazı üzerine tapu sicilinde yapılan kurucu nitelikteki tescille doğar⁷⁵. Bu görüş kabul edilecek olursa, ortada bir sözleşme yapma yükümlülüğü yoktur.

Diğer bir görüşe göre ise, zorunlu irtifak hakkının kurulmasında, irtifakı kurma borcu altında olan taşınmaz malikinin dava edilebilen edimi kural olarak iki unsuru; bir yandan irtifak sözleşmesinin kurulması için irade beyanında bulunulmasını, öte yandan da tescile onay verilmesini içerir⁷⁶. Buna göre, davacı açtığı eda davasıyla mahkemeden irtifak hakkının kurulmasını düzenleyen genel hükümlere göre bir irtifak sözleşmesi yapılmasını ve buna dayanarak da tescil isteminde bulunulmasını talep eder. İrtifak sözleşmesinin yapılması ve tescile izin verilmesi konusundaki yasal talep, sözleşmenin yapılması talebi şeklinde ileri sürüleceğinden, bu durumda bir sözleşme yapma yükümlülüğü söz konusu olacaktır⁷⁷. Ancak, ortada bir sözleşme yapma yükümlülüğü bulunduğu hallerde önce sözleşmenin kurulmuş sayılması için bir dava açıp kesinleşmiş bir hüküm elde ettikten sonra, bu defa mahkeme kararıyla kurulmuş sayılan sözleşmeden doğan edimin ifasını istemek üzere tescil isteminde bulunulmasının talep edilmesi için ikinci bir dava açılması, işleri gereksiz yere uzatacağından, burada her iki davanın bir arada açılabilirliğini kabul etmenin uygun olacağı ileri sürülmektedir⁷⁸.

Mecra irtifakında da, bir yenilik doğuran dava ile doğrudan doğruya irtifakın kurulması sağlanabileceği gibi, bir eda davasıyla da aynı etkili irtifak sözleşmesinin kurulması talep edilebilecektir⁷⁹.

⁷⁵ **Meier-Hayoz**, Art. 694, N. 66; **Liver**, s. 273; Basler Kommentar (**Rey / Strebel**), Art. 694, N. 20.

⁷⁶ **Schmid / Hürlimann-Kaup**, N. 1220.

⁷⁷ **Hans Michael Riemer**, Die beschränkten dinglichen Rechte, Dienstbarkeiten, Grund-und Fahrnispfandrechte, Grundlasten, Zweite, überarbeitete Auflage, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band II, Bern 2000, s. 57; **Arnet**, N. 301.

⁷⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, §41, N. 17.

⁷⁹ **Meier-Hayoz**, Art. Art. 691, N.61; Basler Kommentar (**Rey / Strebel**), Art. 691, N. 20.

Hedefteki irtifak sözleşmesinin kurulmasının ve tescil isteminde bulunulmasının birlikte talep edilmesi durumunda, alacaklı sözleşme yapma zorunluluğu altındaki borçlusundan hem hedefteki irtifak sözleşmesinin kurulmasını hem de bu sözleşmenin aynen ifasını sağlamak amacıyla tescil isteminde bulunulmasını talep etmiş olacaktır. Bu durumda, davacı tarafından yapılan öneriyi kabul ve tescil istemi için ayrı ayrı irade beyanında bulunulması, dava edilen edimleri meydana getirmektedir. Aynen ifası talep edilen edimler, alacaklının yaptığı önerinin kabul edilmesi ve tescil isteminde bulunulması olduğundan, dava edilen talepler aslında davalı borçlunun kabul beyanında ve tescil isteminde bulunmaya mahkûm edilmesidir. Bununla birlikte, kabul beyanının yöneltmesi sonucunda sözleşme kurulduğundan, davanın sonucu sözleşmenin kurulması ve tescil isteminde bulunulması olarak ifade edilebilir⁸⁰.

Hâkim davalıyı bir irade beyanında bulunmaya mahkûm ettiği takdirde, bu kararın irade beyanı yerine geçtiği kabul edilir⁸¹. Konusunu sözleşme yapma ve tescil isteminde bulunma yükümlülüğünün oluşturduğu eda davasında da davalının kabul beyanında ve tescil isteminde bulunmasına hükmedildiğinde, hâkimin kararı kabul beyanı ve tescil istemi yerine geçecektir. Ne var ki, Hukuk Muhakemeleri Kanununda bu iki talebe dayanak yapılabilecek bir hüküm bulunmamaktadır⁸². Ancak, Türk Hukukunda da bazı özel durumlar için öngörülen hükümlerden kıyas yoluyla yararlanarak “*borçlu bir irade beyanında bulunmaya mahkûm edilmişse, mahkeme kararının kesinleşmesiyle beyan yapılmış sayılır*” sonucuna ulaşılabileceği savunulmaktadır⁸³.

⁸⁰ Demirsatan, s. 164.

⁸¹ Demirsatan, s. 165.

⁸² 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 105. maddesinde, eda davaları bakımından yapılan düzenlemedeki “davalının bir şeyi yapmaya veya vermeye yahut yapmamaya mahkûm edilmesi” ifadesinden, mahkemenin irade beyanında bulunma yönünde karar vermesinin artık mümkün olduğu ileri sürülerek HMK 105’in böyle bir karara kanunî dayanak oluşturabileceği belirtilmektedir Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, N. 1477

⁸³ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu da, §41, N.16’da, YHGK’nun 10.12.2003 tarihli ve 4-693/740 sayılı kararında, sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu hallerde aynen ifa davasının açılabilmesi sonucuna varıldığına işaret ederek sözleşme yapma zorunluluğu bulunduğu hallerde sözleşme ilişkisinin mahkeme hükmü ile kurulmasına yönelik olarak aynen ifanın talep edilebileceğini belirtmektedir; aynı görüşte Oğuzman / Öz, N. 580. “Türk hukukunda açık bir hüküm bulunmadan hâkim kararının irade beyanı yerine geçtiği yönünde bir uygulama, kat mülkiyeti hukuku çerçevesinde de gelişmiştir. Meselâ yönetim plânını imzalamaktan haklı neden bulunmaksızın kaçınan kişi aleyhine böyle bir hüküm verilebilmektedir. Benzer şekilde kat mülkiyeti hukukunda kat maliklerince oybirliği ile karar verilmesi gereken bir hususta olumlu oy vermemenin dürüstlük kuralına aykırılık

Sözleşme yapma borcunun dava yoluyla ifası talep edildiğinde, dava dilekçesiyle alacaklı tarafından tekrar öneride bulunulmakta, yargı yoluyla yapılan kabul beyanı da sözleşmenin kurulması için gerekli ikinci irade beyanını oluşturmaktadır. Sonuçta, mahkemenin kararıyla sözleşme yine karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulmaktadır⁸⁴. Kanunî mecra hakkının doğmasını sağlayan irtifak sözleşmesinin mahkeme kararıyla kurulması bu şekilde gerçekleşir. Kanunî geçit hakkı ve kaynak hakkı ise, irtifak sözleşmesini kuran kabul beyanı ile irtifak hakkına ilişkin tescil isteminin yerine geçen mahkeme kararının ibrazı üzerine tapu sicilinde yapılan kurucu nitelikteki tescille doğmuş olur⁸⁵.

Öte yandan, kendisinden kanunî irtifak hakkını kurması talep edilmiş olan yükümlü taşınmaz maliki, kanuna uygun olarak yapılmış bulunan öneriyi makul bir süre içinde kabul etmeyerek ihtiyaç içinde bulunan taşınmaz malikinin bir zarara uğramasına neden olmuşsa, bu zararın ödenmesinin de talep edilebileceği savunulmaktadır⁸⁶.

Aynen ifa için açılacak eda davasında mahkeme, tescil istemi yerine geçecek olan kararını vermeden önce, kanunî geçit ve kanunî kaynak hakkının kurulabilmesi için yüklü taşınmaz maliki lehine hükmedilecek olan tam bedelin ödenmesini sağlamalıdır. Kanunî mecra irtifakı ise sözleşmeyle, tescilden önce kurulduğundan, mahkemenin davalının kabul beyanında bulunmasına karar vermeden önce ona tam zararının ödenmesini sağlaması gerekir⁸⁷.

oluşturduğu hallerde de hâkimin müdahalesi yoluyla davalının irade beyanında bulunması sağlanabilmektedir”: **Demirsatan**, s. 166; Hatta, tapu sicilinin düzeltilmesi için açılan davayı da bir eda davası niteliğinde gören görüş, burada da hâkimim borçlunun irade beyanı yerine geçen hükmünün varlığına işaret etmektedir: **Saim Üstündağ**, Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959, s. 39.

⁸⁴ Bu konuda bkz. **Oğuzman / Öz**, N. 580; **Demirsatan**, s. 167-168.

⁸⁵ İrtifak hakkının tescil isteminin yerine geçen mahkeme kararının ibrazı üzerine tapu sicilinde yapılan tescille kurulacağına ilişkin görüşte (bkz. yuk. not:75’e ilişkin metin) belirtildiği gibi tescilin kurucu etkisinin burada da geçerli olduğu düşünülmektedir:

⁸⁶ **Oğuzman / Öz**, N. 197. TBK 118’e dayanan bu görüşün hedefteki sözleşmenin ifasındaki gecikme nedeniyle uğranılan zararın değil, sadece hedefteki sözleşmesinin kurulmasında gecikilmiş olmasıyla sınırlı olmak üzere uğranılan zararın istenebileceği şeklinde anlaşılması gerektiği hakkında **Demirsatan**, s. 198 vd. Bu durumda dahi: “Zararın kanıtlanması ve belirlenmesi aşamasındaki güçlük sebebiyle öneriyi kabul borcunda temerrütte TBK m. 118 uyarınca alacaklının gecikme (temerrüt) tazminatı talebinin açıklanan esaslar çerçevesinde hesaplanması genellikle mümkün olmayabilir”: **Demirsatan**, s. 199-200.

⁸⁷ Bu konuda yenilik doğuran davada olduğu gibi (yuk. VII, A), TMK 734/2 hükmünün kıyasen uygulanması mümkün görünmektedir.

C. Davaların Değerlendirilmesi

Zorunlu irtifakların kurulmasında yenilik doğuran davaya (TMK 716/1) başvurma imkânı, borç ilişkisine dayanarak açılacak olan aynen ifa davasını geri plâna itmiştir. Davacının, hâkimin sözleşme yapma yükümlülüğüne dayanarak davalının kabul beyanında ve tescil isteminde bulunmasına hükmettiği eda davası yerine, doğrudan doğruya irtifak hakkının kurulmasını sağlayan yenilik doğuran davayı açmayı tercih etmesi doğaldır. Ancak, geniş anlamda bir borç ilişkisine kaynaklık eden zorunlu irtifaklarda eda davası açıp dava sırasında davacının dava dilekçesindeki talebi doğrultusunda ve usul hükümleri elverdiği ölçüde, bu geniş anlamda borç ilişkisini düzenleyen bir sözleşmenin hâkim kararıyla da olsa kurularak tescilin gerçekleştirilmesi mümkün olduğundan, alacaklının yenilik doğuran dava yerine eda davası açmayı tercih etmesi de uzak bir ihtimal değildir.

D. Zorunlu İrtifaklara İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk

Zorunlu irtifak haklarının kurulması bakımından açılacak davanın türü hakkında yapılan açıklamalardan sonra Türk hukukunda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun aynî haklar açısından öngördüğü ihtiyarî ve dava şartı arabuluculuk hükümlerinin bu davalarda geçerli olup olmayacağı da ele alınmalıdır.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda (HUAK) zorunlu irtifaklara ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk konusunda yapılan düzenlemenin başarılı olduğunu söylemek zordur⁸⁸. Nitekim, 7445 sayılı Kanunla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa eklenen 18/B maddesinin 1. fıkrasının ç bendine göre komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Hükümdeki “komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar” ile kastedilenin, Türk Medenî Kanununda “Komşu Hakkı” başlığı altında yer alan, TMK 737-750. maddelerde düzenlenmiş bulunan, komşular yararına getirilmiş mülkiyet kısıtlamalarına ilişkin uyuşmazlıklar olduğu anlaşılmaktadır.

“Komşu Hakkı” başlığı altındaki mülkiyet kısıtlamalarına ilişkin hükümler arasında kanunî mecra hakkı ve kanunî geçit hakkını düzenleyen hükümler de yer almaktadır. Bu nedenle, 6325 sayılı Kanunun 17/B maddesinin 1. fıkrasında her ne kadar taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu, dolayısıyla ihtiyarî arabuluculuğa konu olabileceği hükme

⁸⁸ Bkz. Sirmen, s. 625-626.

bağlanmışsa da, Kanunun 18/B/1/ç maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurma dava şartı olarak kabul edilmiş olduğundan, kanundan doğan bu iki irtifak hakkının kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurma dava şartı olarak kabul edilmesi gerekir. Buna karşılık, kanunî taşkın yapı hakkı (TMK 725/2) ve kanunî kaynak hakkı (TMK 761) komşular yararına getirilmiş mülkiyet kısıtlamaları olmasına rağmen, “Komşu Hakkı” başlığı altında düzenlenmemiş olduğundan, bunların kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar HUAK 17/B’ye göre sadece arabuluculuğa elverişli kabul edilecek, dolayısıyla bunlara ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulması ihtiyarî sayılacaktır.

Dava şartı veya ihtiyarî arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşması halinde düzenlenen anlaşma belgesinin taraflarından biri, sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhi alınmasından sonra tapu müdürlüğünden tescil talebinde bulunabilir. Tescil talebi, tapu müdürlüğünce taşınmaza ilişkin mevzuatta öngörülen gerekli inceleme ve değerlendirme yapıldıktan sonra, resmî senet düzenlenmeksizin yerine getirilir (HUAK 17/B, f.6, m.18/B, f. 5). Şu halde, sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhinin alınmasıyla ilâm niteliğinde bir belge sayılan anlaşma belgesi aynı hakkın tescilden önce kurulmasını da sağlamaktadır. Bu sonuç TMK 716/1’e göre açılan yenilik doğuran davayla uyumlu olmakla birlikte, sözleşme yapmakla yükümlü olan davalının kabul beyanında ve tescil isteminde bulunmaya mahkûm edildiği eda davası bakımından isabetli değildir. Çünkü, yukarıda da belirtildiği gibi⁸⁹, bir eda davasıyla kurulması talep edilen kanunî mecra irtifakı dışındaki zorunlu irtifak hakları, mahkeme kararıyla tescilden önce değil, söz konusu mahkeme kararına dayanılarak tescil edilmek suretiyle doğmaktadır. Bu durumda, hâkimin veremeyeceği bir yenilik doğuran karar, taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda elde edebilmektedir. Bu sonuç, 6325 sayılı Kanun hazırlanırken zorunlu irtifakların kurulmasının bir eda davasıyla da talep edilebileceğinin dikkatten kaçmış olduğunu düşündürmektedir.

SONUÇ

Zorunlu irtifaklar, Medenî Kanunda, kanunî taşkın yapı hakkı, kanunî mecra hakkı, kanunî geçit hakkı ve kanunî kaynak hakkı olarak düzenlenmiştir. Taşınmazın amacına uygun işletilebilmesi için zorunlu olan bir ihtiyacı karşılamak ya da taşınmazda yaratılan değeri korumak amacıyla kurulan zorunlu irtifaklar, bir yönüyle dolaylı mülkiyet kısıtlaması, diğer bir yönüyle de kanunî borç ilişkisi olarak da nitelendirilmektedir. Zorunlu

⁸⁹ Bkz. yuk. VII, B.

irtifaklar kanunî borç ilişkisi olarak yüklü taşınmaz malikinin bu yolda bir iradesi olmaksızın, kanunda düzenlenmiş bir talep üzerine kurulduğu için, burada kanundan doğan bir sözleşme yapma yükümlülüğü de söz konusu olmaktadır.

Zorunlu irtifakların uygulamada mülkiyet kısıtlaması veya sözleşme yapma yükümlülüğü şeklinde ele alınmasına göre açılacak olan davalar farklıdır. Şöyle ki, mülkiyet kısıtlamasına dayanılarak açılan dava, bir yenilik doğuran dava niteliğindedir; buna karşılık sözleşme yapma yükümlülüğüne dayanıldığı takdirde, eda davası açılabilir. Yenilik doğuran dava aracılığıyla kurulan irtifaklarda sözleşme yapma yükümlülüğüne yer yoktur. Oysa, irtifak sözleşmesinin yapılması konusundaki yasal talep, eda davasıyla sözleşmenin yapılması talebi şeklinde ileri sürüleceğinden, bu durumda bir sözleşme yapma yükümlülüğü söz konusu olacaktır.

Gerek yenilik doğuran dava gerek eda davası öncesinde arabulucuya başvurulabilecektir. Hatta, Medenî Kanunda “Komşu Hakkı” başlığı altında düzenlenmiş olan kanunî mecra ve geçit haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurma bir dava şartı teşkil etmektedir. Ancak, diğer zorunlu irtifakların söz konusu başlık altında düzenlenmemiş olması itibarıyla, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda zorunlu irtifaklara ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk konusunda yapılan düzenlemenin başarılı olmadığı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- AKMAN, Galip Sermet: Taşkın İnşaat, İstanbul 1982.
- ARNET, Ruth: Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Bern 2008.
- BUZ, Vedat: Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara 2006.
- DEMİRSATAN, Barış: Sözleşme Yapma Zorunluluğu, İstanbul 2022.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 30. Baskı, Ankara 2025.
- GEISER, Thomas / WOLF, Stephan (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 7. Auflage, Basel 2023.
- GÜRZUMAR, Osman Berat: Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006.
- HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Adülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- HEINZ, Rey: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Dritte ergänzte und überarbeitete Auflage, Grundriss de schweizerischen Sachenrechts, Band I, Bern 2007.
- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie / GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara / EGGEL, Martin: Sachenrecht, 6. Auflage, Bern 2023.
- KIRCA, Çiğdem: “Zorunlu İrtifakların Hukukî Niteliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. 54, S.4, s. 65-76.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler-Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, İstanbul 2010.
- LIVER, Peter: Das Eigentum, Schweizerisches Privatrecht, Fünfter Band Sachenrecht, Erster Halbband, Basel, Stuttgart 1977.
- MEIER-HAYOZ, Arthur: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband, Das Grundeigentum II, Art. 680-701 ZGB, Bern 1975.
- NIPPERDEY, Hans Karl: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920.
- NOMER, Halûk / ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2025.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul 2025.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 26. Bası, İstanbul 2024.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu, Cilt 1, (Madde 1-82), TBK 26, İstanbul 2019.
- ÖZAKMAN, Cumhur: Türk Hukukunda Mecra İrtifakları, İstanbul 1978.
- RIEMER, Hans Micheal: Die beschränkten dinglichen Rechte, Dienstbarkeiten, Grund-und Fahrnispfandrechte, Grundlasten, Zweite, überarbeitete Auflage, Grundriss de schweizerischen Sachenrechts, Band II, Bern 2000.
- SCHMID, Schmid / HURLIMANN-KAUP, Bettina: Sachenrecht, 6. Auflage, Zürich, Genf 2022.
- SCHWENZER, Ingebor / FOUNTOLAKIS Christiana: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8, Auflage, Bern 2020.
- SİRMEN, A. Lâle: Eşya Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2025.
- ŞAHİN, Hale: Uyarlama Kayıtları, Ankara 2024.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959.

DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ İLE BAZI ANAYASAL İLKELER AÇISINDAN DURUMUNUN İRDELENMESİ

*An Analysis of Mandatory Mediation as a Precondition for Civil
Litigation with Respect to Right of Access to Justice and Certain
Constitutional Principles*

Prof. Dr. Süha TANRIVER*

ÖZ

Bu çalışmada, öncelikli olarak özel hukuk davalarında, dava şartı arabuluculuk ve gelişim seyri hakkında kısa bir izahat verildikten sonra anılan kurumun gelinen nokta itibarıyla anayasal bir özgürlük olan hak arama özgürlüğüyle bazı anayasal ilkeler bakımından durumu irdelenmiş ve bu bağlamda bazı tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, özel hukuk, dava şartı arabuluculuk, anayasal ilkeler, hak arama özgürlüğü.

ABSTRACT

In this study, following a brief explanation of the concept of mandatory mediation as a precondition for civil litigation and its development over time, the current status of this institution is examined in terms of the constitutionally guaranteed right of access to justice and certain constitutional principles; within this framework, several findings and evaluations are presented.

Keywords: Mediation, private law, mandatory mediation as a precondition to litigation, constitutional principles, the right of access to justice.

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: stanriver@cankaya.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9729-6834.

I. GENEL OLARAK

Arabuluculuk, kural olarak, tarafların ihtiyarına bağlı olarak işlerlik kazanan bir kurum konumundadır. Uyuşmazlığın tarafları, ilke olarak, arabuluculuk sürecine işlerlik kazandırma, bu süreci devam ettirme ve sonlandırma hususunda bir serbestiye sahip kılınmışlardır (HUAK m.3, I, c.1). Arabuluculuğun ihtiyarîliği ilkesine, genel çerçevede, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A; özel plânda ise, iş uyuşmazlıklarında, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3.; ticarî uyuşmazlıklarda, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A; tüketici uyuşmazlıklarında, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73/A; kiralanan taşınmazların ilâmsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin İcra ve İflâs Kanunu hükümleri (İİK m.269-276) ayırık olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar, taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, Kat Mülkiyeti Kanunu ile komşuluk hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, yine 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/B ve tarımsal üretim sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda ise, 5488 sayılı Tarım Kanunu'nun 13, II/e maddelerinde, dava şartı arabuluculuk adı altında, bazı istisnalar getirilmiştir (HUAK m.3, I, c.2)¹. Sözü edilen düzenlemelerle dava şartı arabuluculuk kurumunun uygulanma alanının sürekli genişletilmesi dikkate alındığında, amacı ve işlevselliği gözetildiğinde, istisnaen işlerlik kazanan bir kurum olması gereken dava şartı arabuluculuğun, yavaş yavaş genel bir dava şartı haline gelmeye doğru evrilen bir süreç içerisine girdiği söylenebilir².

Yukarıda belirtilen uyuşmazlık tipleri bağlamında, dava açılmadan önce, arabulucuya başvurulmuş ve arabuluculuk sürecinin tarafların anlaşması dışındaki bir nedenle sona ermiş bulunduğu arabulucu tarafından düzenlenen son tutanakla belgelendirilmiş ve bu tutanağın aslının yahut arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin, dava dilekçesine eklenmiş olması, bir dava şartı haline getirilmiştir. Davacı, dava dilekçesine, son tutanağın aslını yahut onaylı bir örneğini eklememişse, mahkemece, davacıya, bu tutanağı, mahkemeye sunması için, bir haftalık kesin süre verilir; verilen kesin süre içerisinde tutanak ibraz edilmezse, davanın usûlden reddedileceği ihtaren bildirilir. İhtarın gereği yerine getirilmezse, dava dilekçesi, karşı tarafa tebliğe dahi çıkarılmadan, davanın usûlden reddine karar verilir. Arabulucuya

¹ Dava şartı arabuluculuğun kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, B. 3, İstanbul 2025, s. 127-140 (HUBA).

² TANRIVER, HUBA, s. 119; TANRIVER, Süha: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, B. 2, İstanbul 2025, s. 111-112 (AUÇ).

başvuru zorunluluğunun bulunduğu hallerde, bu yola başvurulmadan doğrudan doğruya dava açılması yoluna gidilmişse, mahkemece, herhangi bir işlem yapılmadan, dava şartı yokluğundan, dava, yine usûlden reddedilecektir (HUAK m.18/A, II; İşMahK m.3, II; HUAKY m.22).

Hem Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hem de İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca burada sözü edilen dava şartı noksanlığı, mahkemece, bir haftalık kesin sürenin verilmesi suretiyle giderilebilecek (tamamlanabilecek) bir dava şartı noksanlığı niteliği taşımamaktadır³. Her iki yasal düzenlemelerde de, bir haftalık kesin sürenin, mahkemece, davanın açılmasından önce arabulucuya müracaat edilmiş ve yürütülmüş olan sürecin, anlaşma dışındaki bir nedenle sona ermiş olduğunu belgeleyen son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini, davacının, dava dilekçesine eklememiş olması halinde, bu eklemeyi yapabilmesi için verileceği, herhangi bir tereddüde mahal bırakmayacak şekilde emredici bir dille ve açıkça ifade olunmuştur. Nitekim, hem Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde hem de İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde, takdire mahal bırakmayacak şekilde, emredici bir üslûpla, arabulucuya başvurulmadan, doğrudan doğruya davanın açılmış olduğunun anlaşılması halinde, mahkemece, herhangi bir işlem yapılmaksızın, davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle, usûlden reddedilmesi gerektiği hususuna açıkça vurgu yapılmıştır (Ayrıca, bkz.: HUAKY m.22, III).

II. DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ VE ANAYASAL İLKELER BAKIMINDAN DURUMUNUN İRDELENMESİ

A. Hak Arama Özgürlüğü Bakımından

Devlet, hukuk devleti olmanın (AY m. 2) bir gereği olarak, anayasal çerçevede güvence altına alınan yanı sıra, hak arama özgürlüğünün (AY m. 36, I), etkin ve adil bir biçimde kullanılmasını sağlamak hem de bu özgürlüğün kullanılacağı mekanizmaları oluşturup ilgililerin ihtiyaçlarına optimal bir seviyede cevap verecek şekilde işler bir durumda tutmakla ödevlidir⁴. Bunu, devletin temel işlevlerinden birisi olan etkin hukukî korunmayı sağlama da zorunlu kılar.

³ TANRIVER, HUBA, s. 120; TANRIVER, AUÇ, s. 112-113.

⁴ TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku C. I, B. 6, Ankara 2025, s. 79 (MUHCI).

Anayasal çerçevede güvence altına alınmış hak arama özgürlüğünün kullanım biçimlerinden birisini de, dava (hukukî himayeyi talep) hakkı oluşturur ve bu hak, niteliği itibarıyla kullanımı kişinin tasarrufuna bırakılmış olan subjektif bir kamu hakkıdır⁵. Anayasal bir temel hak olan dava hakkı, özüne dokunulacak, onu anlamsız ve işlevsiz hale getirecek şekilde kanunla dahi olsa sınırlandırılmaz. Anayasanın 13. maddesinde yer alan ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bağlamında işlerlik kazanan ölçülülük ilkesi bunu zorunlu kılar.

Yasa koyucu, dava şartı arabuluculuk adı altında özel hükümler sevk etmiş olduğu uyuşmazlık türleri bağlamında, arabulucuya başvuru zorunluluğunu pekiştirmek ve bir anlamda onu tamamlamak için, sürece, tarafların aktif bir biçimde katılımını temin amacıyla hem Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin onbirinci fıkrasında hem de İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin onikinci fıkrasında, özel bazı düzenlemeler getirmiştir. Anılan düzenlemelere göre, taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda, toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf, davada, kısmen veya tamamen haklı çıksa bile, karşı tarafın ödemekle yükümlü olduğu yargılama giderinin yarısından sorumlu tutulur. Ayrıca, bu taraf lehine, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenen vekâlet ücretinin yarısına hükmedilir (7531 s. K. m.25 ile değişik HUAK m.18/A, XI, c.1 ve c.2; 7531 s. K. m.28 ile değişik İşMahK m.3, XII, c.1 ve c.2).

Her şeyden önce, geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmamak suretiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesine sebebiyet vermiş; doğrudan dava açma seçeneğini tercih etmiş ve bu davasını, hâssaten, tamamen kazanmış olan tarafın, karşı tarafın ödemekle yükümlü tutulduğu yargılama giderleriyle Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre belirlenen vekâlet ücretinin ödenmesi bağlamındaki sorumluluğu yarıya indirilmiş olsa bile, düzenlemenin bu haliyle de, ilgiliye malî açıdan ciddi bir külfet yüklemesi sebebiyle anayasal çerçevede kendisine özel olarak vurgu yapılmış bulunan ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edeceği ve mahkemeye erişim hakkının önünde hâlâ bir engel oluşturabileceği söylenebilir. Özellikle, iş uyuşmazlıkları bağlamında, tümüyle emeği ve ücretiyle geçinen, o ücreti alamadığında hayatını sürdürmesi fevkalâde güçleşen birisi konumunda bulunan işçiyi, salt arabuluculuk sürecine işlerlik kazandırmayıp doğrudan

⁵ TANRIVER, MUHCI, s. 523-524.

dava açıp, üstelik de, davasında tamamen haklı çıkmasına rağmen, hükmedilecek olan yargılama giderleri ile ücret-î vekâletin yarısını ödemeye mecbur bırakmak, onun açısından, hâlâ, ciddi, küçümsenmeyecek ölçüde malî bir külfet oluşturur.

Öte yandan, tarafların arabuluculuk faaliyetine kendi istekleri ile katılmamaları halinde, daha sonra açılacak olan davada haklı çıksalar dahi yargılama giderlerine mahkûm edilmesi, haklı olanın aleyhine hak arama özgürlüğü bağlamında bir zorluk ya da engel teşkil eder ve onun iradesi yokken hak ettiğinden daha azını almaya zorlanması gibi bir sonucu ortaya çıkarabilir⁶.

Yine, taraflar arasında, uyuşmazlığı, uzlaşa yahut sulh yoluyla sona erdirmek hususunda genel bir isteksizlik mevcut ise, dava açılmasından önceki evrede, onları arabuluculuğa başvuru hususunda zorlamak, hem arabuluculuğun doğasına (özüne) ters düşüp formal bir gereğin yerine getirilmesinden öte bir anlam ve önem taşımaz⁷ hem de ilgililerin haklarına kavuşması sürecinin, yani adalete erişim hakkının (AY m. 36, I) sürekli bir biçimde, sınırlı süreli bile olsa, ertelenmesine, hatta gecikmesine sebebiyet verir⁸.

Ayrıca, uyuşmazlığın, dava yoluyla mahkemeye taşınmasından önce, arabulucuya başvurulmuş ve tarafların anlaşması dışındaki bir nedenle arabuluculuk sürecinin sona erdiğinin arabulucu tarafından yazılı bir biçimde,

⁶ EKMEKÇİ, Ömer / ÖZEKES, Muhammet / ATALI, Murat / SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, B. 2, İstanbul 2019, s. 149.

⁷ ÖZMUMCU, Seda: "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2016, C. 2, s. 838; NAMLI, Mert: "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağıyla Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun, Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, s. 156; DOĞAN YENİSEY, Kübra: "İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, s. 183; ÖZEKES, Muhammet: "Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi "Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım"", Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara 2018, s. 135; TANRIVER, HUBA, s. 203-204. Aksi görüş için, bkz.: AZAKLI ARSLAN, Betül: Medenî Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018, 54.

⁸ İş uyuşmazlıkları bağlamında, bkz.: ÖZMUMCU, s. 838; Genel olarak, BAHADIR, N. Tuğçe: Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk, Ankara 2022, s. 154; TANRIVER, HUBA, s. 204.

yani bir tutanakla, belgelendirilmiş ve bu tutanağın aslının yahut arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin dava dilekçesine eklenmiş olmasının, özel bir dava şartı haline getirilmiş bulunması, sözü edilen dava şartı noksanlığının mahkemece kesin bir sürenin verilmesi suretiyle tamamlanabilecek bir nitelik taşımadığı hususu da gözetildiğinde, kanun yolları rejimi bağlamında da, ciddi ve ağır hukukî sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet verir. Şöyle ki;

Esasında dava şartı arabuluculuğa tâbi bir hukukî uyumsuzluk, davanın açılmasından önce arabulucuya götürülmeden dava konusu kılınmış, ilk derece mahkemesi bu durumu atlamış; taraflarda, bu bağlamda, ilk derece yargılaması evresinde herhangi bir iddiada bulunmamış ve ilk derece mahkemesince verilmiş olan karara karşı istinaf yoluna başvurulması üzerine, istinaf incelemesini gerçekleştirecek olan bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, dava şartı arabuluculuğun gereğinin yerine getirilmemiş olmasını, özel bir dava şartı konumunda bulunması ve kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi sebebiyle taraflar dilekçelerinde dillendirmemiş olsa bile, re'sen gözetip; ilk derece mahkemesinin kararının, dosya üzerinden, esastan incelemesine geçilmeden kaldırılmasına ve dava dosyasının, dava şartı arabuluculuğun gereği yerine getirilmediğinden usûlden reddi için, kararına karşı istinafa gidilen mahkemeye kesin olarak gönderilmesine karar vermek zorundadır (HMK m. 353, I/a-4; m. 355). Öte yandan, istinaf mahkemesi, bu özel dava şartına aykırılığı atlamış, istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiş ve bu karara karşı da temyiz yoluyla Yargıtay'a müracaat edilmişse, Yargıtay ilgili hukuk dairesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371. maddesinin (b) bendi uyarınca, dava şartlarına aykırılık bulunması hususu, mutlak bir bozma (temyiz) sebebi oluşturduğu için, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin kararını kaldırıp; bozma kararı vererek dava dosyasını usûlden ret kararı vermesi için, ilk derece mahkemesine gönderme zorunluluğuyla karşı karşıya kalacaktır (HMK m. 373, I).

Dava şartı sayılmanın kanun yolları rejimi bakımından ortaya çıkaracağı bu sonuçlar; hem ilgilinin dava, daha geniş ölçekte mahkemeye erişim hakkının anlamını yitirmesine, bu hakkın işlevsiz kalmasına, hak arama özgürlüğünün özüne dokunulmasına ve etkin hukukî korumadan mahrûm bırakılmasına hem de gereksiz yere emek ve zaman harcanması ile gider yapılmasına, yani usûl ekonomisi ilkesinin ihlâlüne sebebiyet verecektir (AY m. 141, IV; ayrıca bkz. HMK m. 30).

Sırf işlevsel açıdan sağladığı büyük kolaylık sebebiyle dava şartı kurumundan yararlanmak suretiyle, dava şartı arabuluculuk kurumunun

işlerlik kazanacağı alanın sürekli genişletilmesi ve bu yapılırken de, tarafları arasında malî açıdan ciddi ve önemli farklılıkların bulunması sebebiyle arabuluculuğun özünü teşkil eden eşitlik temeline dayalı bir biçimde özgürlükçü ve pazarlık odaklı bir müzakereye olanak vermeyen hukukî ilişki tiplerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların (örneğin, iş uyuşmazlıkları, tüketici uyuşmazlıkları, kira uyuşmazlıkları gibi) seçilmesi, hem dostâne bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuğun, yargının yerine ikame edilmesi, onunla rekabet içinde ve yarışma halinde bulunması gibi bir tablonun ortaya çıkmasına sebebiyet verir; etkin hukuksal korumanın teminini güçleştirir; yani hak arama özgürlüğüne (AY m.36, I) müdahale edilmesi şeklinde algılanabilir⁹ hem de eşit, özgür ve pazarlıkçı bir müzakerenin ürünü olan gerçek bir uzlaşının teminine hizmet etmeyeceği için, arabuluculuğun ihdas gayesine ve doğasına aykırı düşer.

Yine, belirli hukukî ilişki tiplerinden kaynaklanan alacaklar bağlamında, davanın açılmasından önce, tarafların arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun bulunması, hak arama özgürlüğünün kullanım biçimlerinden birisini teşkil eden takip yapma hakkını, örneğin ilâmsız icranın bir türü olan genel haciz yoluyla takibe işlerlik kazandırma hakkını, ortadan kaldırmaz¹⁰. Genel haciz yoluyla takibe müracaat edilmesi halinde, doğasına ve takip prosedürü içerisinde üstlenmiş olduğu özel misyona uygun düşmemesine rağmen, gündeme gelebilecek itirazın iptali, menfî tespit ve istirdat davaları bakımından bu davaların açılmasından önce arabuluculuğa müracaatın aranması, hak arama özgürlüğünün önünde bir engel olarak değerlendirilebilir. Ayrıca, bu durum, genelde davaya nazaran daha kısa sürede sonuç alınmasına olanak vermesi sebebiyle tercih edilen takip yapma seçeneğine işlerlik kazandırılması bağlamında, ilgililer üzerinde, ciddi ölçekte caydırıcı bir etki de doğurur.

Öte yandan, hem ihtiyarî hem de dava şartı arabuluculuk bakımından işlerlik kazanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan düzenlemede, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, anlaşma belgesinin ilâm niteliğinde belge kimliği kazanmış olup olmaması gözetilmeksizin, üzerinde anlaşmaya varılan hususlar hakkında, taraflarca, dava açılmayacağına açıkça vurgu yapılmıştır (Aynı yönde bkz.: HUAKY m.21, VII). Anlaşma belgesi, ilâm

⁹ ÖZEKES, s. 128-129.

¹⁰ EKMEKÇİ / ÖZEKES / ATALI / SEVEN, s. 195; ÇİÇEK, Mustafa: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018, s. 90-91; YAKICI, Özge: Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2019, s. 89.

niteliğinde belge kimliği kazanmışsa, zaten dava açılmasında hukukî yarar yoktur¹¹; açılacak olursa da, bu dava, hukukî yarar genel bir dava şartı konumunda bulunduğu için (HMK m.114, I/h), dava şartı yokluğundan usûlden reddedilir. Ayrıca, alacaklı ilâm niteliğinde belgeye dayanarak, ilâmlı icraya başvuru suretiyle alacağına kavuşma olanağına da, zaten sahip bir durumdadır. Buna karşılık, anlaşma belgesi, ilâm niteliğinde belge kimliği kazanmamışsa, hukukî niteliği itibariyle çoğunlukla kısmî feragat ve kısmî kabulle gerçekleşen bir uzlaşının ürünü olan, alelâde bir mahkeme dışı sulh sözleşmesi hükmündedir¹². Medenî yargı bağlamında ise, açılmış olan bir davayı, doğrudan doğruya sona erdirebilme, yasal çerçevede, sadece, mahkeme içi sulhlere tanınmıştır (HMK m.315, I, c.1). Mahkeme dışı sulh sözleşmelerinin konusunu oluşturan hususlarda, dava açma olanağının tümüyle ortadan kaldırılması, kanunla yapılmış bulunsu bile, bir temel hak ve özgürlük olan hak arama özgürlüğünün (AY m.36) özüne dokunulması yani ölçülülük ilkesinin ihlâli anlamını taşıyacağından, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ile ilgili 13. maddesine aykırılık oluşturur. Ayrıca, sözü edilen hâl, adalete erişim hakkının tümüyle engellenmesi (AY m.36) anlamını taşır¹³; hukuk devleti (AY m.2) ilkesi ile bağdaştırılamaz; hatta, adalete erişim hakkını, adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir cüzü olarak değerlendiren anlayış benimsenecek olursa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. ve Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrası ile güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkının da ihlâli sonucunu doğurur¹⁴.

¹¹ TANRIVER, MUHÇI, s.531.

¹² TANRIVER, HUBA, s. 113.

¹³ Aynı yönde, bkz.: EMİNOĞLU, Cafer / ERDOĞAN, Ersin: Ticarî Uyuşmazlıklarda İhtiyarî ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Ankara 2020, s.73; ERMENEK, İbrahim: Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Ankara 2021, s.228.

¹⁴ Nitekim, Anayasa Mahkemesi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan düzenlemeyle paralellik arz eden ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinin ondokuzuncu fıkrasında yer alan ve uzlaştırma müzakereleri sonucunda uzlaşma sağlanması halinde, fail hakkında soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmayacağını öngören düzenlemeyi mahkemeye erişim hakkının engellemesini ve ölçülülük ilkesinin ihlâline sebebiyet vermesini gerekçe göstererek iptal etmiştir (AYM, E. 2023-43, K. 2023-141, 26.07.2023 (RG., 18.10.2023, Sa.32343)). Esasında aynı gerekçelerle, organik bağıllığı da gözetilerek iptaline karar verilen normda yer alan düzenlemenin, önceden tazminat davası açılmışsa, bu davadan feragat edilmiş sayılmayı öngören kısmının da iptaline karar verilmesi daha isabetli olurdu. Anılan iptal kararı dikkate alınarak, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan düzenlemenin de, bir revizyona tâbi tutulması şarttır. İptal kararı sonrası, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinin ondokuzuncu fıkrasının beşinci cümlesi “Uzlaşmanın sağlanması halinde, uzlaşma anında tespit

Sonuç olarak, özetle, hukukî korunma ihtiyacını gereklerine uygun şekilde karşılamak, hak arama özgürlüğünü tüm boyutları itibarıyla sağlamak ve istenildiğinde adalete erişimi mümkün kılmak, devletin asli ve vazgeçilmez görevlerindendir; bu görev, devredilemez; vekâleten, temsilen yahut aracı vasıtasıyla yerine getirilemez; bazı gerekçelerle ertelenemez; geciktirilemez ve iş yükünün ağırlığı ve benzeri bahanelerle zorlaştırılıp; önüne engeller konulamaz; aksine bir tutum, hak arama özgürlüğüne, hakkın özüne dokunacak şekilde, müdahale edilmesi anlamına gelir¹⁵.

B. Bazı Anayasal İlkeler Bakımından

Dava şartı arabuluculukla ilgili, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin onbirinci fıkrasında yer alan ve yargılama giderlerine katlanma bağlamında özel bir düzenleme öngören hükmün uygulanması bağlamında, tüketici uyuşmazlıklarında, tüketici lehine yaratılmış olan istisnadan (TKHK m. 73/A, II); iş uyuşmazlıklarında, işçinin yararlandırılmamış olması, zayıf tarafın korunmasını da bünyesinde barındıran kamu düzenine aykırılık oluşturur ve zayıf tarafın korunmasıyla sıkı sıkıya ilişkili anayasal bir ilke olan sosyal devlet ilkesi ile de bağdaşmaz (AY m. 2)¹⁶. Zira, sosyal devletin gereği olarak tüketiciler kadar işçiler de korunmaya lâyıktır; bu bağlamda, her iki grup arasında herhangi bir farklılığın yaratılmaması gerekir.

Öte yandan, Anayasa'nın 10. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, devlet organları ve idare makamları, bütün işlemlerinde, kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Yasa koyucunun Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin onbirinci fıkrasında öngörmüş olduğu genel normun uygulama alanının tâyininde, özel bir hüküm getirmek (TKHK m. 73/A, II) suretiyle, tüketici uyuşmazlıkları bağlamında tüketicinin korunmasıyla iş uyuşmazlıklarında işçinin korunması arasında, her ikisinin de kamu düzeni mülâhazasını temel almış sosyal devlet ilkesi ile organik bağlılığı bulunmasına rağmen, bir ayırım yapmış olması, Anayasa'nın 10. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder.

edilemeyen veya uzlaşmadan sonra ortaya çıkan zararlar hariç, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz" şeklinde bir düzeltimle tâbi tutulmuştur (7531 s. K. m.18 ile CMK m.253, XIX, c.5'te yapılan değişiklik).

¹⁵ EKMEKÇİ / ÖZEKES / ATALI / SEVEN, s. 148.

¹⁶ Genel olarak zayıf tarafın korunmasının sosyal devletin bir gereği olduğu hususunda bkz.: ERMENEK, s. 23.

Keza, tüketici hukukundan kaynaklanan ve tüketici mahkemelerinin görev alanına giren alacaklar bağlamında bir ilâmsız icra türü olan genel haciz yoluyla takibe müracaat edilmesi halinde işlerlik kazanabilecek olan itirazın iptali, menfî tespit ve istirdat davalarında dava şartı arabuluculuk ile ilgili herhangi bir yasal düzenlemenin getirilmemiş olması da, tüketiciler bakımından, dava şartı arabuluculuğa tabi diğer alacaklardan farklı bir hukukî rejimin benimsenmesi anlamına geleceğinden, yine Anayasanın 10. maddesinin beşinci fıkrasına aykırılık arz eden bir tablonun ortaya çıkmasına sebebiyet verir.

KAYNAKÇA

- AZAKLI ARSLAN, Betül: Medenî Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018.
- BAHADIR, N. Tuğçe: Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk, Ankara 2022.
- ÇİÇEK, Mustafa: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: "*İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk*", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, s.167-193.
- EKMEKÇİ, Ömer / ÖZEKES, Muhammet / ATALI, Murat / SEVEN, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, B. 2, İstanbul 2019.
- EMİNOĞLU, Cafer / ERDOĞAN, Ersin: Ticarî Uyuşmazlıklarda İhtiyarî ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Ankara 2020.
- ERMENEK, İbrahim: Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması, Ankara 2021.
- NAMLI, Mert: "*İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağıyla Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun, Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, 14 Mayıs 2016 İstanbul, s.151-165.
- ÖZEKES, Muhammet: "*Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi "Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım"*", Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 6-7 Aralık 2018, Ankara 2018, s. 111-136.
- ÖZMUMCU, Seda: "*Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2016, C. 2, s.807-842.
- TANRIVER, Süha: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, B. 2, İstanbul 2025. (AUÇ)
- TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, B. 3, İstanbul 2025. (HUBA)
- TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku C. I, B. 6, Ankara 2025. (MUHCI)
- YAKICI, Özge: Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2019.

CEZA HUKUKU

“KADIN”A NASIL BAKIYOR?

How Does Criminal Law View Women?

Prof. Dr. Türkân YALÇIN*

ÖZ

Bu çalışmanın “Giriş” kısmında çok kısa olarak “toplumsal cinsiyet” kavramı ve kadına yönelik şiddet biçimleri üzerinde durulduktan sonra “baskıcı” bir politika olarak, “eril sistem”in evrenselliği vurgulanacaktır. Dille başlayan şiddetin eyleme dönüşmesi ve bu şiddeti yaratan unsurlar değerlendirilerek, bu noktada “hukuk”un aldığı pozisyon eleştirilecektir. Türk Ceza Kanunu’nda yer alan düzenlemelere ana hatlarıyla değinilecek; son derece sorunlu bir biçimde uygulanan “haksız tahrik” ve “iyi hal indirimi” konuları ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Aynı şekilde yargı pratiğinin sorunlu alanlarından olan, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda “rıza” ve ispat” konusu örneklerle incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Toplumsal cinsiyet, dilin şiddeti, Türk ceza hukukunda kadın, haksız tahrik ve iyi hal indirimi.

ABSTRACT

In the "Introduction" part of this study, the concept of "gender" and forms of violence against women will be briefly discussed and then the universality of the "masculine system" as an "oppressive" policy will be emphasized. By evaluating the transformation of violence that begins with language into action and the elements that give rise to this violence, the position taken by "law" at this point will be criticized. The regulations in the Turkish Penal Code will be outlined and the issues of "unjust provocation" and "reduction in punishment for good conduct" which are applied in an extremely problematic manner will be discussed in detail. Likewise, the issue of "consent" and "proof" in crimes against sexual integrity which is one of the problematic areas of judicial practice, will be examined with examples.

Keywords: Gender, violence of language, women in Turkish criminal law, unjust provocation and reduction in punishment for good conduct, Istanbul Convention.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, E-posta: yalcinturkan@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5994-811X.

GİRİŞ

Şiddet kamusal ve özel hayatlarımızın tüm boyutlarına sinmiş ve bizleri esir almış durumda. Şiddetin her türünün nedenleri konusunda ayrıntılı çalışmalar yapılıyor, bir bilinç ve farkındalık yükselmesi olduğu kabul ediliyor ancak şiddet azalmıyor. Bu toz duman içinde, düşünme ve mantıklı hareket etme yetimizi giderek kaybediyor, sadece ortaya çıkan sonuçla ilgilenip sorunların kaynağını görmekten uzaklaşıyoruz. İlkelerden uzaklaştıkça şiddetin azalmadığını tam tersi bir durumun ortaya çıktığını tekrar tekrar tecrübe ediyoruz. Öfke ve nefret dili büyüdükçe sorunları çözmemiz, sağlıklı düşünmemiz zorlaşıyor. Bu dilin en tepeden başlayarak yaygınlaşması, kurbanlar için adaletin tecellisinde zaafa, “başka kurbanlar olmasın” mücadelesini verenlerin seslerinin duyulmamasına ve cılızlaşmasına yol açıyor. Yapılan, yapanın yanına kâr kalıyor. Hiç şüphesiz bu saptama, güncelliğini ve ağırlığını hiç yitirmeyen “kadına yönelik şiddet” bakımından da geçerli.

Elbette kadına yönelik şiddetin nedenleri¹ çok boyutlu ancak temeldeki sorun; *ataerkil yapı* ve *toplumsal cinsiyet gerçekliği*. En basit tanımıyla *ataerkil sistem*; sosyal, siyasal ve ekonomik kurumlarda kadınları baskı altında tutan erkek egemenliğine dayalı sistemdir. Ataerkil sistem, bir cins olarak toplumda kadınların ezilmesi sonucunu doğuran, kurumsal ve kültürel düzenleme ve uygulamaları ifade eder. Bu sistem kadının sadece emeğini değil; cinselliğini, bedenini, doğurganlığını denetler. Korunan esas olarak erkek çıkarları olmakla birlikte, sistem, erkeklerin iradesinden bağımsız, nesnel bir gerçeklik olarak var olur.² Erkek egemen toplumlarda her tür erkek, konumu ve statüsü ne olursa olsun, egemen erkeklik değerlerini sürdürmenin ya da en azından sessizce onaylamanın kendi yararına olduğunu bilir ve bu nedenle bu değerlerin sürdürülmesi için iş birliği yapar ya da uzlaşır.³

¹ Toplumsal cinsiyet ile “kadın”a yönelik şiddetin her türü ve özellikle de cinsel şiddet arasında çok yakın bir ilişki vardır. Geniş bilgi için bkz. Gülriz UYGUR / İrem ÇAĞLAR, “Şiddet”, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Ed. Yıldız ECEVİT / Nadide KARKINER, Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s. 118-132.

² Bkz. Fatmagül BERKTAY, “Feminist Teoride Açılımlar”, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Ed. Yıldız ECEVİT / Nadide KARKINER, Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s. 3; Brunella CASALINI, “Libere di Scegliere? Patriarcato, Libertà e Autonomia in una Prospettiva di Genere”, Etica & Politica / Ethics & Politics, 2011, XIII, No. 2, s. 331 vd.

³ Bkz. Serpil SANCAR, “Erkeklik”, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Ed. Yıldız ECEVİT / Nadide KARKINER, Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s. 172.

Türkiye özelinde kadının toplumsal ve hukuksal mücadelesinde nereden nereye gelindi ya da bir yere gelindi mi? Gidecek daha çok yol var mı? Tüm dünyada kadının yaşadığı sorunlar, Türkiye özelinde, hukuk ve ceza hukuku dünyasında nasıl bir yer tutuyor? Hangi dinamikler bu sorunların yaşanmasına yol açıyor? Bu sorunlardan bir çıkış, bir kaçış yolu var mı? Kadınlar niçin yaşamın hemen hemen tüm alanlarında fırsat eşitliğini yakalayamamış ve cinsel ayrımcılığa tabi tutulmuşlardır? Niçin hâlâ kadınların sadece çocuk yetiştirmesi ve ev işi sorumluluklarını üstlenmesi gerektiği söyleniyor? Sorular, sorular... Kazanımlar çok ama kaybedilenler de hiç az değil.

Devlet hukuk yoluyla, her türlü politika gibi, cinsiyetçi ataerkil politikaları da dayatır ve özellikle yargı dâhil, tüm kurumlar bu politikanın uygulayıcısı haline gelir. Ancak, bu politikaları meşrulaştıran tek unsurun hukuk olduğunu düşünmek yanıltıcıdır. Diğer tüm kurumlar ve genelde toplum arasında bir iş birliği vardır. O nedenle hukuktaki yansımalar kalkarsa, her şey bambaşka olur düşüncesi bir yanılsamadır. Ataerkil yapı öyle güçlüdür ki, bir yandan toplumu inşa eder diğer yandan da toplum tarafından inşa edilir, beslenir, büyütülür.

Vahşice yöntemlerle, çok basit gerekçelerle öldürülüyorlar kadınlar. Bu ölümler toplumda bazen infial yaratıyor, bazen meşrulaştırılıyor, çoğu zaman da görmezden geliniyor. Ölümü hak eden ve hak etmeyen, masum olan ve masum olmayan kategorileri yaratılıyor. Bu kategorileştirme devletin en yetkili ağızlarında hayat buluyor.

Tecavüze uğrayanın “*namus*” adına katledildiği; hukuken artık desteklenmese de fiilen “*tecavüz edenle evlenmeye zorlandığı*”; kadının, kocasının her tasarrufuna boyun eğmesi gereken bir “*varlık*” olarak algılandığı bir ülkede ve dünyada yaşıyoruz. Kişisel, toplumsal ve resmî kurumların tutumlarıyla ilgili zorluklar, şiddeti yaşayanı susmaya sevk ediyor. Şiddetin kendisi kadar, şiddet sonrasında çevreden, resmî kurumlardan görülen muamele de yaralayıcı ve engelleyici oluyor.

Kadının sorunu şüphesiz bir insan hakları sorunu ama sadece insan değil, kadın olarak yaşadığı, yaşatılan pek çok sorun var. Bu nedenle de ayrıca konuşulmayı, tartışılmayı hak ediyor. Hayatımızda azalan her güzellik ve artan her kötülük kadınları daha fazla etkiliyor.

Kadınlar bilerek ve isteyerek hayatın ve hukukun gölgesinde bırakıldılar. Kadın hep bir şeylere, birilerine ait olmuştur. Ya topluma aittir, ya aileye ya da kocaya. Milliyetçi söylemde “ana”, “eş”, “sevgili”, “bakire” imgeleriyle bezenmiş kadının namusu aynı zamanda milletin de namusunu; “kadının

utancı” da “ulusun utancı”nı temsil eder. Savaşlarda da önce kadınlar fethedilir.

“Genel ahlak”⁴ gibi özellikle cinsel suçlar ya da cinsel ahlaka aykırı eylemlerle özdeşleştirilen bir kavramın; kadın cinselliği ve kadına yönelik suçlar söz konusu olduğunda, son derece acımasızca, kadın aleyhine bir söylemi ve uygulamayı beraberinde getirdiğini de herkes biliyor.

Gelişmiş ülkeler de dâhil çoğu ülkede kadınların durumunun pek de iç açıcı olmadığı bilinmektedir. Ekonomik ve sosyal gelişime, bilgi ve kültür düzeyinin artışına, insan hakları konusundaki iyileşmelere ve yetersiz de olsa yasal düzenlemelere rağmen, birçok gelişmiş ve gelişmekte olan ülkede kadına yönelik suçlarda bir azalma görülmemektedir. Bu durum çok da şaşırtıcı değildir çünkü değişen çok şeye nazaran, erkek egemen anlayışta yani sorunun özünde bir değişiklik en azından önemli bir değişiklik olmamaktadır.

“Toplumsal cinsiyet” kavramı, kadınla erkek arasındaki güç ilişkilerini anlamak ve eşitsizlikleri sorgulamak için “anahtar” niteliktedir. Toplumsal cinsiyet, bütün sosyal sistemlerde merkezî bir role sahiptir. Cinselliği, cinsiyeti biçimlendiren “toplumsal cinsiyet” kavramından bağımsız düşünmek mümkün değildir.⁵ Temel soru şudur: Erkekler ve kadınlar arasındaki farklılıkları yaratan onların “doğal” özellikleri midir, yoksa içinde yaşadıkları “toplum”un özellikleri nedeniyle mi farklıdırlar? Bizlere doğal bir farklılıkmiş gibi anlatılanlar aslında öğrendiğimiz, öğrettiğimiz kültür öğeleri. Toplumsal cinsiyet; kadınlık ve erkeğin yalnızca biyolojik kategoriler değil, toplumsal kategoriler veya yapılar olduğunu açıklayan bir kavramdır. Hukuk, toplumsal cinsiyetin oluşturulmasına ve devam ettirilmesine, aileyle birlikte, belki de en önemli katkıyı sunan araçtır. Hukuk, sadece düzeni

⁴ “Genel ahlak, daha çok gruplardan gruplara değişiklik gösteren, birçok ahlaktan oluşan değer yargıları olarak karşımıza çıkmaktadır. Buradan hareketle, genel ahlakı, davranışlara yönelik kurallar veya direktifler bütünü olarak, kişilerin en önemli yargılarını veya inançlarını desteklemeyle ilgili duygu ve düşüncelerinin karşılığı şeklinde tanımlamak mümkündür... Genel ahlak bilgiye dayalı değildir. Bu nedenle hukukta doğrudan doğruya genel ahlaka dayanılmaz. Genel ahlak ne hukuk kurallarının türetilmesi ne de bu normların uygulanması bakımından bize bilgi verir. Dolayısıyla bir davranışın doğru olup olmadığı genel ahlaka başvurarak belirleyemeyiz. Zira genel ahlakta bilgi değil, değer yargıları söz konusudur.” Bkz. Gülriz UYGUR, “Genel Ahlakın Vazgeçilmezliği(mi?)”, Güncel Hukuk, 2008, Aralık, s. 13.

⁵ Bkz. Catherine MACKINNON, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru* (Çev. Türkan YÖNEY / Sabir YÜCESOY), Metis Yay., İstanbul 2003, s. 122, 127, 151; Daniela DANNA, “*Violenza Maschile Contro le Donne e Risposte delle Istituzioni Pubbliche*”, Studi sulla Questione Criminale, 2009, IV, No. 2, s. 27.

koruma işlevine soyunup, toplumsal gelişmeyi tetiklemeyi bir yana bıraktığında, bu rolünü pekiştirmiş; kadının bağımlı ve ikincil konumunu sağlamlaştırmış olur.

Kabul etsek de etmesek de davranışlarımızı, konumumuzu giderek tüm yaşantımızı cinsiyetlerimiz belirliyor. *Dünya kadınlar için başka, erkekler için başka dönüyor*. Bunun nedeni, tarih boyunca ve günümüzde çeşitli biçimlerde açıklanmaya çalışılmış: *Biyolojik farklılık, kültür, din, ekonomik ilişkiler, sosyolojik ya da psikolojik faktörler...* Neyle açıklanırsa açıklansın ya da bu açıklamaların tümü doğru veya yanlış olarak değerlendirilsin, bir gerçek değişmiyor; kadın veya erkek olmak birçok şeyin belirleyicisi. *İki farklı cins, iki farklı dünya!*

I. DEVLET-POLİTİKA VE HUKUK

Ataerkil sistem; kadınlara, onların onuruna, insanlığına ve güvenliğine saygısı olmayan, küresel bir baskı rejimidir.⁶

Resmî politikalar hukuku kaçınılmaz olarak araçsallaştırır. Hayatla hukuk arasında her zaman bir gerilim bir çekişme olagelmıştır. Hukuk bazen toplumdaki dinamizmi frenleme işlevine soyunurken ve baskıcı bir niteliğe bürünürken; bazen de toplumu geliştirme ve değiştirme işlevine soyunur. Kadın konusunda hukuk çoğu zaman ilk işlevi üstlenmiştir. Bazen de özgürlükçü bir anlayışla yapılan kanunlar, toplumun tepkisiyle, direnciyle karşılaşmıştır.

Tarihsel süreçte, hukuk kurallarını yaratanların ve bu kuralları uygulayanların ataerkil ideoloji çerçevesinde hareket ettikleri görülmüştür. Hukuk, toplumsal kültürdeki ayrımcılığı pekiştirmiş bazen de empoze etmiştir. Özel alanda gerçekleşen kadına yönelik suçları uzun süre görmezden gelmiş ilgilenmemiş; kamusal alanda gerçekleşen suçlarda ise, eşitlikçi davranmamıştır. Ataerkil sistem her baskı rejimi gibi kendisini tartışılmaz, eleştirilmez, kutsal kılmak ister. Çoğu zaman bunu, yapay bir “rıza” üzerinden meşrulaştırarak yapar. Önce sistem kurulur, sonra bu sistemi yaşatacak

⁶ Bkz. Shahrzad MOJAB, “*Namusun Tikelliği ve Öldürmenin Evrenselliği: Erken Uyarı Sinyallerinden Feminist Pedagojiye*”, *Namus Adına Şiddet-Kuramsal ve Siyasal Yaklaşımlar*, (Çev. Güneş KÖMÜRCÜLER), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2006, s. 3; Encarna BODELON, “*Il Femminismo Dentro e Fuori la Legge: La Legislazione Spagnola sulla Violenza Contro le Donne*”, *Studi sulla Questione Criminale*, 2008, III, No. 2, s. 43; CASALINI, *Libere di Scegliere?*, s. 331.

kurumlar oluşturulur ve bu kurumların vazgeçilmezliğine toplum inandırılır. Biz bu sistemin içine doğarız ve bize öğretilenlere göre davranırız. İlk öğretilenler cinsel kimliğimizle ilgilidir. Bu kimlik, bizi belirleyen en kapsamlı ve hayatımız boyunca devam eden bir kimliktir. Bu kimliğin kendiliğinden, yaşadığımız toplumdan bağımsız olarak ortaya çıkması imkânsızdır. Doğduğumuz andan itibaren bize “kim” olduğumuz, ataerkil sistemin doğru kabul ettikleri çerçevesinde öğretilir. Eğitim gibi hukuk da, insan davranışlarını değiştirmek için kullanılabileceği gibi, onları sürdürmek için de kullanılabilir. Bu kurumların hangi yönde kullanıldığı, iktidarların politik tercihleriyle ortaya çıkar.⁷

Hukuk, devlet iktidarına meşruiyet kazandırır, dolayısıyla devlet kendi politikalarını hukuk yoluyla meşrulaştırır. Aynı meşrulaştırma; dışlayıcı, sınırlayıcı ataerkil politikalar için de geçerlidir. Genel olarak kadına yönelik şiddet ve özelde “cinsel” şiddet; dayanağını “ataerkil” anlayışta bulur ve kadını baskı altına almanın yolu olarak görülür. Bu suçlara yaklaşım, devletlerin siyasi yapılarından ve politik tercihlerinden bağımsız düşünülemez. Devletin genel yapısı, özgürlük anlayışı, geleneklerin ve genel ahlak anlayışının “kadın”a bakışı, hukuksal düzenlemelerde ve yargı kararlarında vücut bulur.⁸

Ataerkil yapıya müdahale sayılan öneriler, yaygın ve yerleşik geleneksel anlayışı korkutur. Kadınlar için özellikle de kadınlardan gelen talepler; alaycılık, aşağılama ve öfke duygularıyla durdurulur. Yeni fikirler, eylemler genellikle bir dirençle karşılaşır. Çünkü alışlagelenle yaşamak kolaydır; statükonun sarsılması insanları korkutur. Hatta çoğu zaman mağdurlar da alışmışlardır bu mağduriyete ve yeni sarsıntılar istemezler. Her şeyin olageldiği gibi yaşanmaya devam etmesini isteyenler rahatsız olurlar, bu nedenle mücadele kolay değildir. Hem düşünceleri, yargıları hem de kurumları dönüştürmek ciddi emek, uzun zaman ve irade ister. Baskıcı sistemler itaat beklerler, itaati dayatırlar. Sorgulanmaktan, muhalefetten hoşlanmazlar. En yaygın ve en eski baskıcı sistem olan “ataerkil” sistem de elbette itaat beklediği kadının itaatsizliğinden hoşlanmadı ve hoşlanmayacaktır. Kadının mücadelesi bu sistemledir. Her başkaldırı, baskıyı uygulayan tarafından daha şiddetle bastırılmaya çalışılır. Kadınlar da bunu

⁷ Ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Türkân YALÇIN, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Savaş Yay., Ankara 2019, s. 56 vd.

⁸ Bkz. YALÇIN, s. 58, 59.

uzun süre yaşadılar ve yaşamaya devam ediyorlar. Seslerini duyurmak için çok uğraştılar ve önemli kazanımlar elde ettiler.

Kadınların mücadelesi “*var olmak*” ile “*ait olmak*” arasında geçen bir mücadele. Kadın ataerkil sistemin yarattığı yapılara, bu sistemin asli sahiplerine mi aittir, yoksa bir birey olarak var mıdır? Bu sorunun cevabının hukuk ve ceza hukuku dünyasındaki yansıması nasıldır? Kadın bu dünyada bir “*süje*” olarak var olabilmiş midir? Şu önemli bir gerçektir: *kadınların hayatları, yazılı kanunlardan çok yazılı olmayanlarla yönetiliyor, kontrol ediliyor.*

Kadınlar, ataerkil sistemi değiştirebilmek için önce kendilerini değiştirmek zorundalar. Sistemin kendilerini nesneleştirmesine, hiçleştirmesine karşı çıkabilmeleri için, önce bunun bilincinde olmaları gerekir. Ataerkil yapının kurumsallaşması ve sürdürülmesinde, kadınların bilincinin yeterince oluşmamış olmasının önemli bir payı var. Bazı çalışmalar kadınların, erkek normlarını içselleştirdiğinde erkeklere nazaran daha saldırgan, yarışmacı ve mücadeleci olduklarını ileri sürmektedir. Kadınların cinsiyetçi düşüncüyü içselleştirerek toplumsallaştıkları maalesef göz ardı edilemeyecek bir gerçeklik. Yani toplumda çok ciddi bir dönüşüm, değişim gerektiren bir süreç yaşanmalıdır ve bu süreç ister istemez çok yavaş yürüyor.

Çoğu zaman sorulan çok basit bir soruya verilen cevap, gözlerimizi açar. Kadınlar öncelikle soru sormalılar; “neden?” demeliler ve cevabının peşine düşmeliler.

Çalışmalar sadece kadınları değil, şiddetin başlıca aktörü durumunda olan erkekleri de kapsamalı mutlaka. Ataerkil sistem ve toplumsal cinsiyet kalıpları, erkeklere bir “özgüven” yanında “cehalet” de aşıyor. Ataerkil, cinsiyetçi, ayrımcı kalıplar; çocukluklarından başlayarak, sokakta, okulda, medyada, hayatın her alanında pekiştiriliyor. O kadar çok mekanizma var ki bu yapıyı güçlendiren. Sistem sürekli olarak yandaşlarını çoğaltıyor, ödüllendiriyor. Sorgulayan, yüzleşen erkeklere çok ihtiyaç var ve maalesef sayıları fazla değil. Olanlar da hemcinslerinin şiddetine maruz kalıyor ve “alay”la karşılanıyorlar. O halde eğitim çalışmalarının doğrudan öznesi olmaları gerekiyor erkeklerin.

Erkek çocukların ön plana çıkarıldığı, şımartıldığı, sünnetlerinin kutsanıp şölene dönüştürüldüğü, ellerine oyuncak tabancaların tutuşturulup şiddetin özendirildiği, erkek olmak adına her türlü olumsuzluklarının hoş görüldüğü bir ailede yetişen kızların; kendilerine güven duymaları, erkek şiddetinden korunacak bir donanımına sahip olmaları çok zordur.

Toplumsal yaşamın her alanına yayılan şiddetle baş edebilmek hiç değilse bunu azaltabilmek için, aileden başlayarak çözümler üretmek gerekiyor. Bu yapılırken de hamasetten kaçınmak; gerçekçi-insancıl-samimi politikalar üretmek ve uygulamak şart. Ailelerin demokratikleşmesi, toplumu ve giderek dünyayı daha yaşanır bir hale getirecektir. Bu da herhalde öncelikle devletin demokratikleşmesini gerektirir.

II. “DİL”İN ŞİDDETİ⁹

Ataerkil toplumsal ilişkiler, gündelik hayatta bir seri söylem ve pratik üzerinden oluşturuluyor ve meşrulaştırılıyor. Bunlar sadece toplumsal cinsiyet üzerinden yaşanan eşitsizlikleri değil aynı zamanda başka müdahale ve hiyerarşileri doğalllaştırıyor, etraflarındaki gerilimleri rahatlatıyor.¹⁰

Toplumsal pratikte önemli bir role sahip olan dil; sözcükler aracılığıyla zaman zaman şartların ve durumun oluşturduğu bağlam içerisinde bir nevi şiddet uygulaması olabilir. Tarihsel ve toplumsal olarak her dönem farklılıklar arz eden toplumsal ilişkiler; şiddeti ve gücü ortaya çıkarmada, belirleyici rol oynarlar. Egemen iktidarlar tarih boyunca kendi devamlılıklarının sağlayıcılığını üstlenebilecek dili bir şiddet aracı olarak kullanmışlardır.¹¹

Cinsel nesne konumuna indirgenen kadınlara cinsel yaklaşım ve onlar üzerinde egemenlik kurma, toplumdaki yaygın anlayış tarafından erkeklerin hakkı olarak görülür. Kadınlara yönelik saldırılar; filmlerle, kitle iletişim araçlarıyla, kadını aşağılayıcı şakalar, deyimler ve atasözleriyle hoş görülür hatta teşvik edilir.¹²

Kadınları pasif, suskun, zavallı, suçlu, ahlaksız, tehlikeli olarak damgalayan anlayış, “atalar da böyle demiş!” diyerek kendisine taraftar buluyor; kadını “damgalayıcı” bir dil kuşatıyor.

Bu dil kendisini şiddetin her türünde gösteriyor. Örneğin fiziksel şiddet uygulanmadan önce, uygulanırken ve uygulandıktan sonra kullanılan; yaralayan, kanatan bir dil var. Atasözleri ve deyimlerde de hayat bulan bu dil

⁹ Ayrıntılar için bkz. YALÇIN, s. 68 vd.

¹⁰ Bkz. Dicle KOĞACIOĞLU, “Gelenek Söylemleri ve İktidarın Doğallaşması: Namus Cinayetleri Örneği”, Kültür ve Siyasette Feminist Yaklaşımlar, 2009, S. 9, s. 94 vd., <https://feministyaklasimlar.org/wp-content/uploads/2013/04/10-9.pdf>, erişim: 15.11.2025.

¹¹ Bkz. Semiha KAVAK, “Dil, Şiddet Yaratır mı?”, <https://edebistan.com/deneme/dil-siddet-yaratir-mi>, erişim: 15.11.2025.

¹² Bkz. Kadriye BAKIRCI, İşyerinde Cinsel Taciz, Yasa Yay., İstanbul 2000, s. 69.

çoğu zaman hakaret, tehdit, sövme ve aşağılamalara rehber oluyor; şiddeti doğuruyor, besliyor.

“El dayağı” herkese ulaşmıyor ama “dil dayağı” kimseyi es geçmiyor.¹³ Hangisi daha kalıcı, hangisi daha yaralayıcı? Dille başlayan şiddet, fiziksel şiddeti çoğu zaman arkasından getiriyor. “Dilin şiddeti”, “elin şiddeti”ni ya da “elin şiddeti”, “dilin şiddeti”ni pekiştiriyor.

Her ülkenin kültürü, dini, sınıfsal yapısı, zenginliği, eğitim düzeyi vs. sorunu farklı görünüm ve ağırlıklarla karşımıza çıkarıyor. Bazen nedenler değişiyor, bazen sonuçlar, ama ne yazık ki sorun yok olmuyor, biçim değiştiriyor. Sadece yoksul ya da eğitimsiz kadınlar değil, her tür gelir grubuna ait ya da her statüye sahip kadın her yerde; evinde, işinde, sokakta aynı şiddetle karşılaşılıyor.

Baba, erkek kardeş, sevgili, koca, kayınpeder ve bunlara eşlik eden anne, kayıinvalid, görümce baş aktör konumundalar. Kadınlara yönelik bedensel ya da sözel güç gösterisi, daha önce veya hâlihazırda bu gösteriden nasibini alan başka kadınlarca da desteklenebiliyor. Erkeğin şiddetle kurduğu iktidar, şiddetle ayakta tutuluyor ve bu iktidar başka kadınlarla ortaklaşa kullanılabilir. Bu kadınların çoğu, aynı iktidarın ortak mağdurları. Fırsat bulunca, başka kadınlar üzerinde kendi mağduriyetlerinin bir intikamı olarak şiddeti devreye sokuyorlar. Korkutan, köleleştiren, aşağılayan, sindiren, yıkan, susturan otoriter şiddet; aynı şiddetin muhatabı olanlarca, başkalarını muhatap alabiliyor.

Atasözleri, özdeyişler, milletlerin düşünüş ve yaşamı kavrayışlarını büyük yasa metinlerinden çok daha iyi ifade ederler. Şiddetin kuşaktan kuşağa taşıyıcı ve meşrulaştırıcı kodları olarak tanımlanabilecek kalıpları duymayamız yoktur:¹⁴ “*Söz ile uslanmayı etmeli tekdir, tekdir ile uslanmanın hakkı kötektir*”, “*annenin-babanın vurduğu yerde gül biter*”, “*dayak cennetten çıkmadır*”, “*kızını dövmeyen dizini döver*”, “*dövene elsiz, sövene dilsiz gerek*”, “*gelinlikle çıkan, kefenle geri döner...*”

Kimliğini ve benliğini ancak kendi yarattığı bir “öteki” üzerinden kanıtlayabilen, varoluşuna, yaşamsal işlevlerine sadece bu “öteki” sayesinde inanabilen, toplumsal cinsiyetlerin hapishanesinde taşlaşmış, kilitli kalmış

¹³ Bu konuda, önemli bir alan çalışması olarak bkz. Filiz BİNGÖLÇE, Dil Dayakları-Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetin Ortak Dili, Ankara 2006, s. 3. Sözlü kültürün önemi ve sözün politikleşmesi hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Eser KÖKER, Kitapta Kurutulmuş Çiçekler ya da Sözlü Kültür Üzerine Düşünceler, Dipnot Yay., Ankara 2005.

¹⁴ Bkz. BİNGÖLÇE, Dil Dayakları, s. 5, 6.

erkeğin¹⁵ şiddet dili, sürekli besleniyor. Kadınları pasif, suskun, zavallı, suçlu, ahlaksız, tehlikeli olarak damgalayan anlayış, “atalar da böyle demiş!” diyerek kendisine taraftar buluyor.

Çocukluğumuzdan itibaren sıkça her ortamda duyabileceğimiz aşağıdaki sözler ise ülkemizde kadına yönelik algının oluşumunda önemli bir yer tutuyor.¹⁶

- *Oğlan büyür koç olur, kız büyür hiç olur. - Kızını dövmeyen dizini döver. - Oğlan doğuran övünsün, kız doğuran dövünsün. - Kadın yüzünün karası, erkek elinin kınası. - Dişi yalanmazsa erkek dolanmaz. - İki kişi yapar işi, dişi kişi bozar işi. - Bir kaz doymaz, bir de kız. - Karı sözüne uyan adam değildir. - Karı şerri, kuru şerri. - Erkeğin okumuşu kadı, karının okumuşu cadı olur. - Ağustostan sonra ekilen darıdan, kocasından sonra kalkan karıdan hayır gelmez. - Kadın erkeğin şeytanıdır. - Oğlan babadan öğrenir sofra dizmeyi, kız anadan öğrenir sokak gezmeyi. - Avrat malı, kapı mandalı. - Kocasız karı, beysiz arı. - İki kadın bir araya gelince bir mahalle olur. Ve daha niceleri...*

Ünlü düşünürler, filozoflar çoğu zaman kadınla ilgili olarak, klasik yaklaşımın sözcüsü olmuşlardır. Bunların başını çekenlerden biri Rousseau’dur. O’na göre; “kadının ilk ve en önemli özelliği uysallıktır. Kötülüklerle ve kusurlarla dolu, erkeğe itaatle yükümlü tutulan kadın, küçük yaştan itibaren haksızlığa dayanmayı ve kocasının yapacaklarına katlanmayı öğretilerek yetiştirilir. Kadına tabiat tarafından verilen kurnazlık eğilimi, kadının kuvvet bakımından zayıflığını giderir. Soyut ve teorik gerçekler, aksiyomlar kadının harcı değildir. Kadınların öğreneceği her şey uygulama ile ilgili olmalıdır. Erkeğin bulduğu kuralların uygulamasını yapmak kadınların işi olabilir. Kadınlar pozitif ilimlerde başarılı olmak için gerekli doğru görüşe ve dikkate, yeter derecede sahip değildir.”¹⁷

III. TÜRK CEZA HUKUKUNDA NEREDEN NEREYE?

A. Genel Olarak

Kadın hareketleri önemli ölçüde ceza hukukunu hedef almış ve şiddetle eleştirmiştir. Bu çok haklı ve doğru bir tutumdur. Çünkü ceza hukuku

¹⁵ Zeynep ERGUN, “Yaprak Dökümü’nde Tersine İşleyen Zaman: Erkekliğin Hazin Sonu”, Amargi, 2010, S. 19, s. 29.

¹⁶ Bkz. Metin YURTBAŞI, Sınıflandırılmış Türk Atasözleri, Özdemir Yay., Ankara 1995, s. 94 vd.

¹⁷ Bkz. Adnan GÜRİZ, Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk, AÜHF Yay., Ankara 1997, s. 1415. Diğer düşünürler ve görüşleri için bkz. GÜRİZ, s. 15 vd.

toplumsal yaşamın en yakıcı ve yıkıcı yönlerinden birini, cinsel şiddeti düzenler ve yaptırıma bağlar. Hukukun diğer dallarından çok daha fazla “erkek”tir ve eril bakış açısını temsil eder.

Yasalar ve mahkemeler kadının haklarının korunmasında önemli bir işlev görebilirler, ancak yeterli olamazlar. Şüphesiz yasal eksiklikleri ya da hataları gidermek çok önemlidir. Ancak öncelikli olan, şiddete karşı bir bilinç dönüşümünü hayata geçirebilmektir.

Genel olarak şiddet ve özel olarak cinsel şiddet; erkeğin kendisinden “zayıf” olan kadına acımasız bir şekilde yöneliyor ve bu şiddet çoğu zaman uzaktaki kişilerden değil, “yakınlar”dan geliyor. Şiddeti uygulayanın “yakınlığı” arttıkça ortaya çıkması, dile getirilmesi güçleşiyor. Özellikle aile içi ya da eşten gelen *cinsel şiddet*, susularak unutulmaya ya da normalleştirilmeye çalışılıyor. Cinsellik normal bir eylem olduğunda dahi üzerinde konuşulamazken, şiddet olarak ortaya çıktığında tüm kalıplar, algılar, klişeler devreye giriyor.

Kadınlar; dövülüyor, kaçırılıyor, tecavüz ediliyor, intihara zorlanıyor, bekâret nedeniyle ya da namus bahane edilip töre kılıfı altında yüzyıllardır, durmaksızın cinayete kurban gidiyorlar. Kadınların katilleri ne acıdır ki çoğunlukla babalar, kocalar, eski kocalar ya da erkek kardeşler oluyor. Bu şiddet doğum öncesinde kız yerine erkek çocuk isteyerek başlıyor, yeni doğan kız çocuğunun öldürülmesinden cinsel istismara, okulda ve işyerinde cinsel tacize, insan ticaretine, kaçırılmaya, zorla fuhuşa, ev içi şiddete, dayak ve evlilik içi tecavüze, psikolojik baskıya, ekonomik kısıtlamalara, erken yaşta zorla evlendirilmeye, sindirmeye, sürekli küçük düşürme ve aşağılamaya, öldürülmeye kadar uzanıyor.¹⁸

Cinsel suçların özellikle de tecavüzün yarattığı fiziksel ve ruhsal çöküntü, başka hiçbir suçta olmayacak kadar onulmaz yaralar bırakır. Ne çevresi tam anlamıyla destektir mağdura ne de resmî makamlar. *Mağdur yalnızlaşır, yalnızlaştırılır*. Kadın üzerinden yürütülen hastalıklı “namus” algısı, dört bir yanını kuşatır; ruh sağlığını bir daha kolay kolay kazanamaz. Ona vurulan ilk damga “kirli” damgasıdır. Hastaneden polise, savcıdan mahkemeye kadar her aşamada kadın defalarca yaralanır. Sanki kadın suçun kurbanı değil de failiymiş gibi bir muameleyle karşılaşır; o çirkin şiddet dili, her yerde karşısına çıkar.

¹⁸ Bkz. Filiz BİNGÖLÇE, “*Sunuş*”, Yas Değil İsyan: Öldürülmüş Kadın Ağzı Ağzıtlar, Altüst Yay., Ankara 2011.

Tecavüz suçu mağdurları, saldırının hemen sonrasında utanç, şaşkınlık, endişe, korku veya öfkesini ayarlayamama gibi nedenlerle; yaşanan travmayı aktarmak ve kanıtlamak durumunda yeniden zorluklar yaşamaktadırlar. Her zorluğu göze alıp şikâyet edebilen kadınlar; soruşturma aşamasında ve hastanelerde muayene sırasında onur kırıcı davranışlarla karşılaşmakta, bu tutum yargılama sırasında özellikle “ispat” gerekçesiyle devam etmektedir.

Kadının konumlandırılmasında “cinsellik” merkezî bir önem taşır. Çünkü her alanda, bu kavrama ilişkin olarak büyük bir ikiye bölünmüşlük yaşanmaktadır. Toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin belirgin biçimde ortaya çıktığı “cinsellik” konusundaki “şiddet”, hukukla meşrulaştırılmış ve her daim kültür bahanesiyle normalleştirilmiştir. İkiyüzlü bir ahlak ve namus anlayışı bu alana her zaman hâkim olmuştur. Cinsel şiddet bir tabu olarak kaldığı, kurbanları ciddiye alınmadığı ve failler geniş bir hareket serbestisine sahip oldukları süreçte, gerçek suçluluk karanlıkta kalmaya devam edecektir.

Türk ceza hukuku açısından bakıldığında¹⁹ yasal düzeyde, kadınları ilgilendiren sorunların büyük ölçüde aşıldığı, bazı eksikliklere rağmen, önemli kazanımlar elde edildiği ortada. Fakat çok çaba gösteren hukuk uygulayıcılarının varlığına rağmen, yargı pratiği ve toplumsal algı açısından aynı şeyi söylemek mümkün değil. Kadınlar, yine zorluklarla yaşamaya devam ediyorlar ancak sorunları daha görünür hale geldi.

5237 sayılı TCK, önceki Kanun’da (765 sayılı TCK) çokça eleştirilen düzenlemeleri bünyesine katmamıştır ancak “tahrik”, “iyi hal indirimi”, “ispat ve rıza” konusu özellikle ilk derece mahkemeleri bakımından fazlasıyla sorunlu olmaya devam etmektedir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren TCK, bazı eksiklik ve aksaklıklara rağmen, çok önemli yenilikleri ve değişiklikleri barındırmaktadır.

¹⁹ Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. YALÇIN, s. 85 vd.; Öykü Didem AYDIN, “Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, TBBD., 2004, S. 53, s. 69 vd., Öykü Didem AYDIN, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, HPD., 2004, S. 2, s. 155 vd.; Paolo BALBO, “Sesso e Carcere”, Sessualita Diritto e Processo (a cura di Guglielmo GULOTTA / Serena PEZZATI), Milano 2002; Handan Yokuş SEVÜK, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, TBBD., 2005, S. 57, s. 243 vd.; Türkan Yalçın SANCAR, “Türk Ceza Kanunu Öntasarısına İlişkin Bazı Gözlemler”, Çağdaş Hukuk, 1998/4, S. 63, s. 13-22; Türkan Yalçın SANCAR, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler”, AÜHFD., 2002, C. 51, S. 3, s. 1-25.

5237 sayılı TCK, 3. maddesinin 2. fıkrasında, “Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi” başlığı altında; “*Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.*” hükmüne yer vermiştir. Düzenleme, aslında Anayasa’da var olan “eşitlik ilkesi”ni bir kez daha vurgulamaktadır. Bu düzenleme kuşkusuz bir yenilik değildir ancak Ceza Kanunu’nda bir kez daha vurgulanması “sembolik” de olsa önemlidir.

TCK’nin 122. maddesi, “Ayrımcılık” başlığı altında, ayrımcılığın diğer türleri yanında, “cinsiyete dayalı” ayrımcılığı da cezalandırmaktadır.

TCK, pek çok hükmünde mağdurun kadın olmasını, gebe olmasını ya da eş olmasını ayrıca değerlendirmekte ve “cezaı ağırlaştıran” bir neden olarak öngörmektedir. Bu anlamda Kanun’un kadına ilişkin ya da kadının mağdur olduğu suçlarda bir duyarlılık taşıdığı inkâr edilemez. Örneğin; mağdurun gebe olması, eş olması ya da suçun “töre” saikiyle işlenmesi öldürme suçu bakımından nitelikli hal sayılmış ve ceza olarak “ağırlaştırılmış müebbet hapis” öngörülmüştür (TCK. m. 82). Aynı şekilde, kasten yaralama suçunun eşe karşı ya da gebe bir kadına karşı işlenmiş olması da (TCK. m. 86, 87) cezaı ağırlaştıran bir neden olarak düzenlenmiştir.

27.05.2022 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7406 Sayılı Kanun’la, diğer değişikliklerin yanı sıra; kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, eziyet ve tehdit suçları bakımından mağdurun “kadın” olması cezaı ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir.²⁰ Yine, taksirle yaralama suçu bakımından gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğması ya da çocuğunun düşmesine neden olunması (m. 89/2-f; 89/3-e); işkence suçu bakımından kadının gebe olması (m. 94), “*filin cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi*”; eziyet suçu bakımından kadının gebe ya da eş olması (m. 96); fuhuş bakımından failin eş olması (m. 227/5) cezaı ağırlaştıran neden olarak değerlendirilmiştir.

Ancak; kadına karşı diğer aile bireyleri ve eş tarafından işlenen ve uygulamada da bu yönleriyle dikkat çeken pek çok suç bakımından, fail ile mağdur arasındaki ilişki dikkate alınmamıştır. Örneğin; “İntihara

²⁰ Söz konusu düzenleme kadına yönelik şiddeti önleme amacıyla Kanun’a girmiştir ancak amacı aşan bir özellik taşımaktadır. İlgili suçların, eril kodlar nedeniyle işlenmiş olması aranmalıydı. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ozan Ercan TAŞKIN, Kadın Cinayeti Suçu, Oniki Levha Yay., İstanbul 2022.

yönlendirme” (m. 84), “Terk” (m. 97), “Çocuk düşürtme” (m. 99), “Kısırlaştırma” (m. 101), “Şantaj” (m. 107), “Cebir” (m. 108), “Konut dokunulmazlığının ihlali” (m. 116) “İş ve çalışma hürriyetinin ihlali” (m. 117), “Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma” m. (123) suçlarının diğer suçlara paralel olarak, “üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı” işlenmesi cezayı ağırlaştıran bir neden olarak kabul edilmelidir. Çünkü bu suçların belirtilen kişiler tarafından işlenmesi, çok daha kolaydır ve mağdur üzerindeki etkileri ağırdır. Ayrıca böyle bir değişiklik yapılması, Kanun’un, aile içi şiddetle ilgili diğer hükümleriyle uyum sağlanması bakımından da doğru olacaktır.

Yasalarda çoğu zaman görünmez olan “ekonomik şiddet”le ilgili olarak, örneğin; kadının çalışmasına izin verilmemesi; parasına-maaşına-mirasına el konulması; mirastan yoksun bırakılması gibi eylemlerin bağımsız suç tipleri olarak ya da mevcut suç tiplerine uydukları ölçüde, cezayı ağırlaştıran neden olarak düşünölmeleri gerekir.

B. “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar”dan “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”a Geçiş

765 sayılı TCK’nın genel yapısında köklü *değişikliklere* ve Kanun’un gerekçesinde yer alan ifadeyle *yeni ve demokratik gelişmelere* yer vermenin hedeflendiği 5237 sayılı TCK’da çok önemli düzenlemeler yapılmış, bazı kurumlar daha açıklığa kavuşturulmuş, bazıları olumlu bir biçimde değiştirilmiş, bazıları da kaldırılmıştır. Kanun’un bu açıdan en önemli tarafı, üzerinde çok durulan, kamuoyunun her kesiminde çok tartışılan ve mevcut Ceza Kanununda yer alıp, sadece “feminist hukuk” bakış açısına göre değil, genel olarak toplumsal ayıbımız sayılması gereken bazı suçları kanundan çıkarması ve özellikle kadın mağdurları korumak açısından önemli bazı suç tiplerini de düzenlemiş olmasıdır.

Olumlu değişikliklerden bazıları şunlardır:

- Önceki kanundan farklı bir biçimde, cinsel özgürlük bireye ait bir hak olarak değerlendirildi ve “*genel ahlak ve aile düzeni*” kategorisi kanundan çıkarıldı.²¹ Böylece geleneksel bakış açısından uzaklaşmış, cinsel suçlar ve özellikle de kadının cinselliği; genel ahlak ve “edep töresi” sorunu olarak görölmemiştir. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, bireyin haklarını

²¹ Bu düzenlemenin önemi hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Fahri Gökçen TANER, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 30 vd.

öne çıkaran çağdaş yaklaşıma uygun bir biçimde “kişilere karşı suçlar” arasında yer almıştır.

- “*Şeref kurtarma saikiyle yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi*” (m. 453) “*terk edilmesi*” (m. 475) ve “*düşürülmesi ya da düşürtülmesi*” halinde, önemli bir ceza indirimi öngören düzenlemeler kaldırıldı.

- Çok ciddi tartışmalara konu olan ve toplumdaki şeref anlayışının kadına ağır bir biçimde yansımaları olarak görülen; kadını mağdurken bir kez daha mağdurlaştıran bir hüküm olan 434. madde yeni Kanuna alınmadı.

- Yine Yargıtay’ın değerlendirmesine göre, “müessir fiil” ya da “aile efradına kötü muamele” sayılan “*evlilik içi tecavüz*”, hiçbir ceza indirimi dahi kabul edilmeden “şikâyete bağlı” suç olarak düzenlendi. Böylece evlilik akdiyle birlikte, kadını, kocanın her türlü cinsel tasarrufunun ses çıkarmaması gereken objesi olarak kabul eden anlayış, en azından yasal olarak terk edildi.

- Ayrıca *evlenme vaadiyle kızlık bozma* (m. 453) olarak tanımlanan suç kanundan çıkarıldı.

- “Irza geçme” suçlarını sadece anal ve vajinal ilişkiyle sınırlandıran anlayış değişerek, oral ilişki de bu kapsama alındı. Cinsel saldırı sadece “cinsel ilişki” olarak değil; vücuda organ veya sair bir cisim sokulması olarak tanımlandı. Böylece cinsel saldırının bir türü olan ancak uygulamada müessir fiil olarak kabul edilen ve bir işkence yöntemi olan “cinsel organa cisim sokulması” da cinsel saldırı içinde kabul edildi.

- Özellikle kadın mağdurların daha geniş bir biçimde korunmalarını sağlayabilecek olan “cinsel taciz” suç olarak öngörüldü.

- TCK Tasarılarında da yer alan ve ETCK döneminde çok eleştirilen “*kadın ve kız*” şeklinde yapılan ayırım kaldırıldı; mağdurun “evli kadın” olmasını, cezayı ağırlaştıran bir neden sayan düzenleme (ETCK. 429/2) tarihte kaldı. Gerçekten, bu ifade, aynı zamanda cinsler arası eşitlik sorunlarına yol açıyordu. Hukukumuzda, ceza hukukunun dışında kadın ile kız ayırımını yapan başka bir kanun mevcut olmamıştır. Kız ve kadın ayırımı aslen çağdaş hukuka yabancı bir ayırımdır. Temel ayırım, reşit ya da küçük arasındadır...

- Evlenme vaadinin bir cinsel istismar aracı olarak kullanılmasını değil de, bekâretin önemini vurgulamaya yönelik bir düzenleme niteliği taşıyan ve bakire olanları koruyan 423. madde yeni Kanuna alınmadı. 429. maddede yer alan “*şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kız-kadın kaçırma suçu, hürriyeti tahdit suçundan ayrı düzenlenmekte ve kadın evliyse cezanın ağırlaşması*

öngörülmekteydi. Bu düzenleme, korunan hukuki değeri kadının cinsel özgürlüğü değil, ailenin ve kocanın şerefi olarak kabul etme gibi bir yanlış anlayışın ürünüydü. Ayrıca, evli olan ve evli olmayan kadınlar arasında bir ayrımcılık ifade ediyordu.

- Farklı hukuksal değerleri korudukları için, çok doğru olarak, “cinsel suçlar”, cinsellikle ilgili “müstehcenlik, fuhuş, alenen hayasızca hareketler” gibi diğer suçlardan ayrıldı ve son sayılanlar, “*Genel Ahlak Karşı Suçlar*” kategorisinde yer aldılar.

Bu düzenlemeler son derece önemlidir ve özellikle kadın sivil toplum örgütlerinin başarısıdır. Teorik olarak çok olumlu bulduğumuz, Avrupa devletlerinin pek çoğunda yer alan bu düzenlemeler, “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” bölümü kaleme alınırken aynı şekilde başarılı olunamadı ve norm koyma tekniği ve özellikle de “*kanunilik ilkesi*” açısından önemli zaafılar ortaya çıktı. Bu bölüm, yaklaşım ve felsefe olarak Kanun’un belki en olumlu bölümüdür ama bazı tanımların, kavramların muğlâklığı açısından da en fazla sorunu beraberinde getiren çok zayıf bölümlerinden biridir.

Uluslararası belgelerde (özellikle İstanbul Sözleşmesi) geçen “*zorla evlendirme*”, “*zorla gebe bırakma*”, “*genital organların mütilasyonu*” TCK’da ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. TCK, bu bağlamda eksiktir. Zorla evlendirme konusu ve buna bağlı olarak “berdel” ülkemizde sık karşılaşılan bir olgudur. “Zorla evlendirme” ve “çocuk yaşta evlendirme” bağımsız bir suç olarak düzenlenmeli ve “berdel” cezayı ağırlaştıran bir neden olarak ele alınmalıdır.

TCK’da, ensest de ayrı bir suç olarak düzenlenmemekte, sadece “cinsel saldırı” suçunun (m. 102/3-c) ve “çocukların cinsel istismarı” suçunun “bazı akrabalar tarafından işlenmesi” (m. 103/3) cezayı ağırlaştıran bir neden olarak öngörülmektedir. Ayrıca TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu” mağdurla arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlendiğinde ceza ağırlaştırılmaktadır. Ensestin ayrı bir başlık altında düzenlenmesi ve sınırlarının belirlenmesi son derece önemlidir.

Şiddetin en üst seviyesi olan “töre saikiyle” bir insanın öldürülmesi de ilk kez bu Kanun’da düzenlenmiştir (m. 82/1-k). Bu düzenleme; gerek tercih edilen “töre” sözcüğü, gerekse uygulamada yaşanan sorunlar açısından sıkıntılı olmakla birlikte, önemli bir düzenlemedir. Burada kısaca belirtelim ki; bu ağırlaştırıcı sebep yaralama suçu yanında, yukarıda sözü edilen diğer suçlar bakımından da geçerli olmalıdır.

Cinsel suçlarla ilgili olarak yaşanan norm koyma süreci, belki ceza kanunlarının başka hiçbir alanında olmadığı kadar; hukukla ahlakı, gelenekleri, töreleri, aileyi bir araya ya da karşı karşıya getirir. Kanun koyucunun bu alanda yapacağı tercihler, gerçekten reformcu olup olmadığı, kalıplaşmış toplumsal önyargıları kırıp kırmadığı, toplumu sadece koruyan değil aynı zamanda ilerletmek isteyen bir yaklaşımı kavrayıp kavramadığı konusunda da ölçüt olacaktır. Bu anlamda TCK’da atılan adımlar çok önemlidir ancak asıl önemli olan uygulamanın yaklaşımıdır.

IV. ÇOCUK GELİNLER (!) VE ZORLA EVLENDİRME²²

Önemli bir insan hakları sorunu olan bu konu, hiç şüphesiz “ataerkil” yapıdan bağımsız düşünülemez. Erken ve zorla evlendirme aile içi şiddetin; fiziksel, psikolojik, ekonomik, cinsel boyutuyla birlikte ortaya çıkar. Eylemin asli muhatabı olan kadın; dövülmekte, dışlanmakta, evden kovulmakta, aç bırakılmakta, eli ayağı bağlanıp hapsedilmekte, işkence görmekte, tehdit edilmekte ve akla gelebilecek her türlü zor kullanılmaktadır. Bu olgunun vahametini anlatmak için, “evlendirme” sözü çok yetersiz; fazla naif ve masum. Daha doğru ifade; “mal” gibi görülen çocukların “satılması”, “değiş tokuş edilmesi”, kelimenin gerçek anlamıyla “kurban” edilmeleri. Çoğu zaman elbirliğiyle “tecavüz”e dönüşüyor olay.

Rızası olmadan ve daha önce belki de hiç görmediği kendisinden onlarca yaş büyük erkeklerle evlendirilen bu çocukların hayatları yok ediliyor. Öldürmeye kadar ulaşan şiddet, intihar, derin mutsuzluk takip ediyor çocukları. Kalabalık aileler, yoksulluk, eğitimsizlik, göçler bu evliliklerin sayılabilecek nedenlerinden sadece birkaç tanesi. Nedenler değişik, trajedi aynı. En çok güvenilenler, sığınılanlar; en büyük kötülükleri yapıyorlar.

Çocuk gelinler sadece Türkiye’de değil, tüm dünyada kanayan bir yara. Ancak Türkiye’de yara daha fazla kanıyor. Çocuklarına “bayram” armağan eden ilk ve tek devlet olmakla gururlanan Türkiye, çocuk yaşta zorla evlendirilen kızlarıyla, dünyada ön sıralarda yer alıyor. Erken evliliklerde Türkiye batı ülkeleri arasında en yüksek evlilik oranına sahip ülke. Daha az gelişmiş ülkelerin ortalamalarıyla karşılaştırıldığı zaman ise Hindistan, Pakistan, Afrika ülkelerinden biraz daha düşük.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Meral EKİCİ, “Çocuk Evlilikleri ve Çocuk Gelinler”, Kadın Yazıları içinde (Yayına Hazırlayan: Türkân YALÇIN), Savaş Yay., Ankara 2020, s. 119-175; YALÇIN, s. 270 vd.

Sadece kız çocuklarını değil erkek çocuklarını da yakından ilgilendiren “erken evlendirme”ler; çocuğun ruhsal ve bedensel sağlığının korunmasında, eğitiminde ve daha birçok temel hakkının kullanımında büyük bir engel oluşturmakta, “yaşam hakkı” da ihlal edilmektedir.

Türkiye’nin taraf olduğu bütün uluslararası belgelerde ve ulusal düzenlemelerde “18 yaşın altındaki her insan çocuk sayılır.”

Türk Medeni Kanunu’nun 124. maddesine göre;

“Erkek veya kadın onyedi yaşını doldurmadıkça evlenemez.

Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.”

Böylece TMK, 16 yaş sınırına çekmekle çocuk yaşta evlilikleri meşrulaştırmaktadır. Her ne kadar toplumsal gerçekler ve ortaya çıkabilecek daha ağır sonuçlar bu düzenleme için gerekçe oluşturabilirse de; erken yaşta yapılan evliliklere yasal zeminde engel olunmalıdır. Üstelik bilinen bir başka gerçek; ailelerin 16 yaşından daha küçük çocukların yaşını mahkeme kararlarıyla büyüterek, bu yasal düzenlemeyi de bertaraf ettikleridir. Medeni Kanun’un, 12. maddesinde 15 yaşını doldurmuş kişinin anne ve babasının rızasıyla ve mahkemenin onayıyla ergin kılınabileceği kabul edilmiştir. Bu konuda mahkemelerin son derece hassas davranmaları; 124. maddedeki 16 yaş istisnasını uygularken ve “yaş tashihi” davalarında değerlendirmelerini çok titiz yapmaları gerekir.

TCK’daki yaptırımlar da mutlaka uygulanmalıdır ancak TCK’da “zorla evlendirme” şeklinde bir düzenleme yer almadığından, uluslararası sözleşmelere paralel olarak en kısa zamanda özel bir düzenlemenin yapılması gerekir. Diğer suç tipleri tek başına, zorla ve erken evlendirmenin ihlal ettiği değerleri korumaya yetmemekte, bağımsız bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. TMK’daki yaş sınırına uyularak ve hatta 18 yaşın üstündeki kadınların zaman zaman da erkeklerin zorla evlendirilmeleri olaylarıyla da sıkça karşılaşılıyor. Erken evlendirme ve zorla evlendirme, uygulanan şiddetin biçimine göre farklı değerleri ihlal eder. Örneğin; tehdit (m. 106), cebir (m. 108), hakaret (m. 125), hürriyeti kısıtlama (m. 109), kötü muamele (m. 232), cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar (m. 102 vd.) hatta insan ticareti (m. 80) söz konusu olabilir. Ancak bu suçların her biri, birkaçı ya da tümü zorla evlendirmede araç olarak kullanılabilir. Hiçbir suç tipi, tek başına ihtiyacı karşılamaya elverişli değildir ve mutlaka bağımsız bir suç tipine

ihtiyaç vardır. Böyle bir düzenleme öngörüldüğünde, zorla evlendirilenin “çocuk” olması cezayı ağırlaştıran bir neden olmalıdır

TCK’nın 103. maddesi “Çocukların Cinsel İstismarı” suçunu düzenlemektedir. Zorla erken evlendirmelerde bu düzenlemeye mutlaka başvurulmalıdır.

TMK m. 143’e göre; *aile cüzdanı gösterilmeden evlenmenin dinî töreni yapılamaz.*

Yapılırsa ne olur? Yaptırımı var mı? TCK’nın 2015 yılında iptal edilen 230/6. maddesine göre;

“Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.” Bu durumda TMK m. 143’e uyulmamasının herhangi bir yaptırımı olmayacaktır. Bu da en kısa zamanda düzenlenmesi gereken bir alandır.

Şu ana kadar dile getirilen birçok konuda olduğu gibi, hukuksal tedbirler “erken ve zorla evlendirme” sorununun aşılmasında da tek başına yeterli olamaz. Sivil toplum kuruluşlarıyla ortak çalışmalar yürütülerek, bu kuruluşların deneyimlerinden, bilgilerinden ve önerilerinden mutlaka yararlanılmalı; kanaat önderleri, politikacılar ve özellikle din adamları yanlış/yanıltıcı yorumlardan kaçınılmalıdırlar.

V. HAKSIZ TAHRİK İNDİRİMİNDE YAŞANAN SORUNLAR²³

Son zamanlarda, “erkeklik indirimi” olarak adlandırılan “haksız tahrik” ve “iyi hal” indirimi uygulamalarında yoğunlaşan tartışmalar, kadın ve LGBTİ örgütleri arasında da ayrışmalara yol açtı. Şiddetin mağduru kadın olduğunda kolaylıkla erkek lehine başvuru bu kurumların yeniden

²³ Haksız tahrik konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. YALÇIN, s. 229 vd. Kurum hakkında ayrıntılı bilgi için, bir bütün olarak bkz. Devrim AYDIN, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, AÜHFD., 2005, C. 54, S. 1, s. 225-254; Şeyda ALTUNTAŞ, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Adalet Yay., Ankara 2021; İbrahim ÇETİN, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Seçkin Yay., Ankara 2021.

Haksız tahrik ve meşru savunma kurumlarının “örselenmiş kadın sendromu” ile karşılaştırılması, bu kurumlar arasındaki son derece önemli farkların ortaya koyulması ve feminist savunma için tartışmasız çok önemli bir eser olarak bkz. İlkay NADİR, Örselenmiş Kadın Sendromu: Geleneksel Meşru Savunma Doktrini Karşısında Sürekli Şiddet Hâli, Adalet Yay., Ankara 2024.

düzenlenmesi hatta ceza kanunlarından çıkartılması önerileri yanında; cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda cezaların daha da artırılması, kastrasyon uygulamasının ve ölüm cezasının gündeme alınması önerileri geldi. Elbette bu önerilerin tümü tartışılmalıdır. Fakat bu tartışmalar yürütülürken zaman zaman sorunun asıl olarak nereden kaynaklandığının ve kurumların ortaya çıkış amaçlarının gözden kaçırıldığı bir gerçektir.

Cezaların artırılmasının ve en uç nokta olan ölüm cezalarının dahi suç azaltmadığı, böylesi uygulamaların devleti baskıcı bir devlete dönüştürdüğü ceza hukuku tarihinin çoktan önümüze koyduğu bir gerçektir. Tartışmayı sağlıklı yürütebilmek için bir konuda netleşmelidir: “Haksız tahrik” (TCK m. 29)²⁴ ve “takdiri indirim nedenleri” (TCK m. 62)²⁵ başlığıyla önceki ve yürürlükteki ceza kanununda yer alan kurumların esasına mı, düzenlenme biçimine mi yoksa uygulamadaki yanlışlıklara mı itiraz ediliyor? Ya da itirazların konusu bunların tümünü birden mi içeriyor?

Öncelikle belirtilmelidir ki, insanın eylemleri yanında suçu işlediği sıradaki ruh hali ve psikolojisine hukuki değer tanıyan birçok ceza kanunu “cezanın bireyselleştirilmesi” amacıyla bazı kurumlara yer vermiştir. Bu kurumların başında haksız tahrik gelir. En basit tanımıyla haksız tahrik; failin başkalarının “haksız” hareketleri sonucunda duyduğu elem ve öfkenin etkisiyle bir “tepki suçu” işlemesi ve bu tepki suçunun işlenmesinde mağdurun da kusuru olduğu için failin cezasının bir miktar indirilmesidir. Mağdurun haksız hareketinin faili öfke ve eleme sevk etmesinin, onun iradesini etkileyerek davranışlarını denetleme yeteneğini azalttığı kabul edilir. Kanun koyucu hem faili harekete geçiren saikler normal olmadığından, hem de suçun işlenmesine mağdur da sebep olduğundan, failin cezasını indirmeyi uygun görür. Dış dünyaya yansıyan fiil değerlendirilirken, failin iç dünyasında ortaya çıkmış olan sarsıntıları da dikkate alan bir kurumdur haksız tahrik.

²⁴ “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”

²⁵ “(1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.”

Cezanın “bireyselleştirilmesi” modern ceza hukukunun vazgeçemeyeceği bir husustur. Bu, faile ayrıcalık tanınması değildir. Ancak maalesef uygulama ceza indirimlerine başvurma konusunda cinsiyetçi, gelenekçi ve ahlakçı olmanın yanında “ideolojik”tir de. Mağdurun sadece cinsel eğilimi, etnik kökeni, mezhebi, dinsel inancı ya da inançsızlığı yani “varoluşu” haksız tahrik ya da takdiri indirim nedeni tartışmalarına konu edilmekte ve bu kurumlar faile “ayrıcalık” tanıyan bir hale dönüştürülmektedir.

Hiç şüphesiz uygulamanın böylesine dejenere olmasında birçok etmenin yanında, bazı müdafilerin her fırsatta bu kurumlara başvurmalarını ve savunma mesleğini gerçeği ortaya çıkarmak değil *gerçeği değiştirmek* olarak görmelerini de vurgulamak gerekir. Hukuku yapan, öğreten, uygulayan herkes öncelikle kendisine dönüp sormalıdır: Ben üzerime düşeni yaptım mı, yapıyor muyum? Bu soruya hiçbir rahatsızlık duymadan cevap verebilmek için, hatalarımızı görmek ve ona göre davranmak zorundayız.

TCK’da cezayı azaltan “genel” bir indirim nedeni olarak kabul edilen haksız tahrik, farklı suç ve ceza politikalarının bir sonucu olarak karşılaştırmalı hukukta değişik biçimlerde karşımıza çıkmaktadır. Bazı kanunlarda TCK’da olduğu gibi tüm suçlar için uygulanabilirken, bazılarında sadece belirli suçlar bakımından uygulanabilmesi kabul edilmiş, bir kısım kanunda takdiri indirim nedenleri arasında görülürken bazı kanunlarda da hiç yer verilmemiştir.

TCK’daki düzenleme çeşitli açılardan ve özellikle de diğer devletlerin ceza kanunlarında görülmeyen bir oranda dörtte üçe kadar ceza indirimi yapılabilmesi açısından eleştirilebilir. Ancak temel sorun ne bu kurumun varlığıyla ne de kaleme alınışıyla ilgilidir. Uygulama başından bu yana çok sıkıntılıdır, taraflıdır ve hatalıdır. Düzenlemeye göre; ceza indiriminin yapılabilmesi için ilk şart tahrik eden eylemin “haksız” olması, ikincisi de bu haksız eylemin failde “hiddet veya şiddetli elem” yaratmasıdır. Bu iki şartın mutlaka bir arada gerçekleşmesi gerekir. Hiçbir haksız hareket yokken failin öfkelenmesi ya da haksız bir hareket bulunmasına rağmen failin soğukkanlılıkla, öfke ya da üzüntü duymadan suç işlemesi durumunda indirim yapılamaz. Haksız tahrikin varlığı esas olarak mağdurun hareketlerine göre belirlenir. Mağdurun “tahrik eden” ve “haksız” olan bir fiili olmadıkça; failin herhangi bir nedenle çok öfkelenmiş ya da üzülmüş olmasının ceza indiriminde bir etkisi olamaz.

Uygulamada en önemli sorun, fiilin ne zaman “haksız” sayılacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Bir hareketin haksız sayılması için hukukla çatışması yeterlidir, suç olması gerekmez. Suç ise zaten haksızdır da. Tek başına geleneklere, örf ve âdete aykırılık, “haksızlık” konusunda ölçüt kabul edilemez. Kadının çok basit ve hiçbir şekilde hukuken haksız sayılamayacak hareketleri kolayca haksız tahrik uygulamalarına konu olabilmektedir. Kadının nasıl konuşması, nasıl davranması, nasıl yaşaması gerektiğine ilişkin ataerkil ve cinsiyetçi algılar, maalesef haksız tahrik konusunda mahkeme kararlarına sıkça yansımaktadır. Kadının çok basit bir hareketi haksız tahrik sayılırken, erkekten kadına yönelen çok ağır hareketler dahi, çoğu zaman haksız tahrik indirimine konu edilmemektedir. Son dönemlerde Yargıtay kararlarında; önemli sapmalar olmakla birlikte, daha doğru bir yol izlendiği görülmekte fakat ilk derece mahkemeleri çoğunlukla eski tutumlarını sürdürmektedir.

Yargıçlar “haksızlık” yargısına ulaşırken, toplumdaki genel algıdan, ataerkil sistemin kadını konumlandırma biçiminden ve toplumsal cinsiyet bakışından uzaklaşamamaktadırlar.²⁶ Bu da çoğu zaman şiddet uygulayanları cesaretlendirmektedir. Erkeklerin kadının haksız bir hareketi olmadan hatta sadece hakkı olanı yaptığı için kolayca öfkelenip suç işlemeleri meşrulaştırılmamalı, ikiye bölünmüş namus ve sadakat anlayışı sorgulanmalı, sadece geleneklere aykırılık ya da toplumun baskısı haksızlıkta ölçüt olmamalı, kadını erkeğin malı olarak görmekten vazgeçilmelidir. Bu yapı sorgulanmadan sadece kurumları kaldırmak ya da yeniden düzenleme yapmak üzerinden yürütülen tartışmalar sağlıklı sonuçlara ulaşmaz, hatta bu yapıyı yaratanların ve devam ettirenlerin elini rahatlatır. Aynı zamanda haksız bir eyleme maruz kaldığı için suç işleyen, işlemek zorunda kalan birçok kadının bu kurumlardan yararlanabilmesi de engellenmiş olur.

Erkekler kolayca öfkelenip suç işleme hakkını görüyorlar kendilerinde...

Bazı olaylarda, haksız tahrik tartışmasının nasıl yapılabildiğini aklımız almamakta, bazı olaylarda da neden haksız tahrikin uygulanmadığı anlaşılamamaktadır.

²⁶ Eril kodların haksız tahrik uygulamasına nasıl yansıdığı konusunda derin analizleri içeren çok önemli bir çalışma için bir bütün olarak bkz. Eylem Ümit ATILGAN, Haksız Tahrik – Bir Erkeklik Hakkı, İletişimYay., İstanbul 2024.

Mağdurun “tahrik eden” ve “haksız” olan bir fiili olmadıkça; failin herhangi bir nedenle çok öfkelenmiş ya da üzülmüş olmasının ceza indiriminde bir etkisi yoktur.

Birçok olayda, failin sadece öfkelenmiş olması yeterli sayılmakta, bu öfkeye sebep olduğu söylenen kadının hareketinin haksız olup olmadığıyla ilgilenilmemektedir.

“Kocanın rızası dışında mağdure eşin evde sigara içmesi nedeniyle olayın meydana geldiğinin anlaşılması karşısında bu hususun sanık yararına yasal indirim nedeni oluşturup oluşturmayacağının tartışılması...” (4. CD, 1.6.1995, 2608/3552)

“Sanığın eşi olan mağdureye aynı gece kısa aralıklarla etkili eylemde bulunması tek suç oluşturduğu gibi, mağdurenin eşinden izinsiz terlik satın alması ve eve gelen eşi sanığa yemek hazırlamamış olması şeklindeki hareketlerinin sanık lehine tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirip gerektirmediğinin kararda tartışılması gerekir.” (2. CD, 29.3.2000, 3033/3281)

“Sanığın gayri resmi birlikte yaşadığı Şirin’in akrabası olan, aralarında yaş farkı bulunan ve ailece görüştikleri maktulün elini öpmesine karşılık yanaklarından öpmesi olayının olağan bir davranış olduğu değerlendirilmeden, bu duruma gereksiz yere kızarak öldürme eylemini gerçekleştiren sanık hakkında tahrik hükümlerinin uygulanması sonucu eksik ceza tayini...” 1. CD, 26.4.2006, 1295/1589)

“...mağdurun, olay tarihinde 20 yaşında ve reşit olan sanığın kız kardeşi ile rızasıyla arkadaşlık yapması sanık lehine haksız tahrik oluşturmayacağı halde, sanık lehine tahrik hükmü uygulanması suretiyle eksik ceza tayini...” (1. CD, 9.6.2011, 2009/1135, 2011/3729)

Geleneklere uyulmaması “haksız hareket” olarak nitelendiriliyor...

Sosyal kurallara, değer yargılarına, geleneklere aykırı hareketler de tahrik teşkil edebilir ancak hukukla çatışan toplumsal değer yargılarına, örf ve adetlere veya geleneklere aykırı hareketler; faili tahrik etse bile “haksız” olmadıklarından haksız tahrik indirimi söz konusu olmayacaktır. Çünkü tahrik fiilinin haksız olması koşulu, hukuk düzenini korumaya yöneliktir. Mağdurun hareketleri belli bir yöredeki değer yargılarını ihlal eden hareketler olsa da hukuka aykırı olmadığı/hukukla çatışmadığı sürece haksız tahrik indirimi uygulanmamalıdır. Kanun koyucunun amacı tahrik fiilinin hukuka aykırı

olduğunu vurgulamaktır. Örneğin mağdurun arkadaşıyla dolaşması, bakire olmaması, kısa etek giyinmesi, eşinden boşanmak istemesi vs. durumlarında haksız bir hareket yoktur zira bunlar hukuk düzeniyle çatışan hareketler değildir.

Yargıtay değerlendirmesini yıllar önce yapmış, zaman içinde bu kanaatinden tamamıyla vazgeçememiştir:

“...toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, örf ve adete aykırı davranışlar, hukuka aykırı davranış niteliğinde olduklarından, haksız tahrik nedeni olarak kabul edilmeleri gerekir...” (1.CD, 1.4.1980, 41/1453)

“Toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, hukuka aykırı her türlü davranış tahrik hükmünün uygulanmasını gerektirir haksız eylem niteliği taşır...” (1. CD, 1.4.1980, 41/1453)

“Yasalarımıza göre 18 yaşını dolduran bir kız, hareketlerinde serbest bulunmaktadır. Bu durum, geleneklere, aile fertleri arasındaki ilişkilerde aranacak ahenk ve huzur ortamına aykırı bulunsa dahi, yasaların tanıdığı bir imkanın ağır ve şiddetli bir tahrik olarak kabulünü gerektirecek vahamette görülmemiştir. Ancak, yasal hakların kullanılmasında toplumdaki değerlerini koruyan, bu gibi geleneklere uyulması da aile başkanlarının beklediği olağan bir davranış olduğu halde, öldürülenin buna aykırı bir yol izlemesinde... haksız tahrikin bulunduğu kabulü gerekir.” (CGK, 1973/324, 1973/537)

Hem suçlu hem de güçlü olmak?

Bazı olaylarda, kendisi haksız olan erkek, haksız hareketine kadının gösterdiği küçük bir tepkiye dahi katlanamayıp ağır suçlar işlemekte, buna rağmen haksız tahrik indiriminden yararlandırılmaktadır. Bunu ya Yargıtay’ın uyguladığı indirimden ya da Yargıtay’ın değerlendirmesine konu olan ilk derece mahkemesinin kararlarından anlıyoruz.

“...Oluşa ve dosya içeriğine göre; eşi maktuleye aile birliğinin gerektirdiği şefkati göstermeyen sanığın, olay günü ikram ettiği meyve suyunu içmeyi reddeden eşi maktuleyi boğarak öldürmesi olayında, maktulenin davranışının sanık lehine haksız tahrik uygulamasını gerektirir nitelikte haksız eylem oluşturmayacağı gözetilmeksizin, haksız tahrik hükmü uygulanarak yazılı şekilde eksik ceza tayini...” (1. CD, 31.3.2009, 9687/1691)

“Belli bir işi bulunmayan sanığın ailesine bakmayıp maktule eşini dövüp evi terk etmesinden sonra, geçimlerini sağlamak için maktulenin girdiği işte

bazı kişilerle görünmesinin dedikodudan ileri gitmeyen bir durum arz etmesi ve esasen maktulenin boşanmak için mahkemeye başvurup tarafların anlaşması ile henüz kesinleşmemiş olmakla birlikte boşanmalarına hükmedilmesi birlikte gözetildiğinde maktuleden kaynaklanan kabul edilecek tahrik hallerinin en ziyade... basit tahrik oluşturacağı...” (1. CD, 9.6.2003, 2003/1156, 2003/1308)

“...Sanığın, resmi eşi ve çocuklarıyla birlikte yaşadığı evine evlilik dışı ilişki yaşadığı bayanı getirerek ahlak dışı davranışla metres hayatı yaşaması, ayrıca metresinin kız kardeşiyle herkesçe bilinebilecek şekilde ilişki kurduğumun duyulup ifade edilmesi, eşi maktuleye karşı şiddet kullanarak onu boşanmaya zorlaması ve dolayısıyla kendisinin haksız zeminde bulunması karşısında; her ne kadar eşinin kendisine sadakat göstermediğini söylemişse de, bu nedenle onu öldürmesi eyleminde haksız tahrik hükümlerinden yararlanmasının hakkaniyet ve nisfetle bağdaşmayacağı dikkate alındığında, daha az ceza almaya yönelik soyut savunmaya itibar edilerek haksız tahrik hükmü uygulanmak suretiyle yazılı şekilde eksik ceza tayini, ...Bozmayı gerektirmiş olup,...” (1. CD, 13.3.2012, 3234/1724)

Kadın, erkeğin “malı” olmaktan kurtulamıyor...

Namusun korunması adına; boşanmış ya da eşi ölmüş kadınların yaşama biçimleri, özellikle cinsel davranışları, akrabaları olan erkekler tarafından denetim altında tutulur. Bu kadınlar; kendi ailesine, eski eşine ve onun ailesine karşı sorumlu olma konumunu her zaman korurlar. Kişisel alanlarına ilişkin olsa da, uygunsuz sayılan yaşama biçimi, cinsel davranışları ve bu konularda maruz kaldığı dedikodular, namusu kirlettiği varsayılacağından namus cinayetlerinin potansiyel adaydırlar. Ancak bu durumda da failler, “haksız tahrik” indiriminden yararlandırılabilmektedirler.

Çevrenin baskısı bir fülü haksız saymaya yetiyor...

Kadınların kendi seçtikleri kişilerle kaçmaları veya cinsel ilişkide bulunmaları otomatik olarak “haksız” sayılabiliyor. Hele de konu bekâret olunca, haksızlık tartışmasız kabul ediliyor. Çünkü “mahalli örf ve adet, yörenin hukuki durumu, namusun tartışmasız lekelendiğine inanmaktadır.” deniliyor mahkeme kararlarında. Böylece, mağdurun haksız bir eylemi olmadığı halde, mahkemeler de yaygın anlayışa katılarak, mağdurları haksız buluyorlar.

Erkeklerle gezmek, ailenin tasvip etmediği bir evlilik yapmak ya da cinsel ilişkiye girmek gibi erkekler yaptığında çok normal sayılan davranışlar, kadınlar yaptığında mahkeme kararlarıyla da anormal bulunuyor. Oysa burada haksız olan şey kadının davranışı değildir, kadının kontrolü dışında gelişen bir düşünce biçimidir.

Erkeğin sadakatsizliği normalleştiriliyor...

Erkeğin sadakatsizliğinin normalleştirildiği, bu normalleştirmenin zaman zaman kararlara da yansıdığı bilinmektedir. Ancak, sadakatsiz davranan kadın olduğunda “hukuk” doğru uygulanmaktadır.

VI. CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARDA “RIZA” VE “İSPAT” SORUNU²⁷

Bu suçların ispatı diğer suçlara nazaran çok daha zordur çünkü faille mağdur arasında yaşanan olay, gözlerden uzak mekânlarda gerçekleşir. Ya da en çok güvenilen kişilerin işledikleri bu suçlar, korkudan dile getirilemez. Failin, mağdura yakınlığının derecesi arttıkça, suçu dile getirmek ve inandırıcı olmak o denli zorlaşır. Böylesi yakınlar arasında gerçekleşen suçlarda, olayın açığa çıkmasının yaratacağı büyük sorunlar ve travma, kadını daha sonra işlenen bir suçun mağduru haline de getirebilir. Yani olayın açığa çıkması, kadının en hafifinden hakarete uğramasına, dövülmesine, tehdit edilmesine ve hatta öldürülmesine kadar giden yeni bir suçlar zincirini tetikleyebilir. Nitekim “töre” cinayetleri bunun bir kanıtıdır.

Kadın her şeyi göze alarak şikâyet ettiğinde ve resmî makamları harekete geçirdiğinde, yeni bir *travmatik süreç* başlar.²⁸ Başkalarını yaşadıklarına

²⁷ Ayrıntılar için bkz. YALÇIN, s. 209 vd. Genel olarak “rıza” ve hukuki niteliği için bkz. Meral Ekici ŞAHİN, Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yay., İstanbul 2012; Zeki HAFIZOĞULLARI-Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler - Kişilere Karşı Suçlar, B. 2, Ankara 2011, s. 149 vd. Cinsel suçlarda “ispat” ve delillerin niteliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Ceylani TUĞRUL, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 662 vd. Genel olarak ispat faaliyeti ve “vicdani kanaat” hakkında bkz. Metin FEYZİOĞLU, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yay., Ankara 2002, s. 68 vd.

²⁸ Cinsel şiddetin yarattığı travma ve sonuçları hakkında bkz. Mariella FRACASSO / Gabriele CODINI ecc., Vittime del Crimine Diritti ed Esperienze di Supporto in Europa, Provincia di Milano Direzione di Progetto, Diritti Tutele e Cittadinanze Sociali Associazione “Laboratorio Salute Sociale”, ENVIS Network Europeo sulle Vittime del Crimine, 2007, s.

inandırmak için yoğun bir çaba harcar. Jinekolojik muayeneler, tekrar tekrar alınan ifadeler, faille defalarca yüzleştirilmeler, yargılama boyunca yöneltilecek yaralayıcı sorular: *Ne yaptın da bu olay geldi başına? Üzerinde ne vardı? O saatte orada işin neydi? Neden faille inandın? Rıza mı gösterdin?...*

Bir suçun ispatı için sorulması gerekenin ötesinde ve hiçbir pedagojik ve hukuki temeli olmayan sorularla karşılaşır mağdur. Bu sorulara genellikle, soruyu yöneltenin “kadına bakışı” yansır, tarafsız bir konumda olmaktan uzaklaşılır. *Kadın, mağdurdur ancak damgalanan da odur.*

Önce en yakınındakiler terk eder mağduru. Kocas, nişanlıs, sevdiği, ailesi sonra arkadaşları, mahallesi ve toplumun tümü. O bir suçun mağduru değildir sanki; çok büyük bir günahın failidir. Faili cezalandırmak yerine, mağduru yargılayan sistem bir bütün olarak tüm halkalarıyla sorunludur. Bu halkaların tümü yüzlerce yıldır “ataerkil” sistemin kodlarıyla oluşturulmuştur. Kadın polis, kadın doktor, kadın savcı ve kadın hâkim olması sorunu çözer mi? Belki bir parça hafifletir ancak, bu görevlerde bulunanlar farklı bir bakış açısına sahip değillerse, hiçbir şeyin değişmeyeceği açıktır. Kadına bakışın sadece erkeklerle değil, kadının kendine bakışıyla da ilgili olduğunu unutmamak gerekir.²⁹

Kadınlar; şiddet uygulayanın kendisinden intikam alacağı, kendisine inanılmayacağı ya da duruşmada rezil olacağı korkusu; kendini suçlama ya da arkadaşlarını ve ailesini koruma isteği gibi çeşitli sebeplerden dolayı olayları resmî makamlara yansıtmamaktadırlar. Bir dizi toplumsal ve hukuki sebep yüzünden, özellikle tecavüz olaylarındaki mahkûmiyet oranları, diğer ağır suçlara göre düşüktür.

Dava açan mağdur kadınlar, kendilerine iki kez tecavüz edildiğini, ikincisinin duruşma sırasında gerçekleştiğini söylerler. Tüm süreç; kadının, mahremiyetinin sınırlarının aşarak aşağılandığı ve halka açık bir cinsel gösterinin başrol oyuncusu haline getirildiği bir işkence halini alır. Kadın, ruhsal ve fiziksel olarak derin bir şekilde yaralanmasına rağmen olayı kamuoyuna duyurmaya karar verdiğinde, hem en yakınlarının hem de soruşturma yetkililerinin, açıklamalarına şüpheyi yaklaşılabileceklerini

52 vd.; Sulhi DÖNMEZER, *Kriminoloji*, B. 6, İstanbul 1981, s. 168; Fatma Nevin VARGÜN, “*Tecavüz, Biraktığı İzler ve Mücadele Hattımız*”, Amargi, 2011, S. 22, s. 7 vd.

²⁹ Kadınların suskunluğu ve nedenleri hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. BAKIRCI, s. 76 vd.; bkz. DANNA, s. 28.

hesaba katmak zorundadır. Dava sürecinde, kişiliğinin ve inanırlılığının soruşturmanın konusu yapıldığını görebilecektir.

Herhangi bir davanın açılmaması ya da açılan davanın bir sonuç çıkmadan kapanması olasılığına kendisini hazırlaması istenir. Davanın sürdürülmesi durumunda, olay üzerinden aylar, yıllar geçebilir. Kadın bu zaman dilimi içinde, sürekli gündeme gelen olayla birlikte yaşamak, saldırganla yüzleştirmelere katlanmak, duruşmalarda küçük düşürücü sorulara cevap vermek zorunda kalır. Bütün bunların sonucunda ceza verilip verilmeyeceği de ayrı bir sorundur.

Getireceği tüm bu yüklerin yanında, dava açmak ekonomik sorunlar da yaratır. Hiçbir sosyal desteği olmadan, geniş bir meraklı kitlesinin ilgi merkezi olur. Kadınları, cinsel şiddet olaylarını bildirmekten alıkoyan bir başka neden ise, saldırganın çok yakın çevreden, tanıdık biri olmasıdır. Saldırgan ne kadar tanıdıksa, şikâyet o kadar zorlaşır. Kadınlar, böyle durumlarda, inandırıcı olmak ve destek bulmak konusunda, yabancı birinin saldırısıyla kıyaslandığında, daha az şansları olduğunun bilincindedirler. Ayrıca, tanıdık olan saldırgana karşı kendilerini sorumlu hissedip, şiddet içeren bir ilişki içinde yaşadıklarını açığa vurmaktan utanırlar; çoğunlukla da duygusal, sosyal ve ekonomik olarak saldırgana bağımlıdırlar. Bu iç içe geçmişlik kadınları, haklarını aramaktan alıkoyar.

İspat sırasında kadının bedeni hoyratça oradan oraya savrulur, jinekolojik muayeneler yapılır, yara-bere aranır. Kadınları yıldırarak şikâyetten alıkoyan bu sistem, failleri cezalandırmak yerine mağdurları yargılar, kadınlar sosyal bir linç yaşarlar.

Cinsel suçlarda –ki mağdur çoğunlukla kadındır– ceza adalet sisteminin işleyişi mağduru büyük sıkıntılara sokmaktadır. Sistem, faille mağduru eşitlemekte, hatta mağduru vahşete konu etmektedir. Tecavüz mağduru kadın hemen hemen sosyal statüsünü kaybetmektedir. Öncelikle, şikâyet eden kadınlara karşı kolluğun tutumu çok sorunludur. Kolluk; şikâyetçi kadının intikam alma isteği, gebe kalma korkusu ve etrafındaki olumsuz tepkiler nedeniyle uydurma şikâyetlerde bulunabileceğini düşünmektedir. Mahkemelerin de durumu çok farklı değildir.

Kadınlar adeta masumiyetlerini ispatlamak zorunda bırakılırlar. Kadının, suçun işlenmesindeki katkısından, ihmalinden söz edilir. Yıllar önce, geceleyin yalnız başına Boğaz yoluna çıkan bir turist kız tecavüze uğradığında o zamanın valisi “*canım kendi istemiş, istemeyen gece yalnız başına Boğaz yollarına çıkar mı?*” diyebilmiştir.

Cinsel saldırı; rızaya dayalı olmayan, zor kullanılarak gerçekleştirilen bir eylemdir. Yani eylemi suç haline getiren başlıca husus, rızanın olmamasıdır. İspat konusunda en önemli sorunlardan biri de “rıza” konusunda yaşanmaktadır. Mağdur direnmemişse, rıza göstermiş sayılacağına ilişkin yanlış bir yargı oluşmuştur. Ya da “*cebir yoksa rıza vardır*” şeklinde klişeleşen bir anlayış, yargıya ve doktrine hâkim olmuştur. Oysa kişi çok çeşitli nedenlerle direnemeyebilir, “katlanmak zorunda” kalabilir. Katlanmak zorunda kalmak “rızanın varlığı” şeklinde yorumlanmamalıdır. Tecavüz zora dayalı bir cinsel ilişkidir ancak “zor”dan anlaşılması gereken sadece fiziksel güç olmamalıdır.

Birçok davranışla ilgili olarak rıza göstermemenin başlıca yolu “hayır” demek olduğu halde, cinsel ilişki için rıza göstermemede “hayır” demek yeterli sayılmamaktadır. Failler mağdurların “hayır” derken, aslında “evet” demek istediklerini söylerler. Yani şiddete nasıl karşı konulması gerektiğini, rızanın anlamını da erkekler belirliyorlar. Oysa, cinsellikte kadınların şiddete karşılık vermeleri erkeklerden farklıdır. Kimi zaman sessiz kalmaları, şiddeti onayladıkları anlamına gelmez. “*Hayır hayır demektir*” sloganı, söz konusu algıya bir tepki olarak doğmuştur. Erkekler kadınları zorlar “kadınlar razı olur” yargısının sonucudur bu. Kadın, tecavüz ettiği iddia edilen kişiyle ne kadar yakınsa, mahkemenin yaşanan olayı tecavüz olarak kabul etme olasılığı o kadar azdır.³⁰

“Rıza”nın olup olmadığı araştırılırken, kullanılan gücün ve gösterilen direncin düzeyine bakılmaktadır. Oysa direnç göstermenin mümkün olmadığı birçok olay yaşanmaktadır. Yaşamak için katlanmak zorunda kalmış olabilir mağdur. Burada geçerli olan; *şiddet hatta yeterli şiddet yoksa, rıza vardır* anlayışıdır. Bu anlayış, tecavüzü sürekli hale getirmekte, kadının rızasının olup olmadığı saldırının yaptıklarına göre ölçülmektedir.

Bir kadının kendisini savunabilmesi, içinde bulunduğu duruma göre değişir. Vücut olarak zayıf bir kadın, birkaç dakika bu saldırıya karşı dursa da uzun sürecek bir mücadeleye genellikle gücü yetmeyecektir. Kadın ağır bir şekilde şiddet kullanıldığında, tehdit edildiğinde ya da birden fazla erkeğin saldırısına uğradığında, olayı sineye çekerek yaşamını kurtarmaya çalışır. Böyle bir olayın gelip onu bulması, saldırının şoku, suçluluk duygusu, olayın ortaya çıkaracağı sonuçlar, çevrenin göstereceği tepkilerden korku; tüm bu faktörler, kadının bir saldırı karşısında kendini savunma olasılığını zayıflatır.

³⁰ Karşılaştırmalı hukuk, kararlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. TANER, s. 162 vd.

Mağdurun ve failin direnci algılama şekli, fail ile mağdur arasındaki fiziksel güç farklılıkları, olayın gerçekleştiği zaman ve yer, cinsel saldırıya maruz kalmamak için bedensel direnç gösterilmesini anlamsız kılabilir. Örneğin; evinde çocukları uyurken böyle bir cinsel saldırıya maruz kalan kadının bu eyleme rıza göstermediğini açıkça belirttikten sonra çocuklarının bu olaya şahit olacağı endişesiyle ayrıca faille fiziki bir mücadeleye girmediği için eyleme rıza gösterdiği sonucuna varılamaz ve bu durumda ayrıca bedensel bir direnç göstermesi beklenemez. Kadın, poliste ve mahkeme önünde baştan çıkarıcı suçlu muamelesi görürse; asıl suçlu ise kadının tahrikinin ya da kendi biyolojik yapısının kurbanı olarak değerlendirilirse ortada büyük bir sorun var demektir. Erkeklerin şiddet kullanmalarındaki önemli bir neden, edindikleri “erkek rolü”nün, şiddeti sorunların çözümünde bir olanak olarak sunmasıdır.

Araştırmalara göre, cinsel şiddetle ilgili beş yaygın önyargı söz konusudur:³¹

Kadınlar cinsel şiddeti tahrik ediyorlar.

Hiçbir kadına rızası dışında tecavüz edilemez.

Kadınlar, gizli gizli, tecavüze uğramak istiyorlar.

Tecavüz içgüdüsel bir cürümdür.

Saldırgan, bir yabancıdır.

Bunlar ve daha birçok ön yargı, cinsel şiddet mağduru kadınların susmasına neden oluyor. Cesaret gösterip ilgili kişi ya da kurumlara başvurabilenler ise, gördükleri muamele karşısında bedensel ve psikolojik olarak çok daha fazla yıpranabiliyorlar. Başından sonuna kadar, çok zorlu bir süreç bekliyor kadınları.

Bir eylemin tecavüz olup olmadığı esas olarak mağdurun “rıza”sının bulunup bulunmadığına göre belirlenir. Ancak, olaylar kadının erkeği ayartıp ayartmadığı ya da erkeğe karşı kendini savunup savunmadığı biçimindeki kriterlere göre değerlendirilebiliyor. Özellikle de değişik erkeklerle ilişkisi olan bir kadın için, tecavüze uğramanın pek de dert olmayacağına ilişkin yaygın kanı, yargıçları da içine alıyor. Sıradan insanlar bir yana; polisin, savcının, yargıcın benzer olaylardaki tutumu; mağdura suçlayıcı ve imalı sorular yöneltmeleri, çoğu zaman mağdurları resmî makamlara başvurmadan alıkoymakta ve mağdur bir anda fail haline getirilmektedir. Bu yaklaşım,

³¹ Bkz. Alberto GODENZI, Cinsel Şiddet-Yaşayanların/Yaşatanların Anlatımlarıyla (Çev. Sultan COŞAR-Yakup COŞAR), Ayrıntı Yay., İstanbul 1992, s. 27 vd.

faillerin daha rahat davranmalarına, “yaptıklarının yanlarına kâr kalmasına” yol açmaktadır.

Şüphesiz, her suçta olduğu gibi, cinsel suçlarda da “iftira” her zaman mümkündür. Yargıç olayı değerlendirirken klişelerden tamamen uzaklaşmalı; mağdurun beyanından başka delil olmamasını “*şüpheden sanık yararlanır*” genel ilkesiyle her zaman mağdurun aleyhine çevirmemelidir. Öyle olaylar gerçekleşebilir ki, mağdurun beyanı bütün şartlar dikkate alındığında tek başına delil olabilirken; bazen de birçok delile rağmen yargıç şüphesini yenemeyip, sanık lehine karar verebilir. Olayın üzerinden uzunca bir zaman geçmiş olması, mağdurun başkalarıyla da ilişkisinin saptanmış olması, mağdurla sanık arasında husumet bulunması gibi gerekçeler, karar verilirken tek başına dayanak teşkil edebilecek gerekçeler değildir.

Yargıtay istikrar kazanmış kararlarında;³² mağdurla fail arasında husumet varsa, mağdur anlatımları çelişkiliyse, mağdurun iddiasının durumunu çevresine mazur gösterme düşüncesinden kaynaklandığı anlaşıyorsa, mağdur olayı uzun süre gizlemişse ve bu gizleme haklı nedenlere dayanmıyorsa, mağdurun beyanına itibar edilmesini mümkün görmemektedir.

Mağdurun “rızası”nın olup olmadığı konusu tartışılırken çok ilginç durumlarla ve kararlarla karşılaşmaktadır. Yargıtay’ın birçok kararında mağdurun beyanına itibar edilmiş ancak bazı gerekçeler yine “kadına bakışı” ele vermiştir.

“...kendisini suçtan kurtarmaya yönelik olarak inkarda bulunabileceği düşünülen sanık savunması yerine, saptanabilen başka bir amacı bulunmadığı gibi, henüz genç ve bekar bir genç kız olması nedeniyle, kendi iffetine zarar verecek şekilde yalan da söyleyemeyeceği değerlendirilen mağdurenin, baştan itibaren kendi içinde tutarlı, ...iddialarına itibar etmek gerekmiştir.” (CGK. 26.5.2009, 5-187/128)

Bir kere mağdurun “genç ve bekâr” olması yalan söylemeyeceğinin bir kanıtı olarak görülmüştür. Mağdur yaşlı ve evliyse daha kolay mı yalan söyleyebilecektir? Burada anlatılmak istenen şudur: Bir genç kız böyle bir iddiada bulunuyorsa, ileride “evlenememe” riskini göze almıştır. Bu büyük bir risktir ve yalan söylemeyi engeller. Ayrıca, bir cinsel saldırı (ya da iddiası) dahi mağdurun “iffeti” konusu yapılmıştır. Geçen zaman, belki mağdurlara

³² Bkz. TUĞRUL, s. 370 vd.

inanma konusunda vicdanları yumuşatmış, ancak anlayış maalesef aynı kalmıştır. “İnanılır” kadın, “inanılması zor” kadın ölçütleri koyulmuştur.

Cinsel şiddetin kanıtlanması neredeyse bekârete endekslenmiş durumdadır. Mağdurlar defalarca muayene edilmekte, tekrar tekrar duruşmalara gitmekte, yaşanan şiddet ve travma sürekli tekrarlanmaktadır.

İspat sürecinde ceza muhakemesinin evrensel ilkelerinden hiçbir şekilde ayrılmadan; bu suçlarda mağdurun yaşadığı/yaşamış olabileceği travma, ispatın özel bir zorluk taşıması ve toplumda kadınla ilgili yaygın olduğu kabul edilen (ya da öyle zannedilen, öyle öğretilen) anlayış mutlaka dikkate alınmalı, mağduru koruyucu bir süreç işletilmelidir.

“N.Ç. davası” olarak bilinen ve Türkiye için bir utanç abidesi olarak her zaman hafızalarda kalacak “olay”ın davası yıllarca sürmüş ve ortaya çıkan sonuç “adalet ve vicdan” adına çok tartışma yaratmıştır. Irza geçme olaylarının gerçekleştiği tarihte 13 yaşında olan N.Ç.’nin eylemlere “rıza” gösterdiğine dair iddia ve bu iddianın kabulü çok eleştirilmiştir

SONUÇ

Kadınların yaşadıkları, sadece onların, sadece kadın kuruluşlarının sorunu değil; insan olarak herkesin sorunu. Kadınların kurtulmaları, kurtarılmaları gereken duyguların başında “yalnızlık”, “utanç” ve “çaresizlik” geliyor. Aşılması kolay olmayan bu duygular salt duygu da değil; hayatta önemli karşılıkları var. Konuşamayan kadın yalnız olduğunu düşünüyor, başkalarının deneyimlerinden habersiz yaşıyor. Paylaştıkça, korkudan uzaklaştıkça farkındalığı artıyor, dönüşüyor, dönüştürüyor. Yavaş da ilerlense, alınan sonuçlar ve kazanımlardan vazgeçmeme kararlılığı umudu artırıyor, güç veriyor.

Kadın, ayrımcılığın her türüne ve bedeni üzerindeki bütün baskılara karşı çıkmalı, bu baskı kimden gelirse gelsin boyun eğmemelidir. Devletin, ailesinin, kocasının, çevresinin ve toplumun “malı” olmadığının bilincinde olarak yaşmalıdır. Kadınların kendilerini bir “birey” olarak kavramaları, haklarını bilmeleri ve bu haklara sahip çıkıp mücadele etmeleri çok önemli.

Sadece popülist amaçlarla ya da zorlamalarla değil, inançlı politikalarla, amaçlanan sonuçlara ulaşılması mümkün. Baskı gruplarının zorlamaları ya da bazı yükümlülükler nedeniyle, yasal düzenlemeler gönülsüzce yapıldıklarında, bu gönülsüzlük veya isteksizlik uygulamaya da yansıyor. Herkesin içselleştireceği yeni bir “dil” hayata egemen olmadıkça, salt yasal önlemlerle

şiddetin önüne geçmek; ayrımcılığı, ataerkil kalıpları ve önyargıları yok etmek mümkün değil. Dışlamayan, kibir taşımayan, üstten olmayan, suçlamayan, aşağılamayan bir “dil”e ihtiyaç var.

Hukuk aniden sosyal değişim yaratacak bir mekanizma değildir, ancak toplumun bilinçlenmesindeki önemli araçlardan olduğu da bir gerçektir. Bir hukuk düzeninin daima toplumsal kabullerden hareketle şekillendirilmesi gerektiği doğru olamaz. *Kanunları değiştirmek mümkün, ya tutumları?* Bu sorunun cevabı, toplumsal cinsiyeti oluşturan toplumsal ilişkilerin nasıl ve ne ölçüde değiştirilebileceği sorunuyla yakından ilişkili. Şüphesiz *kadınların hayatları, yazılı kanunlardan çok yazılı olmayanlarla yönetiliyor, kontrol ediliyor*. Hayatın içinde çoğu zaman; yazılı olmayan, yazılı olana baskın geliyor. Kafalarımızı ve yüreklerimizi değiştirmedikçe, cinsiyetçilik ve buna bağlı olarak şiddetin devam etmesi kaçınılmaz.

KAYNAKÇA

- ALTUNTAŞ, Şeyda: Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Adalet Yay., Ankara 2021.
- ATILGAN, Eylem Ümit: Haksız Tahrik – Bir Erkeklik Hakkı, İletişimYay., İstanbul 2024.
- AYDIN, Devrim: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, AÜHFD., 2005, C. 54, S. 1, s. 225-254.
- AYDIN, Öykü Didem: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, HPD., 2004, S. 2, s. 152-162.
- AYDIN, Öykü Didem: “Ceza Hukuku’nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu”, TBBĐ., 2004, S. 53, s. 63-140.
- BAKIRCI, Kadriye: İşyerinde Cinsel Taciz, Yasa Yay., İstanbul 2000.
- BALBO, Paolo: “Sesso e Carcere”, Sessualita Diritto e Processo (a cura di Guglielmo GULOTTA / Serena PEZZATI), Milano 2002, s. 86-97.
- BERKTAY, Fatmagül: “Feminist Teoride Açılımlar”, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Ed. Yıldız ECEVİT / Nadide KARKINER, Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s. 3-18.
- BİNGÖLÇE, Filiz: “Sunuş”, Yas Değil İsyan: Öldürülmüş Kadın Ağzı Ağıtlar, Altüst Yay., Ankara 2011.
- BİNGÖLÇE, Filiz: Dil Dayakları-Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetin Ortak Dili, Ankara 2006.
- BODELON, Encarna: “Il Femminismo Dentro e Fuori la Legge: La Legislazione Spagnola sulla Violenza Contro le Donne”, Studi sulla Questione Criminale, 2008, III, No. 2, s. 43-63.
- CASALINI, Brunella: “Libere di Scegliere? Patriarcato, Libertà e Autonomia in una Prospettiva di Genere”, Etica & Politica / Ethics & Politics, 2011, V. 13, No. 2, s. 329-364.
- ÇETİN, İbrahim: Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Seçkin Yay., Ankara 2021.
- DANNA, Daniela: “Violenza Maschile Contro le Donne e Risposte delle Istituzioni Pubbliche”, Studi sulla Questione Criminale, 2009, IV, No. 2, s. 25-56.
- DÖNMEZER, Sulhi: Kriminoloji, B. 6, İstanbul 1981.
- EKİCİ, Meral: “Çocuk Evlilikleri ve Çocuk Gelinler”, Kadın Yazıları içinde (Yayına Hazırlayan: Türkân YALÇIN), Savaş Yay., Ankara 2020 s. 119-175.
- ERGUN, Zeynep: “Yaprak Dökümü’nde Tersine İşleyen Zaman: Erkekliğin Hazin Sonu”, Amargi, 2010, S. 19, s. 29-32.
- FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yay., Ankara 2002.
- FRACASSO, Mariella / CODINI, Gabriele ecc.: Vittime del Crimine Diritti ed Esperienze di Supporto in Europa, Provincia di Milano Direzione di Progetto, Diritti Tutele e Cittadinanze Sociali Associazione “Laboratorio Salute Sociale”, ENVIS Network Europeo sulle Vittime del Crimine, 2007.
- GODENZI, Alberto: Cinsel Şiddet-Yaşayanların/Yaşatanların Anlatımlarıyla (Çev. Sultan COŞAR / Yakup COŞAR), Ayrıntı Yay., İstanbul 1992.
- GÜRİZ, Adnan: Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk, AÜHF Yay., Ankara 1997.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler - Kişilere Karşı Suçlar, B. 2, Ankara 2011.
- KAVAK, Semiha: “Dil, Şiddet Yaratır mı?”, <https://edebistan.com/deneme/dil-siddet-yaratir-mi>, erişim: 15.11.2025.

- KOĞACIOĞLU, Dicle: “*Gelenek Söylemleri ve İktidarın Doğallaşması: Namus Cinayetleri Örneği*”, Kültür ve Siyasette Feminist Yaklaşımlar, 2009, S. 9, s. 92-120 vd., <https://feministyaklasimlar.org/wp-content/uploads/2013/04/10-9.pdf>, erişim: 15.11.2025.
- KÖKER, Eser: Kitapta Kurutulmuş Çiçekler ya da Sözlü Kültür Üzerine Düşünceler, Dipnot Yay., Ankara 2005.
- MACKINNON, Catherine: Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru (Çev. Türkan YÖNEY / Sabir YÜCESOY), Metis Yay., İstanbul 2003.
- MOJAB, Shahrzad: “*Namusun Tikelliği ve Öldürmenin Evrenselliği: Erken Uyarı Sinyallerinden Feminist Pedagojiye*”, Namus Adına Şiddet-Kuramsal ve Siyasal Yaklaşımlar içinde (Çev. Güneş KÖMÜRCÜLER), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2006.
- NADİR, İlkay: Örselenmiş Kadın Sendromu: Geleneksel Meşru Savunma Doktrini Karşısında Sürekli Şiddet Hâli, Adalet Yay., Ankara 2024.
- SANCAR, Serpil: “*Erkeklik*”, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Ed. Yıldız ECEVİT / Nadide KARKINER, Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s. 169-186.
- SANCAR, Türkan Yalçın: “*Türk Ceza Kanunu Öntasarısına İlişkin Bazı Gözlemler*”, Çağdaş Hukuk, 1998/4, S. 63, s. 13-22.
- SANCAR, Türkan Yalçın: “*Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler*”, AÜHFD., 2002, C. 51, S. 3, s. 1-25.
- SEVÜK, Handan Yokuş: “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları*”, TBBD., 2005, S. 57, s. 243-282.
- ŞAHİN, Meral Ekici: Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yay., İstanbul 2012.
- TANER, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yay., Ankara 2013.
- TUĞRUL, Ahmet Ceylani: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enstet İlişkiler, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- UYGUR, Gülriz / ÇAĞLAR, İrem: “*Şiddet*”, Ed. Yıldız ECEVİT / Nadide KARKINER, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s. 118-132.
- UYGUR, Gülriz: “*Genel Ahlakın Vazgeçilmezliği(mi?)*”, Güncel Hukuk, 2008, Aralık, s. 12-14.
- VARGÜN, Fatma Nevin: “*Tecavüz, Bıraktığı İzler ve Mücadele Hattımız*”, Amargi, S. 22, 2011, s. 7-10.
- YALÇIN, Türkân: Türk Ceza Hukukunda Kadın, Savaş Yay., Ankara 2019.
- YURTBAŞI, Metin: Sınıflandırılmış Türk Atasözleri, Özdemir Yay., Ankara 1995.

MİRASÇILAR ARASINDA TAŞINMAZIN HAKSIZ KULLANIMINDAN DOĞAN ECRİMİSİL TAZMİNATI

*Mesne Profits in Cases of Unlawful Use of Immovables within the
Community of Heirs*

Doç. Dr. İpek B. ALDEMİR TOPRAK*

ÖZ

Mülkiyet hakkı, sahibine eşyayı kullanma, ondan yararlanma ve tasarruf etme yetkisi tanır. Bu hakkın kullanılabilmesi için malikin eşya üzerinde zilyetliği bulunmalı, haksız zilyede karşı istihkak davası açabilmeli ve eşyayı haksız zilyetten geri alabilmelidir. Böylelikle taşınmazlarda malik adına yeniden tescil ve teslim sağlanır. Haksız zilyedin iade borcu, iyi veya kötü niyetine göre TMK m. 993-995 hükümlerine göre belirlenir. Kötü niyetli zilyet, eşyanın aynını ve ürünlerini iade etmekle kalmaz; uğranılan zararı ve elde edilmesi gereken ürünleri de tazmin eder. Ayrıca eşyayı kullanarak menfaat sağlamışsa ecrimisil talebi gündeme gelir.

Ecrimisil, malikin zilyetlikten mahrum kalması nedeniyle talep edebileceği bir tazminattır. Uygulamada en çok miras hukukunda karşımıza çıkar. Murisin ölümüyle mirasçılar arasında paylaşmaya kadar miras ortaklığı kurulur ve taşınmazlar üzerinde elbirliği mülkiyeti doğar. Bu durumda yararlanma, yönetim ve tasarruf oybirliği ile yapılmalıdır (TMK m. 640; TMK m. 702). Ancak mirasçılardan birinin diğerlerinin rızası olmadan taşınmazdan münhasıran yararlanması, ecrimisil talebine yol açar.

Kanunda açıkça düzenlenmeyen ecrimisil, Yargıtay kararlarıyla şekillenmektedir. Mirasçılar arasındaki uyuşmazlıklar, hukukî nitelik, intifadan men bildirimi, zarara uğrama ve talep şartları bakımından tartışmalıdır. Bu çalışmada haksız zilyet mirasçının ödemesi gereken ecrimisil, Yargıtay kararları ve doktrin ışığında, uygulamada daha sık gündeme gelmesi nedeniyle yalnızca taşınmazlar bakımından ele alınmaktadır.

Makale Geliş Tarihi: 24.10.2025

Makale Kabul Tarihi: 28.11.2025

“Makale hakem incelemesinden geçmiştir.”

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: ipekbetulaldemir@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0721-3044.

Anahtar Kelimeler: Ecrimisil, haksız zilyetlik, miras ortaklığı, intifadan men bildirimi, zarar.

ABSTRACT

The right of ownership entitles the holder to use, benefit from, and dispose of property. For its effective exercise, the owner must possess the property, bring a reivindicatory action against an unlawful possessor, and reclaim it. In immovables, this ensures re-registration and delivery in the owner's name. The restitution obligation of the unlawful possessor is determined by Articles 993–995 of the Turkish Civil Code, depending on good or bad faith. A possessor in bad faith must return the property and its fruits, compensate for damages, and account for products that should have been obtained. Where personal benefit has been derived, a claim for mesne profits arises.

Mesne profits constitute a compensatory claim available to the owner deprived of possession. In practice, they frequently arise in inheritance law. Upon the decedent's death, a community of heirs is established until partition, creating joint ownership over immovables. Acts of use, management, and disposition require unanimity. If one heir exploits the property without consent, the others may claim mesne profits.

Although not explicitly regulated by statute, mesne profits have been shaped by the jurisprudence of the Court of Cassation. Disputes among heirs concern legal characterization, notice of exclusion, actual loss, and conditions of claim. This study evaluates the liability of the unlawful heir-possessor to pay mesne profits, with reference to case law and doctrine, focusing exclusively on immovables due to their prevalence in practice.

Keywords: Mesne profits, unlawful possession, community of heirs, notice of exclusion, damage.

GİRİŞ

Zilyetlik, bir şeyin fiilî hakimiyetini iradî olarak ele geçirmiş ve bunu kaybetmemiş olmasıdır. Taşınmazlarda adı tapuya kayıtlı kimse dolaysız zilyettir (TMK m. 992). Hak sahibi bazı durumlarda dolaysız zilyetliği veya taşınmaz üzerindeki fiilî hakimiyetini kaybetmiş olabilir. Zilyetliğin geri kazanılması için koruyucu dava açılması gerekir. Zilyetlik istihkak davası niteliğinde olan yolsuz tescilin düzeltilmesi (TMK m. 1025) ve el atmanın önlenmesi (TMK m. 683) davaları ile korunabilir. Açılan bu davalar kabul edilirse, tapudaki yolsuz tescil düzeltilir ve taşınmazın hak sahibine iadesi gerekir. Türk Medenî Kanunu, haksız zilyedin iade yükümlülüğünü m. 993-995 hükümleriyle zilyedin iyi veya kötü niyetli olmasına göre farklı düzenlemektedir. Buna göre haksız zilyet, iyi veya kötü niyetli olduğuna bakılmaksızın alıkoyduğu eşyayı iade etmelidir. Lakin iyi niyetli zilyet, eşyayı sahibi olduğunu düşündüğü hakkına uygun kullanmışsa tazminat ödemek zorunda değildir. Eşyanın kaybedilmesinden, yok olmasından veya hasara uğramasından sorumlu tutulamaz (TMK m. 993). Dahası zorunlu ve yararlı giderlerin tazminini hak sahibinden isteyebilir. Elde ettiği ürünler ise yaptığı giderlere mahsup edilebilir. Tazminat önerilmeyen eşyadan zararsızca ayrılması mümkün olan eklemeleri söküp alabilir (TMK m. 994). TMK m. 995 ise kötü niyetli zilyedin sorumluluğu iyi niyetli zilyede göre daha ağır düzenlemektedir. Zira kötü niyetli zilyet eşyayı haksız alı koyması yüzünden hak sahibine verdiği zararları tazmin etmeli, geri alınabilmesi için yapılan masrafları karşılamalıdır¹. Elde ettiği ürünleri iade veya tazmin etmeli; elde

¹ Bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2024, s. 136; SCHISTER, Roman: Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im schweizerischen Recht, EXIMIUS-Hervorragende Beiträge zu den Rechtswissenschaften Band/Nr. 02, 2021, s. 112; STARK, Emil W./ LINDENMANN, Barbara: BK-G Kommentar, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Auflage, 2016, BernK ZGB Art. 940, Rn. 7; HOMBERGER, Arthur: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Sachenrecht, 3. Abteilung Besitz und Grundbuch (Art. 919-977), 2. Auflage, Zürich 1938, Art. 940 Rn. 6; WIELAND, Karl: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, das Sachenrecht, Zürich 1909, Art. 940, s. 522-523; AKİPEK, Jale: Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1965, s. 244; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şümûlü (Husûsiyle “Ecrimisil” Meselesi), İstanbul 1958, s. 241; HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 298; GÜRİSOY, Kemal Tahir: Türk Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970, s. 115; GEMİCİ, Mustafa Fikri: Türk Özel Hukuku’nda Ecrimisil Tazminatı, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2018, s. 60; AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 2020, s. 193

etmeyi ihmâl ettiği ürünler için tazminat ödemelidir. Elden edilen ürünlerin kapsamına mahsul gibi doğal, kira gibi de hukukî ürünler girer². Hak sahibinin kötü niyetli zilyetten talep edebileceği bir diğer tazminat ise şartları oluşmuşsa ecrimisildir.

I. ECRİMİSİLİN TANIMI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

Uygulamada haksız zilyetlerin taşınmazdan yararlanması eski hukukumuzdan gelen deyimle “ecrimisil” olarak nitelendirilmektedir³. Haksız işgal tazminatı olarak da adlandırılan ecrimisil, kelime anlamı itibariyle “*Bir taşınmazın, o taşınmazla ilgili tasarrufla bulunma hak ve yetkisine sahip olmayan bir kişi tarafından, sahibinin rızası dışında kullanılması sonucunda doğan ve geriye dönük talep edilebilecek olan tazminat*”tır⁴. Doktrinde ise kötü niyetli zilyedin eşyayı özellikle taşınmazı bizzat kullanması dolayısıyla ödediği tazminat olarak adlandırılmaktadır⁵. Yargıtay verdiği kararlarında

vd.; NOMER, Haluk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2025, s. 111; SİRMEN, Lâle: Eşya Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2025, s. 133.

² OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 138; AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 218; GÜRSOY, s. 117; NOMER/ ERGÜNE, s. 112. Ayrıca bkz. SCHISTER, s. 91; ZELGER, Ulrich: Haftpflichtkommentar Kommentar zu den Schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, (Hrsg. Willi Fischer, Thierry Luterbacher), 2016, ZGB Art. 940, Rn. 18 vd.; HOMBERGER, Art. 940 Rn. 10; WIELAND, Art. 940, s. 523; AKİPEK, s. 245-246; FEYZİOĞLU, s. 256 vd.; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 297 AYAN, s. 195; SİRMEN, s. 134.

³ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 140; SİRMEN, s. 135; AYBAY, Rona/ HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, İstanbul 2014, s. 62; TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 165; GÜRSOY, Kemal/ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984, s. 160; REİSOĞLU, s. 104 dn. 168; FEYZİOĞLU, s. 278; GÜRSOY, s. 121; AYAN, s. 199; NOMER/ ERGÜNE, s. 113.

⁴ <https://sozluk.gov.tr/e.t.22.09.2025>.

⁵ Diğer tanımlar için bkz. HIRŞ, Ernest: “Zilyedliği Gasp ve Ona Tecaviüz (Fuzuli İşgal) Den Doğan Tazminat (Ecrimisil) Talepleri”, Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin, İstanbul 1944, s. 773-800, s. 777; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 160-161; AKINTÜRK, s. 220; AKBULUT, Pakize Ezgi: “Elbirliği Mülkiyeti Çerçevesinde El Atmanın Önlenmesi Davası ve Ecrimisil Tazminatı Talebi (Özellikle Miras Ortaklığı Halinde)”, Legal Hukuk Dergisi, C. 16, S. 181, Y. 2018, s. 69-102, s. 91; RUHİ, Ahmet Cemal/ RUHİ, Canan: Elatmanın Önlenmesi (Müdahalenin Men’i) Kal (Yıkım) ve Haksız İşgal Tazminatı (Ecrimisil) Davaları, 6. Baskı, Ankara 2024, s. 487; ERENLER, Mehmet Ender: Muris Muvazaası, Ankara 2023, s. 118; ÜNAL, Mehmet/ BAŞPINAR, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Ankara, 2012, s. 282-283; AYBAY/ HATEMİ, s. 62; AKİPEK, s. 247; FEYZİOĞLU, s. 278; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 298; GÜRSOY, s. 122; AKBIYIK, Cem: “Yargıtay Uygulamasında İntifadan Men Koşulu ve İstisnaları”, Prof. Dr. Necla Giritoglu’na

ecrimisili “*bir kişinin malına haksız olarak el atan, zilyetliği elinde tutan, kullanan veya kira vererek gelir elde eden kişiden talep edilebilecek tazminat türü*”⁶ veya zilyedin TMK m. 995 anlamında faydalanmasından doğan istem⁷ olarak tanımlamaktadır.

Türk Medenî Kanunu, kötü niyetli zilyedin elde ettiği ürünleri iade veya elde etmeyi ihmal ettiklerini de tazmin etme yükümlülüğü, TMK m. 995’te açıkça düzenlenmektedir. Örneğin bir taşınmazı kiraya veren haksız zilyet, kira gelirini hukukî ürün olarak hak sahibine bu kapsamda iade etmelidir. İsviçre Medenî Kanunu da haksız zilyedin eşyayı iadesinden ve yol açtığı zararların tazmininden bahseder (ZGB Art. 940). Bu bakımdan kanun koyucu, kötü niyetli haksız zilyedin iade ve tazmin yükümlülüğünü kapsamlı bir şekilde öngörmektedir⁸. Lakin kötü niyetli zilyedin taşınmazı kiraya vermek yerine bizzat kullanması sebebiyle elde ettiği menfaatin, tazmin yükümlülüğünün kapsamında olup olmadığı ayrıca belirlenmelidir.

Doktrin⁹ ve yargı kararlarında¹⁰ haksız zilyedin taşınmazı bizzat kullanması ecrimisil olarak nitelendirilmekte ve tazmin edilmesi gereken bir

Armağan (editörler: Başak BAYSAL/ Şükran ŞİPKA/ Tufan ÖĞÜZ/ Emrehan İNAL/ Hasan ERMAN), Mart 2020, s. 2-22, s. 2; KURŞUN, Ali Suphi: Elatmanın Önlenmesi Davası, İstanbul 2021, s. 173; YAVUZASLAN, Ceren: Ecrimisil, İstanbul 2017, s. 79; ÖZALTUĞ, Alparslan: “*Ecrimisilin Hukuki Niteliği*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, S. 2021/2, s. 1407-1422, s. 1408; GEMİCİ, s. 11. Ayrıca bkz. Y. 7. HD, E. 2024/3777 K. 2024/5384, 2.12.2024 (lexpera); Y. 7. HD, E. 2022/7104 K. 2024/447, 24.1.2024 (lexpera).

⁶ Y. HGK., E. 2017/1235 K. 2018/1386, 2.10.2018 (lexpera). Ayrıca bkz. Y. 1. HD, E. 2014/12381 K. 2015/5407, 14.4.2015 (lexpera); Y. 7. HD, E. 2024/1475 K. 2025/198, 13.1.2025 (lexpera).

⁷ Tanım için bkz. Y. HGK., E. 1979/66 K. 1982/1, 13.01.1982 (lexpera); Y. 7. HD, E. 2021/3350 K. 2021/1301, 29.9.2021 (lexpera); Y. 3. HD, E. 2009/2910 K. 2009/5215, 26.03.2009 (lexpera).

⁸ SCHISTER, s. 91; ZELGER, ZGB Art. 940, Rn. 17.

⁹ ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 285; HIRŞ, s. 796; GÜRSOY, s. 126; AYAN, s. 197.

¹⁰ Y. 7. HD, E. 2023/4385 K. 2023/5517, 20.11.2023 (lexpera): “*Hemen belirtmek gerekir ki, bir kimsenin başkasına ait olduğunu bildiği taşınmazı, hukuki bir dayanağı olmadan kendi malı gibi kullanması ve dolayısıyla ekonomik yarar sağlamasının bir karşılığının olması gerektiğinde kuşku yoktur. Böyle bir durumda kendisine ait olmayan yeri kullanan kişi hak sahiplerine haksız işgal tazminatı ödemek zorunda olup, haksız olarak kullanılan taşınmazın ekonomik tahsis amacı itibarıyla gelir elde etmeye özgülenmemiş olmasının sonuca etkisi bulunmamaktadır.*” Ayrıca bkz. Y. HGK., E. 2017/1235 K. 2018/1386, 2.10.2018 (lexpera); Y. HGK., E. 1979/66 K. 1982/1, 13.01.1982 (lexpera); Y. HGK. E. 2006/549 K. 2006/558, 20.9.2006 (lexpera); Y. HGK., E. 2013/752 K. 2014/334, 19.3.2014 (lexpera); Y. 7. HD, E. 2024/4681 K. 2024/6020, 26.12.2024 (lexpera); Y. 1. HD, E.

değer olarak görülmektedir. Ancak İsviçre (ZGB Art. 940) ve Türk Medenî Kanunu (TMK m. 995) bu tazmin yükümlülüğüne açıkça yer vermemektedir. Bu sebeple ecrimisilin hukukî niteliği yani dayanağı tartışmalıdır. Yargıtay, 1938 yılında verdiği İçtihadı Birleştirme Kararında¹¹ kötü niyetli zilyedin eşyanın bizzat kullanımı sebebiyle ödeyeceği tazminatı bir çeşit kira olarak değerlendirmiştir. 1931 yılında¹² aksi görüşte olsa da 1950 yılında verdiği İçtihadı Birleştirme Kararında¹³ bu tazminatın haksız fiil esasına dayandığını belirtmektedir. Güncel kararlarında da bu yaklaşımını devam ettirmektedir¹⁴. Doktrin ise bu hususu farklı şekillerde değerlendirmektedir. Öyle ki, ecrimisilin hukukî niteliği itibariyle haksız fiil¹⁵ (TBK m. 49); sebepsiz zenginleşme¹⁶ (TBK m. 77) olduğunu savunanlar bulunduğu gibi bunun

2016/5033 K. 2017/5576, 19.10.2017 (lexpera); Y. 7. HD, E. 2024/3777 K. 2024/5384, 2.12.2024 (lexpera); Y. 7. HD, E. 2023/5129 K. 2024/256, 17.1.2024 (lexpera); Y. 15. HD, E. 2006/4152 K. 2007/7213, 15.11.2007 (lexpera); Y. 7. HD, E. 2021/4581 K. 2021/1562, 6.10.2021 (lexpera).

¹¹ Y. İBHKG E. 1937/29 K. 1938/10, 25.05.1938 (lexpera). Değerlendirme için bkz. HIRŞ, s. 796.

¹² Y. İBK, E. 1931/23 K. 1931/44, 9.12.1931 bkz. RG, 8.4.1932 S. 2072.

¹³ Y. İBHKG., E. 1945/22 K. 1950/4, 08.03.1950 (lexpera): “...Zira, başkasının malını haksız olarak kullanmak bağit hükümlerine tabi bir hukuki muamele olmayıp Borçlar Kanununun haksız fiillerden doğan borçlara müteallik hükümlerine tabi haksız fiildir. Haksız fiillerin borç doğurması ise haksızlığa uğrayan kimsenin bu yüzden zarar görmüş zarara uğramış olması şartına bağlıdır.” Değerlendirme ve eleştiri için bkz. FEYZİOĞLU, s. 327-328; REİSOĞLU, s. 106.

¹⁴ Y. 7. HD, E. 2024/1475 K. 2025/198, 13.1.2025 (lexpera): “Öte yandan; gerek öğretilde ve gerekse yargısal uygulamalarda ifade edildiği üzere ecrimisil, diğer bir deyişle haksız işgal tazminatı, zilyet olmayan malikin, malik olmayan kötüniyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminat olup, 08.03.1950 tarih 22/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, fuzuli işgalin tarafların karşılıklı birbirine uygun iradeleri ile kurduğu kira sözleşmesine benzetilemeyeceği, niteliği itibarı ile haksız bir eylem sayılması gerektiği, haksız işgal nedeniyle oluşan zararın tazmin edilmesi gerekeceği vurgulanmıştır...Haksız işgal, haksız eylem niteliğindedir (YHGK’nin 25.02.2004 gün ve 2004/1-120-96 sayılı kararı).” Aynı yönde bkz. Y. 7. HD, E. 2022/7104 K. 2024/447, 24.1.2024 (lexpera); Y. 7. HD, E. 2023/5129 K. 2024/256, 17.1.2024 (lexpera); Y. 7. HD, E. 2024/3777 K. 2024/5384, 2.12.2024 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2014/12381 K. 2015/5407, 14.4.2015 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2014/12439 K. 2015/5413, 14.4.2015 (lexpera); Y. 3. HD, E. 2009/2910 K. 2009/5215, 26.03.2009 (lexpera); Y. 8. HD, E. 2018/5518 K. 2020/5312, 23.9.2020 (lexpera).

¹⁵ REİSOĞLU, s. 106; AYAN, s. 200 vd. Karş. GÜRSOY, s. 114, 125. Reisoğlu aynı zamanda sorumluluğun şartlarının TMK m. 995 (eMK m. 908) ile düzenlendiğini ifade etmektedir. Bkz. REİSOĞLU, s. 106.

¹⁶ ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 285; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 298-299; İSTEMİ, Mehmet: “Kullanma Menfaatinin İadesi Talebinin Hukukî Dayanağı-Ecrimisil Sorunu”,

tazmini için malın kiraya verilebilir olup olmadığını dikkate alanlar¹⁷ da vardır. Ecrimisilin vekâletsiz iş görme (TBK m. 530) niteliğinde olduğu¹⁸ ve kötü niyetli haksız zilyedin iade borcuyla (TMK m. 995) yarıştığı¹⁹ da ifade edilmektedir. Doktrinde eleştirilmekle²⁰ birlikte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun da her iki düzenlemenin yarıştığına dair kararları bulunmaktadır²¹.

İsviçre Hukukunda haksız zilyedin sorumluluğunu düzenleyen ZGB Art. 940, elde edilen veya elde edilmesi ihmal edilen ürünlerin tazminini düzenler. Burada İsviçre kanun koyucusu, yalnız “ürünlerden” (Früchte) bahseder. Daha kapsamlı olan “kullanım” kavramına yer vermez. Ancak doktrinde kanun koyucunun ZGB Art. 938 vd. maddelerindeki düzenleme amacına bakıldığında ürün kavramını geniş yorumlanmaktadır²². Buna göre ZGB Art.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 1998 S.1, s. 38-72, s. 57 vd. Eleştiri için bkz. GÜRSOY, s. 125.

¹⁷ Buna göre kiraya verilebilir nitelikteki malı haksız zilyet kiraya vermeyerek bizzat kullandığı için ürün elde etmeyi ihmal etmiş sayılmalı ve tazmin ile yükümlü olmalıdır (TMK m. 995). Kiraya verilebilir olmayan mallar içinse ecrimisil istenememelidir. Bu durumda zarar olmadığı için haksız fiil hükümlerine de başvurulamaz. Bkz. SİRMEN, s. 136; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 143-145.

¹⁸ Zira burada kötü niyetli zilyet, eşyayı herhangi bir hakka dayanmadan kötü niyetle kendi çıkarına kullanmaktadır. Zenginleşmesi veya kusuru aranmaksızın haksız kazanımı geri vermelidir. Görüş için bkz. ÇALDAĞ, s. 198 vd.; AKBIYIK, s. 22; YAVUZ, Nihat: Uygulamada Ecrimisil (Haksız İşgal Tazminatı) Davaları, Ankara 2010, s. 765. Eleştiri için bkz. ÖZALTUĞ, s. 1417.

¹⁹ AYBAY/ HATEMİ, s. 62-63; TANDOĞAN, Haluk: Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1957, s. 316-317; ÇALDAĞ, s. 26. Lakin AYBAY/ HATEMİ, davacının yoksullaştığı yani zarara uğradığı durumlarda TMK m. 995, TBK m. 530’a ek olarak TBK m. 49 ve TBK m. 77’e dayanabileceğini ifade etmektedir. AYBAY/ HATEMİ, s. 63. Ayrıca bkz. ÖZALTUĞ, s. 1413.

²⁰ Eleştiri için bkz. AKİPEK, s. 250 dn. 48; AK, Burak: Haksız Kullanma Tazminatı (Ecrimisil), Ankara 2021, s. 118-119; YAVUZASLAN, s. 37. Doktrinde de belirtildiği üzere gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede önemli olan bir kimsenin yetkisi olmadan kendi menfaatine iş görmesidir. Ancak ecrimisil için kötü niyetli zilyetlik şarttır. Bu bakımdan vekâletsiz iş görme genel hüküm niteliğindedir. Özel bir düzenlemenin bulunduğu durumlarda genel düzenlemenin uygulanmaması gerekir. Bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 145; AK, s. 119; YAVUZASLAN, s. 37, 47; TANDOĞAN, s. 313. Özel hüküm niteliği için bkz. ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 268; AKİPEK, s. 250 dn. 48.

²¹ Y. IBHGK., E. 1958/15 K. 1958/6, 04.06.1958 (lexpera). Karar için ayrıca bkz. YAVUZ, s. 99 vd. Kararın eleştirisi için bkz. AKİPEK, s. 250 dn. 48. Karş. Y. HGK., E. 2006/549 K. 2006/558, 20.09.2006 (lexpera); Y. 7. HD, E. 2021/3350 K. 2021/1301, 29.9.2021 (lexpera); Y. 3. HD, E. 2003/14214 K. 2003/14097, 8.12.2003 (lexpera).

²² STARK/ LINDENMANN, BernK ZGB Art. 940, N. 21; ZELGER, ZGB Art. 940, Rn. 17; WOLF, Stephan: Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB Schweizerisches

940 ile kanun koyucu kötü niyetli zilyedi tüm zararları ve ürünleri tazmin etmekle yükümlü kılarken, kullanımdan elde ettiği faydayı ona bırakmak istemez²³. Bu doğrultuda kanun ifadesinde geçen “ürün” eşyadan elde edilen tüm faydaları kapsar. Kısacası kötü niyetli zilyet, bizzat kullanarak eşyadan yararlanır ve bundan sorumlu olur²⁴. Türk Hukukunda da benzer şekilde “ürün” kavramının “faydalanma” olarak anlaşılması gerektiği²⁵ ve haksız zilyedin ecrimisil sorumluluğunun TMK m. 995’e dayandığı ifade edilmektedir²⁶. Zira kanun koyucu, iyi niyetli zilyedin eşyayı kullanması sebebiyle sorumlu olmadığını (TMK m. 993) belirterek tersi anlamından kötü niyetli zilyedin bu sorumluluğuna yer vermektedir²⁷. Böylesi değerlendirme, hukuk anlayışının bir gereğidir²⁸. Dahası sorumluluğun kaynağının mülkiyet hakkı olduğu da ifade edilmektedir²⁹.

Belirtmek gerekir ki ecrimisil, vekâletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil sorumluluğuyla tam anlamıyla bağdaşmaz. Onlardan ayrı bir

Zivilgesetzbuch, BK-Berner Kommentar, (Hrsg.: Hausheer Heinz/ Walter Hans Peter), 2014, BK ZGB, Art. 602, Rn. 53; SCHISTER, s. 68-69; GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara: Erbrecht Art. 457-640 ZGB, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Hrsg. Arnet Ruth/ Breitschmid Peter/ Jungo Alexandra) 4. Auflage, 2023, CHK ZGB Art. 602 Rn. 9; MEIER-HAYOZ, Arthur: Schweizerisches Privatrecht Fünfter Band Erster Halbband Sachenrecht, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1977, § 86 s. 515.

²³ SCHISTER, s. 68.

²⁴ SCHISTER, s. 69 vd.; STARK/ LINDENMANN, BernK ZGB Art. 940, N. 21; ZELGER, ZGB Art. 940, Rn. 17; WOLF, BK ZGB, Art. 602, Rn. 53; GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK ZGB Art. 602 Rn. 9. Karş. HOMBERGER, Art. 940 Rn. 11; MEIER-HAYOZ, § 86 s. 515.

²⁵ GÜRSOY, s. 126; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 161-162; REİSOĞLU, s. 106; YAVUZASLAN, s. 45. Taşınmazın kullanımı, ürün olarak değerlendirilemez görüşü için bkz. HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 298; YAVUZ, Nihat: “Paydaşlar Arasındaki Haksız İşgal Tazminatı (Ecrimisil) Davasında Yararlanmadan Alıkoyma (İntifadan Men) Sorunu”, Yargıtay Dergisi, Ocak, 1989, s. 722-746, (Ecrimisil), s. 729, 730; ÖZEN, Burak: Haksız Zilyetlikte İade, İstanbul 2003, s. 267. Haksız zilyedin taşınmazı bizzat kullanarak elde ettiği kazanç, işletmenin kendisinin zilyedin çabasının önüne geçiyorsa geniş anlamda ürün olarak nitelendirilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. ÖZEN, s. 250 vd. Elde edilmesi ihmal edilen ürün olduğu yönündeki görüş için bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 143; SİRMEN, s. 136; AKINTÜRK, s. 220.

²⁶ HIRŞ, s. 796; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 162; FEYZİOĞLU, s. 267; GÜRSOY, s. 125; ÖZALTUĞ, s. 1413; ÖZEN, s. 270-271; GEMİCİ, s. 33. Ayrıca bkz. REİSOĞLU, Safa: Türk Eşya Hukuku Cilt I, 7. Baskı, Ankara 1984, s. 106.

²⁷ NOMER/ ERGÜNE, s. 111; KURŞUN, s. 173; ÖZEN, s. 271; GEMİCİ, s. 33; DURĞUN ŞANLI, s. 92.

²⁸ GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 161, 162. Ayrıca bkz. REİSOĞLU, s. 106.

²⁹ KURŞUN, s. 172; ÖZALTUĞ, s. 1413; FEYZİOĞLU, s. 267.

sorumluluk öngörmektedir³⁰. Öncelikle ilerleyen başlıklarda belirtileceği üzere ecrimisil için zarar şartı katî değildir. Kötü niyetli haksız zilyedin, kusurlu olması da gerekmez, ancak eşyayı kullanması mutlaklıdır. Bu sebeple, doktrin ve Yargıtay'ın aksine haksız fiil sorumluluğu ecrimisil sorumluluğuna uygun değildir. Ecrimisil sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz iş görmeden daha ayrı ve farklı şartları olan sorumluluk türüdür. Nitekim doktrinde de haksız zilyedin sorumluluğunun bazı durumlarda sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümlerinden daha ileri gittiği belirtilmektedir³¹. Kanaatimizce doktrinde belirtildiği üzere kötü niyetli haksız zilyedin taşınmazı bizzat kullanarak elde ettiği yarardan doğan ecrimisil sorumluluğu, TMK m. 995'e dayanmalıdır. Kanun koyucunun zilyetlikte iadeyi düzenlediği hükümleri (TMK m. 993-995) bütün olarak ele alındığına bu kabul, kanunun ruhuna da uygun düşmekte, sorumluluğun şartları en doğru bu şekilde açıklanabilmektedir. Lakin TMK m. 995'in kapsamına girmeyen durumlar için haksız zilyede karşı en elverişli hukukî sebebe dayanarak tazminat talep edilebilir³². Örneğin haksız zilyet olan mirasçının kendi becerisiyle eşyadan yüksek gelir elde etmesi halinde vekâletsiz iş görmeye başvurulması bu şekildedir³³.

II. MİRAS ORTAKLIĞI VE BİRLİKTE HAREKET ETME İLKESİ

Elbirliği mülkiyeti Türk Medenî Kanunu'nda "*kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti*" olarak tanımlanır (TMK m. 701). Görüldüğü üzere elbirliği mülkiyeti, aralarında ortaklık bağı bulunan kimselerin mallara birlikte malik olmaları halidir³⁴. Aile malları ortaklığı, adî ortaklık ve miras ortaklığı

³⁰ HIRŞ, s. 799.

³¹ SCHISTER, s. 91; ZELGER, ZGB Art. 940, Rn. 18 vd.

³² HIRŞ, s. 799.

³³ AK, s. 121. Ayrıca bkz. SCHISTER, s. 112.

³⁴ Tanım için bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 392, 393; SİRMEN, s. 334; AKINTÜRK, s. 409; EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2016, s. 130; AKBULUT, s. 72; WOLF, BK ZGB, Art. 602, Rn. 43; YAVUZ, Ecrimisil, s. 723; AMMANN, Dario: "*Die Erbteilungsklage im schweizerischen Erbrecht unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Erbteilungsgerichts (de lege lata und de lege ferenda)*", ZPR- Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht Band/Nr. 33, Dike Verlag AG 2020, Rn. 27. Ayrıca bkz. Y. 3. HD, E. 2011/18428 K. 2012/1370, 23.1.2012 (lexpera); SEROZAN, Rona: Eşya Hukuku I, İstanbul 2014, s. 246.

elbirliği mülkiyetine örnek gösterilebilir³⁵. Gerçekten de mirasbırakanın ölümüyle birlikte paylaşmaya kadar mirasçılar arasında tereke üzerinde ortaklık meydana gelir (TMK m. 640). Miras bırakanın birden fazla yasal veya atanmış mirasçısı olması halinde tereke üzerinde kurulan elbirliği mülkiyeti, aynı zamanda miras ortaklığı olarak adlandırılır³⁶. Bu ortaklık geçici nitelikte olup terekenin paylaşılması amacını taşır³⁷. Mirasçının ölümüyle kurulan miras ortaklığı elbirliği mülkiyetinin uygulamada en çok karşılaşılan türüdür³⁸. Zira diğer elbirliği mülkiyetlerinden farklı olarak hukukî işlemlerle değil, kanun gereği ortaya çıkar³⁹.

Elbirliği mülkiyetinde ortaklığın tüzel kişiliği bulunmaz⁴⁰. Mirasçılar terekeye konu malvarlığı değerlerine birlikte maliktirler. Mirasçıların mirastan doğan hakkı, maddî olarak bölünmemiş eşyanın tamamına yayılmaktadır (TMK m. 701). Üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri payları yoktur⁴¹. Her bir mirasçı, ortaklığın sona ermesi halinde miras payı

³⁵ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 394; İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, Bası, Der Yayınları, İstanbul 2024, s. 426; AKÇAAL, Mehmet: “*Ecrimisil Davalarında İntifadan Men Şartı*”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.4, 2022/2, s. 440-493, s. 454; SEROZAN, s. 247.

³⁶ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 394; ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, Turhan, Ankara 2018, s. 437; SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, Ankara 2022, s. 545, 545; ANTALYA, Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt: III, Ankara 2021, s. 477. Ayrıca bkz. GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK ZGB Art. 602 Rn. 1-2; WOLF, BK ZGB, Art. 602, Rn. 3-4; AMMANN, Rn. 22.

³⁷ ÖZTAN, s. 438; AYAN DURHAN, Elif: “*Miras Ortaklığında Birlikte Hareket Etme İlkesinden Doğan Sakıncaları Gidermeye Yönelik Hukukî Yollar*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXVI, Y. 2022, S. 2, s. 207-231, s. 208; ANTALYA, s. 477; GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK ZGB Art. 602 Rn. 1, 3; WOLF, BK ZGB, Art. 602, Rn. 5; AMMANN, Rn. 23; İMRE/ ERMAN, s. 430.

³⁸ AKBULUT, s. 71-72.

³⁹ WOLF, BK ZGB, Art. 602, Rn. 60.

⁴⁰ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 393; ÖZTAN, s. 437; AKINTÜRK, s. 408; SİRMEN, s. 334; EREN, s. 130; AKBULUT, s. 72; SEROZAN/ ENGİN, s. 548, 565; ANTALYA, s. 478; GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK ZGB Art. 602 Rn. 7; WOLF, BK ZGB, Art. 602, Rn. 29, 43; YAVUZ, s. 779; TOPUZ, Gökçen/TOPUZ, Seçkin: “*Miras Ortaklığında Mirasçıların Dava Arkadaşlığı*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 3, Yaz 2008, s. 60-67, s. 60; AMMANN, Rn. 23; MANGISCH Jonas, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar, (Hrsg. Kostkiewicz, Jolanta Kren/ Stephan, Wolf/ Marc Amstutz/ Fankhauser Roland) 4. aktualisierte Auflage 2021, OFK ZGB, Art. 653 Rn. 5; İMRE/ ERMAN, s. 429; SEROZAN, s. 247.

⁴¹ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 396; ÖZTAN, s. 438; AKINTÜRK, s. 410; SİRMEN, s. 334; EREN, s. 132 vd; AKBULUT, s. 72; ANTALYA, s. 478; GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK ZGB Art. 602 Rn. 3, 7; WOLF, BK ZGB, Art. 602, Rn. 48;

oranında katılma payına sahiptir⁴². Kanunda veya sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, mirasçılar elbirliği mülkiyetine tabi her bir eşyanın yönetim ve tasarrufu hakkında oybirliğiyle karar vermelidir (TMK m. 640; TMK m. 702/2). Miras ortaklığındaki bu zorunluluk, *birlikte hareket etme ilkesi* olarak adlandırılır⁴³. Bu ilke, ortaklığı her bir mirasçının zararlı eylemlerine karşı korumayı amaçlar. Bu sebeple, hakların korunması dışında haklara, ortaklığa veya üyelerine zarar verme riski taşıyan tüm hukukî işlemler birlikte yapılmalıdır⁴⁴. Miras ortaklığına tabi taşınmazın devri, kira sözleşmesinin yapılması veya sona erdirilmesi işlemlerinde ya da alacakların tahsil edilmesinde bu ilke uygulanır⁴⁵. Miras ortaklığına konu taşınmazın kullanımı için de mirasçılar oybirliğiyle karar almalıdır. Aksi halde mirasçılardan birinin terekenin paylaşılmasından önce tereke malından yararlanması, tazminat sorumluluğuna yol açar⁴⁶. Zira yapılan kullanım haksız zilyetlik oluşturur⁴⁷.

Birlikte hareket etme ilkesine aykırı şekilde gerçekleşen işlemlerin geçerliliği değerlendirilmelidir. Mirasçı oybirliği sağlanmadan gerçekleştirdiği hukukî işlemde tüm ortaklar adına hareket etmekteyse, işlemin geçerliliği diğer mirasçıların icazet vermelerine bağlıdır. Kendi ad ve

YAVUZ, s. 400, 401; YAVUZ, Ecrimisil, s. 723; AMMANN, Rn. 24-25, 27; GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara: Das Eigentum - Allgemeine Bestimmungen - Art. 641-654a ZGB, BK - Berner Kommentar (Hrsg. Aebi-Müller Regina E./ Müller Christoph), Müller 2022, BK ZGB Art. 653 Rn. 10; İMRE/ ERMAN, s. 431; SEROZAN/ ENGİN, s. 546; SEROZAN, s. 247.

⁴² OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 397; AKINTÜRK, s. 411; SİRMEN, s. 334; EREN, s. 132 vd; AKBULUT, s. 72-73; SEROZAN/ ENGİN, s. 546.

⁴³ İlke hakkında detaylı bilgi için bkz. GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK ZGB Art. 602 Rn. 17; WOLF, BK ZGB, Art. 602, Rn. 56 vd. AYAN DURHAN, s. 210; AKBULUT, s. 74; SEROZAN/ ENGİN, s. 550 vd; TOPUZ/ TOPUZ, s. 60 vd.; AMMANN, Rn. 32; GRAHAM-SIEGENTHALER, BK ZGB Art. 653 Rn. 9; MANGISCH, OFK ZGB, Art. 653 Rn. 1. Ayrıca bkz. İMRE/ ERMAN, s. 434; ÖZTAN, s. 439; SEROZAN, s. 249. “Elbirliği ilkesi” kullanımı için bkz. SEROZAN/ ENGİN, s. 550; İMRE/ ERMAN, s. 426.

⁴⁴ WOLF, BK ZGB, Art. 602, Rn. 63; GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK ZGB Art. 602 Rn. 17 vd.

⁴⁵ GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK ZGB Art. 602 Rn. 9; AMMANN, Rn. 32; GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK ZGB Art. 602 Rn. 19; İMRE/ ERMAN, s. 445 vd.

⁴⁶ ÖZTAN, s. 438. Ayrıca bkz. YAVUZ, Ecrimisil, s. 726.

⁴⁷ GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK ZGB Art. 602 Rn. 9; WOLF, BK ZGB, Art. 602, Rn. 53; ÇALDAĞ, s. 101.

hesabına gerçekleştirdiği işlemlerde ise borcunu ifa edememenin sonuçlarına katlanır⁴⁸.

III. ECRİMİSİL TALEP EDEBİLMENİN ŞARTLARI

A. Mirasçı Kötü Niyetli Haksız Zilyet Olmalı

1. Haksız Zilyetlik

Mirasçılar arasında yaşanan uyuşmazlıkların önemli bir bölümünü henüz paylaşılmamış ortaklık mallarının haksız kullanımı ve dolayısıyla ecrimisil oluşturur⁴⁹. Ecrimisil talep edebilmesi ise bazı şartlara bağlıdır. Buna göre öncelikle taşınmaz kötü niyetli haksız zilyet tarafından kullanılmalıdır. Zilyetlik, eşyanın hakimiyet altında tutulmasının hakka dayanıp dayanmamasına göre ikiye ayrılır. Zilyetliğin devrine yol açabilecek geçerli hukukî sebep örneğin devir varsa hakka dayanan zilyetlikten bahsedilir. Zilyedin sahip olduğu hak, aynı veya şahsî hak olabilir⁵⁰. Bir hakka dayanmayan zilyetlik ise haksız zilyetliktir. Ecrimisil talep edilebilmesi için zilyedin zilyetliği bir hakka dayanmamalıdır. Şekil şartına aykırılık, irade bozukluğu veya ehliyetsizlik gibi geçersiz hukukî sebeplere dayanan zilyetlik haksız zilyetliktir⁵¹. Ayrıca eşyanın zilyetliğinin hak sahibinin rızası olmaksızın zorla, gizlice ele geçirilmesi halinde haksız zilyetlikten bahsedilir⁵². Zilyetliğe müdahaleye rağmen, taşınmazın tam olarak ele geçirilemediği, lakin saldırının söz konusu olduğu durumlarda ecrimisil talep edilemez. Diğer hukukî imkânlarla başvurma hakkı saklıdır⁵³. Haksız zilyetlikten bahsedebilmek için zilyedin kusurlu olmasına gerek yoktur⁵⁴.

⁴⁸ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 397; AKINTÜRK, s. 413-414; ÖZTAN, s. 440-441; SİRMEN, s. 336; EREN, s. 141.

⁴⁹ AKBIYIK, s. 3, 21.

⁵⁰ Y. 15. HD, E. 2006/4152 K. 2007/7213, 15.11.2007 (lexpera).

⁵¹ ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 267. Ayrıca bkz. SCHISTER, s. 35 vd.; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 287; İSTEMİ, s. 59.

⁵² ÇALDAĞ, s. 80.

⁵³ ÇALDAĞ, s. 79; ÜNAL, Nurdoğan/ ÖZLEYEN, Emine: Haksız İşgal Tazminatı (Ecrimisil), 2. Baskı, Ankara 2019, s. 49. Ayrıca bkz. Y. 1. HD, E. 2014/7998 K. 2015/9660, 2.7.2015 (lexpera).

⁵⁴ ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 268; GÜRSOY, s. 114; ÇALDAĞ, s. 85.

2. Kötü Niyetli Zilyetlik

Ecrimisil talep edilebilmesi için mirasçının haksız zilyetliğinin kötü niyetli olması gerekir. Zilyetliğinin geçerli bir hakka dayandığını düşünen ve bu düşüncede de haklı olan zilyet iyi niyetlidir. Buna karşın, zilyetliğinin haksızlığını bilen veya gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olan mirasçı kötü niyetli zilyettir⁵⁵. Kusurlu olmasa da ecrimisil ödeme yükümlülüğü bulunur⁵⁶.

Mirasçının ecrimisil ödememesi için tüm zilyetlik süresince iyi niyetli olması gerekir. Zilyetliğin devrine sebep olan hukukî işlemin geçerli olmadığını ve kendisinin haksız zilyet olduğunu sonradan öğrenen ve eşyayı kullanmaya devam eden zilyet, artık kötü niyetli zilyettir. Durumu öğrendiği andan itibaren kötü niyetli zilyet hükümlerine tabidir⁵⁷. Bundan sonrası için ecrimisil ödemesi gerekir. Örneğin zilyetliğin tahsisıyla birlikte kendisinin mirasçı olduğunu veya miras taksim sözleşmesine göre hak sahibi olduğunu zanneden ve gerekli özeni gösterdiğinde dahi gerçek durumu bilemeyecek durumda olan kimse iyi niyetli zilyettir. Lakin zilyetliğine esas teşkil eden düşüncenin doğru olmadığını anladığı andan itibaren kötü niyetli zilyet olarak ecrimisil ödemesi gerekir. Kötü niyetli zilyedin eşyayı kime vermesi gerektiğini bilmediği durumlarda ise kusurluysa sorumlu olur (TMK m. 995)⁵⁸.

3. Miras Hukukunda Kötü Niyetli Haksız Zilyetlik

a) Rızaya Dayanmayan Zilyetlik

Miras hukukunda ecrimisil talep edilmesine imkân tanıyacak kötü niyetli haksız zilyetlik halleri farklılık arz etmektedir. Diğerlerinin rızasını almadan

⁵⁵ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 136; AKINTÜRK, s. 217; ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 269; GÜRSOY, s. 115; ÇALDAĞ, s. 108; ÜNAL/ ÖZLEYEN, s. 80; MEIER-HAYOZ, § 86 s. 515; SCHISTER, s. 33-34, 40; AKİPEK, s. 244; NOMER/ ERGÜNE, s. 110; AYAN, s. 191-192. Haksız zilyedin kötü niyetli olmasının gerekli olmadığı yönünde bkz. İSTEMİ, s. 64.

⁵⁶ STARK/ LINDENMANN, BernK ZGB Art. 940, Rn. 12; CHK ZGB/ Arnet, Art. 940, Rn. 1; SİRMEN, s. 134; ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 268; ZELGER, ZGB Art. 940, Rn. 10; ÇALDAĞ, s. 109; NOMER/ ERGÜNE, s. 111.

⁵⁷ STARK/ LINDENMANN, BernK ZGB Art. 940, Rn. 2; SİRMEN, s. 133; HOMBERGER, Art. 938 Rn. 8; WIELAND, Art. 940, s. 523; ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 269; GÜRSOY, s. 114; KURŞUN, s. 175; AYAN, s. 192; NOMER/ ERGÜNE, s. 110.

⁵⁸ Ayrıca bkz. SCHISTER, s. 99 vd.; STARK/ LINDENMANN, BernK ZGB Art. 940, Rn. 10-12; ZELGER, ZGB Art. 940, Rn. 6-10; HOMBERGER, Art. 940 Rn. 13; WIELAND, Art. 940, s. 523; AKİPEK, s. 249; FEYZİOĞLU, s. 256; GÜRSOY, s. 119.

tek başına elbirliği mülkiyetine tâbi taşınmazdan yararlanan mirasçı aleyhine ecrimisil davası açılabilir. Dahası miras ortaklığındaki bir taşınmazın kiralanmasına tüm mirasçıların rıza göstermemesi halinde kiraya veren mirasçı ve kiracının haksız zilyetliğinden bahsedilir⁵⁹. Zira ecrimisile yol açan temel sebeplerden birisi, zilyedin kullanımının hak sahibinin rızasına dayanmamasıdır⁶⁰. Hak sahibinin göstereceği rıza, açık veya örtülü irade beyanına dayanabilir. Uygulamada Yargıtay, zilyedin ücret ödemedi hak sahibinin rızasına dayanan kullanımını, ödünç sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁶¹. Kardeşler arasındaki kullanımın ise rızaya dayandığını kabul etmektedir⁶². Gerçekten somut olayda mirasçılar arasında kullanım ödünç sözleşmesi bulunabilir. Kullanım ödünç sözleşmesi, ödünç verenin bir şeyin kullanılmasını karşılıksız olarak bıraktığı; ödünç alanın da o şeyi kullandıktan sonra geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m. 379). Sözleşmenin kurulmasına ilişkin irade beyanları açık veya örtülü olabilir. Mirasçının miras ortaklığına konu taşınmazdan tek başına yararlanmasına diğer mirasçıların uzun süredir ses çıkarmaması, aralarında kullanım ödünç sözleşmesi olabileceğini akla getirir. Nitekim uygulamada uzun süre susmanın örtülü irade beyanı olarak değerlendirildiği kararlar vardır⁶³. Lakin bu kabul

⁵⁹ Y. 1. HD, E. 2014/7998, K. 2015/9660, 2.7.2015 (lexpera). Ayrıca bkz. ÜNAL/ ÖZLEYEN, s. 146.

⁶⁰ ÇALDAĞ, s. 82; AK, s. 115, 182; ÜNAL/ ÖZLEYEN, s. 51. Ayrıca bkz. Y. 1. HD, E. 2013/16532 K. 2014/1247, 28.1.2014 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2013/21483 K. 2014/7237, 7.4.2014 (lexpera); Y. 3. HD, E. 2009/19512 K. 2010/1892, 11.2.2010 (lexpera); Y. HGK., E. 2024/101 K. 2025/299, 14.5.2025 (lexpera).

⁶¹ Y. 1. HD, E. 2012/13603 K. 2013/1519, 7.2.2013 (lexpera): “*Davalı vekilinin öteki temyiz itirazlarına gelince; çekişme konusu taşınmaza davacının 11.06.1993 tarihinden beri malik olduğu, davalı K1’in ise teknik bilirkişinin raporu ekinde yer alan krokide (C) ile gösterilen bölümü uzun yıllardır kullandığı keşfen sabittir. Kaldı ki bu husus davacının da kabulündedir. Davacı bu süre içerisinde davalı tarafa bir ihtar veya uyarı da yapmış değildir. Öyle ise, taraflar arasındaki ilişkinin Borçlar Kanunu’nun 299. maddesinde öngörülen (6098 sayılı TBK’nun 379 maddesi) ariyet akdi (kullanım ödünçü) niteliği taşıdığı kuşkusuzdur.*”

⁶² Y. 3. HD, E. 1984/3907 K. 1984/4383, 25.9.1984 (lexpera). Yakın akrabalar arasındaki kullanım iyi niyetlidir. Rıza geri alındıktan sonra ecrimisil istenebilir görüşü için bkz. YAVUZ, Ecrimisil, s. 737-738.

⁶³ Y. 1. HD, 13.6.2016, E. 2015/3845, K. 2016/7144 (lexpera): “*Dosya içeriği ve toplanan delillerden; tarafların çekişme konusu 162 sayılı parselde 1/5’er oranda ve diğer çekişme konusu taşınmazlarda 1/2’şer oranda kayden paydaş oldukları, tüm paydaşları bağlayan harici ve fiili bir paylaşımın olmadığı, taşınmazların 25-30 yıldır muvafakate dayalı olarak davalı tarafından kullanıldığı, dava dilekçesinde de uzun süreli kullanımın kabul edildiği, muvafakate dayalı kullanım nedeniyle davalının, kötü niyetli zilyedin malike ödemekle yükümlü olduğu bir nevi haksız işgal tazminatı niteliğindeki ecrimisilden sorumlu*

için somut olayda mirasçılarının irade açıklamaları dikkatlice yorumlanmalı ve her susma, irade açıklaması olarak düşünülmemeli, genel bir kabule imkân verilmemelidir⁶⁴.

Mirasçılar kullanım için verdikleri rızayı geri alabilir, kararlaştırılan fiili kullanıma artık rıza göstermek istemeyebilirler. Rıza geri alındıktan sonra devam eden zilyetlik iyi niyetli değil, kötü niyetlidir⁶⁵. Yargıtay'a göre ancak bundan sonra ecrimisil istenebilir⁶⁶. Sözleşmenin sona erdiğine ve taşınmazın iadesine ilişkin yapılan bildirim veya açılan el atmanın önlenmesi davası bu niteliktedir⁶⁷.

b) Geçersiz Bir İşleme Özellikle Muris Muvazaasına Dayanan Zilyetlik

Zilyetliğin devrine sebep olan hukukî işlemin geçerli olmaması diğer bir haksız zilyetlik halidir⁶⁸. Burada elbirliği mülkiyetine tabi malın zilyetliğini muristen geçersiz hukukî işlemle edinen ve gerekli özeni gösterdiği takdirde bu durumu bilebilecek olan mirasçı kötü niyetli zilyettir ve kendisinden ecrimisil istenebilir. Sebebe bağlı işlemlerde borçlandırııcı işlemdeki geçersizlik, tasarruf işlemini de hükümsüz kılar. Söz konusu aynî hak

tutulamayacağı gözetilerek ecrimisil isteğinin reddedilmiş olması doğrudur.” Ayrıca bkz. Y. 8. HD, E. 2018/3965 K. 2018/9495, 19.3.2018 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2008/10932 K. 2009/88, 12.01.2009. Detaylı bilgi için bkz. AK, s. 115.

⁶⁴ AKÇAAL, s. 450. Benzer şekilde AKBIYIK, s. 17.

⁶⁵ RUHİ/ RUHİ, s. 488. Mirasçılarının miras bırakanlarının verdiği rızayı da geri almaları mümkündür. Bkz. Y. 1. HD, E. 2013/19409 K. 2014/5210, 10.3.2014 (lexpera).

⁶⁶ Y. 1. HD, E. 2012/13603 K. 2013/1519, 7.2.2013 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2015/1895 K. 2016/3801, 30.3.2016 (lexpera).

⁶⁷ Y. 15. HD, E. 2006/4152 K. 2007/7213, 15.11.2007 (lexpera). Ayrıca Yargıtay taşınmazın kullanma biçiminin tüm paydaşlar arasında yapılan bir anlaşma ile belirlendiği ve fiili bir kullanma biçiminin oluştuğu, bu durumunun uzun süre benimsendiği durumlarda paylaşmaya ya da imara kadar bunun korunmasını, ahde vefa ve iyiniyet kuralının (TMK m. 2) bir gereği olarak görmektedir. Bkz. Y. HGK., E. 2017/1235 K. 2018/1386, 2.10.2018 (lexpera); Y. 8. HD, E. 2018/14560 K. 2018/19716, 5.12.2018 (lexpera). Ayrıca bkz. Y. 1. HD, E. 2016/6490 K. 2016/5900, 10.5.2016 (lexpera): “Diğer taraftan, taşınmazın kullanma biçimi tüm paydaşlar arasında varılan bir anlaşma ile belirlenmiş ya da fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre paydaşlar bu durumu benimsemişlerse, kayıta paylı eylemsel olarak (fiilen) bağımsız bu oluşumun tapuda yapılacak resmi taksime veya şuyunun satış suretiyle giderilmesine yahut o yerde bir imar uygulaması yapılmasına kadar korunması, “ahde vefa” kuralının yanında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun(TMK) 2. maddesinde düzenlenen iyi niyet kuralının da bir gereğidir.”

⁶⁸ Ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz devir örneği için bkz. Y. 3. HD, E. 2008/5767 K. 2008/9492, 27.5.2008 (lexpera).

devralana geçmeyeceği için zilyetlik haklı sebebe dayanmamış olur. Taşınmaza ilişkin tasarruf işlemleri böyledir. Taşınmazın devrini konu alan sözleşme geçerli değilse, devralan tescile rağmen malik olmaz. Örneğin, murisin vasiyetname veya miras sözleşmesi hazırlanırken ayırt etme gücü yok veya iradesi sakatsa, devralan mirasçıya mülkiyet geçmez. Ancak ayırt etme gücünün yokluğu veya diğer bir geçersizlik durumunu bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan devralan mirasçı iyi niyetlidir. Onun iyi niyetini murisin ölümü değil, kural olarak yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının sonucu kaldırır. Bu sebeple devralan mirasçının zilyetliği, yolsuz tescilin düzeltilmesi davası kesinleştikten sonra kötü niyetli olur ve ecrimisil talep edilebilir⁶⁹. Lakin zilyet verdiği bedel kendisine iade edilene kadar ecrimisil ödemekle yükümlü değildir⁷⁰.

Taşınmazın devrinde sakatlığa yol açan diğer bir durum muvazaadır. Muvazaanın iki türü vardır. Bunlardan mutlak muvazaada taraflar gerçekte istemedikleri bir işlemi dış görünüş yaratmak için yaparlar. Nisbi muvazaada ise taraflar gerçekte yapmak istedikleri işlemi gizlemek için görünürde başka bir işlem daha gerçekleştirirler. Muris muvazaası miras hukukunda karşılaşılan nisbi muvazaa halidir⁷¹. Uygulamada en sık karşılaşılan muvazaa türüdür⁷². Genellikle taşınmazlar için söz konusu olur⁷³. Burada miras bırakan, aslında bağışlamak istediği taşınmazı mirasçılardan kaçırmak amacıyla üçüncü kişiye veya mirasçısına satış ya da ölünceye kadar bakma sözleşmesiyle devreder⁷⁴. Bu halde görünürdeki işlem olan satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi, muvazaa sebebiyle; gizli işlem olan

⁶⁹ RUHİ/ RUHİ, s. 1102.

⁷⁰ Y. IBHGK, E. 1939/2 K. 1940/77, 10.07.1940 (lexpera). Ayrıca bkz. RUHİ/ RUHİ, s. 490; AK, s. 116.

⁷¹ ANTALYA, s. 372; ERENLER, s. 49, 55; GÜNAY, Erhan: Yargıtay Kararları Eşliğinde “Muris Muvazaası” Hukuksal Nedenine Dayalı Tapu Kaydının İptali, Tescil Davaları Mirastan Mal Kaçırma (Tapulu Taşınmazlarda Muris Muvazaası), 10. Baskı, Ankara 2024, s. 27; SERT SÜTÇÜ, Selin: Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları, 3. Bası, Ankara, 2024, s. 204; ÖZKAYA, Eraslan: İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 10. Baskı, Ankara 2024, s. 441. Ayrıca bkz. Y. 1.HD, 15.12.2016, E. 2016/9964, K. 2016/11167 (lexpera); Y. 1. HD, 14.11.2013, E. 2013/8427, K. 2013/15913 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2013/10650 K. 2013/15912, 14.11.2013 (lexpera).

⁷² ERENLER, s. 48, 50.

⁷³ ÖZKAYA, s. 442, 488; SERT SÜTÇÜ, s. 126. Aksi yönde bkz. 69-70. Uygulama için bkz. Y. HGK., E. 2011/4-359 K. 2011/405, 08.06.2011 (lexpera).

⁷⁴ ANTALYA, s. 372-373; ERENLER, s. 49; GÜNAY, s. 27; ÖZKAYA, s. 441. Mirasbırakanın mal kaçırmak amacıyla yaptığı bu işlemler, mirasbırakanın dar anlamda muvazaalı işlemleri olarak nitelendirilmektedir. Bkz. SERT SÜTÇÜ, s. 86.

bağışlama ise şekle aykırı olduğu için kesin hükümsüzdür (TMK m. 706)⁷⁵. Devir yapılmak istenen mirasçı taşınmazın mülkiyetini kazanamaz. Mirasçılar, saklı paylı olsun veya olmasın muris muvazaası sebebiyle açacakları davada yolsuz tescilin düzeltilmesini (TMK m. 1025) isteyebilirler⁷⁶.

Uygulamada yolsuz tescilin düzeltilmesi davasıyla birlikte ecrimisil talep edildiği görülmektedir⁷⁷. Bunun için muvazaalı işleme dayanarak taşınmazı devralan kimsenin zilyetliğinin haklılığı, mülkiyetin kazanılmasından ayrı değerlendirilmelidir. Öncelikle mutlak muvazaada taraflar görünürdeki işlemin geçerli olmadığı konusunda hem fikir olsalar da eşyanın zilyetliğinin devri konusunda anlaşırılar. Dolayısıyla taraflar arasında kullanım sözleşmesinin bulunduğu ve zilyetliğin haklı olduğu söylenebilir. Aynı şekilde nisbi muvazaada gizli işlem geçersiz olsa dahi zilyetlik rıza ile devredildiği için iyi niyetli devralandan ecrimisil talep edilemez (TBK m. 63/2)⁷⁸. Görüldüğü üzere muvazaanın olduğu her durumda zilyetlik de haksız olmaz. Bu sebeple her muvazaa durumunda ecrimisil talep edilmesi mümkün değildir. Her bir durumda muvazaanın türüne ve taraflar arasındaki sözleşmeye göre belirleme yapılması gerekir. Lakin miras bırakanın ölümü ile birlikte devralanın zilyetliğinin durumu değişir. Zira ölüm ile mirasçılar hak sahibi olur ve murisin zilyetliğin geçerli bir şekilde devrini sağlayan iradesi sona erer. Muvazaalı bir işlemle eşyanın zilyetliğini elde eden mirasçı zaten kötü niyetlidir⁷⁹. Neticede, kötü niyetli haksız zilyetlik şartlarının sağlandığı ölüm tarihinden dava tarihine kadar ecrimisil talep edilebilir⁸⁰.

⁷⁵ YILMAZ, Abdulkadir: Türk Hukukunda Muris Muvazaası, Ankara 2023, s. 89. Ayrıca bkz. Y. HGK., E. 2012/492 K. 2012/696, 10.10.2012 (lexpera).

⁷⁶ ANTALYA, s. 372-373; SERT SÜTÇÜ, s. 187. Ayrıca bkz. Y. İBK., E. 1974/1 K. 1974/2, 1.4.1974 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2013/8427, K. 2013/15913, 14.11.2013 (lexpera).

⁷⁷ ERENLER, s. 119.

⁷⁸ ÇALDAĞ, s. 88-89.

⁷⁹ Y. 3. HD, E. 2008/17351 K. 2008/20300, 24.11.2008 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2013/8427, K. 2013/15913, 14.11.2013 (lexpera).

⁸⁰ GÜNAY, s. 70; YILMAZ, s. 160-161; RUHİ/ RUHİ, s. 1096. Bkz. Y. 1. HD, E. 2013/8427 K. 2013/15913, 14.11.2013: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 07.02.1990 tarih ve 1989/3-602 Esas 1990/56 karar sayılı ilamında kabul edildiği gibi murisin mirasçılarından mal kaçırmak amacıyla yaptığı muvazaaya dayanan devir ve temlikler geçersiz olduğundan, davaya konu taşınmazı muvazaalı olarak iktisap eden davalının işgali iyi niyetli sayılamaz ve kendisinden mal kaçırılan davacılar; murisin ölüm tarihinden başlayarak dava tarihine kadar geçen süre için ecrimisil isteyebilirler.” Yargıtay’ın kararına konu olan geçersiz işlemle vekil tayin edilen kimseden muvazaalı bir şekilde taşınmazı kazanan üçüncü kişinin iyiniyetli olamayacağı ve hak sahibinin mirasçılarının dava

B. Mirasçı Taşınmazı Diğerlerin Kullanımına Engel Olacak ve Payını Aşacak Şekilde Kullanmalı

Taşınmaz üzerinde kötü niyetle haksız zilyetlik kurulması, ecrimisil talep edilebilmesi için yeterli değildir. Taşınmazın zilyet tarafından kullanılıyor olması gerekir⁸¹. Kullanım, bir şeyin veya hakkın kullanımından elde edilen ürün ve diğer faydaları kapsayan genel terimdir⁸². Bu taşınmaz üzerine yapı yapmak, taşınmazı izinsiz kullanmak, ekip biçmek şeklinde gerçekleşebilir⁸³. Örneğin, hak sahibi olmayan zilyedin evden veya araçtan kira ödemedi ya da tarladan sahibine ürün veya başka menfaat vermeden faydalanması kullanımdır⁸⁴. Kullanım ürün kavramından daha geniş olsa da TMK m. 995'in ruhuna uygun⁸⁵ düştüğü için haksız zilyedin ürün ele etmesi değil, kullanması şartı aranır⁸⁶. Belirtmek gerekir ki, sorumluluğun doğması için eşyanın olağan

sonucunun kesinleşmesinden önce ecrimisile hak kazandığı belirtilmektedir. Kararda haklı olarak muvazaalı temlikin baştan itibaren geçersiz olduğu ifade edilmektedir. Bu sebeple mirasbırakanın muvazaalı bir işlemde olsa kendi iradesiyle zilyetliği devrettiği durumlardan ayrı değerlendirilmelidir. Karar için bkz. Y. 3. HD, E. 2014/1131 K. 2014/8258, 27.5.2014 (lexpera): “*Yargıtay H.G.K'nun 07.02.1990 gün ve 1983/3-602 E.-1990/56 K.sayılı kararında kabul edildiği gibi, hileli (muvazaalı) taşınmaz devrine ilişkin temlikin de baştan itibaren geçersiz olduğu kabul edilmiştir. Davacıların, taşınmazı satın aldıkları 06.04.2004 tarihinden itibaren (baştan itibaren) kötüniyetli, haksız işgalci olarak kabul edilmesi gerektiğinden, ecrimisilin talep gibi 08.06.2006 tarihinden itibaren başlatılması gerekirken, tapu iptal-tescil kararının kesinleştiği 03.02.2010 tarihinden itibaren ecrimisil bedelinin hesaplanarak hüküm kurulması da bozmayı gerektirmiştir.*” Aynı yönde bkz. Y. 1. HD, E. 2013/8427, K. 2013/15913, 14.11.2013 (lexpera); Y. 3. HD, E. 2008/17351 K. 2008/20300, 24.11.2008 (lexpera); Y. 3. HD, E. 2006/1828 K. 2006/3598, 04.04.2006 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2013/10650 K. 2013/15912, 14.11.2013 (lexpera); Y. 3. HD, E. 2010/10578 K. 2010/12076, 06.07.2010 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2014/627, K. 2014/17557, 13.11.2014 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2009/13358 K. 2010/985, 03.02.2010 (lexpera).

⁸¹ ÇALDAĞ, s. 108; YAVUZASLAN, s. 87 vd. Karş. AKİPEK, s. 247. Ayrıca bkz. Y. 8. HD E. 2018/9141 K. 2021/884, 4.2.2021 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2015/2694, K. 2015/3637, 17.3.2015 (lexpera); Y. 5. HD, E. 2019/3110 K. 2019/20854, 18.12.2019 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2015/1895 K. 2016/3801, 30.3.2016 (lexpera).

⁸² SCHISTER, s. 68.

⁸³ Karş. ÜNAL/ ÖZLEYEN, s. 49.

⁸⁴ SCHISTER, s. 68, 75-76.

⁸⁵ SCHISTER, s. 69 vd.; STARK/ LINDENMANN, BernK ZGB Art. 940, N. 21; ZELGER, ZGB Art. 940, Rn. 17; WOLF, BK ZGB, Art. 602, Rn. 53; GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK ZGB Art. 602 Rn. 9. Ayrıca bkz. GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 161. Ayrıca bkz. yuk. II.

⁸⁶ Y. 1. HD, E. 2013/15491 K. 2014/86, 13.1.2014 (lexpera): “...Öte yandan, bir taşınmazı kendi tasarrufunda bulunduran kişinin ecrimisille sorumlu tutulabilmesi için o taşınmazdan bir gelir elde etmesi şart olmayıp, işgalin haksız ve kötüniyetli olması yeterlidir.” Ayrıca

kullanımı yeterlidir. Aksine sürekli bir kullanım⁸⁷, eşyanın kiraya elverişli olması⁸⁸ veya hak sahibinin kullanım ya da ürün elde etme niyetinin ispatı⁸⁹ gerekli değildir.

Doktrinde ecrimisil talep edilebilmesi için taşınmazın kullanılması gereğine istisna getirilmektedir⁹⁰. Buna göre kiraya verilmesi âdet olan eşyalar için kötü niyetli zilyet kullanmasa dahi ecrimisil ödemelidir. Örneğin mirasçı bir radyoyu muvazaa yoluyla elde etmiş ancak onu kullanmamışsa ecrimisil ödemez. Zira radyonun kiraya verilmesi âdet haline gelmemiştir. Muvazaalı işleme konu olan bir taşınmaz ise kötü niyetli zilyet olan mirasçı onu kullanmasa dahi kiraya verilmesi âdet olduğu için tazminat ödemelidir. Kanaatimizce haksız zilyedin kullanmıyor olmasına rağmen kiraya verilmesi âdet olan taşınmaz için ecrimisil talep edilmesi isabetli değildir. Kullanım şartına “kiralınması âdet haline gelen eşyalar” için istisna getirilmesi uygulamayı genişletir. Kanaatimizce kanun koyucunun, kötü niyetli zilyedin elde ettiği faydaları iadesi amacına da tam uymamaktadır. Bu sebeple kullanma yoksa ecrimisil tazminatına hükmedilmemelidir. Ancak şartları gerçekleştiği takdirde hak sahibi uğradığı zararın tazminini elde edilmesi ihmal edilen ürün (TMK m. 995) veya haksız fiil (TBK m. 49) sorumluluğu ile sağlayabilir.

Yargıtay elbirliği mülkiyetinde veya paylı mülkiyette ecrimisil talep edilebilmesi için paydaş veya ortağın kendi payına düşen kısmı aşan kullanımını arar⁹¹. Eğer ki, mirasçının kullandığı kısım payına karşılık geliyor veya bunu aşmıyorsa, bu kullanım sebebiyle ecrimisil istenemez⁹². Öyle ki,

bkz. Y. HGK., E. 1979/66 K. 1982/1, 13.01.1982 (lexpera); Y. IBHGK., E. 27/11 K. 1950/2,01.03.1950 (lexpera).

⁸⁷ ÇALDAĞ, s. 108.

⁸⁸ Aksi yönde OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 143-144.

⁸⁹ AKÇAAL, s. 459; GEMİCİ, s. 32; DURĞUN ŞANLI, s. 95. Aksi yönde bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 143-144.

⁹⁰ AKINTÜRK, s. 220-221.

⁹¹ Y. 1. HD, E. 2014/8498 K. 2015/8204, 3.6.2015 (lexpera): “Somut olaya gelince; taşınmaz üzerinde bulunan 17/B kapı nolu 2 katlı binada davacı Yüksel’in alt kattaki dairede ikamet etmek, davacı Arzu’nun ise kapalı garaja eşya koymak suretiyle tasarruf ettiği, ayrıca 17 kapı nolu 3 katlı binada zemin katın boş olduğu gözetildiğinde, davacıların taşınmazda kullandıkları ve çekişmesiz olarak kullanabilecekleri yerin bulunduğu açıktır. Bu durumda, davacılar yönünden intifadan men koşulunun oluştuğu söylenemez. Hâl böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirme yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru değildir.”

⁹² Mirasçının miras payına karşılık dava konusu taşınmazda kullanabileceği veya kullandığı bir alan varsa ecrimisil talep edilemeyeceği yönündeki karar için bkz. Y. 8. HD, E.

elbirliği veya paylı mülkiyette taşınmazı diğerlerinin yararlanmalarına engel olmaksızın kullanan, ekip biçen ortak veya paydaştan ecrimisil tazminatı veya elde edilen üründen pay istenemez⁹³. Ancak miras payını aşan bir kullanım varsa bu kısım için ecrimisil talep edilebilir. Yargıtay'ın somut olayda getirdiği bu kriterin taşınmazın tamamının değil, paya denk gelen kullanıma veya diğer hak sahiplerinin kullanımına engel olmamaya dayandığını söyleyebiliriz. Ancak bu yaklaşım doktrinde eleştirilmektedir⁹⁴. Buna göre kül halinde mirasçılara geçen zilyetlik, her bir tereke unsuru üzerinde ayardır.

C. Mirasçı İntifadan Menedilmiş Olmalı

1. Kural

Türk Medenî Kanunu'nda kötü niyetli haksız zilyedin sorumluluğunun doğması için zilyedin yararlanmadan menedildiğine ilişkin bildirim yapılması zorunluluğu bulunmaz. Lakin Yargıtay vermiş olduğu kararlarında⁹⁵ gerek paylı mülkiyette gerekse de elbirliği mülkiyetinde paydaş ve ortakların, ecrimisil isteyebilmesini intifadan men şartına bağlar. İntifadan men, birlikte mülkiyet konusu eşyanın haksız kullanımının engellenmesi anlamına gelir⁹⁶. Mirasçılar arasında yapılan intifadan men ise miras ortaklığına konu eşyayı hakıyla bağdaşmayacak şekilde kullanan ortağa, bu kullanıma son vermesi için yapılan bildirimdir. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay intifadan men şartını elbirliği ve paylı mülkiyetteki ortakların kullanımı için arar. Haksız zilyet

2018/10786 K. 2021/823, 3.2.2021 (lexpera); Y. 8. HD, E. 2018/2741 K. 2019/74, 7.1.2019 (lexpera); Y. 8. HD, E. 2018/3543 K. 2019/5054, 15.5.2019 (lexpera). Payından daha azını kullanan paydaştan ecrimisil talep edilemeyeceği yönündeki karar için bkz. Y. 8. HD, E. 2018/2666 K. 2018/18774, 15.11.2018 (lexpera); Y. 8. HD, E. 2018/3671 K. 2019/6055, 17.6.2019 (lexpera); Y. 8. HD, E. 2018/5078 K. 2020/5847, 6.10.2020 (lexpera).

⁹³ Y. HGK., E. 1979/66 K. 1982/1, 13.01.1982 (lexpera).

⁹⁴ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Medeni Hukuk ve Medeni Usul Hukuku Boyutuyla Tereke (Miras Ortaklığı) Temsilcisi (TMK m.640/III), İstanbul 2020, s. 444.

⁹⁵ Y. HGK., E. 1979/66 K. 1982/1, 13.01.1982 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2013/16532 K. 2014/1247, 28.1.2014 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2014/12734 K. 2014/17531, 13.11.2014 (lexpera); Y. 8. HD, E. 2018/3965 K. 2018/9495, 19.3.2018 (lexpera). Paylı mülkiyette intifadan men koşulunun arandığı kararlar için bkz. Y. 1. HD, E. 2014/1348 K. 2014/4512, 27.2.2014 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2014/3364 K. 2014/6216, 24.3.2014 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2015/5785 K. 2017/6386, 13.11.2017 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2016/5033 K. 2017/5576, 19.10.2017 (lexpera); Y. 3. HD, E. 1989/7678 K. 1989/7935, 19.10.1989 (lexpera); Y. 3. HD, E. 1994/4528 K. 1994/5891, 11.04.1994 (lexpera); Y. HGK., E. 2017/1235 K. 2018/1386, 2.10.2018 (lexpera).

⁹⁶ Tanım için bkz. AKÇAAL, s. 443; ÇALDAĞ, s. 131; AKBIYIK, s. 3-4; DURĞUN ŞANLI, s. 119.

üçüncü kişiler için böylesi bildirimde gerek yoktur. Yargıtay bu yaklaşımını birlikte mülkiyet halinde ortakların paylarının fiziken birbirinden ayrı olmamasına dayandırır. Buna göre eşyanın tamamını kullanan ortak, kötü niyetli kabul edilemez. Kötü niyetin kabulü için diğer mirasçılarının yararlanma isteğini kullanan mirasçıya iletilmiş olması gerekir. Ancak bundan sonra yararlanan mirasçı kötü niyetli olabilir.

Yargıtay'ın ecrimisil talebini intifadan men şartına bağlaması, doktrinde farklı açılardan eleştirilmektedir. Buna göre mirasçı, diğer mirasçılarının rızasına almadan miras ortaklığındaki eşyayı kullanamaz. Zira elbirliği mülkiyetinde her bir ortağın diğerlerinden ayrı kullanma ve yararlanma hakkı bulunmaz. Dolayısıyla tek yararlanmanın sona erdirilmesine ilişkin bildirimde gerek yoktur⁹⁷. Eşyayı kullanma hakkına sahip olmayan üçüncü kişi ile mirasçı arasında ayırım yapılmamalıdır. Lakin Yargıtay'ın intifadan men yaklaşımı, paylı mülkiyet için kabul edilebilir. Çünkü paylı mülkiyette paydaşların her birinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bağımsız payları vardır. İntifadan men ile birlikte kendi payı üzerinde tek başına kullanım hakkına sahip olan paydaş, bu hakkının sınırları konusunda uyarılmaktadır. Zira bu sınırlar kimi durumlarda zaman ve mekân yönünden belirli ve kolay öngörülebilir olmaz⁹⁸. Ancak belirtildiği üzere paylı mülkiyetin aksine elbirliği mülkiyetinde sahip olunan mülkiyet hakkı, mirasçılara ortaklık malı üzerinde tek başına kullanma ve yararlanma imkânı vermez (TMK m. 640; TMK m. 702). Aksi halde haksız zilyetlik ve yararlanma meydana gelir. Böylesi zilyetlik, ecrimisil sorumluluğu için yeterlidir. Her ne kadar mirasçılar arasındaki kullanımda ecrimisil talep edilebilmesi için intifadan men şartına gerek olmadığını düşünsek de diğer mirasçılarının rızasına dayanan kullanımda rızanın geri alınması durumu farklılık arz eder. Çünkü burada mirasçı, diğer mirasçılarının rızası ile eşyayı kullanmaktadır. Söz konusu rıza, mirasçılar tarafından açık veya zımnî şekilde verilebilir. Rızanın geri alındığı yani mirasçının intifan men edildiği bildirilmeden ecrimisil talep edilememelidir.

Haksız zilyet konumunda olan mirasçının intifadan men şartının gerçekleştiğini ecrimisil isteyen kimse her türlü delille ispatlamalıdır⁹⁹.

⁹⁷ AKBULUT, s. 96; AKÇAAL, s. 448-450. AK, s. 182; NOMER/ ERGÜNE, s. 116, dn. 298. Aksi yönde bkz. YAVUZ, Ecrimisil, s. 730.

⁹⁸ YAVUZ, Ecrimisil, s. 729-731; ÇALDAĞ, s. 143.

⁹⁹ RUHİ/ RUHİ, s. 732; AK, s. 182; AKBIYIK, s. 8; TEKİNAY, s. 172. Aynı yöndeki kararlar için bkz. Y. 1. HD, E. 2013/16532 K. 2014/1247, 28.1.2014 (lexpera); Y. 1. HD, E.

Yargıtay uygulamada geliştirdiği intifadan men koşulunun hukukî niteliğini dava şartı olarak belirlemektedir. Bu sebeple mahkeme, davacı mirasçının ecrimisil talep edebilmesi için haksız zilyet konumundaki mirasçıyı intifadan menedip etmediğini kendiliğinden araştırmalıdır. Davalıların def'i olarak ileri sürmeleri gerekli değildir¹⁰⁰.

2. İstisnalar

a) Doğal veya Hukukî Ürün Getiren Yer veya İşletme

Haksız zilyet konumundaki mirasçıdan ecrimisil talep edilebilmesi için intifadan men şartına gerek duyulmadığı görüşünde olduğumuz için istisnalardan bahsetmek mümkün olmaz. Lakin Yargıtay her ne kadar paylı mülkiyette paydaşların, elbirliği mülkiyetinde ise ortakların haksız zilyetlik ve kullanımları için intifan men şartını aramaktaysa da istisnalar getirmekte ve istikrar kazanmış kararlarıyla bunları uygulamaktadır. Yargıtay'ın uygulaması göz önüne alındığında yer verdiği bazı istisnalar miras hukukunda gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, mirasa konu yerin doğal veya hukukî ürün getirmesidir¹⁰¹. Doğal ürünler, tarla, bağ, bahçeden elde edilenlerdir¹⁰². Burada intifadan men şartının uygulanmaması için taşınmazın fiilen bu ürünleri getiriyor olması gerekir. Yoksa taşınmazın tapu sicilindeki niteliği¹⁰³ veya konut ya da iş yeri olması¹⁰⁴ önem arz etmez. Paradan elde edilen faiz, hisse senedinden elde edilen temettü ve kira geliri¹⁰⁵ ise hukukî üründür.

2014/12734 K. 2014/17531, 13.11.2014 (lexpera); Y. 3. HD, E. 1994/4528 K. 1994/5891, 11.04.1994 (lexpera).

¹⁰⁰ Bkz. Y. 3. HD, E. 1989/7678 K. 1989/7935, 19.10.1989 (lexpera); Y. 3. HD, E. 1994/4528 K. 1994/5891, 11.04.1994 (lexpera). İntifadan men şartının hukukî niteliğinin itiraz olduğu doktrinde kabul edilmektedir. Buna göre dava şartı olması ile itiraz niteliğinde olması arasındaki fark, intifadan menin gerçekleşmemesi halinde kendini gösterir. Eğer ki, dava şartı olduğu kabul edilirse dava usulden reddedilmelidir. İtiraz olduğunun kabulü halinde ise esastan reddedilmesi gerekir. Görüş hakkında bkz. AKÇAAL, s. 446-447.

¹⁰¹ Y. 1. HD, E. 2013/16532 K. 2014/1247, 28.1.2014 (lexpera); Y. 7. HD, E. 2024/1721 K. 2025/125, 9.1.2025 (lexpera); Y. HGK., E. 2017/1235 K. 2018/1386, 2.10.2018 (lexpera).

¹⁰² Fındık bahçesi örneği için bkz. Y. 1. HD, E. 2013/16762 K. 2014/62, 13.1.2014 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2013/19421 K. 2014/5278, 11.3.2014 (lexpera); Y. 7. HD, E. 2021/4581 K. 2021/1562, 6.10.2021 (lexpera).

¹⁰³ Y. 1. HD, E. 2015/1895 K. 2016/3801, 30.3.2016 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2014/6520, K. 2014/12930, 3.7.2014 (lexpera); Y. 8. HD, E. 2018/5240 K. 2020/5660, 1.10.2020 (lexpera).

¹⁰⁴ YAVUZ, s. 411; YAVUZ, Ecrimisil, s. 735.

¹⁰⁵ Y. 1. HD, E. 2014/7998 K. 2015/9660, 2.7.2015 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2014/3364 K. 2014/6216, 24.3.2014 (lexpera).

Hukukî ürünlerin istisna kapsamına girebilmesi için ürüne elverişlilik değil, ürünün fiilen elde edilmesi gerekir¹⁰⁶. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay’a göre üçüncü kişiye kiraya verilen taşınmazlar istisna kapsamındadır ve intifadan men gerekli değildir¹⁰⁷. Ancak aksi karar¹⁰⁸ olsa da mirasçının taşınmazı kiralamak yerine bizzat kullanmasını istisna kapsamında görmemekte, ecrimisil için intifadan men şartını aramaktadır¹⁰⁹. Zira Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği kararlarıyla¹¹⁰ ürün ile doğal ve hukukî ürünlerin

¹⁰⁶ Y. 14. HD, E. 2016/9000 K. 2018/8511, 3.12.2018 (lexpera).

¹⁰⁷ Y. 8. HD, E. 2018/3628 K. 2019/4229, 17.4.2019 (lexpera). Ayrıca bkz. TEKİNAY, s. 171; AKÇAAL, s. 472; YAVUZ, s. 414; YAVUZ, Ecrimisil, s. 729.

¹⁰⁸ Yargıtay’ın kira getiren taşınmazı kiraya veremeyip bizzat kullanan mirasçılar için intifadan men şartını aramadığı kararlar için bkz. Y. 1. HD, E. 2013/21483 K. 2014/7237, 7.4.2014 (lexpera): “Somut olaya gelince; çekişme konusu 1313 ada 11 parsel sayılı taşınmazın 4 adet mesken ve 1 adet dükkandan oluştuğu, meskenlerden birinde mirasbırakanın eşi K1’nin, diğer üçünde davalıların ikamet ettiği, taşınmazda bulunan dükkanda ise kullanılmayan eşyaların bulunduğu ancak dükkanın davalıların tasarrufunda olduğu, bu kullanım biçimi dikkate alındığında davacıların taşınmazda kullanabilecekleri bir yerin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan ilkeler ve olgular doğrultusunda, davalıların kullanımında olan meskenlerin kira geliri getiren yerlerden olduğu, bu gibi yerler açısından intifadan men koşulunun gerçekleşmesine gerek olmadığı gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığı gibi, halen davalıların tasarrufunda olduğu anlaşılan dükkân açısından ecrimisile hükmedilmemiş olması da doğru değildir.”

¹⁰⁹ Y. 8. HD, E. 2018/5518 K. 2020/5312, 23.9.2020 (lexpera): “Somut olayda, Mahkemece, murisin vefat tarihinden itibaren ecrimisile hükmedilmiş ise de, bu görüşe katılma olanağı bulunmamaktadır. Şöyle ki, dava dilekçesinde, davalının taşınmazı 10 yıldır bizzat kunduracı dükkânı olarak işlettiği, halende davalının kendisinin taşınmazı kullandığı belirtmiş, davacı tanıkları da dava konusu taşınmazı davalının, annesinin ölümünden bu yana dükkân olarak kullandığını beyan etmişlerdir. Bu durumda, davalının taşınmazı bizzat kullanması nedeniyle, her ne kadar ecrimisile konu yer dükkân olsa da, intifadan men koşulu gerçekleşmediği sürece diğer paydaşlar ecrimisil talep edemez.” Aynı yönde bkz. Y. 3. HD, E. 2009/2910 K. 2009/5215, 26.03.2009 (lexpera); Y. 8. HD, E. 2018/5240 K. 2020/5660, 1.10.2020 (lexpera); Y. 8. HD, E. 2018/15258 K. 2018/20041, 12.12.2018 (lexpera); Y. 14. HD, E. 2016/9000 K. 2018/8511, 3.12.2018 (lexpera). Ayrıca bkz. RUHİ/ RUHİ, s. 732; YAVUZ, s. 407; YAVUZ, Ecrimisil, s. 729, 730.

¹¹⁰ Y. IBHGK., E. 1947/11 K. 1950/2, 01.03.1950 (lexpera): “Gerçi Medeni Kanunumuzda İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi yalnız tabii semere tarif olunmakla yetinilerek hukuki semere tabiri kullanılmamış ise de, anlaşmazlık konusu 907 inci maddenin son fıkrasında “tabii” kaydiyle takyit edilmeksizin geniş bir anlamda kullanılan “zilyedin elde ettiği semereler” tabii semerelerden başkaca medeni semereleri de içine almakta ve bu görüşü tanınmış mülliflerin rey ve mütalaaları da teyit etmektedir. Fakat bir şeyden kullanma yoluyla intifa, semere mefhumuna girmedığı gibi bir bağta dayanmamakta olması bakımından da hukuki semere değildir.” Aynı yönde bkz. Y. HGK., E. 1979/66 K. 1982/1, 13.01.1982 (lexpera): “Doğal ve hukuksal semerelerden pay istemek için hiçbir vechile faydalanmadan engellenme [men edilme] koşulu aranmaz. Ancak hemen belirtmek gerekir

kastedildiğini, yoksa malın bizzat kullanımla elde edilen faydanın bu kapsamda olmadığını belirtmektedir. Kısacası Yargıtay, uygulamada taşınmazı bizzat kullanan **mirasçı** için kullanımdan men edildiğine dair bildirim ararken, kiraya veren için böylesi şarta ihtiyaç duymamaktadır. Bu durum doktrinde haklı olarak intifadan men şartının uygulanmasına ilişkin bariz bir çelişki olarak değerlendirilmektedir¹¹¹. Her ne kadar mirasçılar arasında kural olarak intifadan men şartının gerekli olmadığı görüşünü savunsak da Yargıtay'ın taşınmazın kiraya verilip verilmemesine aldırmadan üçüncü kişi ile mirasçının kullanımına aynı kuralları uygulaması çelişkiyi azaltır.

b) Taşınmazın Tamamı Üzerinde Hak İddiası

Yargıtay'ın intifadan men şartını aramadığı diğer hal, mirasçılardan birinin miras ortaklığına tabi mal üzerinde tek başına hak iddia etmesidir¹¹². Öyle ki, bazen mirasçı diğer mirasçıların mirasçılığını veya hak sahipliğini reddedebilir, sadece kendisini hak sahibi olarak görebilir. Muris muvazaası bunlardan biridir. Burada haksız zilyet olan mirasçı, malvarlığının tamamında hak iddia eder. Dolayısıyla ecrimisil talebi için diğer mirasçıların kendisine karşı intifadan men bildiriminde bulunmalarına gerek yoktur¹¹³. Nitekim

ki, semereden amaç sadece doğal ve hukuksal semerelerdir; yoksa bir malı kullanma yolu ile elde olunan faydalanmalar hiçbir veçhile semere olarak nitelendirilemez. Bu yön gerek uygulamada ve gerekse bilimsel görüşlerde oybirliği ile benimsenmiştir. (1.3.1950 gün ve 11/2 sayılı İkt. Bir. K. gerekçesi), (ayrıca HGK. 15.4.1964 gün ve D-1/223 E., 330 K. sayılı kararın 4 paragrafı). Bu ilke müşterek malı kiraya verir, kiralari (hukuki semereleri) malvarlığına dahil etmiş olan paydaştan pay istenmesi halinde de aynen uygulanacak ve yine yararlanmadan men koşulu aranmayacaktır (4.6.1958 gün ve 15/6 sayılı İkt. Bir. K.). Ancak, yukarıda da etraflıca belirtildiği, gibi bir malı kullanma yolu ile elde olunan faydalanmalar (mesela ekip biçme sonucu elde olunan ürün gibi) hiçbir şekilde doğal semere olarak nitelendirilemez.” Bu kararda Yargıtay aynı zamanda bir malı kullanma, örneğin ekip biçme sonucu elde edilen mahsulü, doğal ürün olarak nitelendirmediğini ve istisna kapsamına almadığını ifade etmektedir. Lakin kanaatimizce mirasçının taşınmazı bizzat kullanarak ürün elde etmesi, TMK m. 995 kapsamında elde edilen ürün olarak değerlendirilmeli yine intifadan men şartına aldırış etmeden tazmin edilmeli, böylesi çelişkilere yer verilmemelidir.

¹¹¹ TEKİNAY, s. 171; AKÇAAL, s. 473-474.

¹¹² Y. 1. HD, E. 2013/16532 K. 2014/1247, 28.1.2014 (lexpera); Y. 3. HD, E. 2011/15868 K. 2011/16750, 31.10.2011 (lexpera); Y. HGK., E. 2017/1235 K. 2018/1386, 2.10.2018 (lexpera). Ayrıca bkz. RUHİ/ RUHİ, s. 733; AKBIYIK, s. 14.

¹¹³ ÇALDAĞ, s. 153; ERENLER, s. 122. Y. 1. HD, E. 2009/13358 K. 2010/985, 03.02.2010 (lexpera): “...Diğer taraftan, davalı G. W.'in taşınmazları gerçek satış işlemiyle aldığını ve davacının taşınmazlarda bir hakkının kalmadığını savunması, bir başka deyişle onun hakkını tümünden reddetmesi karşısında, muvazaanın kanıtlanması halinde intifadan men

Yargıtay da muris muvazaasının bulunduğu durumlarda intifadan men şartını aramamaktadır¹¹⁴. Açıkçası taşınmazın tamamı üzerinde hak iddia edilen bu gibi durumlarda yapılan bildirimin sonuç getireceğini söylemek de mümkün değildir¹¹⁵.

c) Kullanım Anlaşmasına Uyulmaması veya Daha Önce Açılmış Bir Davanın Bulunması

Mirasçılar oybirliğiyle miras ortaklığına tabi eşyadan nasıl yararlanacaklarını mal, yer veya zaman yönünden belirleyebilir, bu konuda anlaşma yapabilirler. Böylece artık mirasa konu eşyadan yararlanma ve faydalanmanın sınırları çizilir. Yargıtay da ecrimisile hükmederken mirasçılar arasında fiili taksim veya çekişmesiz kullanımın olup olmadığını inceler¹¹⁶. Buna göre mirasçılar arasında elbirliği mülkiyetine konu taşınmazın kullanımına dair açık veya zımnî bir anlaşma varsa, mirasçı o kısmı çekişmesiz kullanıyorsa, bu yararlanma için ecrimisil talep edilemez¹¹⁷. Ancak mirasçılardan birisi, bu anlaşmaya uygun hareket etmediği takdirde diğerlerinin intifadan men bildirimi yapmalarına gerek olmaksızın ecrimisil talep edilebilir¹¹⁸.

koşulunun da oluştuğunun kabulünde zorunluluk vardır.” Ayrıca bkz. Y. 3. HD, E. 2010/10578 K. 2010/12076, 06.07.2010 (lexpera).

¹¹⁴ Y. 3. HD, E. 2010/10578 K. 2010/12076, 06.07.2010 (lexpera).

¹¹⁵ ÇALDAĞ, s. 153.

¹¹⁶ Bkz. Y. 1. HD, E. 2013/16532 K. 2014/1247, 28.1.2014 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2013/16762 K. 2014/62, 13.1.2014 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2014/8682 K. 2014/17898, 19.11.2014; Y. 8. HD, E. 2020/1838 K. 2021/4377, 26.5.2021 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2016/6490 K. 2016/5900, 10.5.2016 (lexpera); Y. HGK., E. 2017/1235 K. 2018/1386, 2.10.2018 (lexpera). Ayrıca bkz. AK, s. 183; DURĞUN ŞANLI, s. 125 vd.

¹¹⁷ Y. 7. HD, E. 2024/1475 K. 2025/198, 13.1.2025 (lexpera): “Paylı mülkiyette taşınmazdan yararlanamayan paydaş, engel olan öteki paydaş veya paydaşlardan her zaman payına vaki el atmanın önlenilmesini ve/veya ecrimisil isteyebilir. (Elbirliği mülkiyetinde de ortaklardan biri öteki ortakların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan tek başına ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine ecrimisil davası açabilir.) Ancak, o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa açacağı ecrimisil davasının dinlenme olanağı yoktur. Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlemesi gerekmektedir.” Aynı yönde bkz. Y. 7. HD, E. 2024/1721 K. 2025/125, 9.1.2025 (lexpera).

¹¹⁸ Y. 7. HD, E. 2024/1475 K. 2025/198, 13.1.2025 (lexpera); Y. 5. HD, E. 2017/22938 K. 2019/1540, 7.2.2019 (lexpera). Ayrıca bkz. RUHİ/ RUHİ, s. 734.

İntifadan men bildirimi uygulamada noter aracılığıyla yapılsa da¹¹⁹ esasen bu bildirim, şekle tabi değildir¹²⁰. Bu sebeple daha önce açılmış bir davanın bulunması halinde haksız zilyedin intifadan men edilmesine gerek yoktur¹²¹. Öyle ki, mirasın paylaşılmasının ve ortaklığın giderilmesinin talep edilmesi veya vasiyetnamenin iptalinin istenmesi halinde intifadan men şartının gerçekleştiği kabul edilir¹²². Dahası birlikte mülkiyet halinde haksız zilyet konumundaki paydaş veya ortak aleyhine hakka dayanan davaların örneğin, el atmanın önlenmesi davasının açılmış olması halinde intifadan men bildirimine gerek duyulmaz¹²³. Zira mirasçı bu davayla haksız zilyet olan mirasçının kullanımına rıza göstermediğini, itiraz ettiğini ifade etmektedir. Gerçek hak sahibi tarafından yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılması halinde de intifadan men edilmesine gerek yoktur. Zira haksız zilyet, hem taşınmazda aynî hak iddia etmekte; hem de hak sahibi kullanıma rıza göstermediğini açtığı dava ile dile getirmektedir.

D. Tartışmalı Bir Şart: Zarar

Elbirliği mülkiyetine konu taşınmazdan yararlanan mirasçıdan ecrimisil istenebilmesinin talep sahibinin zararını gerektirip gerektirmediği doktrinde tartışmalıdır. Bir kısım yazar¹²⁴, ecrimisil için zarara uğrama şartını kabul eder. Bu durumda hak sahibi zarara uğradığını ispat edemezse TMK m. 995 bağlamında ecrimisil isteyemez. Bazı yazarlar¹²⁵ ise ecrimisilin zarar şartına

¹¹⁹ AKBIYIK, s. 4.

¹²⁰ RUHİ/ RUHİ, s. 732.

¹²¹ Y. HGK., E. 2017/1235 K. 2018/1386, 2.10.2018 (lexpera).

¹²² Bkz. RUHİ/ RUHİ, s. 734; AKBIYIK, s. 18; YAVUZ, s. 410-411, 448 vd.; YAVUZ, Ecrimisil, s. 734-735.

¹²³ Y. 1. HD, E. 2013/16532 K. 2014/1247, 28.1.2014 (lexpera). Yargıtay verdiği bir kararında mirasbırakana yapılan intifadan men bildiriminin onun mirasçıları için de geçerli olacağını ve yeni bir bildirim gerek olmadığına karar vermiştir. Karar için bkz. Y. 1. HD, E. 2016/4298 K. 2016/5759, 9.5.2016 (lexpera): “...Şöyle ki; 1996 tarihli esas defteri ve karar örneğinde ... Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1996/189 Esas,1999/231 Karar sayılı dosyası ile davacıların, davalıların murisi aleyhine dava konusu taşınmazlarla ilgili elatmanın önlenmesi davası açtıkları, muris ..'nin 12.05.2003 tarihinde ölümüyle davalıların çekişme konusu taşınmazlarda paydaş oldukları,davalıların murisleri..nin mirasçısı sıfatıyla taşınmazları kullandıkları bu nedenle intifadan men koşulunun davalılar yönünden de gerçekleştiğinin kabulü gerekir.”

¹²⁴ Bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 145; AKBIYIK, s. 9; AYAN, s. 200-201.

¹²⁵ TEKİNAY, s. 167; GÜRSOY, s. 125; ÇALDAĞ, s. 158; AK, s. 119; ÜNAL/ ÖZLEYEN, s. 95. Ayrıca bkz. ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 285; AK, s. 113-114; AYBAY/ HATEMİ, s. 63; YAVUZASLAN, s. 46; DURĞUN ŞANLI, s. 105.

bağlanmasını eleştirmektedir. Buna göre hak sahibi mirasçıların haksız zilyetlik sebebiyle taşınmazdan yararlanamaması ecrimisil talep edebilmesi için yeterli olmalıdır¹²⁶. Haksız zilyedin gelir elde etme iradesi¹²⁷, taşınmazın buna elverişli olması¹²⁸ veya kullanma biçimi¹²⁹ önemli değildir. Dahası burada haksız fiil değil, haksız kullanım sorumluluğu söz konusudur¹³⁰. Zilyet bu sorumluluk kapsamında elde ettiği yararları iade etmelidir¹³¹.

İsviçre hukukunda haksız el konulan eşyanın zarar görmesi, tahrip olması, kaybolması, tüketilmesi zarar olarak nitelendirilir. Bununla birlikte eşya teslim edilmediği için hak sahibinin kendisinin kullanamaması veya bunun kullanımından fayda elde edememesi de zarar olarak değerlendirilir¹³². Bir kısım yazar, hak sahibinin malı elinde tutma süresi boyunca kullanamamış olmasının zarar olup olmadığını eşyanın ekonomik fayda sağlayacağı durumlarla sınırlandırır. Diğer bir deyişle, hak sahibi eşyayı kullanarak ekonomik fayda sağlayabilecek durumdaysa zararın oluştuğunu kabul eder. Lakin bu görüşe göre eşya, bir biçer döver olup kış boyunca zaten kullanılmayacaksa hak sahibinin mağduriyeti yoktur. Tazminat ödenmesine de gerek bulunmaz¹³³.

Doktrinden farklı olarak Yargıtay, 1950 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında¹³⁴ ecrimisilin haksız fiil niteliğinde olduğu ve tazminat talep edilebilmesi için hak sahibinin zarara uğraması gerektiği sonucuna varmıştır. Ancak zamanla bu kararında değişikliğe giderek hak sahibinin ecrimisil talep edebilmesi için zarara uğramasının veya davalının zenginleşmesinin gerekli

¹²⁶ AK, s. 114; ÜNAL/ ÖZLEYEN, s. 95; YAVUZASLAN, s. 127, 129-130. Ayrıca bkz. İSTEMİ, s. 58; GEMİCİ, s. 32; DURĞUN ŞANLI, s. 105.

¹²⁷ AK, s. 114; YAVUZASLAN, s. 45; ÖZALTUĞ, s. 1414

¹²⁸ Y. 7. HD, E. 2021/3350 K. 2021/1301, 29.9.2021 (lexpera): “Davalı, taşınmazı bizzat kullanmasının objektif değerini ödemeye mahkûm edilmelidir. O kadar ki, haksız olarak kullanılan taşınmazın ekonomik tahsis amacı itibarıyla gelir elde etmeye özgülmemiş olması dahi sonuca etkili görülmemelidir.” Ayrıca bkz. Y. 3. HD, E. 2003/14214 K. 2003/14097, 8.12.2003 (lexpera); Y. 3. HD, E. 2011/11463 K. 2011/16600, 27.10.2011 (lexpera); Y. 5. HD, E. 1988/16563 K. 1989/5327, 20.03.1989 (lexpera).

¹²⁹ AK, s. 114.

¹³⁰ ÇALDAĞ, s. 158.

¹³¹ AK, s. 121; YAVUZASLAN, s. 47-48.

¹³² CHK ZGB/ Arnet, Art. 940, Rn. 1; STARK/ LINDENMANN, BernK ZGB Art. 940, Rn. 4.

¹³³ Bkz. STARK/ LINDENMANN, BernK ZGB Art. 940, Rn. 4; SCHISTER, s. 113-114.

¹³⁴ Y. IBHGK., E. 1945/22 K. 1950/4, 08.03.1950 (lexpera). Eleştiri için bkz. GÜRSOY, s. 125.

olmadığına hükmetmiştir¹³⁵. Bazı kararlarda zararı değil, haksız zilyedin malvarlığını kullanıp kullanmadığını değerlendirir¹³⁶. Haksız zilyedin taşınmazı kullanmasını, ekonomik fayda sağlaması olarak belirler¹³⁷. Dolayısıyla Yargıtay'ın uygulamada bazı kararlarıyla zarara uğrama şartını yumuşattığını söyleyebiliriz¹³⁸.

Kanaatimizce hak sahibi mirasçının diğer mirasçılardan ecrimisil talep etmesi onun zarara uğraması şartına bağlanmamalıdır. Haksız zilyet olan mirasçının taşınmazı kullanması, ondan faydalanması ecrimisil sorumluluğunun doğabilmesi için yeterli görülmelidir. Lakin haksız zilyedin sadece hak sahibinin zilyetliğini engellediği ancak kendisinin kullanıp faydalanmadığı durumlarda ecrimisil talebine gerek yoktur. Kışın alıkonulan biçerdöver örneği bu şekildedir. Zira burada haksız zilyedin bir kullanımı yoktur, ecrimisil istenemez. Kullanım olmamasına rağmen, talepte bulunan hak sahibi zarara uğramış olabilir. Bu durumda somut olayda kanunî şartlar

¹³⁵ Y. 3. HD, E. 2003/14214 K. 2003/14097, 8.12.2003 (lexpera): "...Bundan ayrı olarak, KENDİ ÇIKARINA HAKSIZ OLARAK BAŞKASININ HUKUK ALANINA GİRİP, İŞİNE KARIŞIP KAZANÇ ELDE EDEN KİMSE (davalı), - hak sahibinin (davacının) tazminat davasındaki gibi zararı ya da nedensiz zenginleşmedeki gibi yoksullaşması aranmaksızın - BU "HAKSIZ KARIŞMA KAZANCI" NI GERİ VERMESİ GEREKMEKTEDİR. Bu haksız karışma kazancını geri alma isteminin, işine karışılan kimsenin zararın tazmini (tazminat) istemindeki gibi zararına ya da nedensiz zenginleşme istemindeki gibi yoksullaşmasına bağlı olmadığı için, bu istemleri aşan, bunları tamamlayan önemli bir görevi vardır." Ayrıca bkz. Y. 7. HD, E. 2021/3350 K. 2021/1301, 29.9.2021 (lexpera).

¹³⁶ Y. HGK E. 1991/3-229 K. 1991/361, 12.6.1991 (lexpera): "...Yukarıdan beri yapılan tesbitlerin ışığı altında davalının, kendi çıkarına haksız olarak başkasının (davacının) hukuk alanına girip, işine karışıp kazanç elde ettiğinin kabulü gerekir. Öyle ise davacının, tazminat davasındaki gibi zararı ya da nedensiz zenginleşmedeki gibi yoksullaşması aranmaksızın, bu haksız karışma kazancının, istihsal giderleri çıkarıldıktan sonra payı oranında geri verilmesi zorunludur." Ayrıca bkz. Y. HGK. E. 2006/549 K. 2006/558, 20.9.2006 (lexpera); Y. HGK., E. 2013/752 K. 2014/334, 19.3.2014 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2013/15491 K. 2014/86, 13.1.2014 (lexpera); Y. 3. HD, E. 2011/11463 K. 2011/16600, 27.10.2011 (lexpera); Y. 5. HD, E. 2019/11700 K. 2020/1095, 22.1.2020 (lexpera). Uygulamanın değerlendirilmesi için bkz. İSTEMİ, s. 44-47.

¹³⁷ Y. HGK., E. 2010/146 K. 2010/184, 31.03.2010 (lexpera): "Dava konusu taşınmazın üzerinde gelir getirici herhangi bir yapı olmamakla birlikte, çevresinde villaların bulunduğu ve davalının bu yeri yol olarak kullanmak suretiyle ekonomik bakımdan fayda sağladığı açıktır. Taşınmaz davalı tarafından kira ödenmeden kullanıldığına ve ekonomik yarar sağlandığına göre ecrimisilin belirlenmesinde davacının sağlayabileceği değil, davalının sağladığı yararın esas alınması gerekir."

¹³⁸ NOMER/ ERGÜNE, s. 115 dn. 296.

sağlanmışsa, haksız fiil sorumluluğuna (TBK m. 49) başvurulabilir, zararın tazmini sağlanabilir.

E. Mirasçı Talepte Bulunmalı

Ecrimisil talebi, taşınmazın gerçek hak sahibi tarafından işgal eden ve yararlanan kimseye karşı ileri sürülür¹³⁹. Miras hukukunda haksız zilyet olan mirasçıya diğerleri tarafından ileri sürülen bir taleptir. Burada birlikte hareket etme ilkesinin nasıl uygulanacağı değerlendirilmelidir (TMK m. 640; TMK m. 702)¹⁴⁰. Bu ilkeye göre mirasçılar birlikte veya miras ortaklığı için temsilci belirleyerek ortakların tamamı adına dava açmalıdır¹⁴¹. Ancak bu kural mutlak değildir, bazı istisnaları vardır. Öyle ki, miras ortaklığına konu malın korunması, onarılması, mahsullerin toplanması her bir mirasçı tarafından gerçekleştirilebilir¹⁴². Sağlanan korumadan tüm mirasçılar yararlanır (TMK m. 640; TMK m. 702). El atmanın önlenmesi¹⁴³ davası bu minvaldedir.

¹³⁹ Davanın tarafları için bkz. RUHİ/ RUHİ, s. 699-700; DURĞUN ŞANLI, s. 131 vd.

¹⁴⁰ GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK ZGB Art. 602 Rn. 15. İlke hakkında detaylı bilgi için bkz. yuk. III. Y. 1. HD, E. 2022/8345 K. 2023/1325, 7.3.2023 (lexpera): “Terekeye karşı yapılan mülkiyetten kaynaklanan haksız fiil niteliğindeki muris muvazaası ve el atmanın önlenmesi gibi davaların dışında ehliyetsizlik, vekalet görevinin kötüye kullanılması vs gibi davalarda terekeyi temsil eden tüm mirasçıların bir arada hareket etmek suretiyle davayı birlikte açmaları, ayrıca, mirasçılardan bir tanesinin terekeye iade şeklinde dava açması halinde de tüm mirasçıların davada muvafakatlerinin sağlanması, aksi takdirde terekenin atanacak temsilci marifetiyle davada temsil edilmesi ve yürütülmesi gerekeceği (TMK. 640. Md.) tartışmasızdır. Mirasçı olmayan kişiye karşı ehliyetsizlik, vekalet görevinin kötüye kullanılması vs hukuki nedenlerine dayalı miras payı oranında açılan tapu iptal ve tescil davasının dinlenme olanağının bulunmadığı, tereke adına dava açılmadığına göre terekeye temsilci tayin edilerek yargılamaya devam edilmesinin de pay oranında açılan davanın dinlenmesini mümkün hale getirmeyeceği de açıktır.” Ayrıca bkz. Y. 14. HD, E. 2015/17985 K. 2016/1655, 9.2.2016 (lexpera).

¹⁴¹ AYAN DURHAN, s. 219-220 vd.; RUHİ/ RUHİ, s. 701; WOLF, BK ZGB, Art. 602, Rn. 108. Ayrıca bkz. ÖZTAN, s. 439; YAVUZ, s. 499-501; TOPUZ/ TOPUZ, s. 61; MANGISCH, OFK ZGB, Art. 653 Rn. 5; İMRE/ ERMAN, s. 441; SEROZAN, s. 249.

¹⁴² Y. 3. HD, E. 2003/13090 K. 2003/13274, 6.11.2003 (lexpera).

¹⁴³ KURŞUN, s. 203-204; YAVUZ, s. 434; TOPUZ/ TOPUZ, s. 64. Ayrıca AKINTÜRK, s. 413; AKBULUT, s. 86; ÖZTAN, s. 441; EREN, s. 139; GÜMÜŞ, s. 419-420; DURĞUN ŞANLI, s. 45, 117. Y. 1. HD, E. 2016/6490 K. 2016/5900, 10.5.2016 (lexpera): “...Hatta elbirliği mülkiyetinde dahi ortaklardan biri öteki ortakların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan, taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine tek başına el atmanın önlenilmesi davası açabilir.” Y. 3. HD, E. 2003/13090 K. 2003/13274, 6.11.2003 (lexpera): “Uyuşmazlık konusu olayda, davacı, murisinden intikal eden taşınmaza (paydaş bulunmayan) davalının elatmasının önlenmesi ile birlikte ecrimisil istemiştir. Terekeye dahil bir taşınmaza elatmanın önlenmesi davası "terekedeki hakların korunması" kavramına dahil olduğundan mirasçılardan herhangi birisi veya birkaçı

Yargıtay'ın aksi kararları¹⁴⁴ olsa da kanaatimizce yolsuz tescilin düzeltilmesi davası da koruyucu nitelikte bir dava olarak kabul edilmeli ve mirasçılar tereke temsilcisi atanmadan bu davayı açabilmelidir. Zira mirasçının taşınmazı iyi niyetli üçüncü kişiye TMK m. 1023 şartlarında devretmesi halinde mülkiyet hakkı kaybedilmektedir¹⁴⁵.

Birlikte hareket etme ilkesi üçüncü kişiye karşı yapılacak ecrimisil taleplerine mutlak olarak uygulanırsa, ortaklar birlikte hareket etmeli veya ortaklığa temsilci atanmalıdır. Nitekim doktrinde bu ilke sebebiyle mirasçılardan birinin tek başına kötü niyetli zilyet olan üçüncü kişiden ecrimisil talep etmesi mümkün görülmemektedir¹⁴⁶. Zira ecrimisil miras ortaklığına konu olan bir hakkın korunması amacını taşıyan dava değildir (TMK m. 640; TMK m. 702). Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir¹⁴⁷.

tarafından açılabilir.” Karş. Y. İBBGK E. 1982/3 K. 1982/2, 11.10.1982 (lexpera). Belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın tüm uygulaması bahsedilen şekilde değildir. Aksine birlikte hareket etme ilkesinin ve istisnası olan hakların korunmasını yanlış yorumladığı kararları bulunmaktadır. El atmanın önlenmesi davasında tek bir mirasçının yer almasının yeterli olmadığı diğer mirasçıların da davaya dahil edilmesi gerektiği yönünde bkz. Y. 1. HD, E. 2013/5323 K. 2014/4275, 25.2.2014 (lexpera). Mirasçının davayı tek başına açabileceği ancak davaya devam edilebilmesi için tüm mirasçıların katılımının gerekli olduğu yönünde bkz. Y. 16. HD, E. 2015/3005 K. 2015/11244, 6.10.2015 (lexpera). Yargıtay'ın uygulamasının ikircikli olduğu yönünde bkz. SEROZAN/ ENGİN, s. 554. Yargıtay'ın el atanın mirasçı veya üçüncü kişi olması halinde farklı uygulama yaptığı yönünde detaylı bilgi için bkz. GÜMÜŞ, s. 420 vd.

¹⁴⁴ Muris muvazaasında mirasçının davayı tek başına açabileceği ancak davaya devam edilebilmesi için diğer mirasçıların olurlarının alınmasının veya terekeye temsilci atanmasının gerekli olduğu yönünde bkz. Y. 1. HD, E. 2014/22374 K. 2017/2520, 11.5.2017 (lexpera); Y. 1. HD, E. 2022/8345 K. 2023/1325, 7.3.2023 (lexpera). Doktrinde de yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının üçüncü kişilere karşı açılabilmesi için diğer mirasçıların davaya dahil edilmesinin veya tereke temsilcisinin atanmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir. Mirasçılar arasında açılacak yolsuz tescilin düzeltilmesi davası içinde mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı söz konusu değildir. Görüş için bkz. TOPUZ/ TOPUZ, s. 65.

¹⁴⁵ Aynı yönde bkz. GÜMÜŞ, s. 377. Yargıtay bazı kararlarında TMK m. 702 hükmünü yani birlikte hareket etme ilkesini yanlış yorumlamakta ve taleplerin koruma veya hak kazanma ile ilgisine bakmaksızın tek kişi tarafından açılmasına izin vermemektedir. Bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 399-400 dn. 295.

¹⁴⁶ AKBULUT, s. 93-94; AKBIYIK, s. 15; KURŞUN, s. 207. Ayrıca bkz. YAVUZ, s. 503; DURĞUN ŞANLI, s. 45, 117. Aksi yönde bkz. GÜMÜŞ, s. 434.

¹⁴⁷ Y. 3. HD, E. 2003/648 K. 2003/696, 30.01.2003 (lexpera): “...Bu şekildeki ortak taşınmazın ortaklarından birisi veya birkaçı (tamamınca değil) tarafından kendi payları sözkonusu edilmeksizin tümüne ilişkin olarak iştirakçi olmayan kişi veya kişiler aleyhine böyle bir dava açılması halinde; her ne kadar 11.10.1982 gün ve 3/2 sayılı YİBK'na göre, dava dışı ortakların muvafakatının alınması ya da miras şirketine müessil tayini suretiyle davanın

Yüksek Mahkeme'ye göre davanın el atmanın önlenmesi davasıyla birlikte açılması da durumunu değiştirmez. Diğer mirasçıların davaya katılması veya terekeye temsilci atanması gerekir¹⁴⁸. Lakin mirasçılar arasındaki ecrimisil uyuşmazlıklarında birlikte hareket etme ilkesi mutlak olarak uygulanırsa, mirasçıların haksız zilyet olandan talepte bulunmaları zorlaşır. Zira bu halde mirasçılar bir araya gelemediği için tereke temsilcisi atanması zorunlu hale gelir. Yargıtay bu hususu dikkate alarak birlikte hareket etme ilkesine istisna getirmektedir. Bu istisnalardan birisi, para gibi bölünebilir nitelikteki haklardır¹⁴⁹. Bir diğeri ise mirasçıların birbirlerine karşı açacakları davalardır.

görülmesi mümkün ise de, bu davada olduğu gibi davacı ortağın kendi payına ilişkin biçimde ecrimisil istemesi hukuken olanaksız bulunduğundan (ve anılan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı da uygulanamayacağından) davanın dinlenemezliği yönünden reddi gerekir.” Ayrıca bkz. Y. 3. HD, E. 2003/13090 K. 2003/13274, 6.11.2003 (lexpera). Elbirliği mülkiyeti mirasçılara bölünebilir menfaat tanımamaktadır. Bu sebeple paylı mülkiyetten esinlenerek her bir mirasçının payı oranında talepte bulunabileceğini söylemek mümkün değildir. Eleştiri için bkz. GÜMÜŞ, s. 434.

¹⁴⁸ Y. 3. HD, E. 2003/13090 K. 2003/13274, 6.11.2003 (lexpera): “*Elatmanın önlenmesi davası ile ecrimisil davası çoğu kez birlikte açıldığı halde, ikisi de aynı mahiyette olmayıp çıkış noktaları ve görevleri (amaçları) birbirinden farklıdır... Davaların birleşmesi taleplerin maddi hukuk bakımından hukuksal niteliğini değiştirmediği gibi kendilerine usul hukuku yönünden de bir ayrıcalık sağlamaz. Bir başka anlatımla, talepler ayrı ayrı bağımsızdır; kendilerine özgü hukuk kurallarına bağlıdır ve bu nedenle de ecrimisil istemi başka bir talebin (elatmanın önlenmesi) yukarıda açıklanan hukuksal ayrıcalığından yararlanamaz... Davacı mirasçının kendi açtığı böyle bir davayı yalnız başına yürütmemez Davayı tüm mirasçıların birlikte yürütmeleri gerekir. Şu var ki, mahkeme davacının açtığı davayı hemen reddetmemelidir. Mahkemece, diğer mirasçıların davaya katılması (icazet vermelerini) sağlaması veya terekeye temsilci tayin ettirmesi (TMK. mad. 640) için davacıya uygun bir süre vermelidir.”* Aksi yönde bkz. GÜMÜŞ, s. 431-434.

¹⁴⁹ Y. 7. HD, E. 2024/1033 K. 2025/175, 9.1.2025 (lexpera): “*Türk Medeni Kanunu'nun 640, 701 ve 702. maddeleri gereğince, miras bırakanın ölümü ile beraber terekede ortaklar arasında kendiliğinden elbirliği ortaklığı oluşmaktadır. Bu nedenle terekeye göre üçüncü kişi konumunda olanlara karşı elbirliği ortakların birlikte hareket etmesi zorunlu ise de, bu zorunluluğun terekeyle ilgili bölünemeyen nitelikteki aynı haklara yönelik olacağı, bölünebilir nitelikteki para alacağı vs. haklara ilişkin taleplerde ise bu zorunluluğun uygulanmasının gerekmediği Yargıtay kararlarında benimsenmiştir. Dava konusu talep, bölünebilir nitelikteki para alacağına yönelik olduğuna göre mirasçıların birlikte hareket etme zorunluluğu bulunmadığı kabul edilmelidir. Bir başka ifade ile davacının payı oranında bu davayı açması mümkündür. Şu halde, davanın usulen dinlenebilir olduğu gözetilerek işin esasına girilmek suretiyle Mahkemece bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.”* Aksi yönde bkz. Yargıtay verdiği bazı kararlarında elbirliği mülkiyetine konu taşınmaz için mirasçılardan birinin diğer paydaştan ecrimisil talep edebilmesi için diğer mirasçıyla birlikte hareket etmesini aramaktadır. Bkz. Y. 3. HD, E. 2011/18428 K. 2012/1370, 23.1.2012 (lexpera): “*Mahkemece yapılması gereken; davacı ile tapu kayıt maliki murisleri arasındaki irsi*

Buna göre bu davalarda diğer mirasçılarının olurlarının alınması veya tereke temsilcisinin belirlenmesi gerekmez¹⁵⁰. Aksi kabul halinde mirasçılarının birbirlerine karşı dava açmaları mümkün olmaz. Buna göre tek bir mirasçı, miras ortaklığına temsilci atanmasına veya diğer mirasçılarının rızasının alınmasına gerek olmaksızın kötü niyetli zilyet olan mirasçıdan ecrimisil talep edebilir¹⁵¹. Nitekim İsviçre hukukunda da mirasçılardan birine karşı ileri sürülebilecek talepler, birlikte hareket etme ilkesinin bir istisnası olarak görülür. Çünkü bu durumda tüm mirasçılar davanın tarafıdır ve karşılıklı hak talepleri konusunda anlaşmazlık içerisindedirler. Federal Mahkeme de mirasçılarının arasında anlaşmazlık olması durumunda, tüm mirasçılarının aktif veya pasif tarafta anlaşmazlığa dahil olmasını yeterli görmektedir¹⁵². Bu tür durumlarda, tüm mirasçılar taraf olduğu için, mirasçı temsilcisinin atanması gerekmez¹⁵³.

Belirtmek gerekir ki, Yargıtay’a göre mirasçının ecrimisil talebi veraset ilâmındaki payına göre belirlenmektedir¹⁵⁴. Örneğin bir mirasçının diğer

ilişkiyi saptayan veraset ilamlarının celbedilmesi, davada yer almayan diğer mirasçılarının davaya dahil edilmeleri veya olurlarının alınması ya da terekeye temsilci tayin edilmesi suretiyle taraf teşkilinin sağlanmasından sonra işin esasına girilmesidir. Mahkemece, davada taraf olabilme yeteneğinin dava şartlarından olduğu, bu hususun mahkemece resen göz önünde tutulacağı göz ardı edilerek; yukarıda ayrıntısı ile açıklanan eksikler tamamlanmadan işin esasına girilerek hüküm kurulması doğru olmayıp, usul ve yasaya da aykırıdır.”

¹⁴⁹ Y. 1. HD, E. 2014/21140 K. 2015/176, 13.1.2015 (lexpera): “Hemen belirtmelidir ki, elbirliği mülkiyetinde de paydaşlardan biri öteki paydaşların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan tek başına ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine ecrimisil davası açabilir. Haksız işgalcinin mülkiyet sahibine ödemekle yükümlü bulunduğu en azı kira geliri, en fazlası mahrum kalanın kâr olan haksız işgal tazminatı niteliğindeki ecrimisil; bölünebilir nitelik taşıdığından terekedeki ortaklığı oluşturan her bir ortağın kendi payı oranında ecrimisil istemesine yasal mani bulunmamaktadır. Nitekim gerek yargısal uygulamalar, gerekse öğretide anılan bu ilke kural olarak benimsenmiştir.”

¹⁵⁰ AYAN DURHAN, s. 220; EREN, s. 142 vd; RUHİ/ RUHİ, s. 701. Aksi yönde bkz. NOMER/ ERGÜNE, s. 116, dn. 298. Mirasçılarının hepsinin davada davacı veya davalı sıfatıyla taraf olmasının istisna olacağı yönünde bkz. İMRE/ ERMAN, s. 442.

¹⁵¹ Y. 1. HD, E. 2014/21140 K. 2015/176, 13.1.2015 (lexpera); Y. 8. HD, E. 2018/5240 K. 2020/5660, 1.10.2020 (lexpera); Y. 8. HD, E. 2018/14560 K. 2018/19716, 5.12.2018 (lexpera).

¹⁵² GRAHAM-SIEGENTHALER, CHK ZGB Art. 602 Rn. 15-17; WOLF, BK ZGB, Art. 602, Rn. 102.

¹⁵³ WOLF, BK ZGB, Art. 602, Rn. 117.

¹⁵⁴ Y. 1. HD, E. 2013/19409 K. 2014/5210, 10.3.2014 (lexpera); Y. 7. HD, E. 2024/3777 K. 2024/5384, 2.12.2024 (lexpera); Y. HGK E. 1991/3-229 K. 1991/361, 12.6.1991 (lexpera);

mirasçıdan ecrimisil talep etmesi halinde mahkemenin sadece davacı mirasçının miras payı oranında bir tazminata hükmetmesi gerekir. Nitekim muris muvazaası halinde de mirasçılardan birinin kendi payı oranında ecrimisil talep edebileceği kabul edilmektedir¹⁵⁵. Yargıtay'ın ecrimisil talebindeki hesaplamada miras payını gözetmesi yerinde görülmektedir¹⁵⁶. Ecrimisil haksız kullanıma dayanan bir tazminat olduğu ve talebi, kullanıma rıza göstermeme veya intifadan men gibi bireysel şartlara bağlı tutulduğu için paya göre talepte bulunulması, uygulamayla bütünlük içerisinde.

IV. KAPSAMI VE ZAMANAŞIMI

Ecrimisil tazminatının içeriği, haksız fiil ile ilgili genel hükümler uyarınca belirlenir. Bu hükümlerin temel amacı, uğranılan zararı telafi etmek, yani tazminat ödemektir. Tazminatın türünü mahkeme belirleyecektir. Lakin tazminatın aynen ödenmesini talep etmek mümkündür. Aynen iadenin mümkün olmadığı durumlarda nakden tazmin gerekir¹⁵⁷. Örneğin haksız zilyet taşınmazı kiralamışsa bu bedelin aynen iadesi istenir. Buna karşın haksız zilyet taşınmazı kendisi kullanmışsa, hak sahibine iade etmesi gereken miktarı belirlemek daha zordur. Bu durumda, tazminat talebinin temelini objektif bir kullanım değeri oluşturur¹⁵⁸. Yargıtay da ecrimisil miktarının tespitinde benzer kira miktarını dikkate alır¹⁵⁹. Üzerinde ekim yapılan tarlalar

Y. 1. HD, E. 2014/16447 K. 2016/7196, 14.6.2016 (lexpera). Aksi yönde bkz. Y. 3. HD, E. 2003/648 K. 2003/696, 30.01.2003 (lexpera). Ayrıca bkz. YILMAZ, s. 161; ERENLER, s. 121-122; GÜNAY, s. 70; SERT SÜTÇÜ, s. 205. Eleştiri için bkz. GÜMÜŞ, s. 444. Gümüş'e göre ecrimisil talebi diğer mirasçılar tarafından haksız zilyet mirasçıya karşı ileri sürülmelidir. Mirasçıların tamamının davaya katılması veya tereke temsilcisi atanması için süre verilmelidir. GÜMÜŞ, s. 445. Paylı mülkiyette paydaşın payı oranında bir ecrimisile hükmedilmesi yönünde bkz. Y. 1. HD, E. 2014/10892 K. 2014/12027, 18.6.2014 (lexpera).

¹⁵⁵ Y. 1. HD, E. 2009/13358 K. 2010/985, 03.02.2010 (lexpera): “...Gerçekten de, ilk el G. W.'e ve 2.el konumundaki W. Y.'e yapılan temliklerin mirasçıdan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunun anlaşılması halinde miras payı oranında bedele hak kazanacağı keza muvazaalı işlemin yok hükmünde olduğu, sicil kaydı devredilmekle beraber terekeden çıktığının kabul edilemeyeceği ve murisin ölüm tarihi itibarı ile mirasta hak sahibi olacağı (TMK.599 md.) gözetildiğinde payı oranında belirlenecek ecrimisile (dava tarihine kadar olan süreç bakımından saptanarak ecrimisilden) müstehak olacağı tartışmasızdır.”

¹⁵⁶ ERENLER, s. 122.

¹⁵⁷ SCHISTER, s. 117.

¹⁵⁸ SCHISTER, s. 93-94.

¹⁵⁹ Y. 7. HD, E. 2024/3777 K. 2024/5384, 2.12.2024 (lexpera): “Hemen belirtmelidir ki, ecrimisil hesabı uzmanlık gerektiren bir husus olup, taşınmazın niteliğine uygun bilirkişi marifetiyle keşif ve inceleme yapılarak ve taleple bağlı kalınarak haksız işgal tazminatı

için salt kira değil, ürün esası üzerinden ecrimisile karar verilmesi gerektiği de kabul edilmektedir¹⁶⁰. Öte yandan, ecrimisilin tespitinde eskime veya kullanmayla oluşan zarar ile yoksun kalınan kâr göz önünde bulundurulur¹⁶¹.

Hak sahibi mirasçılarının ecrimisil taleplerinin zamanaşımı süresi doktrinde tartışmalıdır. Zira kira alacaklarına ilişkin beş yıllık sürenin (TBK m. 147)¹⁶², genel zamanaşımı süresi olan on yıllık sürenin (TBK m. 146)¹⁶³ ve nihayetinde haksız fiil zaman aşımı süresi olan iki ve on yıllık sürelerin (TBK

miktarı belirlenmelidir. Alınan bilirkişi raporu, somut bilgi ve belgeye dayanmalı, tarafların ve hakimnin denetimine açık, değerlendirmenin gerekçelerinin bilimsel verilere ve HMK'nın 266 vd. maddelerine uygun olmalıdır. Bu nedenle, özellikle tarım arazilerinin haksız kullanımı nedeniyle ürün esasına göre talep varsa, bu konudaki resmi veriler, taşınmazın bulunduğu bölgede ekilen tarım ürünlerinin neler olduğu Tarım İl veya İlçe Müdürlüğünden sorulmalı, ekildiği bildirilen ürünlerin ecrimisil talep edilen yıllara göre birim fiyatları ve dekara verim değerleri, hal müdürlüğünden ilgili dönem için getirilmeli, bölgede münavebeli ekim yapıp yapılmadığı, taşınmazın nadasa bırakılıp bırakılmadığı tespit edilmelidir. Eğer, özellikle arsa ve binalarda kira esasına göre talep varsa, taraflardan emsal kira sözleşmeleri istenmeli, gerekirse benzer nitelikli yerlerin işgal tarihindeki kira bedelleri araştırılıp, varsa emsal kira sözleşmeleri de getirilmeli, dava konusu taşınmaz ile emsalin somut karşılaştırması yapılmalı, üstün veya eksik tarafları belirlenmelidir. İlke olarak, kira geliri üzerinden ecrimisil belirlenmesinde, taşınmazın dava konusu ilk dönemde mevcut haliyle serbest şartlarda getirebileceği kira parası, emsal kira sözleşmeleri ile karşılaştırılarak taşınmazın büyüklüğü, niteliği ve çevre özellikleri de nazara alınarak yöredeki rayiçe göre belirlenir. Sonraki dönemler için ecrimisil değeri ise ilk dönem için belirlenen miktara ÜFE artış oranının tamamının yansıtılması suretiyle bulunacak miktardan az olmamak üzere takdir edilir.” Ayrıca bkz. Y. 7. HD, E. 2023/5129 K. 2024/256, 17.1.2024 (lexpera); Y. 7. HD, E. 2024/1475 K. 2025/198, 13.1.2025 (lexpera). Ayrıca bkz. Y. HGK. E. 2006/549 K. 2006/558, 20.9.2006 (lexpera); Y. HGK., E. 2013/752 K. 2014/334, 19.3.2014 (lexpera). Yargıtay bir kararında ecrimisil miktarını belirlerken arsa üzerine yapılan evin değil taşınmazın arsa olarak getireceği değer dikkate alınmasına hükmetmiştir. Karar için bkz. Y. 1. HD, E. 2013/19409 K. 2014/5210, 10.3.2014 (lexpera).

¹⁶⁰ Y. HGK E. 1991/3-229 K. 1991/361, 12.6.1991 (lexpera).

¹⁶¹ Y. 1. HD, E. 2014/12381 K. 2015/5407, 14.4.2015 (lexpera): “Ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır. Bu nedenle, haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklinde oluşan ve kullanmadan kaynaklanan olumlu zarar ile malik ya da zilyedin yoksun kaldığı fayda (olumsuz zarar) ecrimisilin kapsamını belirler. Haksız işgal, haksız eylem niteliğindedir.”. Aynı yönde bkz. Y. 1. HD, E. 2014/12439 K. 2015/5413, 14.4.2015 (lexpera). Karş. SCHISTER, s. 93-94.

¹⁶² Bkz. AKÇAAL, s. 468; AKBIYIK, s. 9.

¹⁶³ HIRŞ, s. 796, 799; ÖZALTUĞ, s. 1415. TMK m. 995’ten doğan taleplerin zamanaşımı süresi on yıldır. Bu süre kötü niyetle eşyaya zilyet olunduğu an başlar. Bkz. AKİPEK, s. 250.

m. 72)¹⁶⁴ uygulanması gerektiği söylenmektedir. İsviçre hukukunda haksız fiil zamanaşımına ilişkin OR Art. 60 uyarınca üç ve on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁶⁵. Yargıtay ise ecrimisil tazminatının hukukî niteliğini haksız fiil olarak belirlese de kira alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresini (TBK m. 147) uygulamaktadır¹⁶⁶. Yargıtay'ın bu uygulaması doktrinde eleştirilmektedir¹⁶⁷. Ecrimisilin TMK m. 995'e dayanan bir tazminat olduğunu savunduğumuz için kanunda açıkça düzenlenmeyen bu konuda genel zamanaşımı olan on yıllık sürenin (TBK m. 146) uygulanması kanaatimizce de yerindedir.

SONUÇ

Kötü niyetli haksız zilyedin taşınmazı kullanarak elde ettiği fayda olarak nitelenen ecrimisil, kanaatimizce sorumluluğunun düzenlendiği TMK m. 995'e dayanmaktadır. Zira bu sorumluluk, kanunun ruhu ve amacının bir gereğidir. Ayrıca iyi niyetli zilyedin sorumluluğunun ele alındığı TMK m. 993'ün tersi anlamı da bu yöndedir. Ancak TMK m. 995 hükmü, ecrimisil sorumluluğunu belirlemede yetersizdir. Yargıtay ise uygulamadaki kararlarıyla ecrimisil sorumluluğunun düzenlenmesinde son derece etkilidir.

Yargıtay ecrimisili TMK m. 995 ile ele alır. Lakin hukukî niteliğini haksız fiil olarak belirlese de kusuru aramaz. Zarara uğrama şartını ise mutlak surette uygulamaz. Dahası ecrimisile kira alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresini uygulayarak miktarın belirlenmesinde emsal kira bedellerini dikkate alır. Söz konusu bu hukukî kurumlar ise birbirini tamamlamaktan uzak olduğu için ecrimisile ilişkin tartışmalar son bulmamaktadır. Bununla birlikte, Yargıtay taşınmazın elbirliği veya paylı mülkiyete tabi olması halinde ecrimisil istenebilmesi için ortak veya paydaşların intifadan menedilmesini de aramakta; ancak istisnalar da getirmektedir. Bu yaklaşım doktrinde eleştirildiği gibi uygulamada çelişkili durumlar da yaratmaktadır. Örneğin haksız zilyet mirasçının, taşınmazı kendisinin kullanması ile kira yoluyla gelir

¹⁶⁴ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 145; SİRMEN, s. 137; ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 269; REİSOĞLU, s. 108; NOMER/ ERGÜNE, s. 118; GEMİCİ, s. 33. Karş. YILMAZ, s. 161; YAVUZASLAN, s. 149; AYAN, s. 203.

¹⁶⁵ Arnet, CHK ZGB Art. 940, Rn. 1; SCHISTER, s. 194.

¹⁶⁶ Karar için bkz. Y. 7. HD, E. 2023/5129 K. 2024/256, 17.1.2024 (lexpera); Y. 7. HD, E. 2024/1475 K. 2025/198, 13.1.2025 (lexpera).

¹⁶⁷ Eleştiri için bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 145; REİSOĞLU, s. 108; ÜNAL/ BAŞPINAR, s. 284; AKBIYIK, s. 22; AYBAY/ HATEMİ, s. 65; FEYZİOĞLU, s. 330-331.

elde etmesi intifadan men şartı için farklı değerlendirilmektedir. Mirasçılarının ecrimisil talep edebilmesine ilişkin var olan bu tartışma ve çelişkiler bununla sınırlı değildir. Öyle ki, birlikte hareket etme ilkesinin gereği olarak ecrimisil talep edilebilmesi için tüm mirasçıların davaya katılımı sağlanmalı veya miras ortaklığına temsilci atanmalıdır. Ancak bu kural mirasçılar arasında yapılan ecrimisil taleplerine olayın niteliği gereği uygulanamaz. Yargıtay ise çözüm olarak mirasçıların payı oranında talepte bulunabilmesine imkân tanımaktadır. Kısacası ecrimisil talebinin şartlarını, TMK m. 995 ve uygulamayı dikkate alarak belirlemek zaruridir. Bunun için öncelikle mirasçı taşınmaz üzerinde haksız zilyetlik kurmalı, bu zilyetliği de kötü niyetli olmalıdır. Ayrıca haksız zilyet mirasçı, miras ortaklığına konu taşınmazı diğerlerinin rızasını almadan, onların kullanımına engel olarak ve payını aşan bir şekilde kullanılmalıdır. Yapılan men bildirimine rağmen, kullanmayı devam ettirmelidir. Buna karşın haksız zilyet mirasçı, taşınmazı kiraya vermiş veya kendisine karşı daha önce el atmanın önlenmesi ya da yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açılmışsa böylesi bildirim gerek yoktur. Dahası kullanım anlaşmasına uymayan, taşınmazın tamamı üzerinde hak iddia eden mirasçıya bildirim yapılmadan ecrimisil istenebilir. Kural olarak hak sahibi mirasçıların zarara uğraması gerekli değildir. Bu şartlar altında Yargıtay’a göre dava tarihinden geriye doğru beş yıl için ecrimisil talep edilebilir.

Görüldüğü üzere TMK m. 995 hükmünün tek başına ecrimisil sorumluluğunu bir hukukî kurum olarak düzenlemeye yeterli olmadığı aşikârdır. Haksız fiil veya kira hükümleri tek başına sorumluluğun niteliğine uygun olmadığı gibi nitelikleri gereği birlikte uygulanabilir değildir. Yargıtay’ın kural ve istisna olarak getirdiği şartlar ise uygulamada birlik sağlamamaktadır. Tüm bu sebeplerle haksız zilyedin taşınmazı bizzat kullanmasından doğan sorumluluğun kanunî düzenlemede yapılacak bir değişiklikle açıkça düzenlenmesi adalet anlayışının gereğidir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Pakize Ezgi: “Elbirliği Mülkiyeti Çerçevesinde El Atmanın Önlenmesi Davası ve Ecrimisil Tazminatı Talebi (Özellikle Miras Ortaklığı Halinde)”, Legal Hukuk Dergisi, C. 16, S. 181, Y. 2018, s. 69-102.
- AK, Burak: Haksız Kullanma Tazminatı (Ecrimisil), Ankara 2021.
- AKBIYIK, Cem: “Yargıtay Uygulamasında İntifadan Men Koşulu ve İstisnaları”, Prof. Dr. Necla Giritoglu’na Armağan (editörler: Başak BAYSAL/ Şükran ŞIPKA/ Tufan ÖĞÜZ/ Emrehan İNAL/ Hasan ERMAN), Mart 2020, s. 2-22.
- AKÇAAL, Mehmet: “Ecrimisil Davalarında İntifadan Men Şartı”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.4, 2022/2, s. 440-493.
- AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- AKİPEK, Jale: Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Cilt 1: Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1965.
- AMMANN, Dario: “Die Erbteilungsklage im schweizerischen Erbrecht unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Erbteilungsgerichts (de lege lata und de lege ferenda)”, ZPR - Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht Band/Nr. 33, Dike Verlag AG 2020.
- ANTALYA, Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu Miras Hukuku Cilt: III, Ankara 2021.
- AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 2020.
- AYAN DURHAN, Elif: “Miras Ortaklığında Birlikte Hareket Etme İlkesinden Doğan Sakıncaları Gidermeye Yönelik Hukukî Yollar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXVI, Y. 2022, S. 2, s. 207-231.
- AYBAY, Rona/ HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, İstanbul 2014.
- ÇALDAĞ, Coşkun: Ecrimisil, Ankara 2025.
- DURĞUN ŞANLI, İrem: Haksız İşgal - Ecrimisil Tazminatı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul 2019.
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2024.
- ERENLER, Mehmet Ender: Muris Muvazaası, Ankara 2023.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Zilyedlikte İadenin Mevzuu ve Şümûlü (Husûsiyle “Ecrimisil” Meselesi), İstanbul 1958.
- GEMİCİ, Mustafa Fikri: Türk Özel Hukuku’nda Ecrimisil Tazminatı, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2018.
- GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara: Erbrecht Art. 457-640 ZGB, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, (Hrsg. Arnet Ruth/ Breitschmid Peter/ Jungo Alexandra) 4. Auflage, 2023.
- GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara: Das Eigentum - Allgemeine Bestimmungen - Art. 641-654a ZGB, BK - Berner Kommentar (Hrsg. Aebi-Müller Regina E./ Müller Christoph), Müller 2022.
- GÜNAY, Erhan: Yargıtay Kararları Eşliğinde “Muris Muvazaası” Hukuksal Nedenine Dayalı Tapu Kaydının İptali, Tescil Davaları Mirastan Mal Kaçırma (Tapulu Taşınmazlarda Muris Muvazaası), 10. Baskı, Ankara 2024.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: Türk Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970.

- GÜRSOY, Kemal/ EREN, Fikret/ CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Medeni Hukuk ve Medeni Usul Hukuku Boyutuyla Tereke (Miras Ortaklığı) Temsilcisi (TMK m.640/III), İstanbul 2020.
- HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- HIRŞ, Ernest: “Zilyedliği Gasp ve Ona Tecavüz (Fuzuli İşgal) Den Doğan Tazminat (Ecrimisil) Talepleri”, Medeni Kanun’un XV. Yıldönümü İçin, İstanbul 1944, s. 773-800.
- HOMBERGER, Arthur: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Sachenrecht, 3. Abteilung Besitz und Grundbuch (Art. 919-977), 2. Auflage, Zürich 1938.
- İMRE, Zahir/ ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, Bası, İstanbul 2024.
- İSTEMİ, Mehmet: “Kullanma Menfaatinin İadesi Talebinin Hukukî Dayanağı-Ecrimisil Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 1998 S.1, s. 38-72.
- KURŞUN, Ali Suphi: Elatmanın Önlenmesi Davası, İstanbul 2021.
- MANGISCH Jonas, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar, (Hrsg. Kostkiewicz, Jolanta Kren/ Stephan, Wolf/ Marc Amstutz/ Fankhauser Roland) 4. aktualisierte Auflage 2021.
- MEIER-HAYOZ, Arthur: Schweizerisches Privatrecht Fünfter Band Erster Halbband Sachenrecht, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1977.
- NOMER, Haluk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2025.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2024.
- ÖZALTUĞ, Alparslan: “Ecrimisilin Hukukî Niteliği”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, S. 2021/2, s. 1407-1422.
- ÖZEN, Burak: Haksız Zilyetlikte İade, İstanbul 2003.
- ÖZKAYA, Eraslan: İnancı İşlem ve Muvazaa Davaları, 10. Baskı, Ankara 2024.
- ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, Ankara 2024.
- REİSOĞLU, Safa: Türk Eşya Hukuku Cilt I, 7. Baskı, Ankara 1984.
- RUHİ, Ahmet Cemal/ RUHİ, Canan: Elatmanın Önlenmesi (Müdahalenin Men’i) Kal (Yıkım) ve Haksız İşgal Tazminatı (Ecrimisil) Davaları, 6. Baskı, Ankara 2024.
- SCHISTER, Roman: Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im schweizerischen Recht, EXIMIUS-Hervorragende Beiträge zu den Rechtswissenschaften Band/Nr. 02, 2021.
- SEROZAN, Rona: Eşya Hukuku I, İstanbul 2014.
- SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, Ankara 2022.
- SERT SÜTÇÜ, Selin: Miras Bırakanın Muvazaalı Hukukî İşlemleri ve Sonuçları, 3. Bası, Ankara, 2024.
- SİRMEN, Lâle: Eşya Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2025.
- STARK, Emil W./ LINDENMANN, Barbara: BK-Berner Kommentar, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Auflage, 2016.
- TANDOĞAN, Haluk: Vekaletsiz İş Görme, İstanbul 1957.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1978.
- TOPUZ, Gökçen/TOPUZ, Seçkin: “Miras Ortaklığında Mirasçıların Dava Arkadaşlığı”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 3, Yaz 2008, s. 60-67.

- ÜNAL, Mehmet/ BAŞPINAR, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Ankara, 2012.
- ÜNAL, Nurdoğan/ ÖZLEYEN, Emine: Haksız İşgal Tazminatı (Ecrimisil), 2. Baskı, Ankara 2019.
- WIELAND Karl: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, das Sachenrecht, Zürich 1909.
- WOLF, Stephan: Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, BK-Berner Kommentar, (Hrsg.: Hausheer Heinz/ Walter Hans Peter), 2014.
- YAVUZ, Nihat: Uygulamada Ecrimisil (Haksız İşgal Tazminatı) Davaları, Ankara 2010.
- YAVUZ, Nihat: “*Paydaşlar Arasındaki Haksız İşgal Tazminatı (Ecrimisil) Davasında Yararlanmadan Alıkoyma (İntifadan Men) Sorunu*”, Yargıtay Dergisi, Ocak, 1989, s. 722-746. (Ecrimisil)
- YAVUZASLAN, Ceren: Ecrimisil, İstanbul 2017.
- YILMAZ, Abdulkadir: Türk Hukukunda Muris Muvazaası, Ankara 2023.
- ZELGER, Ulrich: Haftpflichtkommentar Kommentar zu den Schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, (Hrsg. Willi Fischer, Thierry Luterbacher), 2016.

AVRUPA BİRLİĞİ'NİN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKA İLİŞKİN YETKİSİ, DÜZENLEMELERİ VE SÖZ KONUSU DÜZENLEMELERİN TÜRK HUKUKUNA ETKİSİ

*Competence and Instruments of the European Union in the Field of
Private International Law and the Impact of These Instruments on
Turkish Law*

Doç. Dr. Gülüm BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK*

ÖZ

Avrupa Birliği'nin milletlerarası özel hukuka ilişkin yetkisi 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması'yla kabul edilmiş ve o tarihten itibaren giderek artan sayıda ikincil tasarruf ile yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda üye devlet mahkemelerinin yetkisi, uygulanacak hukukun tayini ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konuları düzenlenmiştir. Diğer yandan, milletlerarası özel hukuk alanında münhasır dış yetkisinin kabulüyle birlikte, Avrupa Birliği, hem çeşitli devletlerle milletlerarası özel hukuku alanında milletlerarası sözleşme yapma hem de *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'na üye olma imkânına kavuşmuştur. Bu çalışmada, Avrupa Birliği Milletlerarası Özel Hukukunun tarihsel gelişimi açıklandıktan sonra, Avrupa Birliği'nin milletlerarası özel hukuka ilişkin düzenlemelerinin Türk hukukuna etkisi ele alınmıştır. Bu kapsamda, söz konusu düzenlemelerin 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun üzerinde etkisinin bulunup bulunmadığı ve olası mevzuat değişikliklerinde ne ölçüde etkisinin olabileceğinin yanı sıra, Türk mahkemelerinde açılan yabancı unsurlu davalarda uygulanıp uygulanamayacakları tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası özel hukuk, dış yetki, Brüksel I Tüzüğü, Roma I Tüzüğü, *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı.

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: gulum@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3258-4931.

Bu çalışma, yazarın, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kuruluşunun 100. yıl dönümü etkinlikleri kapsamında 21.10.2025 tarihinde düzenlenen Avrupa Birliği Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu'nda sunmuş olduğu tebliğin geliştirilmiş halidir.

ABSTRACT

The European Union's competence in private international law was recognized by the 1997 Amsterdam Treaty. Since then, an increasing number of secondary instruments have been adopted to regulate issues of jurisdiction of member state courts, the determination of applicable law, and the recognition and enforcement of foreign judgments. On the other hand, with the acknowledgment of its exclusive external competence in private international law, the European Union has gained the ability both to conclude international agreements with various states in this field and to become a member of the Hague Conference on Private International Law. In this study, following an explanation of the historical development of European Union Private International Law, the effects of the EU instruments on private international law on Turkish law are examined. Within this framework, the paper discusses whether these instruments have had any impact on the Turkish Act on International Private Law and Civil Procedure, to what extent they may influence potential future legislative amendments, and whether they can be applied in cases with foreign elements brought before the Turkish courts.

Keywords: *Private international law, external competence, Brussels I Regulation, Rome I Regulation, Hague Conference on Private International Law.*

GİRİŞ

Avrupa Birliği'nin (AB) uluslararası özel hukuka ilişkin yetkisi, AB hukukunda “hukuki konularda adli iş birliği (*judicial cooperation in civil matters*)” başlığı altında ele alınmaktadır¹. Hukuki konularda adli iş birliği, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde yetkili mahkemenin tayini, uygulanacak hukukun tespiti ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konularını kapsamaktadır.

Tarihsel gelişim içerisinde AB'nin Kurucu Antlaşmalarında değişiklik getiren tâdil antlaşmalarından olan 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması, uluslararası özel hukuk konularını AB'nin ulusüstü nitelikteki birinci sütununa dâhil etmekle, bu alanda bir dönüm noktası teşkil etmiştir². Amsterdam Antlaşması'nda Avrupa Topluluğu'nun (AT) bu alana ilişkin yetki kazanmasıyla birlikte, o günden bugüne önemli sayıda bağlayıcı nitelikte ikincil tasarruf kabul edilmiş, ayrıca Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD)/ Adalet Divanı (AD) içtihadıyla, bu alanda AT'nin dış yetkiye sahip olduğu tespit edilmiş, AT/AB aynı zamanda üçüncü ülkeler ve uluslararası örgütlerle bu alana ilişkin milletlerarası sözleşme yapma imkânına sahip olmuştur.

Bu çalışmada, öncelikle, AT/AB'nin milletlerarası özel hukuka ilişkin yetkisi ve düzenlemeleri tarihsel bir gelişim süreci içerisinde ele alınacak, daha sonra söz konusu düzenlemelerin Türk milletlerarası özel hukukuna olan etkisi tartışılacaktır.

¹ AB hukukunda hukuki konularda adli iş birliği hakkında bkz. BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: “*Hukuki Konularda Adli İşbirliği*”, AB Ansiklopedisi, İstanbul 2021, s. 628.

² AB hukukunda son tâdil antlaşması olan 2007 tarihli Lizbon Antlaşması ile “Topluluk” ifadesi yerini “Birlik” ifadesine bırakmış ve AB'nin tüzel kişiliği kabul edilmiştir. Lizbon Antlaşması, ayrıca, AB'nin yargı örgütünü ifade edecek şekilde bir üst kavram olarak “AB Adalet Divanı”nı kabul etmiştir. Lizbon değişiklikleri sonrası, AB Adalet Divanı, Adalet Divanı ve Genel Mahkeme olmak üzere iki mahkemeden oluşmaktadır. Bu çalışmada, bahsedilen döneme uygun terminoloji kullanılmıştır.

I. AT/AB’NİN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK ALANINDA DÜZENLEME YAPMA YETKİSİ VE SÖZ KONUSU YETKİNİN NİTELİĞİ

A. Amsterdam Antlaşmasına Kadar Olan Dönemde Hukuki Konularda Adli İşbirliğinin Kurucu Antlaşmalarda Düzenlenişi

Avrupa Ekonomik Topluluğu’nu (AET) kuran 1957 tarihli Roma Antlaşması’nda³ milletlerarası özel hukuk alanında kapsamlı bir hüküm yer almamaktaydı. Antlaşma, sadece 215. maddesinde, Topluluğun akdi ilişkilerden doğan sorumluluğunun, söz konusu akde uygulanacak hukuka tâbî olacağını düzenleyen bir kanunlar ihtilâfı kuralına yer vermişti. Antlaşma’nın 220. maddesi ise, üye devletler arasında yabancı mahkeme, heyet ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi usullerinin sadeleştirilmesi konusunda uluslararası anlaşma yapma imkânı tanıdı. O dönemde, AET Antlaşması’nın 220. maddesi kapsamında üye devletler arasında kabul edilen ilk düzenleme, Medeni ve Ticari Konularda Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu’dur⁴. Söz konusu düzenlemeyi kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarıyla tamamlayan Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu⁵ 1980 yılında kabul edilmiştir. 1988 yılında ise, o tarihte AET’ye taraf olan 15 üye devlet, Polonya ve Avrupa Serbest Ticaret Birliği (*European Free Trade Association* (EFTA))⁶ üyesi olan İsviçre, İzlanda ve Norveç arasında, Brüksel Konvansiyonu’na paralel hükümler getiren Medeni ve Ticari Konularda Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lugano Konvansiyonu⁷ imzalanmıştır.

Hukuki konularda adli iş birliğine ilişkin hükümler, ilk kez 1992 tarihli Maastricht Anlaşması’yla⁸ AB’nin üçüncü sütununu oluşturan Adalet ve

³ 1957 tarihli Roma Antlaşması’nın Almanca metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT> (Erişim tarihi: 25.09.2025)

⁴ *1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ L 299, 31.12.1972, s. 32–42.

⁵ *Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980*, OJ L 266, 9.10.1980, s. 1–19.

⁶ Avrupa Serbest Ticaret Birliği hakkında bkz. <https://www.efat.int/about-efat/european-free-trade-association> (Erişim tarihi: 15.10.2025).

⁷ *Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters - Done at Lugano on 16 September 1988*, OJ L 319, 25.11.1988, s. 9–48.

⁸ *The Treaty on European Union (Maastricht, 7 February 1992)*, OJEC 29.07.1992, No C 191. [s.l.].

İçişlerinde İş Birliği başlığı altında yer almıştır (m. K1, m. K3). Maastricht değişiklikleri sonrası AB Antlaşması'nın K3. maddesinde, bu alanda üye devletlere AT Antlaşmasının 220. maddesinde tanınan yetki muhafaza edilmiştir (K3(2)(c)). Ancak Antlaşma bunun yanı sıra Konseye, uluslararası anlaşma hazırlama yetkisi tanımıştır. Antlaşmaya göre, Konsey tarafından hazırlanacak uluslararası anlaşma, üye devletlerce imzalanacak ve onaylanmasının ardından yürürlüğe girecektir (K3(2)(c)). Dolayısıyla bu dönemde, hukuki konularda adli iş birliği alanında yetki, esas itibarıyla üye devletlere ait olmaya devam etmiştir. Bu alana ilişkin olarak Konsey'in sahip olduğu yetki ise, uluslararası anlaşma müzakerelerinin ve daha sonra hazırlanan sözleşmelerin ulusal parlamentolarca onaylanması sürecinin çok uzun sürmesi sebebiyle etkisiz kalmıştır. Bu dönemde 1997 tarihli Adli ve Adli Olmayan Belgelerin Tebliğine İlişkin Sözleşme⁹ ile 1998 tarihli Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel II Konvansiyonu¹⁰ imzalandıysa da onay süreçlerinin tamamlanmasından önce Amsterdam Antlaşması yürürlüğe girmiş ve kurucu antlaşmalar yeniden değişmiştir. Dolayısıyla, Maastricht Antlaşması dönemi, milletlerarası özel hukuk alanında atılan adımlar dikkate alındığında verimsiz bir dönem olarak nitelendirilebilir.

B. Amsterdam Antlaşması'yla Hukuki Konularda Adli İş Birliği Konusunda AT'ye Tanınan Düzenleme Yapma Yetkisi

1997 tarihli Amsterdam Antlaşması, AT/AB uluslararası özel hukukunun gelişimi dikkate alındığında bir dönüm noktası teşkil etmiştir¹¹. Bunun sebebi,

⁹ Council Act of 26 May 1997 drawing up a Convention on the service in the Member States of the European Union of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, OJ C 261, 27.8.1997, s. 1-16.

¹⁰ Convention drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters, OJ C 221, 16.07.1998, s. 2-18.

¹¹ Amsterdam Antlaşması sonrasında AT Antlaşması'nın hukuki konularda adli işbirliğine ilişkin hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: "Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Uluslararası Anlaşma Akdetme Yetkisi ve C-01/03 sayılı ve 7 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Görüşü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 57, S. 2, s. 22 vd. ("Yetki"); BAYRAKTAROĞLU, Gülüm: "Harmonization of Private International Law At Different Levels: Communitarization v. International Harmonization", European Journal of Law Reform, 2004, Vol. 5, I. 1/2, s. 127-173; BOELE-WOELKI, Katharina/ VAN OOI, Ronald H.: "The Communitarization of Private International Law", Yearbook of

hukuki konularda adli iş birliğinin Amsterdam Antlaşması'yla birlikte AB'nin üçüncü sütunundan, Topluluklar sütunu (veya ekonomik entegrasyon sütunu) olarak anılan, ulusüstü (supranasyonel) niteliği haiz birinci sütununa alınmış olmasıdır. Bu değişiklikle birlikte, hukuki konularda adli iş birliği, AT Antlaşması'nın Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanına ilişkin IV. Başlığı altında hükme bağlanmıştır¹². Böylece, AT/AB kurumları, Amsterdam Antlaşması'ndan itibaren hukuki konularda adli iş birliğine ilişkin düzenleme yapma yetkisine kavuşmuştur.

Amsterdam Antlaşması'yla getirilen değişiklikler sonrasında AT Antlaşması'nın 65. maddesinde, hukuki konularda adli iş birliğine ilişkin ve sınır aşıcı etkilere sahip önlemlerin, iç pazarın işleyişinde gerekli olduğu ölçüde, mahkeme ya da mahkeme dışı organlarca verilen belgelerin sınır ötesi tebliğine ilişkin sistemin, delillerin alınmasına ilişkin iş birliğinin, mahkeme dışı davalarda verilen kararlar da dahil olmak üzere, medenî hukuk ve ticaret hukuku davalarına ilişkin kararların tanınması ve tenfizinin geliştirilmesi ve sadeleştirilmesi; üye devletlerde uygulanan kanunlar ihtilâfı ve mahkemelerin yargı yetkisine ilişkin kuralların uyumunun geliştirilmesi; medeni yargılamanın iyi işleyişi önündeki engellerin, gerektiğinde üye devletlerde uygulanan medeni usul kurallarının uyumunun geliştirilmesi suretiyle, kaldırılması amacıyla kabul edileceği ifade edilmiştir.

Antlaşmanın 67. maddesinde söz konusu düzenlemelerin kabulü bakımından -aile hukukuna ilişkin olanlar dışında- ortak karar usulü benimsenmiş, 68. maddede ATAD'ın bu başlığa ilişkin ön karar yetkisi hükme bağlanmıştır. Anılan hüküm uyarınca, Antlaşma'nın bu başlığına dayanan tasarrufların geçerliği ya da yorumuna ilişkin ön karar başvurusu yapma imkânı sadece ulusal hukuk kuralları uyarınca kararlarına karşı kanun yolları kapalı olan mahkemelere tanınmıştır. Ayrıca, Konsey, Komisyon ve Avrupa Parlamentosu'na, IV. Başlığın veya bu Başlığa dayanarak yapılmış Topluluk tasarruflarının yorumu konusunda Divan'a başvurabilme yetkisi de hükme bağlanmıştır.

Private International Law, 2002, Vol. 4, s. 1-36; BASEDOW, Jürgen: "The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam", Common Market Law Review, 2000, Vol. 37, s. 687-708, UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: "Avrupa Birliği'nde Aile Hukukunu Birleştirme Çabaları", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan, 2011/1, s. 220 vd. Amsterdam Antlaşması hakkında detaylı bilgi için bkz. ARSAVA, Füsün: Amsterdam Antlaşmasının Avrupa Birliğine Katkıları, Ankara 2000.

¹² Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı hakkında bkz. BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: "Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı", AB Ansiklopedisi, İstanbul 2021, s. 893 vd.

Antlaşmanın 69. maddesinde ise, Antlaşmanın IV. Başlığının Birleşik Krallık, İrlanda ve Danimarka bakımından Antlaşmaya eklenen Protokol hükümleri uyarınca uygulanacağı düzenlenmiştir. Söz konusu Protokol hükümleri uyarınca, bu üç devlete Antlaşmanın IV. Başlığı uyarınca yapılacak düzenlemelerle, uluslararası anlaşma hükümleriyle ve ATAD'ın söz konusu düzenleme ve hükümlere ilişkin yorumlarıyla bağlı olmayacakları ve bunların söz konusu üye devletlerde uygulanmayacağı ("*opt-out*") kabul edilmiştir. Ancak, Danimarka'dan farklı olarak, Birleşik Krallık ve İrlanda'ya, bu yöndeki iradelerini bildirmeleri durumunda söz konusu başlık altında yapılacak düzenlemelerin gerek kabulü süreçlerine gerekse uygulanmasına katılabilme imkânı ("*opt-in*") tanınmıştır (Birleşik Krallık ve İrlanda'nın Durumuna İlişkin Protokol, m.1, 3, 4).

C. Lizbon Antlaşması'yla Hukuki Konularda Adli İş Birliği Hakkında Getirilen Değişiklikler

Hukuki konularda adli iş birliği, 2007 tarihli Lizbon Antlaşması'yla getirilen değişiklikler sonrasında, Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı'na dahil diğer konular gibi AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (ABİHA)¹³ III. Kısımının V. Başlığı altında hükme bağlanmaktadır. Bu alan, AB Antlaşması'nda AB ile üye devletler arasında paylaşılan yetkinin uygulanacağı alanlardan biri olarak kabul edilmiştir (AB Antlaşması, m. 4(2/j)).

Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanına ilişkin genel ilkelerin düzenlendiği 67. maddede, Birliğin özellikle hukuki konulardaki yargı kararlarının ve yargı dışı kararların karşılıklı tanınması ilkesi vasıtasıyla adalete erişimi kolaylaştıracağı (m. 67(4)), 81. maddede Birliğin, sınır ötesi etkileri olan hukuki konularda, mahkeme kararlarının ve mahkeme dışı kararların karşılıklı tanınması ilkesi temelinde adli iş birliğini geliştireceği ifade edilmiştir (m. 81(1)). Bu çerçevede, sınır ötesi adalete erişimin gerçekleştirilebilmesi için üye devletler arasında karşılıklı güvene dayanan karşılıklı tanıma ve üye devlet mahkemeleri arasında doğrudan adli iş birliği ilkelerinin temel ilkeler olduğu kabul edilmektedir¹⁴.

¹³ ABİHA ve AB Antlaşması metinleri için bkz. *Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ C 202/1, 07.06.2016.

¹⁴ BUX, Udo/MACIEJEWSKI, Mariusz: "*Judicial Cooperation in Civil Matters*", European Parliament Fact Sheets on the European Union, May 2025, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/154/judicial-cooperation-in-civil-matters> (Erişim tarihi: 07.10.2025)

Hukuki konularda adli iş birliği konusundaki düzenleme yapma yetkisi, Avrupa Parlamentosu ve Konsey'e ait olup, söz konusu düzenlemelerin kural olarak olağan yasama usulüne tâbi olması kabul edilmiştir. Bu kapsamda, söz konusu düzenlemeler, adli nitelikte olan ve olmayan kararların üye devletler arasında karşılıklı olarak tanınması ve tenfizi; adli olan ve olmayan belgelerin sınır ötesi tebliği; kanunlar ihtilâfı ve yetki ihtilâfı konusunda üye devletlerde uygulanan kurallar arasında uyum sağlanması; delil toplanması konusunda iş birliği; adalete etkili erişim; gerektiğinde üye devletlerde uygulanan hukuk usulü kuralları arasındaki uyumun artırılarak, hukuk davalarının düzgün yürütülmesinin önündeki engellerin kaldırılması; uyuşmazlıkların çözümü konusunda alternatif yöntemlerin geliştirilmesi ve hakimlerin ve adli personelin eğitiminin desteklenmesi amacıyla kabul edilebilecektir (m. 81(2)).

Antlaşma'da olağan yasama usulüne getirilen tek istisna aile hukukuna ilişkin düzenlemelerdir. Söz konusu düzenlemeler Konsey tarafından özel yasama usulü uyarınca, Avrupa Parlamentosu'na danıştıktan sonra oybirliğiyle alınacaktır (m. 81(3)). Diğer yandan, yine aynı hükümde, aile hukukuna ilişkin sınır ötesi etkileri olan düzenleme önerilerinin ulusal parlamentolara bildirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bir ulusal parlamentonun söz konusu bildirimin yapılmasından sonra altı ay içerisinde söz konusu öneriye muhalif kalması durumunda karar alınamayacaktır. Herhangi bir ulusal parlamentonun muhalefetin bulunmaması durumunda ise, Konsey karar alabilecektir (m. 81 (3)).

Amsterdam Antlaşması'yla hukuki konularda adli iş birliği konusunda ATAD'a ön karar başvurusu yapmak bakımından kabul edilen sınırlama, Lizbon Antlaşması'yla kaldırılmıştır. Lizbon Antlaşması'yla birlikte ABAD, Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı'nın kapsamına giren konuların tamamı bakımından klâsik ön karar yetkisine sahip olmuştur.

Bu alanda Lizbon Antlaşması'yla yapılan bir başka değişiklik, Danimarka'ya tanınan *opt-in* imkanıdır. Antlaşma'ya eklenen 22 Numaralı Protokol'de, Amsterdam Antlaşması'yla Birleşik Krallık ve İrlanda'ya tanınan bu yöndeki iradelerini bildirmeleri durumunda söz konusu başlık altında yapılacak düzenlemelerin gerek kabulü süreçlerine gerekse uygulanmasına katılabilme imkânı, Danimarka bakımından da kabul edilmiş olmaktadır (Danimarka'nın Durumuna İlişkin Protokol m. 3, 4, 5).

D. AB'nin Milletlerarası Özel Hukuk Tasarrufları

Amsterdam Antlaşması'yla AT'nin milletlerarası özel hukuk konusunda yetkili kabul edilmesiyle birlikte başlayan süreçte, 2001 yılından itibaren hukuki konularda adli iş birliğine ilişkin önemli sayıda bağlayıcı ikincil tasarruf kabul edilmiştir. Aşağıda da görüleceği üzere, söz konusu düzenlemeler, milletlerarası özel hukukun hem kanunlar ihtilafı hem de milletlerarası usul hukukuna ilişkindir. Dolayısıyla, günümüzde, rahatlıkla “AB Milletlerarası Özel Hukuku”nun varlığından bahsetmek mümkündür.

Yabancı unsurlu davalarda mahkemelerin yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin düzenlemeler, 1215/2012 sayılı Medeni ve Ticari Konularda Yargı Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Tüzük (Brüksel Ia Tüzüğü)¹⁵, 2019/1111 sayılı Evliliğe ve Velâyet Sorumluluğuna İlişkin Meselelerde Yargı Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ve Uluslararası Çocuk Kaçırmaya Dair Tüzük (“Brüksel Iİb Tüzüğü”)¹⁶; 4/2009 sayılı Nafaka Yükümlülükleri Konusunda Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile İşbirliği Hakkında Tüzük (“Nafaka Tüzüğü”)¹⁷; 650/2012 sayılı Mirasa İlişkin Konularda Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ve Mirasa İlişkin Resmî Belgelerin Kabulü ve Tenfizi ile Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulması Hakkındaki Tüzük (“Miras Tüzüğü”)¹⁸; 2016/1103 sayılı Eşler Arasındaki Mal Rejimlerine İlişkin Konularda Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük (“Eşler Arasındaki

¹⁵ *Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast)*, OJ 2012 L 351/1.

¹⁶ *Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on Jurisdiction, the Recognition and Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, and on International Child Abduction (Recast)*, OJ 2019 L 178/1.

¹⁷ *Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Cooperation in Matters Relating to Maintenance Obligations*, OJ 2009 L 7/1.

¹⁸ *Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in Matters of Succession and on the Creation of a European Certificate of Succession*, OJ 2012 L 201/107.

Mal Rejimlerine İlişkin Konular Hakkında Tüzük”)¹⁹; 2016/1104 sayılı Kayıtlı Birlikteliklerin Malvarlığına İlişkin Sonuçları Hakkında Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük (“Kayıtlı Birlikteliklerin Malvarlığına İlişkin Sonuçları Hakkında Tüzük” olarak anılacaktır)²⁰, 2015/848 sayılı İflas Tüzüğü²¹ ile 805/2004 sayılı İhtilafsız Para Alacakları İçin Avrupa İcra İlâmı Hakkında Tüzük’tür²².

Üye devletlerin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla kabul edilen düzenlemeler ise, Sözleşmeye Dayanan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 593/2008 sayılı Tüzük (“Roma I Tüzüğü”)²³; Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 864/2007 sayılı Tüzük (“Roma II Tüzüğü”)²⁴ ve 1259/2010 sayılı Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük’tür (“Roma III Tüzüğü”)²⁵. Söz konusu düzenlemeler dışında, yukarıda belirtilen Nafaka Tüzüğü, Miras Tüzüğü, Eşler Arasındaki Mal Rejimlerine İlişkin Konular Hakkında Tüzük ve Kayıtlı Birlikteliklerin Malvarlığına İlişkin Sonuçları Hakkında Tüzük’te de yine kanunlar ihtilâfı hukukuna ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Adalet erişimin güvence altına alınabilmesi için, Sınıraşan Uyuşmazlıklarda Adli Yardıma İlişkin Asgari Ortak Kuralların Belirlenerek

¹⁹ *Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Matrimonial Property Regimes*, OJ 2016 L 183/1.

²⁰ *Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of the Property Consequences of Registered Partnerships*, OJ 2016 L 183/30.

²¹ *Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on Insolvency Proceedings (Recast)*, OJ 2015 L 141/19.

²² *Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 Creating a European Enforcement Order for Uncontested Claims*, OJ 2004 L 143/15.

²³ *Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)*, OJ 2008 L 177/6.

²⁴ *Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II)*, OJ 2007 L 199/40.

²⁵ *Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation*, OJ 2010 L 343/10.

Adalete Erişimin İyileştirilmesi Hakkındaki 2002/8 sayılı Direktif²⁶; Avrupa Küçük Talepler Usulü Hakkında 861/2007 sayılı Tüzük²⁷ ve Avrupa Ödeme Emri Usulü Hakkında 1896/2006 sayılı Tüzük²⁸ ile Medeni ve Ticari Meselelerde Arabuluculuğun Belli Yönleri Hakkındaki 2008/52 sayılı Direktif²⁹ kabul edilmiştir.

Medeni ve Ticari Konularda Adli ve Adli Olmayan Belgelerin Tebliğine ilişkin 2020/1784 sayılı Tüzük³⁰ ve Üye Devlet Mahkemeleri Arasında Medeni veya Ticari Meselelerde Delil Toplanmasına İlişkin İş Birliği Hakkındaki 2020/1783 sayılı Tüzük³¹ ise üye devlet mahkemeleri arasında sınır ötesi iş birliğinin sağlanması amacıyla hizmet etmektedir. Yine bu kapsamda, 2001/470 sayılı ve 28 Mayıs 2001 tarihli Konsey Kararı'yla³² Medeni ve Ticari Konularda Avrupa Yargı Ağı oluşturulmuş ve üye devletlerce tayin edilen merkezi makamlar ile üye devlet mahkemeleri arasındaki iş birliğinin sağlanması amaçlanmıştır. Söz konusu kararın 2009 yılında 568/2009 tarihli Konsey Kararı'yla³³ değiştirilmesi neticesinde, Avrupa Yargı Ağı'na avukat ve noterleri temsil eden meslek kuruluşlarının katılımı da mümkün hale gelmiştir³⁴.

²⁶ Council Directive 2002/8/EC of 27 January 2003 to Improve Access to Justice in Cross-Border Disputes by Establishing Minimum Common Rules Relating to Legal Aid for Such Disputes, OJ 2003 L 26/41.

²⁷ Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 Establishing a European Small Claims Procedure, OJ 2007 L 199/1.

²⁸ Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 Creating a European Order for Payment Procedure, OJ 2006 L 399/1.

²⁹ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, OJ 2008 L 136/3.

³⁰ Regulation (EU) 2020/1784 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on the Service in the Member States of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters (Service of Documents) (Recast), OJ 2020 L 405/40.

³¹ Regulation (EU) 2020/1783 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on Cooperation Between the Courts of the Member States in the Taking of Evidence in Civil or Commercial Matters (Taking of Evidence) (Recast), OJ 2020 L 405/1.

³² Council Decision 2001/470/EC of 28 May 2001 Establishing a European Judicial Network in Civil and Commercial Matters, OJ 2001 L 174/25.

³³ Decision No 568/2009/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 Amending Council Decision 2001/470/EC Establishing a European Judicial Network in Civil and Commercial Matters, OJ 2009 L 168/35.

³⁴ BUX/MACIEJEWSKI, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/154/judicial-cooperation-in-civil-matters>.

II. AT/AB’NİN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ DİŞ YETKİSİNE İLİŞKİN GELİŞMELER

Amsterdam Antlaşması’nda AT’nin milletlerarası özel hukuk alanında yetkili kılınmasıyla birlikte, doktriner tartışmalar söz konusu yetkinin niteliği ve kapsamı üzerine yoğunlaşmıştır. 2000’li yılların başında, söz konusu tartışmaların merkezinde, AT’nin bu alandaki dış yetkisi yer almıştır. Özellikle birbiri ardına gelen iki gelişmenin söz konusu tartışmalara yön verdiği söylenebilir.

İlk olarak 2002 yılında, 1988 tarihli Lugano Konvansiyonu’nun değiştirilmesi sonucu ortaya çıkan “Yeni Lugano Konvansiyonu”nun imzalanmasında AT’nin münhasıran yetkili olup olmadığı sorunu gündeme gelmiştir³⁵. Zira, Amsterdam Antlaşması’yla AT’nin hukuki konularda adli iş birliği bakımından düzenleme yapma yetkisi kabul edilmekle beraber, bu alanda dış yetkisinin de bulunup bulunmadığı, bir başka ifadeyle, üçüncü ülkelerle uluslararası anlaşma yapma yetkisinin olup olmadığı konusu kurucu antlaşmalarda hükme bağlanmamıştı.

ATAD, 3 Şubat 2006 tarihli görüşü Lugano Görüşünde³⁶, zımni dış yetki konusundaki 1971 tarihli ERTA kararına³⁷ atıf yapmak suretiyle, AT Antlaşması’nın 61 ve 67. maddeleri uyarınca, 1968 tarihli Brüksel Konvansiyonu’nun tüzük hâline dönüştürülmesi sonucunda kabul edilen Medeni ve Ticari Konularda Yargı Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 44/2001 tarihli ve 22 Aralık 2000 tarihli Tüzük (Brüksel I

³⁵ AT’nin Yeni Lugano Konvansiyonu’na taraf olmasına ilişkin gelişmeler ve ATAD’ın Lugano Görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Yetki, s. 26 vd.; POCAR, Fausto (ed.): The External Competence of the European Union and Private International Law, Proceedings of the Round Table held at Milan University on 16 September 2006, Milan 2007.

³⁶ *Opinion 1/03- Opinion pursuant to Article 300(6) EC (Competence of the Community to conclude the new Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters)*, ECLI:EU:C:2006:81.

³⁷ C- 22/70 *Commission v. Council (AETR/ERTA)* [1971] ECR 263. Söz konusu kararda ATAD, AT’nin bir konudaki dış yetkisinin, Topluluk hedeflerinden birinin gerçekleşmesi amacıyla, Topluluğa iç yetki veren Antlaşma hükümleri veya Antlaşma hükümlerine dayanılarak çıkarılmış ikincil tasarruflardan zımnen de doğabileceğine hükmetmişti (para. 16). ERTA kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Yetki, s. 30 vd.

Tüzüğü)³⁸ ile AT Antlaşması'nın muhtelif maddelerine dayanılarak çıkarılmış olmakla birlikte mahkemelerin yetkisi, tanıma ve tenfiz konularında da hüküm getiren 40/94 sayılı ve 20 Aralık 1993 tarihli Topluluk Markasına Dair Konsey Tüzüğü'nün³⁹ X. Başlığı ya da Hizmet Sunumu Çerçevesinde İşçilerin Gönderilmesine İlişkin 96/71 sayılı ve 16 Aralık 1996 tarihli Direktif'in⁴⁰ 6. maddesi gibi sektörel düzenlemelerin yapılmış olması sebebiyle AT'nin bu alanda zımnî dış yetkisinin bulunduğu ve söz konusu yetkinin münhasır nitelikte olduğuna hükmetmiştir. ATAD'ın Lugano Görüşü'nü takiben, Medeni ve Ticari Konularda Yargı Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 2007 tarihli Lugano Konvansiyonu⁴¹, AT ile Danimarka ve Avrupa Serbest Ticaret Birliği'ne üye ülkelerden İsviçre, Norveç ve İzlanda arasında imzalanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu dönemde AT'nin milletlerarası özel hukuk konusundaki dış yetkisi bakımından yaşanan ikinci gelişme ise, AT'nin *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'na (*Hague Conference on Private International Law*) üyeliğidir⁴². 1893 yılında kurulan *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı, milletlerarası özel hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla faaliyet gösteren bir uluslararası örgüt olup, bu alana ilişkin pek çok milletlerarası sözleşmenin hazırlanmasına öncülük etmektedir⁴³.

³⁸ *Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ L 12, 16.1.2001, s. 1–23.

³⁹ *Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trade Mark*, OJ 1994 L 11/1.

⁴⁰ *Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*, OJ 1997 L 018/1.

⁴¹ *Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ L 339, 21.12.2007, s. 3–41.

⁴² AT'nin *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'na üyeliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: "Avrupa Topluluğunun *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'na Üyeliği", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 57, S. 3, s. 133 vd.; McELEVAY, Peter/SCHULZ, Andrea.: "Current Developments: The Accession of the European Community to the Hague Conference on Private International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, Vol. 56, s. 939; VAN LOON, Hans: "Globalisation and the Hague Conference on Private International Law", *International Law FORUM du droit international*, 2000, Vol. 2, s. 230-234.

⁴³ *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.hcch.net/en/home> (Erişim tarihi: 10.10.2025).

AT, 1957 yılından itibaren *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferans’ında gözlemci statüsüyle yer almış, Amsterdam Antlaşması’yla hukuki konularda adli iş birliğine ilişkin yetkisinin kabul edilmesiyle ise, dış yetkisi kapsamında Konferansa üyeliği gündeme gelmiştir. AT’nin *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı’na üyeliğinin, hem bu uluslararası örgüt içinde hukuki konularda adli iş birliği alanında sahip olduğu yeni role uygun bir statü kazandırması hem de bu alana ilişkin AT tasarrufları ile uluslararası düzenlemeler arasında tutarlılık sağlanması amaçlanmıştır⁴⁴. AT 2002 yılında Konferansa üye olmak üzere başvurmuştur. Bununla birlikte, *La Haye* Konferansı, Statüsü uyarınca o tarihte ancak devletlerin üyeliğine açık bir uluslararası örgüt olduğundan, söz konusu üyeliğin gerçekleştirilmesi için Konferansın statüsünün değiştirilmesi gerekmiştir. Konferansın statüsünün 2006 yılında değiştirilmesi sonucunda Konferansa devletlerin yanı sıra örgütlerin üyeliği de mümkün hale gelmiş ve AT, 2007 yılında *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı’na “Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü (*Regional Economic Integration Organisation*)” sıfatıyla üye olmuştur⁴⁵.

Bu tarihten itibaren AT/AB, *La Haye* Sözleşmelerinden bazılarını taraf olmuştur. Söz konusu sözleşmeler, 2005 tarihli Mahkeme Seçimine Dair *La Haye* Sözleşmesi⁴⁶, 2007 tarihli Çocuk Nafakası ve Aile Hukukundan Doğan Diğer Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin *La Haye* Sözleşmesi⁴⁷, 2007 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair Protokol⁴⁸ ve 2019 tarihli Medeni ve Ticari Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin *La Haye* Sözleşmesi⁴⁹ dir.

⁴⁴ *Proposal for a Council Decision on the accession of the European Community to the Hague Conference on Private International Law*, COM (2005) 639 final.

⁴⁵ *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı’nın statüsü için bkz. Statute of the Hague Conference on Private International Law, https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/#_ftn1 (Erişim tarihi: 15.10.2025).

⁴⁶ *The Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-court> (Erişim tarihi: 15.10.2025).

⁴⁷ *The Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-support> (Erişim tarihi: 15.10.2025).

⁴⁸ *Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=133> (Erişim tarihi: 15.10.2025).

⁴⁹ *The Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/judgments> (Erişim tarihi: 15.10.2025).

III. AB'NİN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ DÜZENLEMELERİNİN TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNA ETKİSİ

AB'nin milletlerarası özel hukuk alanındaki düzenlemelerinin Türk milletlerarası özel hukukuna etkisi, iki farklı açıdan ele alınabilir. Burada öncelikle, Türk hukukunda yabancı unsurlu uyumsuzlukların tayininde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizi konuları düzenleyen temel kanun olan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK)⁵⁰ hazırlanmasında AB'nin söz konusu düzenlemelerinin dikkate alınıp alınmadığı ve söz konusu düzenlemelerin olası MÖHUK değişikliklerinde ne ölçüde etkili olabileceğidir. İkinci olarak ise, Türk mahkemelerinde açılan davalarda AB'nin milletlerarası özel hukuk alanındaki düzenlemelerinin uygulanmasının gündeme gelip gelemeyeceği tartışılmalıdır.

A. AB Düzenlemelerinin Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatına Etkisi

5718 sayılı MÖHUK'un hazırlanmasında AB'nin o tarihte yürürlükte bulunan düzenlemelerinin etkili olup olmadığı, etkili olduysa ne ölçüde etkili olduğu sorusunun cevaplandırılabilmesi için, öncelikle anılan kanunun gerekçesine bakmak gerekir. 5718 sayılı MÖHUK'un genel gerekçesinde⁵¹, 2675 sayılı MÖHUK'un⁵² ("mülga MÖHUK") değiştirilmesi ihtiyacı açıklanırken, Türkiye'nin AB'ye tam üye olmak yolunda olduğuna vurgu yapılarak, bu ihtimâl gerçekleştiği takdirde, AB'nin milletlerarası özel hukuka ilişkin düzenlemeleriyle uyumlu bir kanunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵³. Bu çerçevede, genel gerekçede, ileride Roma I Tüzüğü haline gelecek olan Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair

⁵⁰ R.G. 12.12.2007, S. 26728.

⁵¹ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), Dönemi ve Yasama Yılı: 22/04, S. Sayısı: 47.

⁵² R.G. 22.5.1982, S. 17701.

⁵³ 5718 sayılı MÖHUK'un hazırlık süreci hakkında bkz. TEKİNALP, Gülören: "*Yeni Kanun Hakkında Temel Açıklamalar*", Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yen Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri (Koç Üniversitesi Dr. Nüzhet- Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi- 2), İstanbul 2010, s. 14, s. 16; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 18, İstanbul 2024, s. 41 vd.

Roma Konvansiyonu ile Brüksel I Tüzüğü ismen zikredilmiş, Roma Konvansiyonu'nun üçüncü devlet vatandaşlarının AB üyesi olan devlet vatandaşları ile ilişkilerinde de çoğu kez uygulanabildiği, Türkiye'nin üyeliği halinde Tüzüğün müktesebata dahil olacağı, bu sebeple, anılan hükümlerle uyumlu bir kanunun kabulü ile ona ilişkin tatbikatın gelişmesinin, bazı zorlukları aşmada yardımcı olacağı belirtilmiştir.

MÖHUK'un madde gerekçeleri incelendiğinde ise, sadece Roma Konvansiyonu'na iki hükümde açıkça atıf yapıldığı tespit edilebilir. Söz konusu Konvansiyona açıkça atıf yapılan hükümlerin ilki, tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayinine ilişkin 26. maddedir. MÖHUK m. 26'ya ilişkin gerekçede, söz konusu hükmün birinci fıkrasında yer alan tüketici sözleşmesi tanımının kaleme alınmasında Roma Konvansiyonu'ndan yararlanıldığı ifade edilmiştir. Roma Konvansiyonu'nun belirli tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayinine ilişkin 5. maddesinin birinci fıkrasında, söz konusu hükmün, *"...konusu bir kişiye ('tüketici') ticaret veya mesleği dışında sayılabilecek bir amaçla mal veya hizmet tedariki olan sözleşmeler ile bu amaç için kredi sağlanmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacağı"* hükme bağlanmıştır. MÖHUK'un aynı konuda düzenleme getiren 26. maddesinin, hukuk seçimine imkân tanıyan birinci fıkrası da *"meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri..."* ifadesiyle başlamakta, bu çerçevede benzer bir tüketici sözleşmesi tanımına yer vermektedir.

MÖHUK'un gerekçesinde Roma Konvansiyonu'nun açıkça zikredildiği ikinci hüküm ise, "Doğrudan Uygulanan Kurallar" kenar başlıklı 31. maddedir (MÖHUK Tasarısı m. 30). Kenar başlığında bu yönde bir açıklık yer almamakla birlikte, söz konusu hüküm, sadece sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları bakımından düzenleme getirmektedir. Söz konusu hükmün gerekçesinde, *"bu tip kuralların sözleşme ile ilgili üçüncü devlet hukukunda yer alması hâlinde de sözleşmeyle ilişkisinin güçlü olması şartıyla dikkate alınabileceği[nin] artık milletlerarası sözleşmeler hukukunda ve bazı milletlerarası özel hukuk mevzuatında, hatta genel gerekçede söz konusu edilen ve AT'nin borç sözleşmelerine ilişkin olup Roma I diye de anılan ve üye devletler arasında uygulanan Sözleşmesinde de kabul edil[diği]"* ifade edilmiştir. Roma Konvansiyonu'nun 7. maddenin birinci fıkrasında ise, *"Bu konvansiyon uyarınca bir devlet hukuku uygulanırken, durumun yakın irtibatlı olduğu başka bir ülkenin hukukundaki emredici kurallarına, söz konusu ülkenin hukuku uyarınca, bu kuralların sözleşmeye uygulanacak hukuk ne olursa olsun uygulanması gerekiyorsa, etki tanınabilir. Söz konusu emredici kurallara etki*

tanınıp tanınmayacağına karar verilirken, kuralların niteliği ve amacı ile uygulanmalarının veya uygulanmamalarının sonuçları dikkate alınır” hükme getirilmiştir. Bu hükmün MÖHUK m. 31’de -neredeyse- aynen kabul edildiği görülmektedir⁵⁴.

Buna karşın, Brüksel I Tüzüğü, genel gerekçede belirtilmesine rağmen, söz konusu düzenlemeye herhangi bir madde gerekçesinde yer verilmemiştir.

Bunun dışında, 5718 sayılı MÖHUK’un hazırlanmasını üstlenen komisyonda görev yapan milletlerarası özel hukuk öğretim üyelerinin çalışmalarında, kanunun hedefleri açıklanırken, milletlerarası sözleşmelerdeki görüş ve ilkelerin dikkate alındığı belirtilmiş, bu kapsamda dikkate alınan AB tasarrufları olarak Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusundaki Roma Sözleşmesi’nin yanı sıra Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusundaki Roma II Sözleşmesi de zikredilmiştir⁵⁵.

Benzer şekilde, 5718 sayılı MÖHUK’ta, mülga MÖHUK’ta bulunmayan taşınmazlara ilişkin sözleşmelere (m. 25), tüketici sözleşmelerine (m. 26), iş sözleşmelerine (m. 27), fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere (m. 28), eşya taşınmasına ilişkin sözleşmelere (m. 29) ve temsil yetkisine uygulanacak hukukun tayinine ilişkin kanunlar ihtilâfi hukuku kuralları getirilirken, o tarihteki modern milletlerarası özel hukuk kanunlarının yanı sıra, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Konvansiyonu hükümlerinin dikkate alındığı, doktrin tarafından belirtilmiştir⁵⁶. Yine MÖHUK’un sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukukun tayinine ilişkin genel nitelikteki hüküm olan

⁵⁴ Roma Konvansiyonu’nun 7. maddesinin birinci fıkrası ile MÖHUK m. 31 arasındaki fark, MÖHUK m. 31’in ikinci cümlesinde “söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınacağı”na ilişkin hükümde yer alan “etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak” şeklindeki ifadedir.

⁵⁵ TEKİNALP, s. 19.

⁵⁶ ERDEM, Bahadır: “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk”, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri (Koç Üniversitesi Dr. Nüzhet-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi- 2), İstanbul 2010, s. 95. Ayrıca bkz. ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Bınyesinde Tüketici Sözleşmeleri”, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri (Koç Üniversitesi Dr. Nüzhet-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi- 2), İstanbul 2010, s. 199.

24. maddesi kapsamında zımni hukuk seçiminin (m. 24(1)) ve objektif bağlama kuralının (m. 24(4)) kaleme alınmasında da, Roma Sözleşmesi'nin ve Roma I Tüzüğü'nün dikkate alındığı ifade edilmiştir⁵⁷.

Bu çerçevede, *mülga* MÖHUK'ta yer almayan hükümlerin kaleme alınmasında veya mevcut hükümlerin değiştirilmesinde o tarihte yürürlükte olan AB düzenlemelerinin bazılarının, milletlerarası sözleşmelerin ve diğer devletlerin modern milletlerarası özel hukuk kanunlarının yanı sıra dikkate alındığı söylenebilir.

Kuşkusuz, MÖHUK'ta yapılacak olası değişikliklerde, AB tasarrufları önemli bir kaynak teşkil etmeye devam edecektir. Bununla birlikte, Türkiye'nin AB'de kabul edilen milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinin tamamına uyması, bu düzenlemelerin niteliği itibarıyla her zaman mümkün olmayabilir. Zira, AB tasarrufları, üye devletler arasında var olan karşılıklı güvene dayalı adli iş birliği prensibi üzerine inşa edilmektedir. Bu durumun bir sonucu olarak günümüzde, örneğin Brüksel Ia Tüzüğü kapsamında üye devlet mahkemelerince verilen kararların diğer üye devletlerde tanınması ve tenfizi bakımından, neredeyse otomatik bir sistem benimsenmiş ve *exequatur* sisteminden vazgeçilmiştir (Brüksel Ia Tüzüğü m. 39 vd.). Benzer şekilde, Brüksel Ia Tüzüğü'nde aynı davanın üye devlet mahkemeleri önünde eş zamanlı yargılamaya konu olması sebebiyle ortaya çıkabilecek derdestlik sorunu bakımından, ilk davanın açıldığı mahkemeye öncelik tanınmıştır (Brüksel Ia Tüzüğü m. 29)⁵⁸. Türkiye bakımından ise, karşılıklı güvene dayanan adli iş birliği anlayışı ancak Türkiye'nin tarafı olduğu iki veya çok taraflı milletlerarası sözleşmelerle kabul edilebilir. Buna karşın, böyle bir milletlerarası sözleşmenin uygulama alanı bulmadığı hallerde uygulanacak MÖHUK hükümleriyle, yabancı devlet mahkemelerinin verdiği kararların Türkiye'de tanınması ve tenfizi bakımından benzer bir sistemin kabul edilmesi ya da milletlerarası derdestlik sorununun başkaca bir şart aranmadan davanın daha önce açıldığı yabancı devlet mahkemesine öncelik verilerek çözülmesi söz konusu olamaz. Ancak, AB'ye üye devlet mahkemeleri ile üçüncü ülke mahkemeleri arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümler, olası bir MÖHUK değişikliğinde dikkate alınabilir. Örneğin, Brüksel Ia Tüzüğü'nde aynı davanın veya bağlantılı davaların üye devlet mahkemeleri ile üçüncü ülke mahkemelerinde eş zamanlı yargılamaya konu olmasından kaynaklanan

⁵⁷ ERDEM, s. 100 vd.

⁵⁸ Brüksel Ia Tüzüğü'nün 29. maddesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: Milletlerarası Usûl Hukukunda Paralel Davalar, Ankara 2016, s. 178 vd. ("Paralel Davalar").

paralel yargılama sorunu bakımından getirilen hükümlerin (Brüksel I a Tüzüğü m. 33, m. 34)⁵⁹, Türk mahkemeleri ile üçüncü ülke mahkemeleri arasındaki ilişkiyi düzenlemek bakımından yol gösterici olması mümkündür.

Diğer yandan, AB'nin tarafı olduğu *La Haye Sözleşmeleri*'ne Türkiye'nin de taraf olması, AB hukuku ile Türk milletlerarası özel hukuk kuralları arasındaki uyumun sağlanmasına katkı sağlayacaktır. Yukarıda da belirtildiği üzere AB, *La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı*'na üye olduktan sonra, dört adet *La Haye Sözleşmesine* taraf olmuştur. Türkiye, bugün itibarıyla bu sözleşmelerden sadece 2007 tarihli Çocuk Nafakası ve Aile Hukukundan Doğan Diğer Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin Sözleşme'ye taraftır. Buna karşın Türkiye, AB'nin de tarafı olduğu 2007 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair Protokol'e taraf olmamıştır. Halbuki, söz konusu Protokol, dibacesinde belirtildiği üzere, Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuk Hakkındaki 24 Ekim 1956 tarihli *La Haye Sözleşmesi*⁶⁰ ile Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuk Hakkındaki 2 Ekim 1973 tarihli *La Haye Sözleşmesi*'nin⁶¹ modernleştirilmesi amacını taşıdığı gibi, Türkiye gibi anılan iki sözleşmeye de taraf olan devletler bakımından söz konusu sözleşmelerin yerine geçmektedir (m. 18). Ayrıca, söz konusu Protokol, 2007 tarihli Çocuk Nafakası ve Aile Hukukundan Doğan Diğer Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin *La Haye Sözleşmesi*'ni⁶² tamamlama amacını da taşımaktadır (Protokol, dibace). AB Nafaka Tüzüğü'nde de nafakaya uygulanacak hukuk konusunda bağlama kuralları getirilmemiş, Tüzüğün uygulanacak hukukun tayinine ilişkin 15. maddesinde, söz konusu Protokole taraf olan üye devletlerde nafakaya uygulanacak hukukun Protokol hükümleri uyarınca tayin edileceği hükme bağlanmıştır.

Diğer yandan, 2005 tarihli Mahkeme Seçimine Dair *La Haye Sözleşmesi*, münhasır nitelikteki yetki anlaşmalarına ilişkin şartlara, söz konusu

⁵⁹ Brüksel Ia Tüzüğü'nün üye devlet mahkemeleri ile üçüncü ülke mahkemeleri arasında doğabilecek paralel yargılama sorunları hakkında düzenleme getiren 33 ve 34. maddeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Paralel Davalar, s. 237 vd.

⁶⁰ *Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children*. Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=37> (Erişim tarihi: 05.10.2025). Sözleşme'ye ilişkin uygun bulma kanunu için bkz. R.G. 17.09.1971, S. 13959.

⁶¹ *Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*. Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=86> (Erişim tarihi: 05.10.2025). Sözleşme'ye ilişkin uygun bulma kanunu için bkz. R.G. 06.11.1980, S. 17152.

⁶² Sözleşmeye ilişkin uygun bulma kanunu için bkz. R.G. 25.04.2006, S. 6708.

anlaşmalar uyarınca yetkili mahkemenin vereceği kararların diğer âkit devletlerde tanınması ve tenfizine ilişkin yeknesak kurallara yer vermektedir. 2019 tarihli Medeni ve Ticari Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin *La Haye* Sözleşmesi de, AB ile üçüncü ülkeler arasındaki ilişkilerde uygulanmaktadır. Her iki sözleşme de *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'na üye olan devletlerin uzun tartışmalarının neticesi olarak ortaya çıkan birer uzlaşma metnidir. Bu kapsamda, Türkiye'nin söz konusu sözleşmelere taraf olması hem üyesi olduğu *La Haye* Konferansı bakımından hem de AB üyesi devletlerle ilişkilerinde yeknesak kuralların uygulanması bakımından önem taşımaktadır.

B. Türk Mahkemelerinde Açılan Davalarda AB Düzenlemelerinin Uygulanmasının Mümkün Olup Olmadığı

Burada gündeme gelebilecek diğer soru, Türk mahkemelerinde açılan yabancı unsurlu davalarda, AB'nin milletlerarası özel hukuka ilişkin ikincil tasarruflarının Türk mahkemelerince uygulanmasının söz konusu olup olmayacağıdır. Bu çerçevede, AB milletlerarası özel hukuk tasarruflarının Türk mahkemelerince uygulanacağı durumlar gündeme gelebilir mi?

Bu soru, somut uyuşmazlıkta Türk mahkemesi önündeki davanın niteliği dikkate alınarak cevaplandırılmalıdır. Elbette, Türkiye henüz AB üyesi olmadığından, bu alanda kabul edilen AB düzenlemelerinin Türk mahkemelerince uygulanmasına ilişkin bir yükümlülüğünden bahsedilemez. Bununla birlikte, Türk mahkemeleri belli durumlarda AB tasarruflarını uygulamak durumunda kalabilir.

Örneğin, Türkiye'de yaşamakta olan Alman vatandaşı kadının, yine Alman vatandaşı olan kocasına karşı Türk mahkemesinde boşanma davası açtığını varsayalım. Söz konusu davada mahkeme, boşanma talebine uygulanacak hukuku tayin etmek durumunda kalacaktır. MÖHUK'un 14. maddesi uyarınca, “[b]oşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır”. Somut uyuşmazlıkta eşlerin her ikisinin de Alman vatandaşı olmasından hareketle, 14. madde uyarınca tayin edilen hukuk Alman hukukudur. Bununla birlikte, MÖHUK'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasında, “[u]ygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfî kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır” hükmü getirilmiştir. Emredici nitelikte kaleme alınan söz konusu hükümde, kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda atf kabul edilmiş olmakta, bir başka ifadeyle, söz konusu uyuşmazlıklarda, Türk

mahkemelerince Türk kanunlar ihtilafı hukuku kuralları uyarınca tayin edilen hukukun, yabancı bir devlet hukuku olması durumunda, söz konusu hukukun maddi hukuk hükümlerinin değil, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla somut davada, MÖHUK m. 14 uyarınca tayin edilen Alman hukukunun boşanmaya ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınarak söz konusu kuralların gösterdiği devlet hukukunun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması gerekir. Almanya, Roma III Tüzüğü'ne katılmış⁶³ üye devletlerden biridir. Bu çerçevede, Alman hukukunda boşanmaya ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları, Roma III Tüzüğü hükümlerinden ibarettir. Bu sebeple mahkemenin Roma III Tüzüğü hükümlerini de dikkate alması ve boşanma talebine uygulanacak hukuku bu hükümler aracılığıyla tayin etmesi gerekecektir.⁶⁴

SONUÇ

1997 tarihli Amsterdam Antlaşması'yla birlikte, milletlerarası özel hukukun - kurucu antlaşmalardaki ifadesiyle "hukuki konularda adli iş birliği"nin- AB'nin birinci sütununda düzenlenmesi, bugün AB Milletlerarası Özel Hukuku olarak anılan alanın doğumuna sebebiyet vermiştir. O tarihten bugüne, AB, yabancı

⁶³ Roma III Tüzüğü, AB'de güçlendirilmiş iş birliği (*enhanced cooperation*) çerçevesinde kabul edilmiş düzenlemelerin ilkidir. Bugün, AB Antlaşması'nın 20. maddesi ile ABİHA'nın III. Başlığında düzenlenen güçlendirilmiş iş birliği, AB üyesi devletlerin farklı hızlarda ve/veya farklı hedefler doğrultusunda aralarındaki iş birliğini geliştirebilmelerini hedefleyen ve AB'nin makul bir sürede benzer bir iş birliğini gerçekleştiremeyeceği durumlarda en az 9 üye devletin katılımıyla bir düzenlemenin kabul edilmesine imkân tanıyan bir usuldür. 2010 tarihli ve 2010/405 sayılı Konsey kararıyla boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk konusunda Belçika, Bulgaristan, Almanya, İspanya, Fransa, İtalya, Letonya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Avusturya, Portekiz, Romanya ve Slovenya arasında güçlendirilmiş iş birliğinin uygulanması kabul edilmesinin ardından, söz konusu üye devletler Roma III Tüzüğü'nü kabul etmişlerdir. Daha sonra, 2014 yılında Litvanya, 2015 yılında Yunanistan, 2018 yılında ise Estonya boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacak hukuk konusunda güçlendirilmiş iş birliğine dâhil olmuşlardır. Bu çerçevede günümüzde Roma III Tüzüğü, AB'ye üye olan tüm devletlerde değil, sadece katılan devletlerde yürürlüktedir. AB'de güçlendirilmiş iş birliği ve Roma III Tüzüğü hakkında ayrıntılı bilgi için sırasıyla bkz. CANDAN, Tolga: "Avrupa Birliği'nde Esnek Bütünleşme Modelleri ve "Güçlendirilmiş İşbirliği"", Avrupa Birliği- Temel Konular (Editörler: Çağrı Erhan/Burça Kızılırmak/Deniz Senemoğlu), Ankara 2011, s. 307-329; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: "Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. 61, S. 2, s. 505 vd.

⁶⁴ Roma III Tüzüğü'nün Türk mahkemelerince uygulanmasında benzer örnekler için bkz. SÜRAL, Bahar Ceyda: "Avrupa Birliği'nin Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Düzenlemelerinin Türk Hukukuna Etkileri", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, S. 2, s. 53.

unsurlu davalarda üye devlet mahkemelerinin yetkisi, uygulanacak hukukun tayini ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konularında, üye devletler arasındaki karşılıklı güven prensibine dayalı olarak önemli sayıda ikincil tasarrufu kabul etmiştir. Söz konusu düzenlemeler, büyük ölçüde AB Konseyi ve Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen tüzüklerdir. Tüzük olarak kabul edilmelerinin bir sonucu olarak, güçlendirilmiş iş birliği usulü ile kabul edilmiş olanlar -Roma III Tüzüğü, Eşler Arasındaki Mal Rejimlerine İlişkin Konular Hakkında Tüzük ve Kayıtlı Birlikliliklerin Malvarlığına İlişkin Sonuçları Hakkında Tüzük- dışında, tüm üye devlet bakımından bağlayıcı, genel ve doğrudan uygulanma kabiliyetini haizdirler. Diğer yandan, AB, *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'na üye olmasının bir sonucu olarak, 2007 yılından itibaren çeşitli konulardaki dört *La Haye* Sözleşmesine de taraf olmuştur. AB'nin tarafı olduğu milletlerarası sözleşmeler de, AB hukukunun bağlayıcı nitelikteki ikincil kaynakları arasındadır.

Türk hukukunda ise, milletlerarası özel hukuka ilişkin temel kanun olan 5718 sayılı MÖHUK'un hazırlanmasında o tarihte yürürlükte bulunan Roma Konvansiyonu ile Brüksel I Tüzüğü'nün, milletlerarası sözleşmeler ve çeşitli devletlerin milletlerarası özel hukuk kanunlarının yanı sıra dikkate alındığı görülmektedir. Türkiye'nin AB ile ilişkileri dikkate alınarak, olası bir kanun değişikliğinde yine AB düzenlemelerinin önemli bir kaynak teşkil edeceği muhakkaktır. Söz konusu düzenlemeler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde MÖHUK hükümlerinin değiştirilmesinde dikkate alınabilir. Ancak bunun yanı sıra, gerek AB hukuku ile uyum sağlanması amacıyla gerekse Türkiye'nin *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'na üyeliği sebebiyle, Türkiye'nin de son tarihli *La Haye* Sözleşmelerine taraf olması gerektiği değerlendirilmektedir.

Son olarak, Türkiye'nin AB üyeliğinin henüz gerçekleşmemiş olması sebebiyle, Türk mahkemelerinde görülen yabancı unsurlu davalarda AB milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinin uygulanması çoğunlukla söz konusu değildir. Bununla birlikte, özellikle uygulanacak hukukun tayininde MÖHUK'un 2. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca atfın kabul edildiği kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda, Türk mahkemelerinin MÖHUK'ta yer alan bağlama kuralları uyarınca uygulanacak hukuku yabancı bir devlet hukuku olarak tayin ettikten sonra, söz konusu hukukun bir üye devlet hukuku olması ihtimalinde, AB'nin uygulanacak hukuka ilişkin tasarrufunun dikkate alınması gereğinin ortaya çıkabileceği unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- ARSAVA, Füsün: Amsterdam Anlaşmasının Avrupa Birliğine Katkıları, Ankara 2000.
- BASEDOW, Jürgen: “*The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*”, Common Market Law Review, 2000, Vol. 37, s. 687-708.
- BAYRAKTAROĞLU, Gülüm: “*Harmonization of Private International Law At Different Levels: Communitarization v. International Harmonization*”, European Journal of Law Reform, 2004, Vol. 5, I. 1/2, s. 127-173.
- BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: “*Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Uluslararası Anlaşma Akdetme Yetkisi ve C-01/03 sayılı ve 7 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Görüşü*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 57, S. 2, s. 17-51 (“Yetki”).
- BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: “*Avrupa Topluluğunun La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansına Üyeliği*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 57, S. 3, s. 133-165.
- BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: “*Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. 61, S. 2, s. 505-539.
- BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: Milletlerarası Usûl Hukukunda Paralel Davalar, Ankara 2016 (“Paralel Davalar”).
- BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: “*Hukuki Konularda Adli İşbirliği*”, AB Ansiklopedisi, İstanbul 2021, s. 628- 631.
- BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: “*Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı*”, AB Ansiklopedisi, İstanbul 2021, s. 893-896.
- BOELE-WOELKI, Katharina/ VAN OOIK, Ronald H.: “*The Communitarization of Private International Law*”, Yearbook of Private International Law, 2002, Vol. 4, s. 1-36.
- BUX, Udo/MACIEJEWSKI, Mariusz: “*Judicial Cooperation in Civil Matters*”, European Parliament Fact Sheets on the European Union, May 2025, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/154/judicial-cooperation-in-civil-matters> (Erişim tarihi: 07.10.2025).
- CANDAN, Tolga: “*Avrupa Birliği'nde Esnek Bütünleşme Modelleri ve “Güçlendirilmiş İşbirliği”*”, Avrupa Birliği- Temel Konular (Editörler: Çağrı Erhan/Burça Kızılırmak/Deniz Senemoğlu), Ankara 2011, s. 307-329.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 18, İstanbul 2024.
- ERDEM, Bahadır: “*5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk*”, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri (Koç Üniversitesi Dr. Nüzhet-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi- 2), İstanbul 2010, s. 95- 104.
- ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: “*5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Bünyesinde Tüketici Sözleşmeleri*”, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri (Koç Üniversitesi Dr. Nüzhet- Semahat Arsel

- Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2), İstanbul 2010, s. 197- 218.
- POCAR, Fausto (ed.): *The External Competence of the European Union and Private International Law*, Proceedings of the Round Table held at Milan University on 16 September 2006, Milan 2007.
- McELEAVY, Peter/SCHULZ, Andrea.: *“Current Developments: The Accession of the European Community to the Hague Conference on Private International Law”*, International and Comparative Law Quarterly, 2007, Vol. 56, s. 939-950.
- SÜRAL, Bahar Ceyda: *“Avrupa Birliği’nin Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Düzenlemelerinin Türk Hukukuna Etkileri”*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, S. 2, s. 31-62.
- TEKİNALP, Gülören: *“Yeni Kanun Hakkında Temel Açıklamalar”*, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri (Koç Üniversitesi Dr. Nüzhet- Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi- 2), İstanbul 2010, s. 11- 20.
- UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: *“Avrupa Birliği’nde Aile Hukukunu Birleştirme Çabaları”*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, 2011/1, s. 213-237.
- VAN LOON, Hans: *“Globalisation and the Hague Conference on Private International Law”*, International Law FORUM du droit international, Y. 2000, Vol. 2, s. 230-234.

CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARIN TAZMİNİ VE AŞIRI CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ

*Compensation for Damages Exceeding the Penalty Condition and
Reduction of the Excessive Penalty Condition*

Doç. Dr. Remzi DEMİR*

ÖZ

Ceza koşulu, ekonomi dünyasında oldukça yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir. Alacaklının aşan zararının tazmini için, ceza koşulunu aşan bir zararın, bu zarar ile borcun ihlâli arasında uygun illiyet bağının ve borçlunun kusurunun bulunması gerekir. Alacaklının zararını ve borçlunun kusurunu kanıtlaması gerekir. Aşırı ceza koşulu, menfaat dengesini borçlu aleyhine aşırı derecede bozan ve yerine getirilmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacak derecedeki ceza koşuludur.

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığını serbestçe takdir eden hâkim, ceza koşulunun aşırı olduğunu belirlediğinde ceza koşulunu indirmek zorundadır. Hâkim, hakkaniyete ve adalete göre aşırılığı belirler. Kanun'da kesin ölçütler belirlenmediğinden, hâkim her somut olayın özelliklerine göre değerlendirmede bulunur. Alacaklının menfaatinin yanı sıra borçlunun ve alacaklının ekonomik durumu, ceza koşulunun amacı, ceza koşulunun yerine getirilip getirilmemesi sebebiyle tarafların uğrayacağı zarar miktarı, borçlunun edimini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi gibi sebepler nazara alınır. Borçlunun ihtirazi kayıt koyarak ceza koşulunu ödemesi durumunda, indirim hakkı varlığını sürdürür. Borçlunun önceden indirim hakkından feragati kesin hükümsüzdür. Tacir sıfatını haiz borçlu, ticari işletmesini ilgilendiren ceza koşulunun aşırılık sebebiyle indirilmesini mahkemeden talep edemez.

Anahtar Kelimeler: Ceza koşulu, ceza koşulunu aşan zararın tazmini, aşırı ceza koşulu, ceza koşulunun indirilmesi, hâkimin takdir yetkisi.

Makale Geliş Tarihi: 20.11.2025

Makale Kabul Tarihi: 04.12.2025

“Makale hakem incelemesinden geçmiştir.”

* Hâkim, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, E-posta: remzidemir60@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-6025-5476.

ABSTRACT

The penalty clause is widely used in the economic world. Even if the creditor has not suffered any damage, the agreed-upon penalty must be fulfilled. To recover damages exceeding the creditor's penalty, there must be a sufficient causal link between the damage and the breach of obligation, and the debtor must be found to be at fault. The creditor must prove both the damage and the debtor's fault. An excessive penalty clause is a penalty that excessively disrupts the balance of interests to the debtor's detriment and whose fulfillment would be incompatible with the principle of good faith.

The judge, who freely assesses whether a penalty is excessive, must reduce it if he or she determines it is. The judge determines excessiveness based on equity and justice. Since the law does not specify precise criteria, the judge evaluates each case based on its specific circumstances. In addition to the creditor's interests, factors such as the financial situation of the debtor and creditor, the purpose of the penalty, the extent of damages to the parties resulting from the non-compliance of the penalty, and the debtor's failure to perform his or her obligations at all or properly are taken into consideration. If the debtor pays the penalty clause by placing a reservation, the right to abatement remains in effect. Any prior waiver by the debtor of the right to abatement is null and void. A debtor who is a merchant cannot request the court to reduce a penalty clause related to their commercial enterprise on the grounds of excessiveness.

Keywords: *The penalty clause, the compensation of the excess of damage, excessive penalty clause, the reduction of penalty clause, judge's discretion on penalty clause.*

GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹ (TBK), mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak ceza koşulu hukuki kurumuna ilişkin bazı hükümleri değiştirirken gerek genel hükümler gerekse özel hükümler kısmında hukuki müesseseye ilgili bazı yeni hükümler getirmiştir. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 158 ilâ 161. maddelerinde “cezaî şart” kavramını kullanmıştır. TBK’nda bunun yerine ceza koşulu terimi yeğlenmiştir. Ceza koşulu, TBK’nun “Genel Hükümler” başlıklı birinci kısmının “Borç İlişkilerinde Özel Durumlar” başlıklı dördüncü bölümünün üçüncü ayrımında bağlanma parası ve cayma parasıyla birlikte düzenlenmiştir².

TBK’nda ceza koşuluyla ilgili bir tanım bulunmamaktadır. TBK m. 179-182 arasındaki hükümlerde, sırf ceza koşulunun hukuksal sonuçlarına yer verilmiştir. Ceza koşulu, var olan borcun gereği gibi yerine getirilmesi hususunda borçlu üzerinde baskı oluşturarak, asıl borcun ifasını; asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde ise, alacaklının doğacak muhtemel zararlarının karşılanmasını güvence altına alan ve bu konuda alacaklıya ispat kolaylığı sağlayan; muaccel olana kadar asıl borca bağlı olan; muaccel olduğunda bağımsız nitelik kazanan, mali değere sahip bir edimdir³.

¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

² EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 29. Baskı, Ankara 2024, s. 6; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2, 19. Bası, İstanbul 2024, s. 550; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Ankara 2018, s. 986; DOĞAN, Murat/ŞAHAN, Gökhan/ATAMULU, İsmail: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2023, s. 352.

³ AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Borçlar Hukuku, 29. Baskı, İstanbul 2020, s. 163; EREN, s. 1335; TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 6; HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Kadir Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, İstanbul 2021, s. 399; GÜMÜŞ, Sarp: “Yargıtay Kararları Kapsamında Ceza Koşulu ve Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, C. 9, S. 2, s. 320; CANSEL, Erol/ ÖZEL, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, 2013, C. 8, Özel Sayı, s. 714; GÜNAY, Cevdet İlhan: Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara 2002, s. 5; YAĞCIOĞLU, Burcu: Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Ankara 2019, s. 20; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, Yasemin: Ceza Koşulu ve Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, İstanbul 2018, s. 10; GÜLSEVEN, Hilal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Ankara 2016, s. 24; EKİNCİ, Hüseyin: Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 30; KARSLIOĞLU, Hasan: “Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimin Ceza Koşulunu İndirme Yetkisi”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, C. 7, S. 12, s. 111; GÖKÇEOĞLU, Kamil Haluk: Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul 2007, s. 20.

Ceza koşulunun geçerlilik şartları; geçerli bir asıl borcun bulunması, bu asıl borçtan bağımsız ekonomik değer taşıyan bir edim içermesi ve bu edimin sağlar arası bir hukuki işlemten doğması olarak sayılabilir⁴. Alacaklılara teminat sağlayan hukuki müesseselerden olan ceza koşulu, ekonomi dünyasında oldukça yaygın bir uygulama alanına sahiptir⁵. Çalışmada, bilimsel görüşlerin yanı sıra yargı kararlarına yer verilerek, teori ve uygulamanın karşılıklı etkileşimine katkıda bulunulması amaçlanmıştır.

I. CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARIN TAZMİNİ

TBK’nda haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılık hallerinde, fail veya borçlu aleyhine tazminata hükmedilebilmesi için bir zararın bulunması gerekir. Kanun koyucu, ceza koşulu açısından bu kuraldan ayrılmıştır. TBK m. 180/T’e göre, *“Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.”* İstisnai nitelikteki bu hükümle, borcun ihlâlinden zarar görmeyen alacaklıya bile ceza koşulunu talep hakkı tanınmıştır. Bu isabetli düzenlemeyle, ceza koşulu kararlaştırmış olan tarafların zararın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda ihtilâfa düşmelerine engel olunmuştur⁶.

Ceza koşulunun temel işlevi, borçluyu borcunu gereği gibi ifaya zorlamaktır⁷. Ceza koşuluyla, borçlu üzerinde psikolojik bir baskı

⁴ EREN, s. 1337; GÜNAY, s. 8; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 109; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 44.

⁵ EREN, s. 1335; GÜNERGÖK, Özcan/ KAYIHAN, Şaban: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, İstanbul 2024, s. 720; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 7; DÖNMEZ, Zeynep: “Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi Olarak Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2025, C. 13, S. 25, s. 406.

⁶ KILIÇOĞLU, s. 998; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 407; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 168; OĞUZMAN/ÖZ, s. 550; ÇETİNER, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2024, s. 696; KOCAAĞA, Köksal; Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. Baskı, Ankara 2018, s. 304; KAPANCI, Kadir Berk: “Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi ile Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C. II, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 15, S. 1, Özel Sayı, s. 665; GÜLSEVEN, s. 29.

⁷ KIRCA, Çiğdem: “Genel İşlem Koşulları İle Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Denetlenmesi”, Çankaya Üniversitesi’nin 20. Kuruluş Yılı Etkinlikleri, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, (Ed. Emel Badur ve Gamze Turan Başara), 10-11 Haziran 2016, Ankara 2016, s. 125; OĞUZMAN/ÖZ, s. 550; GÖKÇEOĞLU, s. 46; KAPANCI, Kadir Berk: “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 656; ÖKTEM ÇEVİK, Seda: “Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası”, Prof. Dr.

oluşturularak borcun ifası amaçlanmaktadır. Alacaklı normal koşulların ötesinde bir koruma elde eder⁸. Örneğin, eser sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü halinde ifaya eklenen ceza koşulunun talep edilebilmesi için iş sahibinin seçimlik hakkını gecikmiş ifadan yana kullanması gerekir. Gecikmiş ifade ısrar eden iş sahibi hem gecikmiş eserin teslimini hem de ceza koşuluna hak kazanır. İş sahibinin zararının bulunup bulunmamasının bu talebe etkisi bulunmaz⁹.

Taraflarca kararlaştırılan ceza koşulu miktarı, genellikle alacaklının uğradığı zararı karşılar. Çoğu zaman zararı aşsa da bazen ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda, alacaklının muhtemel zararı noksan belirlenebilir. Bu durumda, ceza koşulunu aşan zararın istenebilmesi hakkaniyet gereğidir¹⁰. Örneğin, eser sözleşmesinde tarafların lehlerine kararlaştırılan ceza koşuluna rağmen, onunla karşılanamayan zararlara uğraması durumunda alacaklının borçlunun kusuru ile birlikte kendisinin maruz kaldığı zarar miktarını ispatlaması gerekir¹¹.

Borca aykırılık sebebiyle doğan zararın varlığı ve miktarının ispat yüküne maruz kalmaksızın, ceza koşulunun talep edebilmesi, alacaklının borca aykırılıktan kaynaklanan haklarını kullanırken yararlandığı bir kolaylıktır¹². Hatta özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren bir anonim şirketin yürüttüğü faaliyetlerin ekonomik açıdan kamu hizmeti olmakla birlikte müşterileri ile arasındaki tüm ilişkiler özel hukuk hükümlerine olduğundan ceza koşulunun da özel hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Müşteriye gönderilen faturanın ihtar yerine geçeceği benimsenerek, Nisan 2012 tarihinden itibaren uygulanan cezai şartlar

İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, 26- 27 Mayıs 2012, İstanbul 2014, s. 97.

⁸ GÜLSEVEN, s. 26; KIRCA, s. 125; AKSOY, Hüseyin Can: "Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2018, C. 24, S. 2, s. 1005; KAPANCI, Sözleşme Cezası, s. 664.

⁹ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 163; DİRİCAN, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezaî Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007, s. 202.

¹⁰ CANSEL/ÖZEL, s. 732; KOCAAĞA, s. 307; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 67; KIRCA, s. 126.

¹¹ DİRİCAN, s. 204.

¹² SARI, Suat: "Göttürü Tazminat Kavramı Üzerine", Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul, 26-27.06.2008, s. 300.

bakımından ihtar şartı aranmamaktadır. Böylece ihtar zahmetine katlanmaksızın ceza koşulu muaccel hale gelmektedir¹³.

A. Aşan Zararın Tazmininin İşlevi ve Uygulama Alanı

Alacaklının aşan zararının tazmini için, TBK m. 180/II hükmü uygulama alanı bulur. TBK m. 180/II'ye göre, *“Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.”* Hükümde, ceza koşulu miktarının gerçekleşen zararın altında kaldığı durumlarda alacaklıyı korumak için, alacaklıya aşan zararın tazminini borçludan talep edebilme olanağı sağlanmıştır¹⁴. Alacaklı, ceza koşuluyla borçluyu ifaya zorlayarak asıl borcun ifasını teminat altına almayı amaçlamasının yanı sıra, asıl borcun ihlâl edilmesi durumunda doğacak zararının ceza koşulu aracılığıyla elde edilmesini amaçlar. Alacaklı zararını giderebilecek miktarda ceza koşulunu belirlerse, zararın ispatı gerekmez. Ceza koşulu talep edebilir. Alacaklının zarar miktarını önceden öngörebilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, ceza koşulu miktarı uğranılan zararı karşılamayabilir. Kanun koyucu bu olumsuzluğu ortadan kaldırmak için, TBK m. 180/II düzenlemesiyle alacaklının ceza koşulunu aşan zararının tazminini teminat altına almak istemiştir¹⁵. Ceza koşulu ile zarar arasında mahsup işlemi yapılacak olup, tazminatın ceza koşulu ile birlikte toplanması cihetine gidilemeyecektir¹⁶.

Alacaklı, ceza koşuluyla birlikte diğer haklarını kullanarak uğramış olduğu zararın tazminini ayrıca talep edebilir. Ancak bu talebi borçlu yararına sınırlandırılmıştır. Sınırlama, sırf ceza koşulunu aşan miktarın istenebilmesidir. Ceza koşulunu aşan tutara kadar uğranılan zararın, ceza koşuluyla tek kalemde ileri sürülebilmesiyle, Kanun koyucu genel hükümlerdeki kusur karinesinden ayrılmıştır. Borçlu lehine olacak şekilde,

¹³ DOĞAN, Beşir Fatih: “TEİAŞ’ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 4, S. 1, s. 82.

¹⁴ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 407; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 211; KOCAAGA, s. 305; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 343; KAPANCI, Sözleşme Cezası, s. 665; GÜLSEVEN, s. 30.

¹⁵ KILIÇOĞLU, s. 998; AKSOY, s. 1003; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 343; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 211; KAPANCI, Sözleşme Cezası, s. 665; GÜLSEVEN, s. 52.

¹⁶ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 407; KILIÇOĞLU, s. 998; ÖKTEM ÇEVİK, s. 107; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 343; AKSOY, s. 1004.

alacaklıya aşan zararını tazmin edebilmesi için borçlunun kusurunu ve uğradığı aşan zararını ispat yükü getirilmiştir¹⁷.

İfaya eklenen ceza koşulu ve seçimlik ceza koşulu bakımından, aşan zararın tazmini hakkı tanınmasına karşın, dönme cezasında veya götürü tazminat anlaşmasında bu hususta bir talep hakkı bulunmamaktadır¹⁸. Her iki durumda da aşkın zararın talep edilebileceğinin kabulü dönme cezası ya da götürü tazminat kavramlarının mantığıyla bağdaşmaz. Dönme cezası borçlunun belirlenen miktar dışında bir şey ödmeden sözleşmeden dönmesini sağlar. Götürü tazminat anlaşması, borca aykırılık durumunda taraflarca belirlenmiş tazminat miktarını nitelendirir¹⁹. Dönme cezası ile alacaklı bu miktarın üzerindeki haklarından başlangıçta feragat etmiştir²⁰. Ceza koşulunun en fazla karıştırıldığı hukuki müesseselerden olan dönme tazminatı, sözleşmeden serbestçe dönme hakkını vererek sözleşmeyi zayıflatıcı etki oluşturur. Ceza koşulu ise, sözleşmeyi kuvvetlendirici etki taşır²¹. Dönme tazminatı bir irade açıklamasını gerektirmekteyken, ceza koşulu ise borca aykırılığı gerekli kılar²².

B. Aşan Zararın Tazminin İstenebilmesi İçin Gerekli Koşullar

Alacaklının aşan zararının tazmini için, ceza koşulunu aşan bir zararın, bu zarar ile borcun ihlali arasında uygun illiyet bağının ve borçlunun kusurunun bulunması gerekir. Ayrıca alacaklının zararını ve borçlunun kusurunu kanıtlaması gerekir²³.

¹⁷ KOCAAĞA, s. 307; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 407; EKİNCİ, Hüseyin: “Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, 2007, S. 8, s. 26; KAPANCI, Sözleşme Cezası, s. 665; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 211; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 344.

¹⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 569; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 733; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 70; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 344; GÜLSEVEN, s. 53.

¹⁹ SARI, s. 302; ÖKTEM ÇEVİK, s. 101; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 70; ÇETİNER, s. 696.

²⁰ EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 344; TUNÇOMAĞ, s. 121.

²¹ ERDEM, Mehmet: “Pey Akçesi-Pişmanlık Akçesi-Dönme Tazminatı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, İstanbul 2009, s. 679.

²² ERDEM, s. 680.

²³ KOCAAĞA, s. 317; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, s. 355; KAPANCI, Sözleşme Cezası, s. 665; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 70; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 214.

1. Borçlunun Kusurlu Olması

Alacaklının ceza koşulunu aşan zararının tazmini için borçlunun kusurlu olması gereklidir²⁴. Kusur; kast, ağır ihmâl ya da hafif derecesinde olabilir. Borçlunun bizatihi kusuru yanında, borçlunun ifa yardımcısının kusuru da bu şartın gerçekleşmesi açısından yeterlidir²⁵. Örneğin, süt fabrikasında peynir imalatında kullanılacak sütün bozulmasına sebep olan işçinin kusuru ceza koşulunu aşan zarara yol açmışsa, borçlu bu zarardan sorumludur²⁶.

TBK m. 180/II hükmünün emredici nitelikte olmaması nedeniyle, tarafların, sadece ağır kusurun varlığı halinde aşan zararın talep edilebileceğini kararlaştırmaları mümkündür. Kaldı ki, tarafların borçluya veya ifa yardımcılarına yüklenebilecek bir kusurun olmaması durumunda, borçlunun aşan zarardan sorumlu olacağı da benimsenebilir²⁷.

2. Ceza Koşulunu Aşan Zararın Bulunması

Alacaklının borcun ihlâl edilmesi sebebiyle uğradığı zararın kararlaştırılan ceza koşulu miktarından fazla olması halinde, borcun ihlâli sebebiyle uğranılan aşan miktarla sınırlı olarak tüm zararların tazmini istenebilir²⁸. Bu zarar, genellikle asıl borcun kararlaştırılan tarzda yerine getirilmemesinden kaynaklanır. Edimin geç ifasından doğabileceği gibi, taraflarca öngörülme-yen bir nedenden kaynaklanan zararın tazmini de mümkündür²⁹. Ceza koşulu ile tazminatın mutlak şekilde birleşmesi ilkesi benimsendiğinden, aşan zararın sebebi önem taşımaz³⁰.

Alacaklı, TBK m. 180/II gereğince zararın sadece ceza koşulu olarak belirlenmiş olan edimi aşan kısmını talep edebilir. Ceza koşulunu aşan zararın

²⁴ DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, s. 355; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 72; GÜLSEVEN, s. 52; KAPANCI, Sözleşme Cezası, s. 666; GÜNAY, s. 160; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 345; KOCAAĞA, s. 316.

²⁵ KAPANCI, Sözleşme Cezası, s. 666; GÜNAY, s. 160; OĞUZMAN/ÖZ, s. 567; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 72; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 345; KOCAAĞA, s. 316.

²⁶ KOCAAĞA, s. 316; TUNÇOMAĞ, s. 123.

²⁷ KAPANCI, Sözleşme Cezası, s. 666; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 217; KOCAAĞA, s. 313.

²⁸ KILIÇOĞLU, s. 999; KOCAAĞA, s. 312; GÜNAY, s. 161; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 214; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 345; GÜLSEVEN, s. 52.

²⁹ GÜNAY, s. 161; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 345; GÜLSEVEN, s. 52; KOCAAĞA, s. 312.

³⁰ KOCAAĞA, s. 313; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 345.

hesabında, ceza koşulunun mevcut zarardan düşülmesi gerekir³¹. Önemli olan husus, alacaklının, maruz kaldığı zararın tamamını değil, sırf ceza koşulu tutarını aşan kısmının tazminini isteyebilmesidir. Örneğin, borçlu B'nin alacaklı A'ya olan borcunu yerine getirmemesi durumunda 100.000 TL ceza koşulu ödeyeceği karşılaştırılır ve borcun ihlâlinin 150.000 TL zarara sebebiyet vermesi halinde alacaklı hem 1000,000 TL ceza koşulunu hem de 150.000 TL zararın tazminini talep edemez. Alacaklı A, sadece 100.000 TL ceza koşulu ile uğradığı zararı aşan kısım olan 50.000 TL'nin tazminini isteyebilir³².

Ceza koşulunun seçimlik olması ve alacaklının ceza koşulunu seçtiği durumda, ayrıca uğranılan zararın miktarı belirlenirken, alacaklının kendi edimini ifa edip etmediğine bakılmaksızın, onun bu edimi nazara alınır. Alacaklı kendi edimini yerine getirdiyse, ediminin değeri bir müsbet zarar miktarı olarak aşan zararın hesabına katılır³³. Şayet ifaya eklenen ceza koşulu mevcutsa, alacaklının ceza koşulunu talep edebilmesi için ifayı istemesi ve kendi edimini yerine getirmesi gerekir. Bu nedenle ifaya eklenen ceza koşulu açısından aşan zararın hesabında onun ediminin değeri göz önünde alınmayacaktır³⁴. Aşan zarar hesaplanırken ceza miktarının zarardan düşülmesi gerekir. Mahsuptan sonra zarar miktarı, borçlunun karşılayacağı tazminatın konusunu oluşturur³⁵.

Kısmi ifayı kabul etmeyen alacaklının, aşan zararını tazmin ettirme hakkı bulunmaktadır. Borçluya yüklenebilen ve sonradan ortaya çıkan kısmi imkânsızlık halinde de aynı soruca varılır. Ancak alacaklının aldığı kısmi edimi borçluya geri vermesi şarttır³⁶. Zararın ceza koşulunu aşıp aşmadığı belirlenirken, alacaklının kendisine düşen karşı edim mutlaka hesaba katılmalıdır. Örneğin, satıcının borcunu yerine getirmemesi durumunda ceza koşulu yanında tazminat isteminde de bulunan alıcının zararı hesaplanırken satış bedelini ödeme borcunun düştüğü nazara alınmalıdır³⁷.

³¹ GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 728; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 71.

³² KOCAAĞA, s. 313; OĞUZMAN/ÖZ, s. 568; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 728; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 71.

³³ KOCAAĞA, s. 314; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 345.

³⁴ YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 214.

³⁵ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 72; GÜNAY, s. 161; KOCAAĞA, s. 315.

³⁶ GÜNAY, s. 162.

³⁷ GÜNAY, s. 163.

3. Uygun İlliyet Bağı

Zarar ile borcun ihlâli arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Alacaklının ceza koşulunu muaccel hale getiren somut ihlâl ile uygun illiyet bağı içinde olan ve ceza koşulunu aşan zararın tazmini mümkündür. Borçlunun sorumluluğa sebep olan borca aykırı davranışında kusuru bulunmuyorsa ya da oluşan zarar ile borca aykırı davranış arasında illiyet bağı kurulamıyorsa, borçlunun sorumluluğu doğmaz³⁸. Örneğin, konut satış sözleşmesinde konutun 31.12.2025 tarihine kadar teslim edilmemesi halinde geçen her ay için satıcının 200. 000,00 TL ceza koşulun ödemesi kararlaştırılmasına karşın, konutun zamanında teslim edilmemesi durumunda alıcının yoksun kaldığı kira bedeli açısından uygun illiyet bağı mevcuttur³⁹.

4. Kusur ve Zararın İspatı

Sözleşmeyle belirlenen ceza koşulunun talep edilmesi için, alacaklının zarar ve kusuru ispat yükümlülüğü bulunmaz. Kararlaştırılan ceza koşulunun aşan zararın tazminini talep eden alacaklı ceza miktarını aşan zararı ve borçlunun kusurunu ispatlamak zorundadır⁴⁰.

a. Zararın İspatı

Ceza koşulunu aşan zararın tazminine ilişkin ispat yükü, alacaklıya aittir⁴¹. Böylelikle ceza koşuluna ait ispat yükü tersine çevrilmiştir⁴². Ceza koşulunu aşan zararlar bakımından ispat yükünü tersine çevirmek, sorumluluk hukukunda zararın ispatı hususundaki TBK m. 114/II atfıyla benimsenen TBK m. 50 hükmü ile uyumludur⁴³. Ceza koşulunun haricinde genel kural, zararı ispat yükünün alacaklıya ait olmasıdır. Ceza koşulunu aşan zararın tazmini için, bunun ispatlanmasının alacaklıya yüklenmesiyle genel kurala dönülmüş olmaktadır⁴⁴.

³⁸ GÜLSEVEN, s. 52; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 72; KOCAAĞA, s. 316; GÜNAY, s. 163; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 345; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 216.

³⁹ GÜNAY, s. 163.

⁴⁰ EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 345; KOCAAĞA, s. 317; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 218.

⁴¹ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 70; GÜNAY, s. 163; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 346; GÜLSEVEN, s. 52.

⁴² GÜLSEVEN, s. 52; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 346.

⁴³ KOCAAĞA, s. 317; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 218.

⁴⁴ KOCAAĞA, s. 317.

b. Kusurun İspatı

Kanun koyucu, ceza koşulunu aşan zararın tazmininde sözleşmeden dolayı sorumlulukta geçerli olan kusur karinesinden ayrılarak ispat yükünü yer değiştirmektedir. Sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta alacaklı, borçlunun kusurunu ispatlamak zorunda değildir. Bilakis, borçlu kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir⁴⁵. TBK m. 112'ye göre, “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” Ceza koşulunda ise, TBK m. 180/ II'ye göre, aşan zararın tazmininde alacaklı borçlunun kusurunu ispatlamalıdır⁴⁶.

Ceza koşulunu aşan zararın tazmini için, borçlunun kusurunu ispat yükünü alacaklıya yükleyen kural kusursuz sorumsuzluk hallerinde uygulanmaz. Asıl borcun ihlâlüne borçlunun yardımcıları sebep olmuşsa, alacaklı borçludan ceza koşulu miktarının yanı sıra aşan zararının tazminini talep ederken borçlu ile yardımcısının kusurunu ispatlamak zorunda değildir⁴⁷. TBK m. 116 kapsamında, borçlu borcun yerine getirilmesini ifa yardımcısına bırakmış ve ceza koşulunu aşan zarar ifa yardımcısının fiilinden kaynaklanmışsa, borçlu ile ifa yardımcısının kusurunun kanıtlanması gerekmez⁴⁸.

TBK m 180/II hükmü emredici nitelik taşımadığından, tarafların anlaşarak ispat yüküne ait yasal düzenlemenin aksini kararlaştırmaları mümkündür. Taraflar aralarında yapacakları bir irade uyuşmasıyla borçlunun ceza koşulunu aşan zarardan sorumlu olmayacağını ya da borçluya yükletilebilecek kusurunun olmasa bile aşkın zarardan sorumluluğunu benimseyebilirler⁴⁹. Öğretide, kusurun ve zararın ispatı hususunda ana kuraldan ayrılmanın ceza koşulunun amacıyla bağdaştırılamayacağı isabetle belirtilmiştir. TBK m. 112'ye göre, borcun yerine getirilmemesi sebebiyle tazminat talep eden alacaklının, borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekmez.

⁴⁵ EREN, s. 1343; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 729; ÖKTEM ÇEVİK, s. 107; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 347; BİLGE, Necip: Cezaî Şart, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatrasına Armağan, Ankara 1958, s. 111; KAPANCI, Sözleşme Cezası, s. 667; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 73.

⁴⁶ EREN, s. 1342; OĞUZMAN/ÖZ, s. 568; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 729; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 347; BİLGE, s. 111; KAPANCI, Sözleşme Cezası, s. 667; GÜLSEVEN, s. 52.

⁴⁷ KOCAAĞA, s. 319; GÜLSEVEN, s. 52; GÜNAY, s. 164.

⁴⁸ KOCAAĞA, s. 319.

⁴⁹ SARI, s. 303; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 72; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 347; KOCAAĞA, s. 320; GÜLSEVEN, s. 50.

Bu duruma göre alacaklının kendi lehine olan ceza koşuluyla ispat yüküne maruz bırakılması adalete aykırıdır⁵⁰. Zira aralarındaki borç ilişkisinde ceza koşulu belirlenmeseydi, alacaklı borca aykırılık sebebiyle zararının tümü için borçlunun kusurunu ispatlamakla yükümlü olmazdı. Kaldı ki, alacaklıyı ispat yükü altına sokmak ceza koşulunun amacıyla bağdaşmaz⁵¹. Bu sebeple TBK m. 180/II’de yer alan kusurun ispatına ilişkin kısmın çıkartılarak, kusurun ispatına dair TBK m. 112’de yer alan düzenlemeye uygulama alanı açılmasını, hatta hâkime ceza koşulunun artırma yetkisinin tanınmasını öneren düşüncede isabet bulunmaktadır⁵².

II. AŞIRI CEZA KOŞULU İNDİRİMİ KAVRAMI, İŞLEVİ, UYGULAMA ALANI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE KOŞULLARI

Modern hukuk anlayışı, sözleşme taraflarının menfaatlerini dengelemek amacıyla, istisnai durumlarda hâkime sözleşmeye müdahale etme yetkisi tanımıştır. Alman Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu, aşırı ceza koşulunun uygun miktara indirilmesini benimsemiştir⁵³.

A. Aşırı Ceza Koşulu Kavramı

Ceza koşulu müessesesi, sözleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlayıcı bir düzenlemedir. TBK m.182/III’te, hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirebileceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu, bu düzenlemeyle sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasının ve ekonomik dengenin zayıf konumda borçlu aleyhine bozulmasının önüne geçmek istemiştir⁵⁴. Kanun koyucu hâkime aşırı ceza koşulunu indirme yetkisi verse de, hükümde yer alan “aşırı ceza koşulu” kavramı Kanun’da tanımlanmamıştır. Hâkimin bu değerlendirmeyi yaparken başvurduğu ölçütlere bile yer verilmemesi kural içi

⁵⁰ KILIÇOĞLU, s. 999; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 730; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 74.

⁵¹ YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 218; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 730; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 75.

⁵² KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 75.

⁵³ KOCAAĞA, s. 321.

⁵⁴ KILIÇOĞLU, s. 1002; ÖKTEM ÇEVİK, s. 109; ŞAHİN, Musa Furkan: “Ceza Koşulunun Aşırılığının Tespit Edilmesi Konusunda Yargı Kararlarında Kullanılan Kıstaslar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, C. 25, S. 2, s. 899; KAPANCI, Sözleşme Cezası, s. 681; DÖNMEZ, s. 400; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s.355; GÜMÜŞ, s. 330; KARSLIOĞLU, s. 112.

boşluk yani intra legemdir⁵⁵. Bir ceza koşulunun aşırı olup olmadığının saptanması, nesnel ve mutlak bir ölçüye dayanmaz⁵⁶. Aşırılığın somut olaya göre değerlendirilmesi adaletli sonuçlar doğurur. Kural içi boşluk nedeniyle, aşırı ceza koşulu kavramının belirlenmesindeki ölçütlerin saptanması öğretiyeye ve yargıya bırakılmıştır⁵⁷. Öğretide, aşırı ceza koşulu, hâkim tarafından her somut olayın özelliğine göre saptanması gereken, kanun koyucu tarafından göz önüne alınan menfaat dengesini borçlu aleyhine aşırı derecede bozan ve yerine getirilmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmayan ceza koşulu olarak tanımlanmıştır⁵⁸.

B. İndirimin İşlevi ve Uygulama Alanı

TBK m. 182/I'e göre, taraflar ceza koşulu niteliğindeki edimi ve cezanın ağırlığını belirlemede serbesttirler. Bu kural, TBK m. 27 gereğince kısıtlamaya tâbi olduğu gibi, TBK m. 182/III'de düzenlenmiş bulunan hâkimin aşırı ceza koşulunu kendiliğinden indirmesine dair hükümle de sınırlandırılmıştır⁵⁹. TBK m. 182/I ile 3 fıkraları, ilk bakışta birbiriyle çelişir gözükse de, ilk fıkrada taraflara ceza koşulu hususunda sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince bir serbesti tanınmıştır. Üçüncü fıkrada ise, bu serbestinin kötüye kullanılmasının ve ekonomik dengenin borçlu aleyhine aşırı ölçüde bozulmasının önlenmesi için hâkime sözleşmeye müdahale yetkisi verilmiştir⁶⁰.

TBK m. 182/III hükmü, hâkime aşırı ceza koşulunu indirerek sözleşmeye müdahale etme yükümlülüğü getirmiştir. Hâkim, ceza koşulunun aşırı nitelikte olup olmadığını ve aşırılık varsa hangi oranda indirim yapılacağını somut olayın özelliklerini nazara alarak, adalet ve hakkaniyete göre takdir

⁵⁵ KOCAAĞA, s. 339; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 99; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s.324; DÖNMEZ, s. 408.

⁵⁶ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 99; GÜMÜŞ, s. 331; KOCAAĞA, s. 339; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s.324; GÜNAY, s.181.

⁵⁷ GÜLSEVEN, s. 94; GÜMÜŞ, s. 330; KOCAAĞA, s. 339; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 99.

⁵⁸ TUNÇOMAÇ, s.144; GÜLSEVEN, s. 94; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s.324; GÜMÜŞ, s. 331; GÜNAY, s.181.

⁵⁹ KIRCA, s. 126; KILIÇOĞLU, s. 1003; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 78; KARSLIOĞLU, s. 112; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 355; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 219; KAPANCI, Götürü, s. 678.

⁶⁰ KOCAAĞA, s. 322; GÜMÜŞ, s. 331.

eder⁶¹. Hâkim takdir yetkisini kullanırken, sözleşmeyle bağlılık (*pacta sunt servanda*) ilkesini de nazara almalıdır. Sözleşmenin taraflarının sözleşmeye aynen uyması bazı hallerde adaletle bağdaşmayabilir. Ekonomik bakımdan avantajlı konumda bulunan alacaklının, ceza koşuluyla borçluyu ezmesini engellemek amacıyla hâkim aşırı ceza koşulunu indirmekle yükümlüdür⁶². Zira, TBK m. 182/ III hükmü, borçlunun sömürülmesinin önüne geçilerek taraf menfaatlerini dengeleme işleviyle, dikkatli ve özenli davranmayarak aşırı miktarda ceza koşulu ödemeyi üstlenen borçlunun karşılaştacağı muhtemel tehlikeleri bertaraf etme ya da azaltma düşünceleriyle aşırı ceza koşulunun indirilmesi kurumunun uygulama alanı, sözleşme serbestisi ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır⁶³. Ceza koşulunda indirim yapılırken, ceza koşuluyla amaçlanan borçluyu ifaya zorlama olduğu nazara alınmalıdır. Hâkime tek yönlü olarak tanınan yetkiyle ceza koşulu artırılmaz, sadece indirilebilir. Hâkim borç ilişkisinde değişiklik yapma yetkisini haiz değildir⁶⁴. Örneğin, hâkim para ödenmesini içeren ceza koşulunu bir malın verilmesine ya da bir hizmetin görülmesine çeviremez⁶⁵.

Sözleşmeyle kararlaştırılan bir ceza koşulunun aşırı olması, ceza koşulunun yalnızca bu sebeple geçersiz olmasına yol açmaz. TBK m.182/ III ile amaçlanan, ceza koşulunun tamamen ortadan kaldırılması olmayıp makul bir düzeye indirilmesidir. Kanun'un vermediği yetkiyi kullanamayan hâkim, ceza koşulunun tamamını hükümsüz kılamaz⁶⁶. Bu sebeple aşırı ceza koşulunun indirilmesiyle birlikte, kararlaştırılan ceza koşulunun yerine hâkim tarafından ikame edilmiş yeni bir ceza koşulu doğar⁶⁷. TBK m. 182/ III'te düzenlenen aşırı ceza koşulunun indirimine dair hüküm, kamu düzenini ilgilendirdiğinden emredici nitelik taşır. Bu hüküm ile ceza koşulunun borçlu üzerindeki zorlayıcı etkisinin hakkaniyete aykırı olmasının önlenmesi ve

⁶¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 569; KILIÇOĞLU, s. 1003; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 732; CEBE, Mehmet Sina: "Cezai Şartın Tenkisinde Ölçü", Terazi Hukuk Dergisi, 2023, C. 18, S. 201, s. 44; BİLGE, s. 118; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 355; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 221; DÖNMEZ, s. 403; ŞAHİN, s. 903.

⁶² GÜLSEVEN, s. 56; GÜNAY, s. 168; BİLGE, s. 118; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 355; DÖNMEZ, s. 403; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 221; CEBE, s. 44.

⁶³ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 78; KARSLIOĞLU, s. 112; KOCAAĞA, s. 322; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 221; TUNÇOMAĞ, s. 130.

⁶⁴ ÖKTEM ÇEVİK, s. 109; KOCAAĞA, s. 323; OĞUZMAN/ÖZ, s. 570.

⁶⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 570; TAMER, Ahmet: "Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2013, S. 14, s. 747.

⁶⁶ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 408; OĞUZMAN/ÖZ, s. 568; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 732; ÇETİNER, s. 708; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 121; ŞAHİN, s. 899.

⁶⁷ KOCAAĞA, s. 323; GÜMÜŞ, s. 332.

ekonomik olarak zayıf tarafın korunması amaçlanmaktadır. Bu sebeple tarafların aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceklerini kararlaştırmaları kesin hükümsüzdür⁶⁸.

C. İndirim Hakkının Hukuki Niteliği

Hâkime sözleşmede yer alan bir edimi indirme yetkisi “*yargısal indirim hakkı*” olarak benimsenir. Aşırı derecede yüksek olan ceza koşulunu makul düzeye indiren hâkim, kendisine verilen yasal yetkiye istinaden sözleşmede yer alan edimi miktar bakımından azaltır⁶⁹. Aşırı ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliği konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler, kesin hükümsüzlük görüşü, iptal edilebilirlik görüşü, ortalama yaptırım görüşü, sebepsiz zenginleşme görüşü ve yenilik doğuran hak görüşüdür⁷⁰.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesine dair yasal düzenlemeler, borçlunun sömürülmesinin önüne geçilmesine yönelik olduğundan kamu düzenine ilişkindirler⁷¹. Ceza koşulunun miktar yönünden sınırlandırılması ve hâkime takdir yetkisi verilmesi, Anayasa m. 2’de Cumhuriyet’in nitelikleri arasında sayılan “sosyal devlet” ilkesine uygundur⁷². Borçlunun önceden indirim hakkından feragati kesin hükümsüzdür⁷³.

Ceza koşulunun aşırı olması onun tek başına ahlaka aykırı sayılmasını gerektirmez. Aşırı ceza koşulunun indirilmesi, yenilik doğuran hak niteliğindedir. Hâkimin ceza koşulundaki aşırılığı indirmesiyle hukuki durumda bir değişiklik meydana gelmektedir⁷⁴. İndirme hakkının usul hukukuna istinaden bir iddia şeklinde yapılması ve bu beyana hâkimin

⁶⁸ CANSEL/ÖZEL, s. 715; ÇETİNER, s. 706; GÜLSEVEN, s. 58; DÖNMEZ, s. 412; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 222; ŞAHİN, s. 900; TAMER, s. 746.

⁶⁹ KOCAAĞA, s. 323; CEBE, s. 45.

⁷⁰ EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 355; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 225.

⁷¹ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 78; GÜNAY, s. 173; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 356.

⁷² GÜNAY, s. 173.

⁷³ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 409; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 78; DÖNMEZ, s. 412; GÜNAY, s. 173; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 356.

⁷⁴ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 409; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 83; ÇINAR, s. 93, EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 356; ŞAHİN, s. 901; ÖKTEM ÇEVİK, s. 110.

indirme yönündeki kararının eklenmesi gerekir. Borçlunun talebine ilaveten hâkimin kararına gerek bulunmaktadır⁷⁵.

D. Aşırı Ceza Koşulunun İndirimi İçin Gerekli Şartlar

Aşırı ceza koşulunun indirimi için gerekli koşulların kümülatif biçimde bulunması halinde hâkim, ceza koşulunu re'sen indirir. Ceza koşulunun aşırı olup olmadığını serbestçe takdir eden hâkim, ceza koşulunun aşırı olduğunu belirlediğinde ceza koşulunu indirmek zorundadır⁷⁶. Ceza koşulunun indirimi için gerekli şartlar; taraflar arasında geçerli bir ceza koşulunun bulunması, ceza koşulunun muaccelliyet kazanması, ceza koşulunun miktarının aşırı olması, borçlunun talepte bulunması ile ceza koşulunun ifa edilmemesidir⁷⁷.

1. Geçerli Bir Ceza Koşulunun Bulunması

TBK m. 182/II'ye göre, *“Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.”* Aşırı ceza koşulunun indirilmesi için geçerli bir ceza koşulu bulunmalıdır. Ceza koşulu, dernek tüzüğü, şirket ana sözleşmesi gibi herhangi bir asıl sözleşmede veya sözleşmeden ayrı olarak ya da tek taraflı bir hukuki işlemde yer alabilir⁷⁸. Ceza koşulunun kaynağı hukuki işlem olup, kanun olamaz⁷⁹. Aşırı olduğu gerekçesiyle ceza koşulunun indirilebilmesi için geçerli bir ceza koşulu anlaşması bulunmalıdır. Ceza koşulunun bizatihi kendisinden kaynaklanan bir sebeple ya da asıl borcun fer'ilik niteliğinden ötürü asıl sözleşmenin hüküm taşımadığı hallerde indirim yapılması olanak dışıdır. Asıl borcu doğuran sözleşmenin geçerlilik şekline aykırı düzenlenmesi ya da başka bir sebepten dolayı hükümsüz olduğu hallerde, asıl sözleşmeye bağlı ceza koşulu hükmü

⁷⁵ KOCAAĞA, s. 330; TUNÇOMAĞ, s. 140; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 408; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 356; ÖKTEM ÇEVİK, s. 110.

⁷⁶ EREN, s. 1346; ÇETİNER, s. 706; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, s. 354; DÖNMEZ, s. 405; KAPANCI, Götürü, s. 678.

⁷⁷ ŞAHİN, s. 901.

⁷⁸ EREN, s. 1336; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 399; KILIÇOĞLU, s. 987; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, s. 352; KOCAAĞA, s. 332; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 92; ÖKTEM ÇEVİK, s. 98.

⁷⁹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 399; KOCAAĞA, s. 332; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 92; GÜLSEVEN, s. 86.

uygulanmaz⁸⁰. Şartları gerçekleşmeyen ceza koşulunun indirilmesi mümkün değildir⁸¹. Asıl borcun emredici kurallara, kişilik haklarına, ahlâka ya da şekle aykırı olması veya ehliyetsizlik ya da muvazaalı olması veya başlangıçtaki imkânsızlık sebebiyle geçersizliği, ceza koşulunun geçersizliğine yol açar⁸². Böyle bir durumda, yerine getirilmiş ceza koşulunun sebepsiz zenginleşme kurallarına göre geri istenmesi mümkündür⁸³.

Ceza koşulunun mutlaka para edimi olması gerekmez. Para dışında ekonomik değere sahip edimler de ceza koşulunun konusu olabilir⁸⁴. Geçerli ve henüz ifa edilmemiş her türlü borcun yerine getirilmesi için ceza koşulu kararlaştırılabilir. Verme, yapma ve yapmama edimleri veya bir irade açıklamasında bulunma taahhüdü ceza koşuluna bağlanabilir⁸⁵. Kıymetli

⁸⁰ KILIÇOĞLU, s. 988; CANSEL/ÖZEL, s. 719; KIRCA, s. 126; GÖKYAYLA, Kadir Emre: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde, Mahkemece Sözleşmenin Feshine Karar Verilen Hallerde İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Akıbeti”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 56; TUNÇOMAÇ, s. 81; EREN, s. 1336; YÜCEL, Özge: “Fahiş Cezai Şartın Tenkisi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 3, İstanbul 2011, s. 2946; OĞUZMAN/ÖZ, s. 556; YAĞCIOĞLU, Burcu: “Bağlanma Parası, Cayma Parası, Bunların Ceza Koşuluyla Benzerlikleri ve Farklılıkları”, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 1247; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, s. 352; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 721; GÜLSEVEN, s. 86; KARSLIOĞLU, s. 113; KOCAAĞA, s. 332; DÖNMEZ, s. 407; GÜNAY, s. 179; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 356; “Ceza koşulunun fer’ilik özelliğinin bir sonucu olarak, asıl borcun bir geçerlilik şekline tâbi olduğu hallerde, cezanın da aynı şekle uyularak kararlaştırılması gerekir. Aksi takdirde, ceza koşulu sonuç doğurmayacaktır. Örneğin taşınmaz satış vaaadinin geçerliliği resmi şekle tâbi olduğu için, bu sözleşme ceza koşuluna bağlanacaksa, cezanın da resmi şekilde yapılması gerekir. Aksi takdirde ceza koşulu geçersiz olacaktır. Eğer taşınmaz satış vaaadi adi yazılı şekilde yapılmış ise, bu sözleşmede yer alan ceza koşulu da geçersizdir. Ancak şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder de, bu sebeple sözleşme geçerli sayılırsa, asıl borca bağlı olan ceza koşulu da geçerli sayılacaktır.” ALTINOK ORMANCI, Pınar: “İsviçre Federal Mahkemesi’nin ATF 140 III 200 Kararı Işığında Şekle Aykırı Sözleşmede Yer Alan Ceza Koşulunun Geçerliliği”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 11, S. 139-140, s. 135.

⁸¹ KARSLIOĞLU, s. 113; GÜNAY, s. 179; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 356; ALTINOK ORMANCI, s. 135; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 230.

⁸² ALTINOK ORMANCI, s. 135.

⁸³ KOCAAĞA, s. 332; GÜNAY, s. 179; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 356; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 93.

⁸⁴ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 400; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 722; TUNÇOMAÇ, s. 145; GÜLSEVEN, s. 87; GÜNAY, s. 179; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 356; KOCAAĞA, s. 332; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 231.

⁸⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 554; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 399; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 723; ÖKTEM ÇEVİK, s. 99; GÜLSEVEN, s. 33.

evrak, araba, altın gibi paradan başka bir edim olan ceza koşulu indirilebilir. Alacaklıyla borçlu arasındaki borç ilişkisinde ceza koşulu para dışında bir edimden ibaretse, hâkimin evleviyetle kararlaştırılan şeyin parasal değerini saptaması, akabinde de aşırı olup olmadığına karar vererek indirimde gitmesi mümkündür⁸⁶. Örneğin ceza koşulu olarak otomobilin kararlaştırıldığı durumda, hâkimin öncelikle otomobilin nicel ve nitel özelliklerini tartıma vurarak, gerekirse bilirkişi vasıtasıyla otomobilin parasal karşılığını saptaması gerekir. Bunun ardından da hâkim, aşırılık unsurunun varlığı açısından gerekli ölçütlere başvurarak edimdeki aşırılığın bulunması halinde ceza koşulunun indirilmesine karar verir⁸⁷.

Öğretide, seçimlik ve ifaya eklenen ceza koşulundan farklı olarak, dönme cezasının aşırı olduğu gerekçesiyle dönme cezasının indirilmesi yoluna gidilemeyeceği ileri sürülmüştür. Yasal bir sebep olmaksızın sözleşmeden dönerek dönme tazminatını ödeme yükümlülüğüne giren borçlunun kendisi olduğundan, dönme bildiriminde bulunmaksızın dönme tazminatını ödemeyi taahhüt etmeyebilirdi⁸⁸. Karşıt görüş ise, aşırı dönme cezasının indirilmesini savunmaktadır⁸⁹. İsbetli bulduğumuz ilk görüşe göre, sözleşme cezasının aşırı olması halinde borçlunun kasten borca aykırı davranması indirim yapılmasına engel olduğu halde, sözleşmeden dönen tarafın keyfi ve serbest iradesine bağlı olan sözleşmeden dönme halinde indirim gerçekleşmemelidir⁹⁰.

2. Borçlunun Tacir Sifatının Bulunmaması

Türk Ticaret Kanunu⁹¹ (TTK) m.12 gerçek kişilerde taciri “*Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişi*” olarak tanımlamıştır. Gerçek kişilerde tacir sıfatını haiz olabilmek için iki koşul aranır. Bunlar, bir ticari işletmenin bulunması ve bu ticari işletmenin o gerçek kişi adına işletilmesidir⁹². TTK. m.16’ da ise, tüzel kişi tacirlerin kim olduğu belirtilmiştir. Buna göre;

⁸⁶ TUNÇOMAÇ, s. 145; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 100; GÜNAY, s. 179; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 356; KOCAAĞA, s. 332; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 231.

⁸⁷ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 100.

⁸⁸ GÜLSEVEN, s. 87; ERDEM, s. 684.

⁸⁹ ÇINAR, s. 94.

⁹⁰ ERDEM, s. 684; GÜLSEVEN, s. 87.

⁹¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, RG. T. 14.02.2011, S. 27846.

⁹² AKINTÜRK/ATEŞ, s. 168; AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 16. Bası, Ankara 2024, s. 220; TAMER, s.738.

“(1) Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar.

(2) Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar.”

TTK m. 22, ticari işler bakımından, istisnai hüküm olan TBK m. 182/III hükmünün uygulanmayacağını açıkça belirtmiştir. Tacir sıfatını haiz borçlu, ticari işletmesini ilgilendiren ceza koşulunun aşırılık sebebiyle indirilmesini mahkemeden talep edemez⁹³. TTK m. 22’nin gerekçesi, TTK m. 18/II’deki tacirin ticari faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesine işaret etmektedir⁹⁴.

Tacirlik sıfatının bulunup bulunmadığı araştırılırken esas tutulacak an, ceza koşulunun muacceliyet anı olmayıp taahhüt edildiği andır⁹⁵. Yargıtay da, aynı kanaattedir. Bu itibarla, borçlu ceza koşulunu taahhüt ettikten sonra tacir olmuşsa, indirme istemeğe yetkilidir. Buna karşılık, ceza koşulu taahhüt ettikten sonra tacir sıfatını kaybeden kimse indirme istemeyeceği gibi, ceza koşulu borcunu üzerine alan ve tacir olmayan bir kimse de indirme istemeğe yetkili değildir. Borçlunun tacirlik sıfatı üzerinde bir anlaşmazlık varsa, bu sıfatının varlığını ispat zorunda bulunan alacaklıdır. Ancak borçlunun TTK. 17’deki istisnâ olaya dayanması hâlinde, ispat yükü kendisinin omuzlarındadır⁹⁶.

⁹³ EREN, s. 1 45; KILIÇOĞLU, s. 1003; KOCAAĞA, s. 353; OĞUZMAN/ÖZ, s. 571; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 733; YÜCEL, s. 2949; KARSLIOĞLU, s. 119; KIRCA, s. 127; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 408; ŞAHİN, s. 924; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 114; DÖNMEZ, s. 414; CEBE, s. 46; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 357; GÜLSEVEN, s. 66; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 245; TAMER, s. 742; ÖKTEM ÇEVİK, s. 109.

⁹⁴ KILIÇOĞLU, s. 1003; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 245; DOĞAN/ŞAHAN/ATAMULU, s. 354; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 733; ŞAHİN, s. 924; GÜLSEVEN, s. 117; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 114; KARSLIOĞLU, s. 119; ÖKTEM ÇEVİK, s. 109.

⁹⁵ GÖKÇEOĞLU, s. 70.

⁹⁶ Y. HGK, E. 2017/19-922, K. 2019/706, 18.06.2019, (UYAP, Erişim Tarihi: 30.10.2025).

Tacirin, genel nitelikteki hükümlere dayanarak ceza koşulunun indirilmesini talep etmesi mümkündür. Alacaklı ceza koşulu talep hakkından vazgeçerse, borçlu tacir ceza koşulunun yerine getirilmesinden kurtulur⁹⁷. Ceza koşulunun, emredici kurallara, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olması veya konusunun imkânsız olması hallerinde tacir ceza koşulunun hükümsüzlüğünü itiraz olarak ileri sürebilir. Ceza koşulu fer'i borç olduğundan, asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz olduğu ya da sona erdiği durumlarda da ceza koşulu geçersiz olur⁹⁸. TBK m. 20-25 arasında düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümlere çerçevesinde, ceza koşulunun geçersizliği, tacirler bakımından gündeme gelebileceği gibi, iradeyi sakatlayan durumların varlığı halinde de borçlu tacir, sözleşmenin iptalini sağlamak suretiyle ceza koşulunu ödemekten kurtulabilir⁹⁹. Örneğin, fermuar üreticisi (F) eser sözleşmesi kurduğu iş sahibi çantacının (Ç) uluslararası çapta ünlü bir firmayla (U) yaptığı satış sözleşmesinde çantaların zamanında teslim edilmeyerek temerrüde düşülmesi halinde yüksek miktarda ceza koşulu kararlaştırılmasını öngöremeyebilir. Fermuarları teslim etmekte temerrüde düşen borçlu F'nin ödemek zorunda kalacağı tazminat miktarına U'ya Ç'nin ödeyeceği fahiş ceza koşulunun dâhil edilmesinde F'nin tazminat borcunun “zararın öngörülebilirliği” ölçütünden hareketle makul düzeye indirilmesi olanaklıdır. Ancak fermuar üreticisi F tacir ise, basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü bulunduğundan tazminatın indirilmesini talep edemez¹⁰⁰.

Ceza koşulu miktarı, tacirin ekonomik yıkımına ya da çöküntüsüne sebep olabilecek nitelikte ise, TBK m. 27 gereğince ceza koşulunun kesin hükümsüz sayılması mümkündür¹⁰¹. Yargıtay, taraflardan birinin tacir olması

⁹⁷ KILIÇOĞLU, s. 995; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 263; KOCAĞA, s. 353; TAMER, s. 754.

⁹⁸ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 165; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 400; ÇETİNER, s. 698; GÖKÇEOĞLU, s. 71; KARSLIOĞLU, s. 122; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 358; DÖNMEZ, s. 407; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 264; AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, Journal of Istanbul University Law Faculty, 2003, C. 61, S.1-2, s. 366; TAMER, s. 735.

⁹⁹ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 119; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 264; TAMER, s. 760.

¹⁰⁰ BİNGÖL, F. İtir: “Temerrüde Düşen Borçlunun Ödeyeceği Tazminat Miktarına, Alacaklının 3. Kişiye Ödeyeceği Cezai Şartın Etkisi”, Prof. Dr. Muallâ Öncel'e Armağan, C. 2, Ankara 2009, s. 1412.

¹⁰¹ EREN, s. 1345; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 245; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 409; OĞUZMAN/ÖZ, s. 571; KIRCA, s. 127; TAMER, s. 745; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s.

durumunda ceza koşulu miktarının, borçlu tacirin, ekonomik yaşamının mahvına neden olacak ve tacirin eskisi gibi ticari faaliyetini devam ettirmesine olanak tanımayacak derecede ağır ve yüksek olmasının, ahlâk ve adaba aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle, ceza koşulunun tamamen kaldırılmasına ya da kısmen indirilmesine karar verilmesi gerektirdiğinden hükmün bozulmasına karar vermiştir¹⁰².

3. Ceza Koşulunun Muaccel Olması

TBK’nda ceza koşulunun indirilmesini isteme hakkı bakımından ceza koşulunun muaccel olup olmaması hakkında açık bir hüküm yoktur¹⁰³. Asıl borç muaccel olmadan, fer’i borç niteliğindeki ceza koşulu muaccel olmaz. Ceza koşulu muacceliyet kazanmadan önce, borçlu aşırı ceza koşulunun indirilmesini isteyemeyeceği gibi, hâkim de indirmeye hükmedemez¹⁰⁴. Muaccel olmayan ceza koşulu edimi bağımsız bir nitelik taşımadığından,

734; GÜLSEVEN, s. 77; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 115; ŞAHİN, s. 925; DÖNMEZ, s. 414; ÖKTEM ÇEVİK, s. 109.

¹⁰² “Türk Ticaret Hukukunda cezai şart, miktarı yönünden sadece Borçlar Kanunundaki “ahlâka aykırılık” kavramı ile sınırlanmış bulunmaktadır. TTK’nın 22. maddesi uyarınca tacirin, borçlu olduğu cezai şartın tenkisini istemesi mümkün değildir. Ancak, taraflarca sözleşme ile kararlaştırılan cezai şart miktarı, borçlu durumda olan tacirin, iktisaden mahvına neden olacak ve onun eskisi gibi ticarî faaliyetini devam ettirmesine imkân tanımayacak derecede ağır ve yüksek ise, ahlâk ve adaba aykırı olarak kabul edilerek, cezai şartın kısmen veya tamamen iptaline karar verilmesi mümkündür. Borçlunun, iktisadî ve ticarî faaliyet ve varlığının tehlikeye girmesine veya yıkılmasına sebebiyet verecek her cezai şart, ahlâk ve adaba aykırıdır. Her ne kadar tacirler TTK’nın 22. maddesi uyarınca ceza koşulunun indirilmesini isteyemez ise de, az yukarıda ifade edilen yeknesaklık kazanan uygulamalar gereğince hükmedilecek cezanın tacirin ekonomik olarak mahvına sebep olacak olması durumunda ahlâka aykırı kabul edilerek tenkis edilmesi gerekmektedir. Davaya konu olayda, hükmolunacak cezanın davacının mahvına sebep olup olmayacağı değerlendirilmemiştir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; dosya kapsamı ve tarafların ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırmak suretiyle hükmolunacak cezanın davacının ekonomik olarak mahvına sebep olup olmadığını belirlemek, mahvına sebep olacak olması halinde makul oranda indirim yapmak suretiyle cezaya hükmederek oluşacak sonuç dairesinde karar vermekten ibaret olup, bu hususlar gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür.” Y. 6. HD, E. 2023/2637, K. 2024/4977, 18.12.2024, (UYAP, Erişim Tarihi: 30.10.2025).

¹⁰³ EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 358; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 234; ÇINAR, s. 99; KARSLIOĞLU, s. 114.

¹⁰⁴ EREN, s. 1344; YÜCEL, s. 2947; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 733; KARSLIOĞLU, s. 114.

müeccel ceza koşulunun indirilmesinde borçlunun menfaati bulunmamaktadır. Bu evrede ceza koşulunun aşırı olup olmadığı saptanamaz¹⁰⁵.

Asıl borcun belirlenen zamanda ve yerde yerine getirilmemesi, borçluya yüklenemeyecek bir sebepten kaynaklandığında ceza koşulu borcu muacceliyet kazanmaz. Örneğin, sözleşmede Adana olarak kararlaştırılmış ifa yerinin alacaklı tarafından Bursa olarak değiştirilmesi ve borçluya bildirimin yapılmaması sebebiyle borçlunun edimini Bursa’da yerine getirememesi ceza koşulunu haklı kılmaz¹⁰⁶.

4. Ceza Koşulunun Aşırı Derecede Yüksek Olması

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının saptanması için başvuru olan ölçütler, aynı zamanda ceza koşulundan yapılacak indirim miktarının belirlenmesinde nazara alınacak ölçütlerdir. Öğreti ve uygulamada ceza koşulunda aşırılığın belirlenmesinde hâkimin yararlanacağı ölçütler, alacaklının menfaatleri, borçlunun borca aykırılığının derecesi, borçlunun kusurunun ağırlık derecesi, tarafların ekonomik durumu ölçütleridir¹⁰⁷. Bu ölçütler sınırlayıcı değildir. Hâkim, her somut olayın özelliğine göre takdir hakkını kullanarak ceza koşulunun aşırı derecede yüksek olup olmadığına hükmedecektir¹⁰⁸.

Yargıtay, TBK m. 182/I’de yer alan, *"Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler."* düzenlemesindeki serbestliğin sınırsız olmadığına isabetle işaret ettikten başka, hükmün son fıkrasındaki *"Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir"* kuralı gereğince, hâkimin taraflarca kararlaştırılan ceza koşulu miktarının fahiş olup olmadığını re’sen incelemek, fahiş ise ceza miktarını indirmekle görevli olduğunu belirtmiştir. Hâkim, aşırı görülen cezai şartın indirilmesinde tazmin ve ceza dengesini tartıma vurmalıdır¹⁰⁹.

¹⁰⁵ GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 733; KARSLIOĞLU, s. 114; TUNÇOMAĞ, s. 87; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 358; KOCAAĞA, s. 337; GÜNAY, s. 180; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 234; ÇINAR, s. 99.

¹⁰⁶ EKİNCİ, Kusur, s. 23.

¹⁰⁷ KILIÇOĞLU, s. 1003; OĞUZMAN/ÖZ, s. 569; GÖKÇEOĞLU, s. 68; YÜCEL, s. 2948; DÖNMEZ, s. 408; ŞAHİN, 905; KOCAAĞA, s. 341; GÜMÜŞ, s. 333.

¹⁰⁸ KOCAAĞA, s. 341; ŞAHİN, 905; DÖNMEZ, s. 408; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 110; GÜMÜŞ, s. 333.

¹⁰⁹ Y. 6. HD, E. 2024/3692, K. 2025/2838, 22.04.2024, (UYAP, Erişim Tarihi: 30.10.2025).

a. Alacaklının Menfaatleri

Ceza koşulunun aşırılığı sebebiyle indirim yapılmasında, borçlunun yanında alacaklının menfaati öncelikle nazara alınmalıdır. Ceza koşulunun aşırılığının belirlenmesi faaliyetinde alacaklının menfaati adalet ve hakkaniyet çerçevesinde gözetilir¹¹⁰. Menfaat kavramı, geniş ve dar anlamda ele alınır. Geniş anlamda menfaat, sözleşmeye aykırılık durumunda alacaklı için doğacak muhtemel zararları içerir. Dar anlamda ise, alacaklının sadece fiilen uğradığı zararları kapsar. Alacaklının menfaatlerinden anlaşılması gereken, geniş anlamda kullanılan menfaat kavramıdır¹¹¹.

Alacaklının mali ve manevi menfaatleri, ceza koşulunun indirilmesinde ölçüt olarak alınır¹¹². Borçlanılmış bir edimin alacaklı için taşıdığı mali değerlerin tümü, mali menfaat terimini oluşturur. Borçlu üstlendiği borca aykırı davranmakla alacaklıyı önemli ölçüde zarara sokmuşsa ceza koşulu indirilir¹¹³. Manevi menfaatler, hukuken korunmaya değer haklı menfaatler oldukları takdirde korunurlar. Haklı menfaatten söz edebilmek için, bunun makul düşünen bir kimse bakımından özel bir korumaya değer bulunması gerekir. Hâkim, hak sahibinin iç dünyasından hareketle takdir hakkını kullanacaktır. Manevi menfaatlerin paraya çevrilmesinde objektif bir ölçüt bulunmamaktadır. Hâkim, bu tür menfaatleri somut olayın özelliklerine göre farazi değer üzerinden hesaplayarak, alacaklının menfaatinin ihlâl edilip edilmediğini değerlendirmelidir¹¹⁴.

Ceza koşulunun borca her aykırılıkta mı yoksa ne kadar aykırılık olursa olsun bir defada mı ödeneceği problemi, tarafların iradesine ve dürüstlük kuralına uygun şekilde çözümlenmelidir. Ceza koşulunun bir kere ödeneceği sürekli edimlerde, ceza koşulu tutarının yüksek tutulması gerekebilir. Böyle bir olasılıkta ceza koşulu miktarı, sadece mevcut zararları değil, muhtemel zararları da karşılamalıdır¹¹⁵. Alacaklının sözleşmede belirlenen menfaatinin çok üzerinde bulunan ceza koşu alacaklının zenginleşmesine yol açacağından,

¹¹⁰ CANSEL/ÖZEL, s. 732; GÜLSEVEN, s. 99; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 359; GÜNAY, s. 182; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 102; GÜMÜŞ, s. 334; KOCAAĞA, s. 344; DÖNMEZ, s. 408; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 234; KAPANCI, Götürü, s. 677.

¹¹¹ GÜNAY, s. 182; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 359.

¹¹² KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 102; GÜLSEVEN, s. 100; DÖNMEZ, s. 408; KARSLIOĞLU, s. 115.

¹¹³ TUNÇOMAĞ, s. 146; GÜLSEVEN, s. 99; DÖNMEZ, s. 408; KOCAAĞA, s. 345; KARSLIOĞLU, s. 115; ŞAHİN, s. 909.

¹¹⁴ KOCAAĞA, s. 345; GÜMÜŞ, s. 335, 336; GÜNAY, s. 190; GÜLSEVEN, s. 100.

¹¹⁵ ŞAHİN, s. 905; ÇINAR, s. 108.

ceza koşulunun aşırılığından söz edilecektir¹¹⁶. Örneğin, sözleşme bedeli 100.000.000 TL iken ceza koşulunun 200.000.000 olarak belirlenmesi halinde apaçık bir oransızlık bulunduğundan, alacaklının menfaatinden söz edilemez¹¹⁷.

b. Borçlunun Borca Aykırılığının Ağırlığı

Borçlunun borca aykırılığının ağırlık derecesi, ceza koşulunun indiriminde önemli bir unsurdur. Bu unsurdan anlaşılması gereken, borçlunun sözleşmeden doğan ifa yükümlülüğüne ne ölçüde uyduğunun belirlenmesidir¹¹⁸. Borçlunun değişik zamanlarda yerine getirmesi gereken borcun önemli bir bölümü yerine getirilmiş, ancak yerine getirilen bu kısma oranla önemsiz bir bölüm kalmışsa, borçlunun borca aykırılığının derecesi oldukça düşüktür¹¹⁹. Ceza koşuluna bağlı olarak belli bir yerde rekabet etmemeyi üstlenen borçlunun rekabette bulunması halinde borca aykırılık derecesi ağır olduğundan, ceza koşulunda fazla bir indirim sağlanmaz. Bir üçüncü kişiye iyilik yapmak amacıyla ya da tesadüfi olarak rekabet söz konusu olmuşsa, hafif borca aykırılık oluşacağından ceza koşulunda indirim yapılır¹²⁰.

Borca aykırılığın derecesi ağır ise, ceza koşulu aşırı sayılmayacağından indirim yapılmayabilir¹²¹. Borca aykırılığın ağırlığı, kısmi ifa açısından önem taşır. Kısmi ifa, borçlunun borca kısmen uygun davrandığını gösterdiğinden, borca aykırılığın ağırlığı buna göre değerlendirilir. Kısmi ifada ceza koşulunun, ifa edilmeyen kısma oranlama yapılarak hesaplanması gerekir. Yapılacak hesaplama sonucunda aşırılık saptanırsa, bu miktar ceza koşulundan indirilir¹²². Borçlu asıl borca birden fazla kez aykırı davrandığında, borca aykırılığın ağır olduğu sonucuna ulaşılarak hâkimin indirim yapmaması gerekir¹²³.

¹¹⁶ GÜLSEVEN, s. 100; DÖNMEZ, s. 409.

¹¹⁷ DÖNMEZ, s. 410.

¹¹⁸ ŞAHİN, s. 914; GÜNAY, s. 191; KOCAAĞA, s. 347; DÖNMEZ, s. 409; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 105; ÖKTEM ÇEVİK, s. 108; GÜLSEVEN, s. 105.

¹¹⁹ GÜLSEVEN, s. 105; GÜMÜŞ, s. 336; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 105.

¹²⁰ GÜMÜŞ, s. 336; GÜNAY, s. 191; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 105.

¹²¹ BİLGE, s. 123; TUNÇOMAĞ, s. 148; GÜNAY, s. 191.

¹²² KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 105; ŞAHİN, s. 905; GÜNAY, s. 191; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 247; KOCAAĞA, s. 348; GÜLSEVEN, s. 106.

¹²³ ŞAHİN, s. 916.

c. Borçlunun Kusurunun Ağırılık Derecesi

Ceza koşulunun indirilmesinde hâkim, asıl borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesinde borçlunun kusurunun ağırılık derecesini nazara alır. Borçlunun kusurlu olması durumunda, kusurun derecesi ceza koşulunun aşırılığının belirlenmesinde ve indirilmesinde önem taşır¹²⁴. Borçlu hafif kusurlu ise, somut olayın özelliğine göre, hâkim ceza koşulunun aşırı olduğuna ve indirilmesine hükmedecektir¹²⁵.

Borçlunun borcu yerine getirmemesinin hafif kusura ya da bir yardımcısının fiiline dayanmasıyla, borçlunun zarar verme kastına dayanması halinin aynı şekilde değerlendirilmesi adalete ve hakkaniyete uygun düşmez¹²⁶. Sözleşmeye aykırı davranmanın borçlunun hafif kusuruna dayandığı durumda borçlu lehine yorumlanır. Zararın, borçlunun çalıştırdığı kişinin kusurundan kaynaklanması hafif kusura örnek olarak gösterilebilir¹²⁷. Zararın doğmasında alacaklının müterafik kusuru varsa, ceza koşulunun indirilmesi gerekir¹²⁸. Yargıtay da aynı kanaattedir¹²⁹.

Borçlu, asıl borcun ihlâlinde kusursuz olduğunu ispat ederek ceza koşulunu yerine getirmekten tamamen kurtulur. Kusurlu olarak ifadan kaçınan ya da kusursuz olduğunu ispatlayamayan borçlu ceza koşulunu ödemekle yükümlüdür¹³⁰. Hilekârlık veya düzenbazlık yapmak ya da kin veya intikam duygularıyla hareket etmek gibi ağır kusurlu davranışlarda bulunan borçlu

¹²⁴ CANSEL/ÖZEL, s. 732; GÜLSEVEN, s. 107; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 106; ŞAHİN, s. 106; CEBE, s. 45.

¹²⁵ TUNÇOMAĞ, s. 149; KOCAAĞA, s. 350; GÜLSEVEN, s. 107; ŞAHİN, s. 917; DÖNMEZ, s. 409; CEBE, s. 45; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 246.

¹²⁶ EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 359; GÜNAY, s. 192; GÜLSEVEN, s. 108; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 245; KARSLIOĞLU, s. 118.

¹²⁷ EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 359.

¹²⁸ KOCAAĞA, s. 350; GÜLSEVEN, s. 107; ŞAHİN, s. 919; GÜMÜŞ, s. 337; TUNÇOMAĞ, s. 149.

¹²⁹ “kira sözleşmesine konu araçta meydana gelen hasarın, sadece davalı şirket şoförünün kusurlu eyleminden kaynaklanmadığı, dava dışı şirketin ve davacı kiraya verenin müterafik kusurunun da bulunduğu, dolayısıyla sözleşmenin feshine davalı kiracının tek başına sebebiyet vermediği gözetilerek sözleşmede kararlaştırılan cezai şart miktarının da fahiş olduğu dikkate alınarak, cezai şart bedelinden hakkaniyete uygun, makul oranda indirim yapılması gerekirken; 13.200,00 TL cezai şart bedelinin davalıdan tahsiline yönelik hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” Y. 3. HD, E. 2019/3165, K. 2019/6031, 01.07.2019, (UYAP, Erişim Tarihi: 31.10.2025).

¹³⁰ YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 245.

hakkında ceza koşulu indirilmeyebilir¹³¹. Öğretide, hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde dürüstlük kuralına uyulması gerektiğinden, borçlunun kasten alacaklının zararına hareket ettiği hallerde ceza koşulunun kesinlikle indirilemeyeceği savunulmuştur¹³². Yargıtay, ceza koşulunun aşırılığının belirlenmesinde ve ceza koşulu miktarının indirilmesinde, borçlunun kusurunun ağırlık derecesinin diğer ölçütlerle beraber tartıma vurulmasına işaret etmiştir¹³³.

d. Tarafların Ekonomik Durumları

Ceza koşulunun aşırılığının indirilmesine karar verilmesinde tarafların, özellikle borçlunun ekonomik durumunun nazara alınması gerekir¹³⁴. Sözleşmede yer alan ceza koşulu değerlendirilirken, tarafların karşılıklı menfaatlerinin korunması gerektiği unutulmamalıdır. Ceza koşulu bünyesi itibarıyla sözleşmede yer alan edimin yerine getirilmesi amacıyla düzenlenmektedir¹³⁵. Borçlunun sömürülmesinin önüne geçilmesini amaçlayan ceza koşulunun indirilmesinde borçlunun ekonomik yönden zayıflığı, aşırılığın tartımı için önemli bir ölçüttür. Sözleşmenin kurulması aşamasında içinde bulunabileceği zayıf ekonomik koşullar uyarınca aşırı ceza koşuluna karşı koyamayacak borçlunun korunması hakkaniyet gereğidir¹³⁶.

¹³¹ KOCAAĞA, s. 350; GÜNAY, s. 192; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 107; TAMER, s. 748; ŞAHİN, s. 917.

¹³² KOCAAĞA, s. 350; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 107; ÇINAR, s. 111.

¹³³ *"...herkesin, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu, hakimın haklı sebepleri göz önünde tutarak karar vermesi gerekeceği, sözleşmede her bir büfe reklam alanı için belirlenen kira bedelinin bakiye tutarı ile hükmedilen cezai şart alacağı arasındaki fahiş fark dikkate alınarak, 6098 sayılı Kanun'un 182/son maddesi gereğince cezai şartın aşırı olduğunun kabulü ile davaya konu teslimi yapılan 57 adet büfe reklam alanına yapılan maliyete yakın bir cezai şartın belirlenmediği, cezai şart talep edilen sürede davacının kira konusu alanları kullanmaları karşılığı elde edebilecekleri kazanç, davalının kusur derecesi, borca aykırı davranışın ağırlığı, kiralananların kullanım süreleri ile yeniden benzer kiralamaların yapılabileceği makul süre, cezai şartın tazmin ve ceza fonksiyonlarının dengeli olarak korunması gereği ve dürüstlük kuralı prensipleri göz önünde bulundurularak, hesaplanan cezai şart bedelinden uygun miktarda hakkaniyete ve dosya kapsamına uygun olacak şekilde indirim uygulanması ve ortaya çıkan sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir."* Y. 3. HD, E. 2025/1876, K. 2025/2835, 14.05.2025, (UYAP, Erişim Tarihi: 30.10.2025).

¹³⁴ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 109; ŞAHİN, s. 921; GÜLSEVEN, s. 110; DÖNMEZ, s. 409; KOCAAĞA, s. 350.

¹³⁵ KOCAAĞA, s. 350; KARSLIOĞLU, s. 119.

¹³⁶ EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 360; ŞAHİN, s. 921; GÜNAY, s. 193.

Eşit mali durumda bulunan taraflar arasındaki ceza koşulu aşırı görünmemesine karşın, ekonomik durumu zayıf olan birisi için aşırı görülebilir¹³⁷. İş hayatındaki veya ülkedeki ekonomik koşullar da ceza koşulunun aşırı sayılması sonucunu doğurabilir. Ceza koşulu yabancı para biriminde kararlaştırıldıysa, enflasyon oranının artışı ya da döviz kurundaki aşırı artışlar sonucunda ceza koşulunun göreceli aşırılığı gündeme gelebilir. Bu durumda aşırı ceza koşulu indirilmelidir¹³⁸.

Borçlunun mali durumu, ceza koşulu miktarını yerine getirme gücüne sahip olup olmadığının belirlenmesi bakımından önemlidir. Borçlunun ifa kudretini, sahip olduğu malvarlığı değerlerinin ceza koşulu miktarını karşılama yetisi olarak değerlendirmek adil olmaz. Buradaki ölçüt, ceza koşulunu yerine getirecek borçlunun ekonomik yıkıma uğrayıp uğramayacağıdır¹³⁹. Örneğin, küçük bir esnafın yaptığı sözleşmede toplam kazancının çok üstünde ceza koşuluna muhatap olması onun piyasadaki varlığını tehlikeye atabilir¹⁴⁰.

Borçlunun ekonomik açıdan zora düşmesi, ekonomik geleceğinin ahlaka aykırı sınırlanmasına sebep olabilir¹⁴¹. Öğretide, borçlunun ekonomik geleceğinin ahlaka aykırı derecede sınırlandırılması durumunda ceza koşulunun hükümsüz olacağını ileri sürülmüştür¹⁴². Karşıt görüş ise, ceza koşulunun indirim olanağının varlığı halinde, borçlunun ekonomik geleceğinin ahlaka aykırı derecede sınırlandırılmasından söz edilemeyeceğini belirtmiştir¹⁴³. Aynı sonuca değişik gerekçeyle katılan ve isabetli bulduğumuz görüşe göre, ahlaka aykırılığı da barındıran TBK m. 182/III düzenlemesi, özel hüküm olduğu için; Türk Medeni Kanunu¹⁴⁴ (TMK) m. 23 ve TBK m. 27'ye göre hükümsüzlük yaptırımının uygulanmasına engel niteliktedir. Kanun koyucu, aşırı ceza koşulunun hukuki sonucunu göreceli olarak özel hükümle düzenlediğinden, ceza koşulunun ahlaka aykırı derecede aşırı olması

¹³⁷ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 109; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 360; GÜNAY, s. 193.

¹³⁸ ŞAHİN, s. 930.

¹³⁹ KILIÇOĞLU, s. 1004; KOCAAĞA, s. 350; ŞAHİN, s. 922; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 109; DÖNMEZ, s. 409; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 248.

¹⁴⁰ DÖNMEZ, s. 409.

¹⁴¹ GÜLSEVEN, s. 117; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 248.

¹⁴² BİLGE, s. 125; TUNÇOMAĞ, s. 145; ÇINAR, s. 93; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 78-80; DÖNMEZ, s. 414; GÜMÜŞ, s. 333.

¹⁴³ KOCAAĞA, s. 326; GÜLSEVEN, s. 117.

¹⁴⁴ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, RG. T. 08.12.2001, S. 24607.

bakımından bir ayırım yapmıştır¹⁴⁵. TBK m. 27/II hükmü uygulanarak ahlaka aykırı ceza koşulunun kesin hükümsüz sayılması yerine, münhasıran ahlaka aykırılık oluşturan miktarın hükümsüz sayılarak ceza koşulunun indirilerek varlığını korumak kanun koyucunun amacına uygundur¹⁴⁶.

5. Borçlunun İndirme Talebinin Bulunması

Ceza koşulunun aşırı olup olmadığını hâkim re'sen gözetir. TBK m. 182/III'te yer alan "*kendiliğinden*" ibaresiyle mülga BK dönemindeki tartışmalar anlamını yitirmiştir. Yasal düzenlemeyle hâkime aşırı ceza koşulunun indirileceği yetkisi verilmiş ise de borçlunun ceza koşulunun indirilmesini mahkemen isteyebilmesinin önünde hukuksal engel bulunmamaktadır¹⁴⁷. Ceza koşulunun kısmen yerine getirilmesinde, aşırılığın ceza koşulunun tamamı üzerinden tartıma vurulması gerekir¹⁴⁸.

Hâkim, ceza koşulunun indirimi için gerekli koşulların var olup olmadığını re'sen değerlendirir¹⁴⁹. TBK m. 182/III'te hâkime hem yükümlülük getirilmiş hem de takdir yetkisi verilmiştir. Hâkim, aşırı ceza koşulunu indirerek sözleşmeye müdahale etmekle yükümlüdür. Ceza koşulunun aşırı olup olmadığının ve aşırı olması durumunda hangi oranda indirileceği konuları hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi gerekli ve zorunludur¹⁵⁰. Borçlu açacağı bir davada veya görülmekte olan bir davada karşı dava veya itiraz yoluyla, ceza koşulunun aşırı olduğunu ileri sürebilir. Borçlunun, ceza koşulunun indirilmesini talep edeceği dava yenilik doğuran bir davadır¹⁵¹. Hâkimin vereceği aşırı ceza

¹⁴⁵ YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 249; GÜLSEVEN, s. 96; ŞAHİN, s. 923.

¹⁴⁶ YÜCEL, s. 2946; GÜLSEVEN, s. 117; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 80; GÜMÜŞ, s. 333; ŞAHİN, s. 923.

¹⁴⁷ KILIÇOĞLU, s. 1003; OĞUZMAN/ÖZ, s. 570; ÖKTEM ÇEVİK, s. 109; KARSLIOĞLU, s. 115; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 361; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 121; GÜLSEVEN, s. 122.

¹⁴⁸ TUNÇOMAĞ, s. 156; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 362.

¹⁴⁹ EREN, s. 1346; GÜLSEVEN, s. 123; YAĞCIOĞLU, Bağlanma Parası, s. 1251; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 121; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 361; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 408; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 732; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 220.

¹⁵⁰ YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 220; GÜMÜŞ, s. 341.

¹⁵¹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 408; YÜCEL, s. 2950; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 121; TUNÇOMAĞ, s. 162.

koşulunu indirme kararı geçmişe yürür. Ceza koşulu, kararlaştırıldığı andan itibaren hükümde belirtilen indirilmiş miktarla yeniden kurulmuş sayılır¹⁵².

6. Ceza Koşulunun İfa Edilmemiş Olması

Ceza koşulunun ifa edilmesi halinde aşırı ceza koşulunun indirilmesinin talep edilip edilmeyeceği hem mehz Kanun'da hem de TBK'nda düzenlenmemiştir. Aşırı ceza koşuluna itiraz edilmeden ödenmesi düşük olasılık olsa da aşırı ceza koşulunun indiriminin talep edilebilmesi için borcun ifa edilmemiş olması gerekir. Ceza koşulunu ifa eden borçlu, indirim talebinden vazgeçmiş sayılır¹⁵³.

Öğretideki hâkim görüşe göre, borçlunun çekince (ihtirazi kayıt) ileri sürerek ceza koşulunu ödemesi durumunda ise, indirimi talep hakkı varlığını sürdürür. Borçlu temerrüde düşmek endişesiyle ceza koşulu olarak belirlenmiş edimi çekince ileri sürerek ifa ederse, aşırı olan kısmın geri verilmesini isteyebilecektir¹⁵⁴. Çekince kullanılması, asıl haktan doğan yan hakların yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olduğundan yan borçların canlı kalmasını sağlar. Aksi takdirde ifanın sonucu olarak, borç tüm fer'ileri ile birlikte sona ermiş olacaktır¹⁵⁵. Yargıtay, kararlaştırılan ifaya ekli ceza koşulunun, sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, teslimde cezai koşulun saklı tutulduğuna dair çekince konulması zorunlu olduğunu belirterek hükmün bozulmasına karar vermiştir¹⁵⁶.

¹⁵² EREN, s. 1346; ÇETİNER, s. 707.

¹⁵³ EREN, s. 1344; OĞUZMAN/ÖZ, s. 570; KILIÇOĞLU, s. 996; GÜNERGÖK/KAYIHAN, s. 733; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 94; GÜMÜŞ, s. 341; YÜCEL, s. 2949; GÜNAY, s. 181; KARSLIOĞLU, s. 115; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 362.

¹⁵⁴ KILIÇOĞLU, s. 995; YÜCEL, s. 2949; KARSLIOĞLU, s. 115; BİLGE, s. 119; TUNÇOMAĞ, s. 156; GÜLSEVEN, s. 93; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 95.

¹⁵⁵ BAŞAR, Didem: "İfaya Eklenen Cezai Şart", Dicle Adalet Dergisi, 2018, C.2, S.4, s. 67.

¹⁵⁶ "Sözleşmedeki cezai şarta ilişkin düzenleme, sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan TBK'nın 179/2 maddesinde kararlaştırılan ifaya ekli cezai şart olup, sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça teslimde cezai şartın saklı tutulduğuna dair ihtirazi kayıt konulması zorunludur. Sözleşmeye göre cezai şart verilebilmesi için iskân raporu alınması şart olmayıp, inşaatın iskân raporu alma seviyesine getirilmesi yeterlidir. Bu şekilde fiili teslim yapılması halinde en geç buna uygun fiili teslimde kadar ihtirazi kaydın iş sahibince ileri sürülmesi gerekir. Bu nedenle, ifaya ekli cezai şartın talep edilebilmesi için davacı iş sahibinin dava konusu taşınmazları teslim alıp almadığı, teslim almış ise bu kez ihtirazi kayıtlı teslim alıp almadığı araştırılarak cezai şart talebi yönünden oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu yönden bozulması gerekmştir." Y. 3. HD, E. 2024/1145, K. 2025/1495, 15.04.2025 (UYAP, Erişim Tarihi: 29.09.2025).

Bu düşünceye katılmakla beraber, borçlunun alacaklı tarafından sömürülmesinin önüne geçmek için benimsenen ceza koşulunun indirilmesi hukuki kurumunda, yerine getirilmiş ceza koşulunun indirilmesinin talep edilemeyeceğine ilişkin katı görüşün yumuşatılması gerektiği kanaatindeyim. Buna göre, ceza koşulunu aşırı kılan sebeplerin ifadan sonra ortaya çıkması ya da borçlunun bu sebepleri ifadan sonra öğrenmesi hallerinde, aşırı ceza koşulunun indirilmesi talep edilebilmelidir¹⁵⁷.

III. AŞIRI CEZA KOŞULUNDA İNDİRİM MİKTARININ BELİRLENMESİ

A. Aşırılığın Belirlenmesinde Esas Alınacak Tarih

Hâkimin ceza koşulunun aşırılığının belirlenmesinde esas alacağı tarih hususunda Kanun'da bir hüküm bulunmamaktadır. Bu tarih, asıl borcun parasal değerinin sürekli değiştiği durumlarda önem arz eder¹⁵⁸. Ceza koşulu miktarının aşırılığının belirlenmesinde esas alınacak tarihler; ceza koşuluna ilişkin hukuki işlemin yapıldığı günün esas alınması, ceza koşulunun kazandığı muacceliyet tarihi, dava tarihinin esas alınması, olayın özelliklerine göre değişik zamanların esas alınması ya da hâkimin karar verdiği anın esas alınmasıdır¹⁵⁹.

Hukuki işlemin yapıldığı anın esas alınması görüşü ekonomik gerçeklerle bağdaşmamaktadır. Hukuki işlemin yapıldığı tarihte münasip olan ceza koşulu, ekonomik koşulların değişmesiyle sonradan aşırılaşabilir. Bu sebeple hukuki işlemin yapıldığı anın kabulü, ceza koşulunda sonradan indirim yapılmaması sonucunu doğuracağından borçlunun aleyhine olur¹⁶⁰. Başka bir olasılıkta ise, başlangıçta aşırı olduğu gerekçesiyle indirim öngörülen ceza koşulu miktarı, makul değer seviyesine indiğinde bir kez daha değersizleşeceğinden alacaklının aleyhine bir durum oluşacaktır¹⁶¹.

Ceza koşulunun ve asıl borcun paradan başka bir edim olması karşısında da edim değerinin zaman zarfında değişmesi mümkündür. Sözleşmenin

¹⁵⁷ KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 98.

¹⁵⁸ YÜCEL, s. 2951; KOCAAĞA, s. 351; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 238; GÜLSEVEN, s. 121; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 111; DÖNMEZ, s. 410.

¹⁵⁹ DÖNMEZ, s. 410; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 360; GÜNAY, s. 194; GÜLSEVEN, s. 121; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 238.

¹⁶⁰ GÜLSEVEN, s. 121; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 239.

¹⁶¹ TUNÇOMAĞ, s. 151; GÜLSEVEN, s. 121; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 239.

kurulduğu andan ceza koşulunun yerine getirileceği ana kadar, kararlaştırılan ceza koşulu ediminin değer değişikliğine uğraması sonucunda, indirimin esas alınacağı tarihin saptanması taraf menfaatlerini dengeleyebilme bakımından önemli bir sorunsaldır¹⁶². Asıl borcun konusunu fiyatları artan değişken mallar oluşturursa, alacaklının bu sebeple sağlayacağı değer fazlalığı nazara alınarak, başlangıçta makul düzeyde olan ceza koşulu sonradan aşırı hale gelebilir¹⁶³.

Muacceliyet anının esas alınmasını öneren görüş, asıl borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi üzerine ceza koşulunun muaccel olduğu anın esas alınması gerektiğini savunmaktadır¹⁶⁴. Bu görüşün kabulü halinde, piyasalarda kısa sürede yaşanabilecek ekonomik değişimler göz ardı edilecektir¹⁶⁵. Dava tarihinin esas alınması görüşü¹⁶⁶, yargılama sürecinin uzaması durumunda, borçlunun ve alacaklının ekonomik durumlarının ve menfaatlerinin değişkenlik göstermesine ve aralarındaki menfaat dengesinin bozulmasına yol açacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁶⁷. Olayın özelliklerine göre değişik zamanların esas alınması görüşü, yargı pratiğinde istikrarsızlığa yol açabilir. Benzer olaylarda farklı anların esas alınması hukuk güvenliğini zedeleyecektir¹⁶⁸.

Hâkimin karar verdiği anın dikkate alınması gerektiğini belirten ve isabetli bulduğumuz görüşe göre, tarafların ekonomik menfaatleri değişkenlik gösterebileceğinden, indirimin yapılacağı ana en yakın tarihin esas alınması hakkaniyete uygun sonuçlar doğurur¹⁶⁹. Ceza koşulu ediminin paradan başka bir şey olması durumunda, aşırılığın saptanmasından önce edimin parasal değerinin belirlenmesi gerekir. Bu olasılıkta da, yargılamada parasal değeri belirleyen bilirkişi raporunun karar anına en yakın tarihte aldırılması uygun olacaktır¹⁷⁰.

¹⁶² KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 111; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 238.

¹⁶³ GÜNAY, s. 194; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 238.

¹⁶⁴ ŞAHİN, s. 904; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 112.

¹⁶⁵ TUNÇOMAĞ, s. 151; GÜLSEVEN, s. 122; KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, s. 112.

¹⁶⁶ GÜNAY, s. 196.

¹⁶⁷ GÜLSEVEN, s. 122; KOCAAĞA, s. 352.

¹⁶⁸ TUNÇOMAĞ, s. 151.

¹⁶⁹ YÜCEL, s. 2951; DÖNMEZ, s. 411; EKİNCİ, Ceza Koşulu, s. 360; GÜLSEVEN, s. 122; YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 239.

¹⁷⁰ YAĞCIOĞLU, Ceza Koşulu, s. 239, 240.

B. Aşırılığı Tespite Görevli ve Yetkili Makam

Aşırı ceza koşulunun tespiti ve indirilmesi yetkisi hâkime ait olmakla birlikte Kanun'da, belli bir mahkeme görevli veya yetkili kılınmıştır. Görevli ve yetkili mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁷¹ (HMK) hükümlerine göre belirlenir. HMK m.2'ye göre, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın aksine bir düzenleme bulunmuyorsa, görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir¹⁷². Özel kanunlarda belirlenen göreve ilişkin kurallar saklı olduğundan, ceza koşulu ticari bir sözleşmeye ilişkinse, görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleridir. Ceza koşulu iş sözleşmesine ilişkinse iş mahkemeleri görevlidir. Bu durum göreve ilişkin düzenlemelerin tümü için geçerlidir¹⁷³.

HMK m. 6'ya göre yetkili mahkeme, gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Yetkili mahkeme belirlenirken, her bir somut olay özelinde yetki kuralları dikkate alınmalıdır¹⁷⁴.

C. Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi Kararı

TBK m.182/III hükmüne göre, hâkim aşırı gördüğü ceza koşulunu re'sen indirebilir. Ceza koşulunun aşırı olduğu ve bu sebeple indirilmesi gerektiği dava ya da karşı dava yoluyla ileri sürülebileceği gibi itiraz yoluyla da ileri sürülebilir¹⁷⁵. Hâkime ceza koşulunu indirme hususunda kendiliğinden inceleme yetkisi verilmesi, borçlu tarafından ceza koşulunun indirilmesini talep etme hakkını engellemez. Uygulamada genellikle borçlu, ceza koşulunun aşırılığını ileri sürerek mahkemeye başvurur. TBK m. 182/III hükmü borçlunun bu başvurusunu engellemediğinden, hâkim taleple bağlı olmaktan kurtulur¹⁷⁶. Aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin davada, borçlunun dava dilekçesinde indirilecek aşırı ceza miktarını belirtmesinin gerekli olduğu ileri sürülmüştür. Bu durumda hâkim, ceza koşulunu borçlu tarafından belirlenen miktarın altına indiremez¹⁷⁷. Borçlu kendisine karşı

¹⁷¹ 6100 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

¹⁷² GÜLSEVEN, s. 125; KOCAAĞA, s. 365.

¹⁷³ KOCAAĞA, s. 365.

¹⁷⁴ GÜLSEVEN, s. 124; KOCAAĞA, s. 364.

¹⁷⁵ GÜLSEVEN, s. 124; GÜMÜŞ, s. 353; KOCAAĞA, s. 356.

¹⁷⁶ KOCAAĞA, s. 356; GÜMÜŞ, s. 353.

¹⁷⁷ TUNÇOMAĞ, s. 164.

açılan davada aşırı ceza koşulunun indirilmesini itiraz yoluyla isterse, herhangi bir miktar göstermek zorunda değildir¹⁷⁸.

Hâkim, hakkaniyete ve adalete göre aşırılığı belirleyerek, hakkaniyet ve taraf menfaatlerine uygun olarak aşırı ceza koşulunu indirir. Kanun'da kesin ölçütler belirlenmediğinden, hâkim her somut olayın özelliklerine göre değerlendirmede bulunur¹⁷⁹. Alacaklının menfaatinin yanı sıra borçlunun ve alacaklının ekonomik durumu, ceza koşulunun amacı, ceza koşulunun yerine getirilip getirilmemesi sebebiyle tarafların uğrayacağı zarar miktarı ile borçlunun edimini gereği gibi ya da hiç yerine getirmemesi sebepleri nazara alınır¹⁸⁰. Yargıtay da aynı ölçütleri benimsemiştir¹⁸¹.

Borçlu dava dilekçesinde kararlaştırılan ceza koşulunun neden aşırı sayılması gerektiğine ilişkin kanıtlarını göstermelidir. Talep sonucunda, kendi açısından aşırılık oluşturmayan miktarı belirtmesi gerekir¹⁸². Borçlunun belli bir miktar ceza koşulunu yerine getireceğini belirtmesi, hâkimi asgari tutar olarak bağlar. Hâkimin borçlunun yerine getireceğini beyan ettiği ceza koşulundan daha az bir tutara karar vermesi, alacaklının menfaatine aykırıdır. Hâkimin ceza koşulunu borçlunun talep ettiğinden daha az miktara indirmesi ise mümkündür¹⁸³.

Ceza koşulu konusunun bölünebilir bir edim içermesi durumunda, hâkim, ceza koşulunun aşırı bulduğu bölümünü indirir. Değer ve niteliğini zedelemeksizin, maddi yönden küçük parçalara ayrılabilen bütün edimler

¹⁷⁸ GÜLSEVEN, s. 128.

¹⁷⁹ KILIÇOĞLU, s. 1002; GÜLSEVEN, s. 134; KARSLIOĞLU, s. 115; YAĞCIOĞLU, Bağlanma Parası, s. 1251.

¹⁸⁰ GÜLSEVEN, s. 131; KARSLIOĞLU, s. 115.

¹⁸¹ "... Hâkim, cezai şartın fahiş olup olmadığını değerlendirirken, tarafların ekonomik durumları, borçlunun ödeme gücü, alacaklının, kendisine asıl borcun ifasındaki yararıyla cezai şart ödenmesi halindeki yararı arasında makul ve adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılmasından dolayı alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması sebebiyle sağladığı menfaat, borçlunun kusuru derecesi ölçü alınıp cezai şart miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak saptanmalıdır. Hâkimin bu kuralları uygularken kullanacağı takdir hakkının Yargıtay denetimine elverişli olması gerekir. Aşırılığın belirlenmesinde cezai şartın, borcun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözetilip böyle bir baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde indirimden kaçınılmalıdır..." Yarg. HGK. T. 27.03.2023, E.2012/13-821, K.2013/409, (UYAP, Erişim Tarihi: 30.09.2025).

¹⁸² AKKAYAN YILDIRIM, s. 385; GÜMÜŞ, s. 355.

¹⁸³ GÜMÜŞ, s. 355.

bölünebilir edimdir¹⁸⁴. Aşırı ceza koşulunun bölünemez bir edim içermesi halinde ise hâkim, iki biçimde indirim yapabilir. Birinci indirim biçimi, hâkimin bölünmez eşyadan ibaret ceza koşulu edimi yerine, borçlunun belirli bir miktar para ödemesine karar vermesidir¹⁸⁵. İkinci indirim biçiminde hâkim, alacaklının kendi isteğiyle bir miktar parayı karşılıklı ve aynı anda borçluya vermesi şartıyla, borçluyu ceza koşulunu ödemeye yükümlendirebilir¹⁸⁶. Öğretide, ikinci indirim biçimi hâkimin indirim hakkını aşırı derecede aştığından bahisle eleştirilmektedir¹⁸⁷. İsaletli bulduğumuz bir başka görüşe göre, hâkimin her bir somut olayda aşırı ceza koşulunu değerlendirirken her iki biçime göre alacaklının menfaatlerini öne alarak indirimin şekline karar vermesi gerekir¹⁸⁸. Ceza koşulunun indirilmesine dair karar, inşaî nitelikli bir karardır. Hâkim, ceza koşulu miktarı üzerinde değişiklik yaptığından, dava sonunda verilen hüküm ile yeni bir hukuki durum oluşur¹⁸⁹.

SONUÇ

Ceza koşulu, var olan borcun gereği gibi yerine getirilmesi hususunda, borçlu üzerinde baskı oluşturarak, asıl borcun ifasını; asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumlarında ise, alacaklının doğacak muhtemel zararlarının karşılanmasını güvence altına alan ve bu konuda alacaklıya ispat kolaylığı sağlayan; muaccel olana kadar asıl borca bağlı olan; muaccel olduğunda bağımsız nitelik kazanan, malî değere sahip bir edimdir. TBK m. 180/I'e göre, *“Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.”* Bu hükümle, ceza koşulu kararlaştırmış olan tarafların zarar konusunda ihtilâfa düşmelerinin önüne geçilmiştir.

TBK m. 180/II' ye göre, *“Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.”* Hükümde, ceza koşulu miktarının gerçekleşen zararın altında kaldığı durumlarda alacaklıyı korumak için, alacaklıya aşan zararın tazminini borçludan talep edebilme olanağı sağlanmıştır. Ceza koşulunu aşan tutara kadar uğranılan zararın, ceza koşuluyla tek kalemde ileri sürülebilmesiyle, Kanun koyucu genel hükümlerdeki kusur karinesinden

¹⁸⁴ GÜLSEVEN, s. 129; GÜMÜŞ, s. 355.

¹⁸⁵ GÜLSEVEN, s. 129; GÜMÜŞ, s. 355.

¹⁸⁶ GÜLSEVEN, s. 130.

¹⁸⁷ KOCAAĞA, s. 369.

¹⁸⁸ GÜLSEVEN, s. 130; GÜMÜŞ, s. 355.

¹⁸⁹ HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 409; GÜMÜŞ, s. 355; KOCAAĞA, s. 358.

ayrılmıştır. Borçlu lehine olacak şekilde, alacaklıya aşan zararını tazmin ettirebilmek için borçlunun kusurunu ve uğradığı aşan zararının ispat yükü getirilmiştir.

TBK m.182/III'te, hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirebileceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu, bu düzenlemeyle sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasının ve ekonomik dengenin zayıf konumda borçlu aleyhine bozulmasının önüne geçmek istemiştir. Hâkim, ceza koşulunun aşırı nitelikte olup olmadığını ve aşırılık varsa hangi oranda indirim yapılacağını somut olayın özelliklerini nazara alarak, adalet ve hakkaniyete göre takdir eder. Tacir sıfatını haiz borçlu, ticari işletmesini ilgilendiren ceza koşulunun aşırılık sebebiyle indirilmesini mahkemeden talep edemez. Tacirlik sıfatının bulunup bulunmadığı araştırılırken esas tutulacak an, ceza koşulunun muacceliyet anı değil de taahhüt edildiği andır. Ceza koşulu miktarı, tacirin ekonomik yıkımına ya da çöküntüsüne sebep olabilecek nitelikte ise, TBK m. 27 gereğince ceza koşulunun kesin hükümsüz sayılması mümkündür.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesine dair yasal düzenlemeler, borçlunun sömürülmesinin önüne geçilmesine yönelik olduğundan kamu düzenine ilişkindirler. Borçlunun indirme hakkından önceden vazgeçmesi kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbidir. Ceza koşulunun indirimi için gerekli şartlar; taraflar arasında geçerli bir ceza koşulunun bulunması, ceza koşulunun muacceliyet kazanması, ceza koşulunun miktarının aşırı olması, borçlunun talepte bulunması ile ceza koşulunun ifa edilmemesidir. Öğretideki hâkim görüşe göre, borçlunun çekince (ihtirazi kayıt) ileri sürerek ceza koşulunu ödemesi durumunda ise, indirimi talep hakkı varlığını sürdürür. Kanaatimizce, ifa edilmiş ceza koşulunun indirilmesinin talep edilemeyeceğine ilişkin bu görüşün yumuşatılması gerekir. Buna göre, ceza koşulunu aşırı kılan sebeplerin ifadan sonra ortaya çıkması olması ya da borçlunun bu sebepleri ifadan sonra öğrenmesi hallerinde, aşırı ceza koşulunun indirilmesi talep edilebilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Borçlar Hukuku, 29. Baskı, İstanbul 2020.
- AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, Journal of Istanbul University Law Faculty, 2003, C. 61, S.1-2, s. 357-414.
- AKSOY, Hüseyin Can: “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2018, C. 24, S. 2, s.999-1018.
- ALTINOK ORMANCI, Pınar: “İsviçre Federal Mahkemesi’nin ATF 140 III 200 Kararı Işığında Şekle Aykırı Sözleşmede Yer Alan Ceza Koşulunun Geçerliliği”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 11, S. 139-140, s. 121-142.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 16. Bası, Ankara 2024.
- BAŞAR, Didem: “İfaya Eklene Cezai Şart”, Dicle Adalet Dergisi, 2018, C.2, S.4, s.49-77.
- BİLGE, Necip: Cezai Şart, Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara 1958, s. 37-128.
- BİNGÖL, F. İttr: “Temerrüde Düşen Borçlunun Ödeyeceği Tazminat Miktarına, Alacaklının 3. Kişiye Ödeyeceği Cezai Şartın Etkisi”, Prof. Dr. Muallâ Öncel’e Armağan, C. 2, Ankara 2009, s. 1399-1415.
- CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, 2013, C. 8, Özel Sayı, s.713-733.
- CEBE, Mehmet Sina: "Cezai Şartın Tenkisinde Ölçü", Terazi Hukuk Dergisi, 2023, C. 18, S. 201, s. 38-56.
- ÇETİNER, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2024.
- DİRİCAN, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007.
- DOĞAN, Beşir Fatih: “TEİAŞ’ın Uyguladığı Cezai Şartların Hukuka Uygunluğu”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 4, S. 1, s. 61-84.
- DOĞAN, Murat/ŞAHAN, Gökhan/ATAMULU, İsmail: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2023.
- DÖNMEZ, Zeynep: “Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi Olarak Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2025, C. 13, S. 25, s. 399-419.
- EKİNCİ, Hüseyin: “Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, 2007, S. 8, s.21-28, (Kusur).
- EKİNCİ, Hüseyin: Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, 2. Baskı, Ankara 2015. (Ceza Koşulu).
- ERDEM, Mehmet: “Pey Akçesi-Pişmanlık Akçesi-Dönme Tazminatı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, İstanbul 2009, s. 663-684.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 29. Baskı, Ankara 2024.
- GÖKÇEOĞLU, Kamil Haluk: Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul 2007.

- GÖKYAYLA, Kadir Emre: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde, Mahkemece Sözleşmenin Feshine Karar Verilen Hallerde İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Akıbeti”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 47-67.
- GÜLSEVEN, Hilal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şartın İndirilmesi, Ankara 2016.
- GÜMÜŞ, Sarp: “Yargıtay Kararları Kapsamında Ceza Koşulu ve Aşırı Ceza Koşulunun İndirilmesi”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, C. 9, S. 2, s. 317-361.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara 2002.
- GÜNERGÖK, Özcan/KAYIHAN, Şaban: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, İstanbul 2024.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA: Kadir Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, İstanbul 2021.
- KABAKLIOĞLU ARSLANYÜREK, Yasemin: Ceza Koşulu ve Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, İstanbul 2018.
- KAPANCI, Kadir Berk: “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 655-683, (Götürü).
- KAPANCI, Kadir Berk: “Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi İle Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C. II, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C. 15, S. 1, Özel Sayı, s. 661-684, (Sözleşme Cezası).
- KARSLIOĞLU, Hasan: “Karşılaştırmalı Hukukta Hâkimin Ceza Koşulunu İndirme Yetkisi”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, C. 7, S. 12, s. 109-138.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Ankara 2018.
- KIRCA, Çiğdem: “Genel İşlem Koşulları İle Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Denetlenmesi”, Çankaya Üniversitesi’nin 20. Kuruluş Yılı Etkinlikleri, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, (Ed. Emel Badur ve Gamze Turan Başara), 10-11 Haziran 2016, Ankara 2016, s. 119-133.
- KOCAĞA, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), 2. Baskı, Ankara 2018.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 2, 19. Bası, İstanbul 2024.
- ÖKTEM ÇEVİK, Seda: “Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, 26- 27 Mayıs 2012, İstanbul 2014, s. 97-112.
- SARI, Suat: “Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul, 26-27.06.2008, s. 299-304.
- ŞAHİN, Musa Furkan: “Ceza Koşulunun Aşırılığının Tespit Edilmesi Konusunda Yargı Kararlarında Kullanılan Kıstaslar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, C. 25, S. 2, s. 895-937.
- TAMER, Ahmet: “Tacirler Bakımından Cezai Şart (Ceza Koşulu)”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2013, S.14, s.731-770.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.
- UYAP: Ulusal Yargı Ağı Projesi.

YAĞCIOĞLU, Burcu: “Bağlanma Parası, Cayma Parası, Bunların Ceza Koşuluyula Benzerlikleri ve Farklılıkları”, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 1207-1270, (Bağlanma Parası).

YAĞCIOĞLU, Burcu: Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Ankara 2019, (Ceza Koşulu).

YÜCEL, Özge: “Fahiş Cezai Şartın Tenkisi”, Prof. Dr. Sarper Sözek’e Armağan, C. 3, İstanbul 2011, s. 2945-2956.

GENEL KURULDA YÖNETİM KURULU ÜYELERİ/MÜDÜRLER ALEYHİNE SORUMLULUK DAVASI AÇILMASI KARARI VE GÜNDEME BAĞLILIK İLKESİ

*The General Assembly Resolution to Bring a Lawsuit Against
Directors and the Principle of Adherence to the Agenda*

Doç. Dr. Murat GÜREL*
Doç. Dr. Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN**

ÖZ

Bu çalışma, yönetim kurulu üyeleri/müdürler aleyhine şirket tarafından açılacak sorumluluk davalarında, genel kurul kararı alınmasının gündeme bağlılık ilkesiyle olan ilişkisini incelemektedir. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı uyarınca, bu tür davalar için genel kurul kararı bir dava şartı olarak kabul edilmektedir. Gündeme bağlılık ilkesi, pay sahiplerinin haklarını korumayı amaçlarken, yönetim kurulunun gündemi belirleme yetkisi nedeniyle menfaat çatışması yaratabilmektedir. Makalede, sorumluluk davası açılması kararının gündeme bağlılık ilkesine tabi olduğu, ancak bu ilkenin katı yorumlanmaması gerektiği savunulmaktadır. Gündemde açıkça sorumluluk davasına ilişkin bir madde olmasa dahi, finansal tabloların müzakeresi, ibra veya özel denetim raporunun görüşülmesi gibi bağlantılı konuların varlığı halinde, genel kurulun dava açma kararı alabileceği belirtilmektedir. Bu esnek yaklaşım, şirketin dava açma hakkının işlevsiz kalmasını önlemeyi ve pay sahiplerinin menfaatlerini korumayı hedeflerken, ilkenin öngörülebilirlik amacının da göz ardı edilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır

Anahtar Kelimeler: Gündeme bağlılık ilkesi, sorumluluk davası, genel kurul kararı, yönetim/müdürler kurulu üyeleri, ibra.

Makale Geliş Tarihi: 06.10.2025

Makale Kabul Tarihi: 15.12.2025

“Makale hakem incelemesinden geçmiştir.”

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: gurelm@ankara.edu.tr, ORCID No: 0000-0002-4671-9374.

** TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: cyatagan@etu.edu.tr, ORCID No: 0000-0002-1986-703X.

ABSTRACT

This study analyzes the relationship between the principle of adherence to the agenda and the general assembly resolution required for a company to bring a lawsuit against its directors. Under the established jurisprudence of the Turkish Court of Cassation, such a resolution constitutes a procedural prerequisite for the lawsuit. This creates a potential conflict of interest, as the board of directors, which typically sets the agenda, may prevent its own liability from being discussed.

The paper argues that a rigid application of the agenda principle is therefore inappropriate in this context. It posits that a resolution to sue directors can be validly passed, even without a specific item on the agenda, provided that closely related matters are scheduled for discussion. Such issues include reviewing financial statements, releasing directors from liability (discharge), or discussing a special audit report. This flexible interpretation is essential to ensure that the corporate right of action is not frustrated and to protect shareholder interests, while still upholding the principle's core purpose of ensuring foreseeability in the proceedings of the general assembly.

Keywords: *Principle of adherence to the agenda, liability action, general assembly, board members, discharge (release from liability).*

GİRİŞ

Yerleşik yargı içtihatları; anonim ve limited şirketler ile kooperatiflerde, yönetim kurulu üyeleri aleyhine şirket tüzel kişiliği adına açılacak sorumluluk davalarında genel kurul kararını şart koşturmaktadır. Bu konuda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüş¹, ancak Yargıtay tüzel kişinin davacı olacağı sorumluluk davalarında genel kurul kararının aranacağı içtihadını² yerleştirmiştir. Çalışmamızda dava açılması konusunda karar almaya yetkili organın hangisi olduğu tartışmasında bir pozisyon almadan mevcut yargı uygulamasını esas alarak, sorumluluk davası açılmasına ilişkin genel kurul kararında gündeme bağlılık ilkesinin nasıl işlediği üzerinde duracağız. Hemen belirtelim ki, çalışmada anonim şirketler esas alınacak olmakla birlikte, açıklamalarımız ve vardığımız sonuçlar limited şirketler (TTK m. 617.3) ve kooperatifler (Kooperatifler Kanunu m. 98) bakımından da geçerlidir.

¹ Tartışmalar için bkz.: AKDAĞ GÜNEY, Necla: *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Bası, İstanbul 2016, s. 331 vd.; BAHTİYAR, Mehmet: “*Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu*”, Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı (editörler: Sabih ARKAN et al.), Ankara 2016, s. 393 vd.; BOZKURT YAŞAR, Sevgi: “*Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Şirket Adına Sorumluluk Davası Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ*”, BATİDER 2018, C. 34, S. 1, s. 147-153; HELVACI, Mehmet: “*Anonim Ortaklık Tarafından Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu -Düşünce ve Değerlendirmeler-*”, Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu 20 Ekim 2017 (editörler: Abuzer KENDİGELEN et al.), İstanbul 2018, s. 143 vd.; ÇAMOĞLU, Ersin/(POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal): *Ortaklıklar Hukuku I*, 16. Bası, İstanbul 2025, N. 601 vd.; KAYAR, İsmail: “*Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararı?*”, *Şirketler Hukukunun Güncel Kararları Sempozyumu*, Ankara 2019, s. 76; KARAMAN COŞGUN, Özlem/DOĞRUSÖZ KOŞUT, Hanife: “*Kurucuların, Yönetim Kurulu Üyelerinin, Yöneticilerin Ve Tasfiye Memurlarının Sorumluluğu*”, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt III (editör: Kemal ŞENOCAK), Ankara 2023, s. 3863-3866 ve orada işaret edilen görüşler.

² Limited şirketler ile kooperatif şirketlere de uygulanan ve Yüksek Mahkeme tarafından tamamlanabilir bir dava şartı olarak nitelendirilen şirket tarafından açılacak sorumluluk davasında genel kurul kararına ilişkin örnekler için bkz. Y. 11. HD, E. 2023/860, K. 2024/594, 16.02.2024; Y. 11. HD, E.2024/885, K. 2025/375, 23.01.2025 (Yargıtay Emsal Karar Arama), ayrıca bkz. Y. 11. HD, E. 2022/3794, K. 2023/7678 26.12.2023; Y. 11. HD, E.2020/6333, K. 2021/6754, 01.12.2021; Y. 6. HD, E. 2021/2939, K. 2022/2929, 30.05.2022 (Kazancı İBB).

I. GÜNDEM VE GÜNDEME BAĞLILIK İLKESİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

İstisnaları bulunmakla birlikte kural olarak³ genel kurulu toplantıya çağıran kişi veya kişiler⁴ tarafından belirlenen (TTK m. 413.1) ve toplantıda ele alınması ve karara bağlanması planlanan konulara gündem adı verilir. Gündeme bağlılık ilkesi Türk Ticaret Kanunu m. 413.2’de düzenlenmiştir. Hükme göre “*Gündemde bulunmayan konular genel kurulda müzakere edilemez ve karara bağlanamaz. Kanuni istisnalar saklıdır.*”

Olağan genel kurulların gündeminde yer alması gereken asgari konulara TTK m. 409 ve Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik (“Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği”) m. 13.1’de yer verilmiştir. Olağanüstü genel kurullar ise, gerektiği takdirde çağrıldığından (bkz. TTK m. 409.2), çağrının gerekçesi olağanüstü toplantının da gündemini belirler. Hiç kuşkusuz düzenlemelerde yer alan hususların dışında başka konulara ilişkin gündem maddelerinin eklenmesi mümkündür.

Gündem maddelerinin yeterli açıklıkla kaleme alınmadığı durumlarda, gündeme bağlılık ilkesi kapsamında hangi kararların alınabileceğinin tespiti için gündem maddesinin yorumlanması gerekir. Gündem maddelerinin yorumunda güven teorisinin esas alınacağı kabul edilmektedir⁵. Buna göre ortalama bir pay sahibinin o gündem maddesinden anlayabileceği hususlar hakkında da karar alınabilmektedir. Dolayısıyla, gündeme bağlılık ilkesinden anlaşılan, sadece gündem maddesi şeklinde yazılan konuların harfi harfine görüşülebileceği değildir. Ortalama bir pay sahibinin ilgili gündem maddesi ile bağlantılı olarak görebileceği hususlar da ilgili gündem maddesinin içeriğine dahildir. Esasen bu durum gündeme bağlılık ilkesinin amacından

³ SPKn. m. 29.4 ile halka açık ortaklıkların genel kurullarında Sermaye Piyasası Kurulu’na; Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik m. 13.5 ve Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’na Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik m. 9.4-a ile Ticaret Bakanlığı’na gündeme madde ekletme yetkisi verilmiştir.

⁴ Görev süresi dolmuş olsa dahi yönetim kurulu (TTK m. 410.1), tasfiye memurları (TTK m. 410.1), şartların gerçekleşmesi halinde mahkemenin izniyle pay sahibi (TTK m. 410.2) ve yine şartların gerçekleşmesi halinde azınlığın talebi yahut azınlığın açtığı davanın mahkemece kabulüyle kayyım (TTK m. 411 ve 412) genel kurulu toplantıya çağırabilir. Ayrıca bkz. Yönetmelik m. 13.6.

⁵ TANNER, Brigitte: “OR Art. 700”, Zürcher Kommentar Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR (hrsg. Lukas HANDSCHIN), B. 3, Zürich/Basel/Genf 2018, OR Art. 700, N. 23.

doğmaktadır. Zira gündeme bağlılık ilkesi esas olarak bir pay sahibinin genel kurul toplantısına katılıp katılmama kararı vermesine ve katılacaksa da ilgili gündem maddesi için hazırlık yapmasına imkan vermek amacıyla kabul edilmiştir⁶. Böylece gündemde yer almayan bir hususun görüşülmesi engellenerek hem toplantıya katılan hem de katılmayan pay sahiplerinin⁷ emri vaki ile karşılaşmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu sebeple gündemin eksiksiz olarak, ortalama bir pay sahibinin hangi konuda görüşüldüğünü anlamasını sağlayacak derecede açık⁸ ve içeriği belirli bir şekilde kaleme alınması, anahtar kelimelerden oluşmaması gerekir⁹. Gündemde genellikle bulunan “muhtelif konular” yahut “dilek ve temenniler” gibi başlıkların gündemde bulunmayan hususları karara bağlama yetkisi vermediği göz ardı edilmemelidir¹⁰.

İtiraf etmek gerekir ki, ortalama bir pay sahibinin genel kurul gündeminden anladığı hususlara ilişkin ölçüt her zaman net bir çözüm sunmayabilir. Nitekim bazı konularda tartışma bulunmaktadır. Örneğin gündemde sadece “sermaye artırımı ve artırılacak miktarın” yazması halinde ilgili genel kurulda rüçhan hakkının kısıtlanmasının görüşülüp görüşülemeyeceği tartışmalıdır¹¹. Ayrıca uygulamada görüldüğü gibi bazı durumlarda gündem maddesi, yönetim kurulunun o konuya ilişkin önerisi gibi kaleme alınmış olabilir. Böyle bir ihtimalde gündem maddesi ile önerinin birbirinden ayrılmasına dikkat edilmelidir. Genel kurul, gündemde yer alan öneriyle sınırlı kalmaksızın; öneriyi kabul veya reddedebileceği gibi, önerinin

⁶ von der CRONE, Hans Caspar: Aktienrecht, B. 2, Bern 2020, s. 458, N. 995; BERTSCHINGER, Urs: “Ausgewählte Fragen zur Einberufung, Traktandierung und Zuständigkeit der Generalversammlung”, AJP, 2001, Heft 8, s. 901.

⁷ ŞENER, Oruç Hami: Anonim Ortaklıklara İlişkin Emsal Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (Emsal Yargıtay Kararları), Ankara 2023, s. 296.

⁸ FORSTMOSER, Peter/MEIER-HAYOZ, Arthur/NOBEL, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, s. 209-210, N. 59.

⁹ Yönetmelikte olağan genel kurul gündemine eklenebileceğine yer verilen “lüzum görülen sair hususların” gündeme açıkça yazılması, genel ifadelerden kaçınılması şarttır. Ayrıca bkz. TEKİL, Fahman: Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1998, s. 285; ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan H. (KIRCA, İsmail /MANAVGAT, Çağlar), Anonim Şirketler Hukuku C.2/1, Ankara 2024, s. 280-281; OKAN, Neval: “Genel Kurul”, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II (editör: Kemal ŞENOCAK), Ankara 2023, s. 2262-2263; PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. Ankara 2024, s. 1007.

¹⁰ CENKÇİ, Esra: “Fransız Şirketler Hukukunda Gündeme Bağlılık İlkesi” (Fransız Şirketler Hukuku), Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, C. 5, S. 1, s. 220; ŞEHİRALİ ÇELİK(KIRCA /MANAVGAT), s. 283 vd.

¹¹ Bkz. BEKTAŞ, İbrahim: Yeni Pay Alma (Rüçhan) Hakkının Kısıtlanması ve Devri, Ankara 2023, s. 107 vd.

konusunun kapsamı içinde kalarak değişiklik yapma yetkisine de sahiptir. Bu ise pay sahiplerinin veya yönetim kurulunun ilgili gündem maddesi kapsamında verdikleri önerinin¹² oylanması yoluyla olur. Örneğin gündem maddesi “yönetim kurulu üyelerinin yeniden seçimi” şeklinde kaleme alınsa bile genel kurulda mevcut yönetim kurulu üyeleri yeniden seçilmeyip, pay sahiplerinin önerisi ve kararı ile başka kişilerin üye olarak seçilmesi mümkündür¹³. Benzer şekilde “yönetim kurulunun kârın yedek akçelere aktarılmasına ilişkin önerisinin oylanması” şeklindeki bir “gündem” maddesi, genel olarak kâr dağıtımının görüşülmesi şeklinde anlaşılmalı ve genel kurul, kârın yedek akçeye ayrılmasına karar vermek dışında kâr dağıtımını ve dağıtılacak kârın miktarını da belirleyebilmelidir.

Gündeme dahil olan konuların belirlenmesinde gündeme bağlılık ilkesi de her zaman katı bir şekilde uygulanmamaktadır. Böyle bir uygulama, yönetimin kurulunun kendi menfaatini ihlal edilebilecek konularda genel kurulun karar almasını engellemesine neden olabilir. İşte bu ihtimali de gözeterek kanun koyucu, bazı konularda gündeme bağlılık ilkesini tamamen terk etmiş (örn. TTK m. 438.1), bazen de gündemde mutlaka yer alması gereken konular ile gündemde yer almayan konular arasında bağlantı kurarak, ikinciler hakkında da karar alınmasına imkân sağlamıştır (örn. bkz. TTK m. 413.3).

Belirtilen haller dışında kanun koyucu ayrıca gündem maddelerinin birbiri ile ilişkili olabileceğini kabul etmiştir¹⁴. Gerçekten de azlık, finansal tabloların müzakeresinin ertelenmesi talebinde bulunduğu finansal tabloların yanında “tablolara bağlı konuların” da müzakeresinin erteleneceği düzenlenmiştir (TTK m. 420).

Kanundaki bu açık düzenlemeler yanında gündem maddesinin başka bir konu ile ilgisi öğreti tarafından da kurulabilmektedir. Örneğin 6102 sayılı TTK döneminde öğreti, yönetim kurulunun görevden alınması konusunda TTK m. 413.3 ve TTK m. 364 dışında, gündemde özel denetim raporunun görüşülmesi maddesini yönetim kurulunun görevden alınması ile bağlantılı

¹² Pay sahiplerinin öneride bulunma hakkı ile ilgili olarak bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK/(KIRCA/ MANAVGAT), Anonim Şirketler C. 2/I, s. 482.

¹³ BÖCKLI, Peter: Schweizer Aktienrecht, B. 5, Zürich/Genf 2022, s. 1082, N. 166; von der CRONE, s. 460, N. 998.

¹⁴ Fransız hukukunda bu durumun “zımnî gündem teorisi” olarak adlandırıldığına ilişkin bkz. CENKÇİ, Fransız Şirketler Hukuku, s. 220.

görüp, bu toplantıda yönetim kurulunun görevden alınmasının da görüşülebileceğini kabul etmektedir¹⁵.

Ayrıca kanun koyucu gündemde yer alan bir hususta alınan bazı kararların, genel kurulun yetkisinde olmakla birlikte gündemde olmayan bir konu hakkında da etki doğurabileceğini de kabul etmiştir. Bu ihtimale örtülü ibra örnek verilebilir¹⁶. TTK m. 424'e göre "*Bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararı, kararda aksine açıklık bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve denetçilerin ibrası sonucunu doğurur.*" Hatta öğretide finansal tabloların onaylanması kararı ile ibra kararı arasında kurulan bağlantıdan hareketle, örtülü ibra kararı alındığı ihtimallerde de pay sahibinin oydan yoksun olduğu savunulmuştur¹⁷.

II. SORUMLULUK DAVASI AÇILMASI KARARININ GÜNDEME BAĞLILIK İLKESİNE TÂBİ OLUP OLMADIĞI HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

Sorumluluk davası ile gündeme bağlılık konusunda Türk hukukunda ileri sürülen görüşlere geçmeden önce İsviçre ve Alman hukukundaki duruma kısaca bakmak faydalı olabilir.

A- İsviçre Hukukunda

Hemen belirtelim ki, İsviçre hukukunda yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılması için genel kurul kararının alınması zorunlu değildir. OR 2020 reformundan önce İsviçre hukukunda bu yetkinin esas olarak yönetim kurulunda olduğu; ancak yönetim kurulunun bu davayı açmak konusunda kayıtsız kalması ihtimali göz önüne alınarak genel kurulun da

¹⁵ ÇAMOĞLU/(POROY/TEKİNALP), Ortaklıklar Hukuku I, N. 549; KIRCA/(ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), Anonim Şirketler C. I, s. 460; ŞENER, Oruç Hami, Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2022, s. 366; UÇAR, Sercan: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Azli, Ankara 2023, s. 147-149; ERDEM, Nuri: "Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Gündeme Bağlılık İlkesi Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyelerinin Azli", İstanbul Hukuk Mecmuası, 2018, C. 76, S. 2, s. 503-528, s. 512 vd.

¹⁶ Pay sahiplerinin bazen ibra anlamına geldiğini bilmeden veya düşünmeden de bilançoğu onaylayabildiğine ilişkin bkz. AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2025, s. 375.

¹⁷ TEKİNALP, Ünal/(POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin): Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, İstanbul 2017, N. 991; ŞEHİRALİ ÇELİK/(KIRCA/MANAVGAT), Anonim Şirketler C. 2/1, s. 617.

sorumluluk davası açma kararı alabileceği kabul edilmekteydi¹⁸. 2020 Reformu öncesinde bu görüşün dayanağı, sorumluluk davası açılması kararında oyların pay sayısına göre hesaplanmayacağını (yani bir anlamda oyda imtiyazın etkisiz kalacağını) düzenleyen İsvBK m. 694.4 olmuştur. 2020 reformunun 1.1.2023'te yürürlüğe girmesiyle birlikte İsvBK m. 756.2 hükmü ile genel kurulun da sorumluluk davası açılmasına ve temsil kayyımı atanmasına karar verebileceği açıkça düzenlenmiştir. Hükmün ilavesi ile önceki uygulamanın daha net bir şekilde kanunda düzenlendiği, aslında hukuki durumda bir farklılık yaratılmadığı ifade edilmiştir¹⁹.

Görüldüğü gibi, İsviçre hukukunda sorumluluk davası açılması için genel kurul kararı bir zorunluluk olmayıp, dava açma yetkisi yönetim kurulundadır. Ancak genel kurulun da sorumluluk davası açma ve dava için temsilci atanması kararı alabileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme ise Türk hukukundan farklılaşmaktadır. Zira Türk hukukunda Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadına göre genel kurul kararı “sonradan tamamlanabilir özel bir dava şartı”²⁰ olarak görülmektedir.

Diğer taraftan gündeme bağlılık ilkesi İsviçre hukukunda da kabul edilmektedir (İsvBK 2020 m. 704b /İsvBK m. 700.3). İtiraf etmek gerekir ki, araştırmalarımız sonucunda İsviçre hukukunda gündeme bağlılık ilkesi ile sorumluluk davasının açılması arasındaki ilişkiye dair bir çalışmaya rastlayamadık. Bu hukuk sisteminde gündeme bağlılık ilkesinin kanunda sayılan istisnaları olarak; genel kurulda olağanüstü genel kurul toplantı çağrısı hakkında karar alınması, özel denetçi atanması ve denetçinin seçimi konuları sayılmıştır (İsvBK 2020 m. 704b). Öğretide kanunda yazılmasa bile denetçinin genel kurul toplantısında hazır bulunmasından vazgeçilmesine ilişkin karar ve işlem denetçisi (*Sachverständige*) atanmasına dair karar da gündeme bağlılığın istisnası olarak kabul edilmektedir²¹. İsviçre hukukunda sorumluluk davası açılması gündeme bağlılık ilkesinin istisnaları arasında sayılmadığı için bu hukuk sisteminde sorumluluk davası konusu bakımından da gündeme bağlılık ilkesinin geçerli olduğu söylenebilir; en azından bu konunun tartışılmadığı tespiti yapılabilir.

¹⁸ von der CRONE, s. 811, N. 1887.

¹⁹ BÖCKLI, s. 2306, N. 110; GERICKE, Dieter/HÄUSERMANN, Daniel/WALLER, Stefan: “OR Art. 756”, Basler Kommentar OR II, 6. Auflage, Basel 2024, OR art. 756, N. 19.

²⁰ Bu nitelendirme için bkz. ÖZEKES, Muhammet/MERİÇ, Nedim/SEVEN, Vural: Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası, İstanbul 2021, s. 93-94.

²¹ DUBS, Dieter/TRUFFER, Roland: “Art. 704b OR”, Basler Kommentar OR II, 6. Auflage, Basel 2024, OR 704b, N. 10.

Ancak kanaatimizce İsviçre hukukunda durumun böyle olması Türk hukukunda da aynı yaklaşımın kabulü için bir gerekçe olamayacaktır. Zira İsviçre hukukunda sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararının varlığı reform öncesi veya sonrası dönemde bir zorunluluk teşkil etmemektedir. Asıl yetki yönetim kurulundadır. Yönetim kurulunun harekete geçmemesi ihtimaline karşı genel kurula ilave yetki verilmiştir. Oysa Türk hukukunda genel kurul kararı olmaksızın sorumluluk davası açılmayacaktır. Bu sebeple gündeme bağlılık ilkesinin sıkı sıkıya uygulanıp uygulanmayacağı konusunda İsviçre hukuku ile Türk hukuku bakımından menfaatler benzer olmayıp, İsviçre hukukunda kabul edilen çözümlerin doğrudan Türk hukukuna aktarılması uygun olmayacaktır kanaatindeyiz.

B- Alman Hukukunda

Alman hukukundaki durum da bir ölçüde İsviçre hukuku ile benzerlik göstermektedir. Bilindiği üzere Alman hukukunda yönetim organı iki başlıdır: Gözetim kurulu (*Aufsichtsrat*) ve yönetim kurulu (*Vorstand*). Bu hukuk sisteminde de sorumluluk davası açma yetkisinin, kendisine karşı sorumluluk davası açılmayacak olan diğer yönetim organında olduğu kabul edilmektedir²². Buna karşın, genel kurul alacağı bir karar ile yönetim kurulu veya gözetim kurulu aleyhine dava açılmasını zorunlu tutabilmektedir [Paylı Ortaklıklar Kanunu/Aktiengesetz § 147].

İsviçre hukuku gibi bu düzenleme ile Alman hukuku da Türk yargı uygulamasından ayrılmaktadır. Zira daha önce de belirtildiği gibi Türk hukukundaki mevcut uygulamaya göre, yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi için mutlaka genel kurul kararı alınmalıdır. Oysa Alman hukukunda, gözetim kurulu veya yönetim kurulu aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı zorunlu değildir. Sadece genel kurul sorumluluk davası açılması yönünde karar alırsa,

²² MOCK, Sebastian: “AktG § 147”, beck-online.GROSSKOMMENTAR (GesamtHrsg: Martin HENSSLER /Hrsg: Eberhard STILZ / Rüdiger VEIL) Stand: 01.06.2025, AktG § 147, Rn. 1; ARNOLD, Michael: “AktG § 147”, Münchener Kommentar zum AktG, Band 3, (hrsg. Wulf GOETTE/Mathias HABERSACK/Susanne KALSS), 6. Auflage, München 2024, AktG § 147, Rn. 38; BUNGERT, Hartwin: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 4 (hrsg. Michael HOFFMANN-BECKING/Andreas AUSTMANN), 6. Auflage, München 2024, § 43, Rn. 43; GRIGOLEIT, Hans Christoph/RACHLITZ, Richard: “AktG § 147”, Aktiengesetz Kommentar (hrsg. Hans Christoph GRIGOLEIT), 2. Auflage, München 2020, AktG § 147, Rn. 8; LIEBSCHER, Thomas: “AktG § 147”, Becklische Kurz Kommentare, Gesellschaftsrecht (hrsg. Martin HENSSLER/Lutz STROHN), 6. Auflage, München 2024, AktG § 147, Rn. 6.

sorumluluk davasının 6 ay içinde açılması gerekmektedir. Ancak asıl yetki, aleyhine sorumluluk davası açılmayacak olan diğer yönetim organına aittir.

Bu noktada sorumluluk davası açılmasına yönelik genel kurul kararlarında gündeme bağlılık ilkesinin geçerli olup olmadığı konusunda Alman hukukundaki duruma değinmek yerinde olacaktır. Belirtmek gerekir ki; Alman hukukunda da genel kurul kararlarında gündeme bağlılık ilkesi esastır (AktG § 124.4). Hükme göre,

“Usulüne uygun olarak ilan edilmeyen gündem maddeleri hakkında karar alınamaz. Yeni bir genel kurul toplantısı için genel kurul sırasında verilen önergeler, gündem maddeleri hakkında verilen önergeler ve karara bağlanmayacak konularda müzakere yapılabilmesi hakkında karar almak için ilan gerekmez.”

Alman öğretisine bakıldığında AktG § 147’de öngörülen, sorumluluk davası açmaya icbar eden genel kurul kararının da gündeme bağlılık ilkesine tâbi olduğu, hatta ibra kararının görüşülmesi halinde de gündemde sorumluluk davası açılmasına ilişkin madde bulunması gerektiği, ancak özel denetim raporunun görüşüleceği genel kurulda sorumluluk davası açılmasına zorlama kararı alınabileceği savunulmaktadır²³. Şu hâlde Alman hukukunda genel kurulun alacağı sorumluluk davası açılmasına zorlamaya dair kararda gündeme bağlılık ilkesi uygulanmakta, eğer gündemde sorumluluk davası açılmasına ilişkin madde yoksa sadece özel denetim raporunun görüşüldüğü genel kurul toplantısında sorumluluk davası açılıp açılmayacağının görüşülebileceği kabul edilmektedir.

Kanaatimizce, Alman hukukunda yönetim organı aleyhine sorumluluk davası açılmasını zorlamak amacıyla alınan genel kurul kararının gündemle ilişkisi hakkında söylenenler doğrudan Türk hukukuna aktarılmamalıdır. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere Alman hukukunda bir yönetim organı, diğeri aleyhine sorumluluk davası açmaya yetkilidir. Bu konuda genel kurul kararına ihtiyaç yoktur. Oysa Türk hukukunda yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı zorunludur. İlave bir imkân hakkında Alman hukukunda ileri sürülen görüşlerin, Türk hukukuna doğrudan aktarılması uygun olmayacaktır.

²³ MOCK, AktG § 147, Rn. 66, 66.1, 66.2.

C- Türk Hukukundaki Görüşler

Bilindiği üzere, 6762 sayılı mülga TTK döneminde şirketin yönetim kurulu üyeleri aleyhine açacağı sorumluluk davasında genel kurul kararı aranmaktaydı (6762 s. TTK m. 341). Gündeme bağlılık ilkesi 6762 sayılı mülga TTK'da da geçerli olan bir ilkeydi (6762 s. TTK m. 369.2). Bu çerçevede, sorumluluk davası açılması için genel kurul gündeminde madde bulunması zorunluluğuna ilişkin mülga TTK döneminde ileri sürülen görüşlerden de faydalanılabileceği kanaatindeyiz. 6762 sayılı TTK döneminde savunulan görüşleri şöyle kategorize edebiliriz:

Bir görüşe göre genel kurulda alınacak sorumluluk davası açılması kararında gündeme bağlılık ilkesi hiçbir şekilde uygulanmamalıdır; gündemde madde bulunmasa bile genel kurul yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açabilecektir²⁴.

Diğer görüş ise sorumluluk davası açılması kararının gündeme bağlılık ilkesine tâbi olduğunu ancak gündemde sorumluluk davası açılması ile ilgili madde bulunması halinde de kararın alınabileceğini savunmaktadır. *Arslanlı*'ya göre özel denetim raporunun veya bilançonun görüşüldüğü genel kurulda açık bir gündem maddesi bulunmasa bile genel kurul sorumluluk davası açılmasına karar verebilir²⁵. Bu görüş, *Çamoğlu*²⁶, *Birsel*²⁷, *İmregün*²⁸, *Helvacı*²⁹ ve *Okçuoğlu*³⁰ tarafından da benimsenmiştir.

Son görüş ise, genel kurulda sorumluluk davası açılma kararı alınabilmesi için bu konuda özel gündem maddesinin zorunlu olduğunu

²⁴ YİĞİN, Ali: Anonim Şirketlerde Gündeme Bağlılık İlkesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Anabilim Dalı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1988, s. 45.

²⁵ ARSLANLI, Halil: Anonim Şirketler, C. II-III, İstanbul 1960, 192, dn. 242.

²⁶ ÇAMOĞLU, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle), 3. Bası, İstanbul 2010, s. 118.

²⁷ BİRSEL, Mahmut: "Anonim Şirketlerde Azlık Hakları", İmren Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 639.

²⁸ İMREGÜN, s. 247.

²⁹ HELVACI, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1995, s. 83.

³⁰ OKÇUOĞLU, Yavuz N.: "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Hakkında Azlık Oyları ile Dava Açılması Koşulları (TTK m. 341)" Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 61.

belirtmekte; sorumluluk davası ile ilgili olabilecek maddeleri yeterli görmemektedir³¹.

Yargıtay kararlarında da sorumluluk davasının ibra kararının devamı olarak görülerek gündemde ibraya ilişkin bir madde bulunduğu durumlarda, açıkça gündemde yer almasa bile sorumluluk davası açılması konusunda genel kurulda karar alınabileceği benimsenmiştir.

Örneğin, Y. 11. HD, E. 2010/2372, K. 2010/2789, 15.10.2010 (www.kazanci.com) sayılı kararında şöyle denmiştir:

“Ancak, ilan edilen gündemde yönetim ve denetim kurulunun ibralarının görüşülmesi hususu mevcut olup, alınan kararlar yönetim ile denetim kurulu üyeleri ibra edilmemiştir. Her ne kadar ibra edilmemeleri halinde haklarında dava açılması yönünde gündemde bir açıklık veya karar yoksa da ibra edilip edilmeyecekleri önceden belli olmadığından ve esasen ibra edilmemeleri halinde haklarında dava açılması yönünde karar alınabileceği doğal bir sonuç olacağından bu hususun karara bağlanmasında bir yanlışlık yoktur. Başka bir gündem maddesi içinde bu kararın alınması da sonuca etkili değildir. O halde, yönetim ve denetim kurulu hakkında dava açılması yönündeki kararın gündeme bağlılık ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle iptali doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.”

2010 yılında yani 6762 sayılı TTK yürürlükte iken açılan başka bir davada da Yargıtay, “(...) genel kurul gündeminde 2005 ve 2006 yılı kâr ve zararı ile bilançolarının, hesaplarının incelenmesi ve ibrası bulunduğu, neticede yönetim kurulu üyesi ibra ve gerektiğinde hakkında sorumluluk davası açılmasının bu gündemin doğal bir devamı olduğu”na karar veren ilk derece mahkemesi kararını onamıştır³².

Yine 6762 sayılı Kanun’un uygulandığı bir uyuşmazlıkta Yargıtay, ilk derece mahkemesinin “ibra edilmeyen davacı ile ilgili olarak sorumluluk davası açılması kararının gündeme bağlılık ilkesinin istisnasını teşkil ettiği” şeklindeki gerekçesini ve buna ilişkin verdiği red kararını bozma kapsamı dışında bırakmıştır³³. Dolayısıyla Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararının bu kısmını hukuka uygun bulmuştur.

³¹ DOMANIÇ, Hayri: Anonim Şirket, İstanbul 1978, s. 623; CENKİ, Esra: Anonim Şirketlerde Gündeme Bağlılık İlkesi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Antalya 2011, s. 93.

³² Y. 11. HD, E. 2012/9677, K. 2012/14512, 27.09.2012.

³³ Y. 11. HD, E. 2015/4890, K. 2016/1903, 23.02.2016.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla 6102 sayılı TTK döneminde tartışma esas olarak yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararının zorunlu olup olmadığı konusunda yoğunlaşmış, ancak sorunun gündeme bağlılık ile ilgisine pek değinilmemiştir. Bu konuda tespit edebildiğimiz görüşler şöyledir: *Üçışık/Aydın*, sorumluluk davasının gündeme bağlılık ilkesine tâbi olduğunu ancak gündemde sorumluluk davası ile doğrudan bağlantılı madde bulunması halinde konunun görüşülebileceğini belirtmiştir³⁴. Ancak yazarlar bu maddelerin neler olduğunu açıklamamıştır. Benzer şekilde *Bozkurt Yaşar* da *İmregün* ve *Helvacı*'ya atıfla genel kurulda sorumluluk davası açılabilmesi kararının alınabilmesi için gündemde özel bir madde bulunmasını veya sorumluluk davası ile ilgili olabilecek bir gündem maddesi bulunmasının gerektiğini savunmuştur³⁵. 6102 sayılı TTK döneminde hazırlanan bir yüksek lisans tezinde ise, doktrindeki hâkim kanaatin aksine bir görüş ileri sürülmüştür. *Yıldırım Altınbaş*, söz konusu çalışmasında sorumluluk davası kararı için gündemde açıkça madde bulunması gerektiğini savunmuş; ancak sorumluluk davasıyla bağlantılı diğer gündem maddelerinin, bu hususta yeterli sayılıp sayılmayacağına değinmemiştir³⁶.

D- Görüşümüz

Kanaatimizce, sorumluluk davasının da gündeme bağlılık ilkesine tâbi olduğu, ancak gündemde sorumluluk davası ile bağlantılı maddelerin bulunması hâlinde açıkça sorumluluk davası açılmasına ilişkin madde bulunmasa bile sorumluluk davası açılması kararı alınabileceğine ilişkin Türk hukukunda baskın olan görüş üstünlük tanınmalıdır.

Buna göre, gündemde sorumluluk davası açılmasına ilişkin özel bir madde veya sorumluluk davası açılması ile bağlantılı olabilecek bir gündem maddesi yoksa, sorumluluk davası açılması kararı görüşülemeyecektir. Zira gündeme bağlılık ilkesinin amacı, ortalama bir pay sahibinin toplantıya katılıp katılmamaya karar verebilmesi veya katılmaya karar verdiğinde de ona ilgili gündem maddesi hakkında hazırlık yapması imkanının tanınmasıdır. Pay sahipleri bu kararı verirken veya toplantıya hazırlık yaparken, her toplantıda yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi ihtimalini

³⁴ ÜÇİŞİK, Güzin/ÇELİK, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. 1, Ankara 2013, s. 549.

³⁵ BOZKURT YAŞAR, s. 161.

³⁶ YILDIRIM ALTINBAŞ, Fatma: Anonim Şirket Genel Kurulunda Gündem ve Gündeme Bağlılık İlkesi, T.C Altınbaş Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019, s. 65.

düşünerek hareket etmeyeceklerdir. Dolayısıyla gündemde sorumluluk davası açılmasının oylanmasına ilişkin açık bir madde veya sorumluluk davası ile bağlantılı bir madde bulunmaması hâlinde genel kurulda sorumluluk davasının görüşülmesinin gündeme aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz. Öte yandan gündemde sorumluluk davası açılması ile bağlantılı olabilecek maddelerin bulunması hâlinde sorumluluk davası açılmasına ilişkin karar gündeme aykırılık teşkil etmeyecektir.

Buna ilişkin ilk gerekçemiz şöyledir: Gündemi belirleyenin çoğunlukla yönetim kurulu olduğu dikkate alındığında gündemde yönetim kurulu aleyhine sorumluluk davası açılması yönünde bir maddenin bulunması ihtimali oldukça düşüktür. Gündemde sorumluluk davası açılmasına ilişkin özel bir maddenin bulunması, şirkette bir yönetim değişikliğinin meydana gelmesi veya mevcut yönetimin çoğunluğunun, üyelerinin bir kısmına sorumluluk davası açılmasını istediği durumlarda söz konusu olabilir. Bunun dışında sorumluluk davasının açıkça gündemde yer alması, azlığın sorumluluk davası açılması talebiyle genel kurul toplantı çağrısı veya gündeme madde eklenmesi talebinin mahkemece kabul görmesi halinde mümkündür (TTK m. 411, 412). Ancak azlığın bu hakkını etkili bir şekilde kullanması, ilk derece mahkemelerinin talebi yerinde görmelerine bağlıdır³⁷. Dolayısıyla gündemde mutlaka sorumluluk davası açılmasına ilişkin açık bir gündem maddesinin aranması, sorumluluk davasının şirket adına açılacağı ihtimalleri oldukça kısıtlayacaktır.

Pay sahiplerinin TTK m. 555 uyarınca kendilerinin sorumluluk davası açabilecekleri söylenebilirse de böyle bir yorum şirketin sorumluluk davasını açmasını zorlaştırmanın bir gerekçesi olmamalıdır. Kaldı ki, sorumluluk davasını şirketin açması ile pay sahibinin açması arasında pratik farklılık da

³⁷ Örneğin Ankara Batı Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2022/94 K. 2022/451, 18.5.2022 (www.lexpera.com.tr) sayılı kararında sorumluluk davası açılması talepli genel kurul toplantı çağrı talebini şu gerekçe ile reddetmiştir: “*Somut olayda; davacı taraf dava dışı ...'un davalı şirketin yönetim kurulu başkanı olduğunu, davalı şirketin ... A.Ş. İle yapılan ticari ilişkilerinin muvazaalı olduğunu ve davalı şirketi zarara uğratmak üzere kurulu olup, böylece ...'a örtülü kar dağıtmak üzerine olduğunu iddia etmektedir. Davacı taraf, açtığı dava ile genel kurul toplantısına madde eklenmesi ile dava dışı ... ve dava dışı ... A.Ş. Arasındaki ticari ilişkinin sonra erdirilip geçersiz sayılmasını talep etmiş ise de; mahkememizce belirtilen sebeplerin kanıtlanmayıp, soyut nitelikte olması nedeniyle genel kurula gündem maddesi eklenmesi talebi reddedilmiş, bununla birlikte belirtilen zarar taleplerine ilişkin olarak her zaman davalı şirketin yönetim kurulu üyeleri hakkında sorumluluk davası açabileceği gözetildiğinde davanın açılmasında hukuki yarar olmadığından davanın reddine karar vermek gerekmele...*”.

bulunmaktadır. Şirketin davacı olduğu hallerde yargılama giderleri tüzel kişilikçe ödenmekte; buna karşılık pay sahibinin açtığı davalarda, yargılama giderlerine başlangıçta davacı pay sahibi şahsen katlanmaktadır. Bu durum da pay sahiplerinin sorumluluk davası açmakta çekingen davranmalarına yol açabilir ve nihayet sorumluluk davasının işlevsizleşmesi sonucunu doğurabilir.

İkinci gerekçemiz de yukarıda da söz ettiğimiz gibi, birtakım gündem maddelerinin başka gündem maddeleri ile ilgili olmasının Türk Ticaret Kanunu sistemine yabancı olmamasıdır. Örneğin, özel denetim raporunun görüşüleceği genel kurulda, özel denetim raporu ile bağlantısı nedeniyle yönetim kurulunun görevden alınabileceği, kanunda açık hüküm olmamasına rağmen öğreti tarafından kabul edilmektedir. Benzer menfaatin sorumluluk davası açılması kararında da olduğu kanısındayız. Makul, ortalama bir pay sahibi, gündemdeki diğer maddeler ile sorumluluk davası açılması arasında bağlantı kurabiliyorsa o zaman sorumluluk davası açılması kararı da ilgili genel kurulda müzakere edilebilmelidir.

III. SORUMLULUK DAVASI İLE İLİŞKİLİ OLABİLECEK GÜNDEM MADDELERİ

Gündemde sorumluluk davası açılması ile bağlantılı madde bulunması hâlinde sorumluluk davasının görüşülebileceğini kabul edince bu sefer gündemdeki hangi maddelerin sorumluluk davası ile ilgili olabileceğini ortaya koymak gerekir.

A- İbra Kararı ve Finansal Tabloların Müzakeresi

Sorumluluk davası ile bağlantılı olan gündem maddelerinden en önemlisi ibra kararıdır. Yöneticilere karşı belirli bir döneme ilişkin faaliyetlerinden doğan sorumluluk bakımından, şirket tarafından dava açılmayacağına dair genel kurulun olumsuz borç ikrarı³⁸ ve yenilik doğuran bir hukuki işlem olarak³⁹ nitelendirilebilecek olan ibraya ilişkin TTK m. 558.2'ye göre “Şirket

³⁸ TEKİL, s. 226. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da aynı yöndedir. Bkz. Y. 11. HD, E. 2015/11856, K. 2016/9175, 28.11.2016 (Kazancı İBB). İbra kararının hukuki niteliğine ilişkin doktrindeki diğer görüşler için bkz. TURAN, Gizlem: Anonim Şirketler Hukukunda İbra, İstanbul 2023, s. 35-53.

³⁹ MOROĞLU, Erdoğan: “Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması”, BATİDER, 2001, C. 21, S. 5, s. 5; KIRCA, İsmail: “İbra Kararının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu'nun 133. Maddesi

genel kurulunun, sorumluluktan ibraya ilişkin kararı, ibranın kapsadığı açıklanan maddi olaylara ilişkin olarak, şirketin, ibraya olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek payı iktisap etmiş olan pay sahiplerinin dava hakkını kaldırır.”

Hükümden de anlaşılacağı üzere ibra kararı, kapsadığı açıklanan maddi olaylara ilişkin olarak şirketin sorumluluk davası açma hakkını kaldırdığı için sorumluluk davası ile yakından ilgilidir.

Belirtmek gerekir ki ibra kararı, kural olarak yönetim kurulu üyelerinin tamamını ve hesap döneminin bütününe kapsar şekilde verilmekle birlikte, bazı üyelerin ibra kararının dışında bırakılması yahut ibranın hesap döneminin yalnızca bir kısmı için verilmesi mümkündür⁴⁰. Ayrıca bir hususu vurgulamak isteriz ki, ibra kararı, yönetim kurulu üyelerinin ilgili hesap dönemi boyunca bütün faaliyetlerinden aklandığı anlamına gelmemektedir. İbranın kapsamı; Yargıtay kararlarında⁴¹ da ifade edildiği gibi, sadece makul bir pay sahibinin gerçeği yansıtan ve eksiksiz şekilde hazırlanmış olması beklenen finansal tablolardan anlayabileceği veya genel kurulda tartışılmış hususlar ile yönetim kurulunun genel kurulda yapmış olduğu sözlü açıklamalarına konu olaylar⁴² ile sınırlıdır (soyut ibra). Dolayısıyla; genel kurulun bilgisine sunulmayan⁴³ veya bilançodan anlaşılması mümkün olmayan eylemler ibra kapsamına girmediğinden, bu eylemler yönünden şirketin sorumluluk davası açma hakkı devam etmektedir⁴⁴. Diğer taraftan genel kurulca yönetim kurulunun ibrasının reddedilmesi/ibradan kaçınılması, sorumluluk davası açılmasına ilişkin bir

Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali”, BATİDER, 2006, C. 23, S. 3, s. 35.

⁴⁰ Genel kurulun ibra kararını belirli kişilerle, konuyla veya zamanla sınırlandırmasını ifade eden ve “özel ibra” olarak da nitelendirilen bu kararlar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. AYTAÇ, Zühtü: Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara 1982, s. 137 vd.; AYDEMİR, Fatih: “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Hukuki Sonuçları”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2011, C. 69, S. 1-2, s. 1075-1104, s. 1083-1084. İbraya karar verme konusunda tek yetkili organ olan genel kurulun kapsamını belirleme konusunda da münhasır yetkiye sahip olacağı konusunda bkz. MOROĞLU, s. 8.

⁴¹ Bkz. Y. 11. HD, E. 2015/5783, K. 2016/2370, 03.03.2016 (www.lexpera.com.tr); Y. 11. HD, 2017/2775, 2017/7429, 20.12.2017 (lexpera.com.tr); Y. 11. HD, T. 13.05.2013, E. 2012/10877; K. 2013/9792; Y. 11. HD, 7571/19267, 08.12.2014 (Kazancı İBB).

⁴² ÇAMOĞLU, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2010, s. 216.

⁴³ MOROĞLU, s. 8.

⁴⁴ Bkz. 6762 s. TTK m. 380. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. İMREGÜN, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 246; AYDEMİR, s.1088.

zorunluluk yaratmamakla birlikte⁴⁵, genel kurulda bu yönde bir karar alınmasına neden olabilecektir⁴⁶.

Ayrıca imtiyazın kullanılamayacağı halleri düzenleyen ve sorumluluk davası açılmasında genel kurul kararı aranmasını savunan görüşün de dayanağı olan TTK m. 479.3.c’de “ibra ve sorumluluk davası” ibaresi aynı bentte ve yan yana yazılmıştır. Bu durum bile kanun koyucunun ibra ve sorumluluk davasını beraber düşündüğünü göstermektedir⁴⁷.

Son olarak genel kurulda alınacak sorumluluk davası açılması kararının oylanmasında pay sahibi olan yönetim kurulunun oydan yoksunluğu, TTK m. 436.1 kapsamında değil ibrada oydan yoksunluğu düzenleyen TTK m. 436.2 kapsamında değerlendirilmektedir. Şu hâlde sorumluluk davası açılmasına ilişkin karar, “şirket ile pay sahibi arasındaki kişisel iş veya işlem veya yargı kurumundaki davaya ilişkin (TTK m. 436.1)” görülmemekte ancak ibrada oydan yoksunluğu düzenleyen TTK m. 436.2’ye altlanmaktadır⁴⁸. Yargıtay da sorumluluk davası açılması hakkındaki genel kurul kararında ibraya ilişkin TTK m. 436.2’nin uygulanacağını içtihat etmiştir⁴⁹. İki fıkra arasında oydan yoksun olan kişilerin kapsamı bakımından farklılık olduğunu belirtelim. Bu durum da aslında ibra kararı ile sorumluluk davası arasındaki yakın ilişkiyi ortaya koymaktadır.

Doktrinin görüşü de yönetim kurulu üyelerinin açık veya örtülü şekilde ibra edilmesine ilişkin kararın yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılması kararından bağımsız düşünülmemesi gerektiği yönündedir⁵⁰.

Açıklananlar ışığında; ibra kararının, sorumluluk davası açılması yönündeki kararlar “bağlantılı” nitelikte olduğu kuşkusuzdur⁵¹.

⁴⁵ AYTAÇ, s. 160.

⁴⁶ Hatta ibranın reddine karar verilmesine karşın sorumluluk davasının açılmaması, ibranın reddi kararının dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle iptaline de sebep olabilmektedir. Bkz. Y. 11. HD, E. 2023/5361, K. 2024/9065, 16.12.2024 (Kazancı İBB).

⁴⁷ Gündeme bağlılık ilkesi bağlamında olmamakla birlikte sorumluluk davası açılmasında genel kurul kararının zorunluluğu bağlamında bu ilişkinin kurulması için bkz. BAHTİYAR, s. 407.

⁴⁸ GÖKDEMİR TAMER, Tülay: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Oy Hakkının Kapsamı ve Etkisi, İstanbul 2022, s. 362.

⁴⁹ Y. 11. HD, E. 2016/12403, K. 2018/4469, 18.6.2018 (www.lexpera.com.tr).

⁵⁰ BAHTİYAR, s. 406.

⁵¹ İbra edilmeme kararının ardından sorumluluk davası açılmasına yönelik bir kararın alınması halinde bu açılan sorumluluk davasında ibra kararının da yerindeliğinin

Benzer durum finansal tabloların müzakeresi ve onaylanması için de geçerlidir. Finansal tablolar bilanço ile gelir tablosundan oluşmaktadır (TTK m. 68.3) TTK m. 424'e göre ise, *“bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararı, kararda aksine açıklık bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve denetçilerin ibrası sonucunu doğurur.”*

O hâlde bilançonun da yer aldığı finansal tabloların onaylanmasına ilişkin kararın ibra ile ilgili olması ve ibranın sorumluluk davası ile yakın ilişkisi dolayısıyla finansal tabloların görüşülmesinin de sorumluluk davası ile bağlantılı olduğu ve özellikle açık ibraya ilişkin gündem maddesinin bulunmadığı bir olağan genel kurul toplantısında finansal tabloların müzakeresi ve onaylanmasına ilişkin gündem maddesinin varlığı, sorumluluk davası açma kararının görüşülmesine yetecektir.

Ancak bu noktada bir husus vurgulanmalıdır. Finansal tabloların müzakeresi ve onaylanması ile ibra kararının sorumluluk davası ile bağlantılı olabilmesi için, genel kurulda görüşülen finansal tabloların ve ibra kararının kapsadığı dönem ve kişiler ile sorumluluk davasına konu işlemler ve kişilerin örtüşmesi gerekir. Örneğin her yıl düzenli genel kurul toplantısı yapılan bir şirkette 2024 yılı dönemine ilişkin finansal tabloların veya ibranın görüşüldüğü bir genel kurulda 2024 yılı faaliyet döneminde görevde olan yönetim kurulu üyeleri hakkında açık bir gündem maddesi olmasa bile bu üyeler hakkında sorumluluk davası açılması konusu görüşülebilecektir. Buna karşın, belirtilen toplantının gündeminde açıkça sorumluluk davası açılmasına ilişkin bir madde bulunmaması halinde 2023 yılında yönetim kurulu üyesi olarak görev yapanlar hakkında sorumluluk davası açılması kararı alınmasının gündeme aykırı olacağı kanısındayız.

Hemen belirtelim ki bu tespitimizin sebebi, her yıl düzenli genel kurul toplantısı yapılan bir şirkette 2023 yılında görevde bulunan yönetim kurulu üyelerinin zaten ibra edilmiş olmaları değildir. 2023 yılındaki faaliyetlerinden dolayı ibra edilmiş olsalar bile, bu ibra, yukarıda da belirtildiği gibi yönetim kurulu üyelerinin tüm faaliyetlerinden aklandığı anlamına gelmemektedir. Üyelerin soyut ibranın dışında kalan hususlar bakımından sorumlulukları devam edebilir, bu sebeple 2023 yılı faaliyetlerinden dolayı ibra edilmiş olsalar bile 2024 yılı faaliyet döneminin görüşüldüğü genel kurulda 2023 yılında görevde olan yönetim kurulu üyeleri hakkında, soyut ibranın kapsamı dışında kalan iddialar için sorumluluk davası açılması kararı alınabilir. Sorun

değerlendirilebileceğine; iki konunun bağlantılı olduğuna ilişkin bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2015/10277, K. 2016/5229, 09.05.2016 (Kazancı İBB).

esasen; 2024 yılı hesap döneminin görüşüldüğü bir genel kurulda, gündemde yer alan finansal tabloların müzakeresi veya ibra oylamasının, makul bir pay sahibi nezdinde, 2023 yılındaki yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılmasıyla bağlantılı sayılıp sayılamayacağıdır. Kanaatimizce bu sorunun yanıtı olumsuzdur. 2024 yılının faaliyetlerinin görüşüldüğü olağan gündemli genel kurulda (TTK m. 409), gündemde açıkça belirtilmese bile 2024 yılında görevde olan yönetim kurulu üyeleri aleyhine 2024 yılındaki faaliyetleri nedeniyle sorumluluk davası açılmasına karar verilebileceği, ortalama pay sahibi tarafından varsayılabilirse de bu varsayım daha önceki dönemleri kural olarak kapsamayacaktır.

Öte yandan gündemde açıkça 2023 yılında görevde olan yönetim kurulu üyeleri hakkında sorumluluk davası açılacağına ilişkin madde bulunması halinde, soyut ibranın kapsamı dışında kalan hususlar bakımından sorumluluk davası açılması pek tabii görülebilecektir.

Elbette sorumluluk doğurucu faaliyetin 2023 yılında (veya daha önce) başlayıp, 2024 yılında da devam ediyor olması halinde varılacak sonuç başkadır. Bu durumda zarar verici fiiller 2024 yılına da sirayet ettiğinden gündemde açıkça sorumluluk davası açılmasına ilişkin madde bulunmasa da 2024 yılının görüşüldüğü olağan gündemli toplantıda (TTK m. 409) sorumluluk davasının görüşülebileceği kanısındayız.

Son olarak şunu da belirtelim ki, uygulamada rastlandığı gibi geçmiş birkaç yıla ait genel kurulların toplu yapılması hâlinde, finansal tabloların ve ibra kararının kapsadığı dönem ve kişiler bakımından da sorumluluk davası açılması kararı da gündeme aykırı olmayacaktır.

B- Özel Denetim Raporunun Görüşülmesi

Amacından hareketle özel denetim raporunun görüşülmesine ilişkin gündem maddesi de sorumluluk davası ile bağlantılı sayılabilir. Zira TTK m. 438’de özel denetimin şartlarını düzenleyen hükümde yer alan “*pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi*” için gerekli olma ile kastedilen hakkın başında, sorumluluk davası açma hakkı gelmektedir⁵². Dolayısıyla özel denetimin en

⁵² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, s. 402, N. 9; BÖCKLI, s. 2101, N. 40; von der CRONE, s. 394, N. 825; DRUEY, Jean Nicolas: “OR Art. 697a (Art. 697c OR 2020)”, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660 - 697m OR (hrsg. Lukas HANDSCHIN, Peter JUNG), B. 2, Zürich/Basel/Genf 2021, OR Art. 697a, N. 22; KUNZ, Peter V.: “Kontrollrechte des Aktionärs, Sonderprüfung Art. 696–697g OR”, Berner Kommentar, Das Aktienrecht - Kommentar der ersten Stunde (hrsg. Peter

önemli amacı, sorumluluk davası açılıp açılmaması kararına dayanak teşkil edebilecek belli bazı olayları ortaya çıkarmaktır. Ancak muhtemel bir yanlış anlaşılmayı önlemek için belirtelim ki, kastettiğimiz genel kurul, özel denetim talebinde bulunulan genel kurul değil, atanan özel denetçinin raporunun görüşüldüğü genel kuruldur (TTK m. 443.1). Bu çerçevede özel denetim raporunun görüşülmesine ilişkin gündem maddesinin sorumluluk davası ile ilgili olduğu söylenebilir.

Yine yukarıda belirttiğimiz üzere, Alman hukukunda da özel denetçi raporunun görüşüldüğü genel kurulda gündemde özel bir madde bulunmaması halinde sorumluluk davası açılmasına ilişkin müzakere yapılabileceğinin kabul edildiğini hatırlatalım.

C- Yönetim Kurulu Üyelerinin Azli

Gündemde yönetim kurulunun azli veya azil ile bağlantılı bir konu bulunması hâlinde, sorumluluk davası açılması kararı alınıp alınamayacağı da tartışmaya değerdir.

Genel kurulun yönetim kurulunu görevden alabilmesi; gündemde açıkça azil kararı veya azille bağlantılı bir karar veya gündemde madde olmasa bile haklı sebeplerin bulunması hâlinde mümkündür (TTK m. 364).

Öncelikle belirtelim ki, TTK m. 413.3 hükmüne ve öğretilerdeki görüşlere bakıldığında yönetim kurulunun azli ile bağlantılı olabilecek gündem maddeleri ile yukarıda sorumluluk davası açılması kararı ile bağlantılı saydığımız gündem maddeleri örtüşmektedir. Nitekim TTK m. 413.3 finansal tabloların müzakeresini azil ile bağlantılı saymaktadır. 6102 sayılı TTK dönemindeki öğretisi, ibra ve özel denetim raporunun görüşülmesine ilişkin gündem maddelerin, azil ile bağlantılı konulara ilave etmiştir⁵³. Esasen bu konular sorumluluk davasını da ilgilendirdiğinden azille bağlantılı bir maddenin bulunmasının sorumluluk davası açma kararı alınabilmesi için yeterli olup olmadığını tartışmaya gerek yoktur. Sayılan maddeler hem azil hem de sorumluluk davası açma kararı ile bağlantılıdır.

İkinci olarak TTK m. 364'te göre haklı sebeplerin bulunması halinde de genel kurulda yönetim kurulunun her zaman görevden alınabileceği hükme

NOBEL, Christoph MÜLLER), Bern 2023, N. 59; KAYA, Arslan: “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, BATİDER, 2015, C. 31, S. 1, s. 78.

⁵³ ÇAMOĞLU/(POROY/TEKİNALP), Ortaklıklar Hukuku I, N. 549; KIRCA/(ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), Anonim Şirketler C. I. s. 460; ŞENER, Oruç Hami: Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2022, s. 366; UÇAR, s. 147-149; ERDEM, s. 512 vd.

bağlanmıştır⁵⁴. Kanaatimizce bu hüküm, yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin niteliğinden kaynaklanmakta olup, şirketin yönetim kurulu üyelerini görevden alabilmesini kolaylaştırma amacını taşıyan ve gündeme bağlılık ilkesine ve bu ilkenin kurduğu sisteme istisna⁵⁵ teşkil eden bir hükümdür. Gündeme bağlılık ilkesinin istisnasını oluşturan bu düzenlemenin dar yorumlanması gerekir⁵⁶. Yönetim kurulunun gündemde madde olmasa bile haklı sebeplerle görevden alınabiliyor olması; gündemde madde bulunmamasına rağmen haklı sebeplerin varlığı halinde üyeler aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi anlamına gelmemelidir. Genel kurul gündeminde azille ilgili bir madde bulunmaksızın yönetim kurulunun görevden alınabilmesine imkân tanınmasının temel nedeni; şirketle üye arasındaki ilişkinin bir vekalet ilişkisi olması ve güven kaybetmiş bir yönetim kurulu ile şirketin ilişkiyi sürdürmeye zorlanamamasıdır⁵⁷. Bununla birlikte, genel kurulun bizzat yönetim kurulunca toplantıya çağrıldığı durumlarda, gündemde azle ilişkin bir madde bulunması ihtimalinin düşüklüğü de göz ardı edilmemelidir⁵⁸. Kanun koyucunun, yönetim kurulu üyesinin görevden alınması için özel bir gündem maddesi aramamasında gözettiği menfaatler dengesinin, sorumluluk davası açılması kararında mevcut olmadığı kanısındayız.

Şu hâlde tartışılması gereken son husus, gündemde açıkça azil ile ilgili bir maddenin bulunması hâlinde durumun ne olacağıdır. Hiç kuşkusuz yönetim kurulu üyesinin veya üyelerinin azli, azlin haklı sebebe dayanması halinde sorumluluk davasını da gündeme getirebilir⁵⁹. Durum böyle olmakla gündeme bağlılık ilkesinin amacı göz ardı edilmemelidir. Gündemde yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasına ilişkin maddenin, ortalama pay sahibi dikkate alındığında ilgili üyeler hakkında sorumluluk davası açılmasının da görüşülmesini kapsamadığı fikrindeyiz.

⁵⁴ Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği m. 25'te yer alan ve haklı sebep bulunup bulunmadığı ayrımı yapılmaksızın, istemde bulunulması halinde yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasının genel kurulda görüşülebileceğine ilişkin düzenlemeye yönelik eleştirileri için bkz. PULAŞLI, s. 1382.

⁵⁵ İstisna hükmünün anlamı için bkz. YONGALIK, Aynur: “«İstisnalar Dar Yorumlanır» Kuralı ve Değerlendirilmesi”, AÜHFD, 2011, C. 60, S. 1, s. 7 vd.

⁵⁶ ŞENER, Emsal Yargıtay Kararları, s. 300.

⁵⁷ Bkz. TTK m. 364 Gerekeçe. Ayrıca bkz. UÇAR, s. 152.

⁵⁸ KIRCA/(ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT), Anonim Şirketler C. I, s. 459; ERDEM, s. 511 vd.

⁵⁹ ŞENER, Emsal Yargıtay Kararları, s. 74.

D- Kârın Kullanım Şeklinin, Dağıtılacak Kâr ve Kazanç Payları Oranlarının Belirlenmesi

Öğretide finansal tabloların onaylanmasının sorumluluk davası açma kararı ile ilişkisinden ve TTK m. 408.2'den hareketle⁶⁰ yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, yıllık kar üzerindeki tasarruflar ve kar ve kazanç paylarının belirlenmesinin yanında yedek akçelerin sermayeye yahut dağıtılacak kara katılmasına ilişkin kararların da sorumluluk davası açma ile bağlantılı konular olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁶¹.

Ancak belirtelim ki, yazarlar bu bağlantıyı sorumluluk davası açma kararında genel kurulun münhasır yetkiye sahip olup olmadığı tartışması bağlamında kurmaktadır. Yoksa yazarlar, kârın dağıtılması ve kazanç payları oranının belirlenmesine ilişkin gündem maddesinin sorumluluk davası açmayı da kapsadığına ilişkin bir iddia ileri sürmemektedirler.

Kanaatimizce kârın kullanım şeklinin, dağıtılacak kâr ve kazanç payları oranlarının belirlenmesine ilişkin gündem maddesinin varlığına dayanılarak sorumluluk davası açılması kararının görüşülmesi mümkün olmamalıdır. Zira ortalama bir pay sahibinin, ibra kararının veya finansal tabloların görüşülmesinin yönetim kurulu üyelerinin hesap vereceği şeklinde yorumlaması ve bu çerçevede sorumluluk davası açılmasının da görüşüleceğini öngörmesi düşünülebilirse de aynı durum kârın veya kazanç paylarının belirlenmesine ilişkin gündem maddesi için geçerli değildir. Kârın veya kazanç paylarının dağıtılıp dağıtılmayacağı veya ne kadar dağıtılacağına karar verilmesine ilişkin gündem maddesini gören ortalama bir pay sahibi, bu gündem maddesinin ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu arasında bağlantı kuramayacaktır.

Yalnız şu hususu da belirtelim ki, bu tartışmanın pratik bir önemi yoktur. Zira kâr ve kazanç payları oranlarının belirlenmesine ilişkin karar esasen olağan genel kurul toplantısında alınır ve olağan genel kurul toplantısının gündeminde de zaten sorumluluk davası ile bağlantılı olan ibra kararı veya finansal tabloların onaylanması maddeleri bulunacaktır (Genel Kurul Toplantı Yönetmeliği m. 13). Dolayısıyla kâr ve kazanç payları oranının görüşüleceği genel kurul toplantısında kural olarak finansal tabloların onaylanması veya ibra kararına ilişkin gündem maddesi de bulunacağından, genel kurul bu gündem maddeleri ile bağlantılı sorumluluk davası açma kararını görüşebile-

⁶⁰ ÇAMOĞLU, s. 215.

⁶¹ ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 549; BAHTİYAR, s. 407.

cektir. Dolayısıyla kâr ve kazanç payları oranlarının belirlenmesinin sorumluluk davası açma kararı ile ilgili olup olmadığını tartışmak da bu bağlamda önemini kaybedecektir.

SONUÇ

Yargıtay'ın yerleşik içtihadı uyarınca, şirket adına açılacak sorumluluk davalarında genel kurul kararı, tamamlanabilir bir dava şartı olarak aranmaktadır. Bu çerçevede, gündeme bağlılık ilkesi bir taraftan pay sahiplerinin toplantıya katılma ve toplantı öncesi hazırlık yapma haklarını koruma amacına hizmet ederken diğer taraftan yönetim kurulu üyelerinin menfaatlerine aykırı ve sürpriz niteliğinde kararlar alınmasını önlemektedir. Bu bağlamda gündeme bağlılık ilkesinin şirket yönetimi ile pay sahipleri arasındaki menfaat dengesi açısından önemli bir yeri olduğu söylenebilir. Genel kurul gündemi her durumda açık ve anlaşılır şekilde kaleme alınmadığından, gündem maddelerinin kapsamının yorumlanması, ortalama bir pay sahibinin ilan edilen gündemin içeriğinden ne anladığının tespiti önem taşımaktadır.

Diğer taraftan yönetim kurulu üyeleri aleyhine şirket tarafından açılacak sorumluluk davasına ilişkin karar da kural olarak gündeme bağlılık ilkesine tabidir. Bununla birlikte, gündemde açıkça sorumluluk davasına ilişkin bir madde bulunmamasına karşın, ibraya, finansal tabloların müzakeresine ve özel denetim raporunun görüşülmesine ilişkin gündem maddeleri, sorumluluk davası ile bağlantılı olduğundan gündemde bu maddelerin bulunması hâlinde kanaatimizce genel kurul sorumluluk davası açılması hakkında karar alınabilecektir. Bu yaklaşım, öncelikli olarak gündemi belirleme yetkisine sahip olan yönetim kurulunun menfaat çatışması sebebiyle sorumluluk davası açılmasını engelleme ihtimalini sınırlamak ve şirketin çıkarlarını korumak bakımından önem taşımaktadır.

Durum böyle olmakla birlikte, gündeme bağlılık ilkesine getirilen istisnanın dar yorumlanması, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması örneğinde olduğu gibi, her durumda sorumluluk davasının açılması kararını gerektirmeyecek gündem maddeleri arasında bir ayrıma gidilmesi gerekir. Gündeme bağlılık ilkesi, sorumluluk davası açılması bakımından bağlantılı gündem maddeleri göz önüne alınarak daha esnek biçimde uygulanmalı ancak ilkenin konuluş amacı ve sağladığı öngörülebilirlik göz ardı edilerek bağlantılı gündem maddelerinin kapsamı gereğinden çok genişletilmemelidir.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ GÜNEY, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, İstanbul 2016.
- ARNOLD, Michael: Münchener Kommentar zum AktG, Band 3, (hrsg. Wulf GOETTE/Mathias HABERSACK/Susanne KALSS, 6. Auflage, München 2024.
- ARSLANLI, Halil: Anonim Şirketler, C. II-III, İstanbul 1960.
- AYDEMİR, Fatih: “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrasının Hukuki Sonuçları”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2011, C. 69, S. 1-2, s. 1075-1104.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2025.
- AYTAÇ, Zühtü: Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara 1982.
- BAHTİYAR, Mehmet: “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu”, Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı (editörler: Sabih ARKAN et al.), Ankara 2016, s. 393-414.
- BEKTAŞ, İbrahim: Yeni Pay Alma (Rüçhan) Hakkının Kısıtlanması ve Devri, Ankara 2023.
- BERTSCHINGER, Urs: “Ausgewählte Fragen zur Einberufung, Traktandierung und Zuständigkeit der Generalversammlung”, AJP, 2001, Heft 8, s. 901-907.
- BİRSEL, Mahmut: “Anonim Şirketlerde Azlık Hakları”, İmren Öktem’e Armağan, Ankara 1970, s. 620-659.
- BOZKURT YAŞAR, Sevgi: “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Şirket Adına Sorumluluk Davası Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ”, BATİDER, 2018, C. 34, S. 1, s. 137-170.
- BÖCKLI, Peter: Schweizer Aktienrecht, B. 5, Zürich/Genf 2022.
- BUNGERT, Hartwin: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 4 (hrsg. Michael HOFFMANN-BECKING/Andreas AUSTMANN), 6. Auflage, München 2024.
- CENKÇİ, Esra: “Fransız Şirketler Hukukunda Gündeme Bağlılık İlkesi”(Fransız Şirketler Hukuku), Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 5, S. 1, s. 209-228.
- CENKÇİ, Esra: Anonim Şirketlerde Gündeme Bağlılık İlkesi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Antalya 2011.
- ÇAMOĞLU, Ersin/(POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal): Ortaklıklar Hukuku I, 16. Bası, İstanbul 2025.
- ÇAMOĞLU, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle), 3. Bası, İstanbul 2010.
- DOMANİÇ, Hayri: Anonim Şirket, İstanbul 1978.
- DRUEY, Jean Nicolas: “OR Art. 697a (Art. 697c OR 2020)”, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660 - 697m OR (hrsg. Lukas HANDSCHIN, Peter JUNG), B. 2, Zürich/Basel/Genf 2021.
- DUBS, Dieter/TRUFFER, Roland: “Art. 704b OR”, Basler Kommentar OR II, 6. Auflage, Basel 2024.
- ERDEM, Nuri: “Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarında Gündeme Bağlılık İlkesi Çerçevesinde Yönetim Kurulu Üyelerinin Azlı”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 2018, C. 76, S. 2, s. 503-528.

- FORSTMOSER, Peter/MEIER-HAYOZ, Arthur/NOBEL, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- GERICKE, Dieter/HÄUSERMANN, Daniel/WALLER, Stefan: “OR Art. 756”, Basler Kommentar OR II, 6. Auflage, Basel 2024.
- GÖKDEMİR TAMER, Tülay: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Oy Hakkının Kapsamı ve Etkisi, İstanbul 2022.
- GRIGOLEIT, Hans Christoph/RACHLITZ, Richard: Aktiengesetz Kommentar (hrsg. Hans Christoph GRIGOLEIT), 2. Auflage, München 2020.
- HELVACI, Mehmet: “Anonim Ortaklık Tarafından Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu -Düşünce ve Değerlendirmeler-”, Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu 20 Ekim 2017 (editörler: Abuzer KENDİGELEN et al.), İstanbul 2018, s. 143-175.
- HELVACI, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1995.
- İMREGÜN, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989.
- KARAMAN COŞGUN, Özlem/DOĞRUSÖZ KOŞUT, Hanife: “Kurucuların, Yönetim Kurulu Üyelerinin, Yöneticilerin Ve Tasfiye Memurlarının Sorumluluğu”, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III (editör: Kemal ŞENOCAK), Ankara 2023, s. 3838-3874.
- KAYA, Arslan: “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, BATİDER, 2015, 31, S. 1, s. 61-83.
- KAYAR, İsmail: “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararı?”, Şirketler Hukukunun Güncel Kararları Sempozyumu, Ankara 2019, s. 67-87.
- KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan H./MANAVGAT, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C I, Ankara 2013.
- KIRCA, İsmail: “İbra Kararının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu'nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali”, BATİDER, 2006, C. 23, S. 3, s. 33-51.
- KUNZ, Peter V.: “Kontrollrechte des Aktionärs, Sonderprüfung Art. 696–697g OR”, Berner Kommentar, Das Aktienrecht - Kommentar der ersten Stunde (hrsg. Peter NOBEL, Christoph MÜLLER), Bern 2023.
- LIEBSCHER, Thomas: Becklische Kurz Kommentare, Gesellschaftsrecht (hrsg. Martin HENSSLER/Lutz STROHN), 6. Auflage, München 2024.
- MOCK, Sebastian: beck-online.GROSSKOMMENTAR (GesamtHrsg: Martin HENSSLER /Hrsg: Eberhard STILZ / Rüdiger VEIL) Stand: 01.06.2025.
- MOROĞLU, Erdoğan: “Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması”, BATİDER, 2001, C. 21, S. 5, s. 5-14.
- OKAN, Neval: “Genel Kurul”, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II (editör: Kemal ŞENOCAK), Ankara 2023, s. 2267-2270.
- OKÇUOĞLU, Yavuz N.: “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Hakkında Azlık Oyları ile Dava Açılması Koşulları (TTK m. 341)”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 57-69.

- ÖZEKES, Muhammet/MERİÇ, Nedim/SEVEN, Vural: Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası, İstanbul 2021.
- PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Ankara 2024.
- ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan H./KIRCA, İsmail/MANAVGAT, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku C.2/1, Ankara 2024.
- ŞENER, Oruç Hami: Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2022.
- ŞENER, Oruç Hami: Anonim Ortaklıklara İlişkin Emsal Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi (Emsal Yargıtay Kararları), Ankara 2023.
- TANNER, Brigitte: “OR Art. 700”, Zürcher Kommentar Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR (hrsg. Lukas HANDSCHIN), B. 3, Zürich/Basel/Genf 2018.
- TEKİNALP, Ünal/(POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin): Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, İstanbul 2017.
- TURAN, Gizlem: Anonim Şirketler Hukukunda İbra, İstanbul 2023.
- UÇAR, Sercan: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Azli, Ankara 2023.
- ÜÇİŞİK, Güzin/ÇELİK, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. 1, Ankara 2013.
- von der CRONE, Hans Caspar: Aktienrecht, B. 2, Bern 2020.
- YILDIRIM ALTINBAŞ, Fatma: Anonim Şirket Genel Kurulunda Gündem ve Gündeme Bağlılık İlkesi, T.C Altınbaş Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019.
- YİĞİN, Ali: Anonim Şirketlerde Gündeme Bağlılık İlkesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Anabilim Dalı (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 1988.
- YONGALIK, Aynur: “«İstisnalar Dar Yorumlanır» Kuralı ve Değerlendirilmesi”, AÜHFD, 2011, C. 60, S. 1, s. 1-15.

MURİS MUVAZAASINA DAYALI TAPU SİCİLİNİN DÜZELTİLMESİ DAVASINI HANGİ MİRASÇILARIN HANGİ SIFATLA AÇABİLECEĞİ MESELESİ

*The Issue of Which Heirs May Bring an Action for Rectification of the
Land Registry Based on Collusion of Deceased, and in What Capacity*

Doç. Dr. Leylâ Müjde KURT*

ÖZ

Mirasçılarının mirasbırakanın sağken yaptığı taşınmaz satışları bakımından bunların aslında bağışlamayı gizleyen ve mirasçılardan mal kaçırmak için yapılan muvazaalı işlemler olduğu iddiasıyla tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmaları sık rastlanan bir durumdur. Yargı uygulamasında tapu sicilinin düzeltilmesi davasını saklı paylı olsun veya olmasın tüm mirasçılarının açabileceği, mirasçılarının bu davada muvazaalı işlemin tarafı olmayan üçüncü kişi durumunda oldukları ve muvazaa olgusunu tanık dâhil her türlü delille ispatlayabilecekleri, bu dava ile taşınmaz üzerindeki miras paylarının tamamını elde edebilecekleri kabul edilmektedir. Söz konusu yargı uygulaması doktrinde yoğun eleştirilere maruz kalmaktadır. Dava hakkı bakımından saklı paylı mirasçılar ile saklı paylı olmayan mirasçılar arasında bir ayrıma gidilmesi gerekip gerekmediği, mirasçılarının mirasbırakandan kendilerine intikal eden bir dava hakkını kullanarak küllî halef sıfatıyla mı dava açacağı, yoksa kendi haklarının ihlâlinden bahisle üçüncü kişi sıfatıyla mı dava açacağı meseleleri tartışmalıdır. Bu çalışmada muris muvazaası iddiasına dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davasını hangi mirasçılarının açabileceği, mirasçılarının davayı mirasbırakanın küllî halefi sıfatıyla mı, yoksa üçüncü kişi olarak mı açacakları, buna bağlı olarak muvazaa olgusunu yazılı delille ispat etmek zorunda olup olmadıkları meseleleri yargı kararları ve doktrinde ileri sürülen görüşler ışığında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Taşınmaz temliki, muris muvazaası, tapu sicilinin düzeltilmesi davası, saklı paylı mirasçı, muvazaanın ispatı.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, E- posta: merkurmay@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0155-5054.

ABSTRACT

It is a frequently encountered practice that heirs bring actions for the rectification of the land registry on the grounds that real estate transfers executed by the deceased during their lifetime were, in reality, donations concealed as sales and aimed at depriving the heirs of their inheritance. In judicial practice, it is accepted that actions for the correction of the land registry may be instituted by all heirs, irrespective of whether they hold a reserved portion; that in such proceedings the heirs are considered third parties, not parties to the simulated transaction itself; that the existence of collusion may be proven through any form of evidence, including witness testimony; and that, by means of such actions, the heirs may obtain the entirety of the inheritance shares pertaining to the immovable property. This judicial approach has been subject to substantial criticism in legal doctrine. Controversy persists as to whether a distinction ought to be drawn between heirs with a reserved portion and those without in terms of standing to sue; whether heirs initiate the action in their capacity as universal successors of the deceased by exercising a right of action transferred to them, or instead as third parties alleging the infringement of their own rights. This study examines, in light of judicial decisions and doctrinal opinions, which heirs may bring an action for the correction of the land registry based on an allegation of fraudulent conveyance by the deceased, whether heirs are to proceed as universal successors of the deceased or as third parties, and, in connection therewith, whether they are obliged to establish the fact of collusion through written evidence.

Keywords: *Real estate transfert, collusion of deceased, action for rectification of the land registry, heir with reserved portion, proof of collusion.*

GİRİŞ

Muvazaa; tarafların gerçekte hüküm ve sonuç doğurmasını istemedikleri bir sözleşmeyi üçüncü kişileri aldatmak amacıyla akdetmeleridir. Muvazaada taraflar görünürdeki muvazaalı işlemle aynı anda veya ondan önce görünürdeki işlemi üçüncü kişileri aldatmak için yaptıkları ve işlemin kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceği konusunda anlaşmaktadır¹. Uygulamada muvazaa davalarının büyük bölümünü muris muvazaası davaları oluşturmaktadır. Muris muvazaası davası, tenkis davası veya denkleştirme davasından farklı olarak, kanunlarda özel olarak düzenlenmemiş, yargı içtihatları ile ortaya çıkmış bir dava türüdür². Muris muvazaasında, mirasçılar miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla hareket eden mirasbırakan kazandırmada bulunduğu kişi ile anlaşarak aralarındaki bağışlama sözleşmesini görünürdeki satış sözleşmesi veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi gibi bir sözleşme ile gizlemektedir. Böylece, mirasbırakan sağlığında aslında bağışladığı bir malını bir mirasçısına veya mirasçısı olmayan bir kişiye ivazlı olarak devretmiş görünmektedir³. Burada taraflar görünürdeki muvazaalı işlemin arkasında gerçek iradelerine uygun gizli bir işlem yaptıklarından, nispi muvazaa söz konusudur⁴.

Mirasbırakanı yaptığı bağışlamayı ivazlı bir devir işleminin arkasına gizlemeye sevk eden genellikle saklı paylı mirasçıların sonradan tenkis davası açma imkânını bertaraf etme amacıdır. Zira gerçek bir ivazlı devir tenkise tâbi

¹ MÜLLER, Christoph: Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, BK-Berner Kommentar (editörler Regina E. Aebi-MÜLLER, Christoph MÜLLER) Zürich 2018, s. 854; JÄGGI, Peter/GAUCH, Peter/ HARTMANN, Stephan: Art. 18 OR - Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, ZK-Zürcher Kommentar (editör Jörg SCHMID), B. 4, Zürich 2014, s. 31; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 29, Ankara 2024, s. 404-406; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, B. 21, İstanbul 2023, s. 133.

² YILMAZ, Süleyman: Mirasbırakanın Mirasçılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemleri ve Sonuçları (Muris Muvazaası), Ankara 2021, s. 242. “*Türk Borçlar Kanunu'nun yukarıda yer verilen genel hükmü (TBK m. 19) dışında mu ris muvazaasına ilişkin bir düzenleme kanunlarımızda yer almamaktadır. Muris muvazaası kaynağını daha çok Yargıtay içtihatlarından ve bilimsel görüşlerden almakta ise de esas kaynağını Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 01.04.1974 tarihli ve 1974/1 Esas, 1974/2 Karar sayılı kararı oluşturmaktadır.*”. Y. HGK, E. 2023/270, K. 2024/507, 9.10.2024 (Lex Pera).

³ ANTALYA, O. Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku, Cilt III, B. 4, Ankara 2019, s. 363; YILMAZ, s. 221; AYDIN, Öztürk: Muris Muvazaası, İstanbul 2023, s. 67-68; İNCİ, Onur: Yargıtay Uygulamasında Muris Muvazaası, Ankara 2020, s. 61.Y. HGK, E. 2023/270, K. 2024/507, 9.10.2024 (Lex Pera).

⁴ ANTALYA, s. 367; YILMAZ, s. 109; AYDIN, s. 68. Y. HGK, E. 2017/1231, K. 2018/1549, 23.10.2018 (Lex Pera). Nispi muvazaa konusunda bkz. MÜLLER, s. 859-860; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, s. 34; EREN, s. 408; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt-1, s. 134.

değildir⁵. Mirasbırakanın muvazaa yoluna başvurmada erkek çocuğa kız çocuğa nazaran üstünlük tanımak, sonraki eşten olan çocuklara önceki eşten olan çocuklara nazaran üstünlük tanımak, zayıf durumdaki mirasçısını güçlendirmek istemek gibi pek çok saik etkili olabilmektedir⁶.

Çalışmamızın konusunu, muris muvazaasının uygulamada en sık rastlanan görünümü olması itibarıyla, mirasbırakanın aslında bağışladığı bir taşınmazını tapuda muvazaalı olarak satış olarak gösterdiği durumlar oluşturmaktadır. Mirasbırakan gerçekte bağışladığı taşınmazını tapuda satış olarak göstermişse, görünürdeki satış sözleşmesi muvazaa nedeniyle, gizlenen bağışlama sözleşmesi ise şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğundan, tapu sicilindeki yolsuz tescilin düzeltilmesinin istenmesi söz konusu olabilecektir⁷. Tapulu taşınmazlara ilişkin muvazaalı devirlerde saklı paylı olsun olmasın her mirasçının muvazaa/geçersizlik iddiasına dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açıp açamayacağı, dava açan mirasçının işlemin tarafı sıfatıyla mı yoksa üçüncü kişi sıfatıyla mı dava açacağı ve buna bağlı olarak muvazaa olgusunu nasıl ispatlayacağı meseleleri tartışmalıdır. Saklı paylı olsun olmasın tüm mirasçıların muris muvazaasına dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davasını muvazaanın tarafı olmayan üçüncü kişi sıfatıyla açıp miras payı oranında adına tescili sağlayabilmesi yönündeki yargı uygulaması doktrinde yoğun olarak eleştirilmektedir. Bu çalışmada, konuyla ilgili yargı uygulaması ve doktrinde ileri sürülen görüşler ele alınmak suretiyle, muris muvazaası iddiasına dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davasını hangi mirasçıların hangi sıfatla açabileceği meselesi incelenecektir.

I. YARGI UYGULAMASINDAKİ DURUM

A. Konuyla İlgili Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları

1. 1.04.1974 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 1.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı içtihadı birleştirme kararı mirasbırakanın tapulu taşınmazını

⁵ DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, B. 20, İstanbul 2024, s. 269; EREN, s. 417.

⁶ AYDIN, s. 68 vd.; SERT SÜTÇÜ, Selin: Miras Bırakanın Muvazaalı Hukukî İşlemleri ve Sonuçları, Ankara 2018, s. 68 vd.

⁷ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, s. 47-48; EREN, s. 417-418; OĞUZMAN, Kemal: “*Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tankis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası*”, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, (editör Yavuz ALANGOYA) İstanbul 1990, s. 189; DURAL/ÖZ, s. 270.

mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı olarak temlik ettiği durumlara ilişkindir. Bu karar tapulu taşınmazlara ilişkin olarak açılan muris muvazaası davalarının temel esaslarını ortaya koyması bakımından büyük önem arz etmektedir. Genel Kurul, söz konusu kararda, mirasbırakanın mirasçısını miras hakkından yoksun kılmak amacıyla tapulu taşınmazını gerçekte bağışlamak istediği halde görünürde bir satış sözleşmesi akdederek tapuda bir kişiye devretmiş olması durumunda, saklı paylı olsun olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçıların Borçlar Kanunu'nun muvazaa ile ilgili hükmüne (TBK m. 19/BK m. 18) dayanarak muvazaa nedeniyle tapu kaydının iptali davası (tapu sicilinin düzeltilmesi davası) açabileceğine hükmetmiştir. Kararda Medenî Kanun'un 5. maddesinde Borçlar Kanunu'ndaki genel kuralların medenî hukukun diğer kısımlarında da uygulanmasının öngörüldüğünden bahisle, Borçlar Kanunu'nun muvazaalı işlemler ile ilgili hükmünün (TBK m. 19/BK m. 18) miras hukukunda da uygulanabileceği ifade edilmiştir. Karara göre, mirasbırakanın mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla gerçekte bağışlamak istediği taşınmazını tapuda satış sözleşmesi akdederek devretmesi durumunda, görünürdeki satış sözleşmesi muvazaa nedeniyle, gizlenen bağışlama sözleşmesi ise geçerlilik şekline aykırılık nedeniyle geçersiz olduğundan, saklı paylı olsun olmasın mirasçılar tapu sicilinin düzeltilmesini isteyebilir⁸.

Kararda ayrıca mirasbırakanla alıcının yaptığı muvazaalı satış sözleşmesiyle mirasçının hakkının çiğnendiği, bu işlemle miras hakkından yoksun edilmiş kişi olan mirasçının muvazaaya dayalı davayı murisin küllî halefi olarak değil, doğrudan üçüncü kişi olarak açabileceği görüşü benimsenmiştir.

Söz konusu içtihadı birleştirme kararında benimsenen anlayış mirasçıları en üst düzeyde korumaktadır. Bu durumda mirasçıların karşılaşılabileceği

⁸ Kararda “Bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicillinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçıların, görünürdeki satış sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun 18. maddesine dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerine ve bu dava hakkının geçerli sözleşmeler için söz konusu olan Medenî Kanun'un 507. ve 603. maddelerinin sağladığı haklara etkili olmayacağına,(...) oyçokluğuyla karar verildi.” ifadelerine yer verilmiştir. Y. İBGK, E. 1974/1, K. 1974/2, 1.04.1974 (Kazancı).

yegâne tehlike üçüncü bir kişinin dava konusu taşınmazı TMK m. 1023 uyarınca iyiniyetle iktisap etmiş olmasıdır⁹.

2. 22.05.1987 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 22.05.1987 tarihli içtihadı birleştirme kararında, tenkis davası ile muvazaa iddiasına dayalı tapu iptal ve tescil davasının ileri sürülüş biçimleri, hukukî esasları ve kapsamı farklı davalar olmakla birlikte, kendi yararına bir hukukî sonuç elde etmek isteyen ve birden fazla dava açabilecek durumda olan kişinin bu davalardan birini diğerine tercihan açmaya zorlanamayacağı ifade edilmiştir. Karara göre, mirasbırakanın yaptığı temlikî tasarruflardan zarar gören mirasçılar tenkis davası ile terditli olarak veya tenkis davası açtıktan sonra ayrı bir dilekçe ile TBK m. 19 (BK m. 18) hükmüne dayalı olarak muvazaa nedeniyle tapu iptal ve tescil davası açabilir¹⁰.

Bu içtihadı birleştirme kararında da muvazaa nedeniyle tapu iptal ve tescil davası açma hakkı saklı paylı mirasçı olup olmadıkları konusunda bir ayrıma gidilmeksizin “miras bırakanın yaptığı temlikî tasarruflardan zarar gören mirasçılara” tanındığından, söz konusu karar bu yönüyle 1.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı içtihadı birleştirme kararında ifade edilen tüm mirasçılara muris muvazaası davası açma hakkı tanıyan anlayışı teyit etmektedir.

3. 16.03.1990 Tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı içtihadı birleştirme kararının adalet duygusu ve kamu vicdanını rahatsız edebilecek sonuçlar doğurduğu gerekçesiyle değiştirilmesi talebi Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 16.03.1990 tarihli kararı ile reddedilmiştir. 16.03.1990 tarihli bu karara göre, 1.04.1974 tarihli içtihadı birleştirme kararı kız çocuklarını erkek çocuklar ile eşit miras hakkına kavuşturmak, mirasbırakanın çocukları arasında eşitliği sağlamak gibi amaçlarla toplumun özel koşul ve gereksinimleri dikkate alınarak çıkarılmış olup, bu düzenleme toplum ihtiyaçlarına cevap vermekte ve hukuk önünde eşitliği sağlamaktadır. Öte yandan, değiştirilmesi istenen 1.04.1974 gün ve 1/2 sayılı içtihadı birleştirme kararında yer alan esaslar 22.5.1987 gün ve 4/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile de teyit edilmiş, bu itibarla artık toplumun benimseyip davranışlarını ona göre belirlediği yerleşmiş bir düzen oluşmuştur. 16.03.1990

⁹ DURAL/ÖZ, s. 270-271.

¹⁰ Y. İBGK, E. 1986/4, K. 1987/5, 22.05.1987 (Kazancı).

tarihli içtihadı birleştirme kararında, mevcut bir içtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi veya kaldırılması için bu durumu haklı gösteren nedenler bulunması gerekliliğine işaret edilerek söz konusu karar bakımından böyle haklı bir gerekçenin bulunmadığına hükmedilmiştir¹¹.

B. Konuyla İlgili Yargıtay Uygulaması

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay Hukuk Daireleri mirasbırakanın kendi üzerinde bulunan tapulu taşınmazı muvazaalı olarak devrettiği iddiasına dayalı olarak açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davalarında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 1.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı içtihadı birleştirme kararında ortaya koymuş olduğu esasları uygulamaktadır. Yargıtay söz konusu içtihadı birleştirme kararının sadece mirasbırakanın kendi üzerindeki tapulu taşınmazlar yönünden yaptığı temlik işlemleri için bağlayıcı olduğunu ifade etmektedir¹².

Yargıtay uygulamasında, 1.04.1974 tarihli içtihadı birleştirme kararına uygun olarak, tapulu taşınmazın devrine ilişkin görünürdeki satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesinin arkasında gizli bir bağışlamanın bulunduğu durumlarda saklı paylı olsun veya olmasın tüm mirasçılara muris muvazaası iddiasıyla tapu sicilinin düzeltilmesi davası açma imkânı

¹¹ İçtihadı birleştirme kararının değiştirilmesi talebinin reddine ilişkin söz konusu kararda şu ifadeler yer verilmiştir: “Bu karar toplumun özel koşul ve gereksinimleri dikkate alınarak çıkarılmıştır. Şöyle ki, özellikle küçük kırsal bölgelerde kız çocuklarını mirastan mahrum etmek amacıyla muris erkek çocuğu ile anlaşarak gerçekte bağışlamak istediği malvarlığını, kötüniyetle satış göstermek suretiyle devir işlemini gerçekleştirmektedir. Bunun yanında eşin ölümü veya boşanma sebebiyle yeniden evlenen erkek, önceki eşinden olma çocuklarını sonraki eşin etkisiyle mirastan mahrum etmek amacıyla sonraki çocuklara gerçekte bağışlamak istediği malvarlığını satış göstermek suretiyle onlara intikal ettirmektedir. İşte, 1.4.1974 gün ve 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı esas itibarıyla muvazaalı tasarruflar karşısında gerek kız çocuklarını erkek çocuklarla eşit miras hakkına kavuşturmak ve gerekse murisin çocukları arasında eşitliği sağlamak amacıyla çıkarılmış olup, bu düzenlemenin toplumun ihtiyaçlarına cevap verdiği ve hukuk önünde eşitliği sağladığı tartışma götürmeyecek kadar açıktır.”. Y. İBGK, E. 1989/1, K. 1990/2, 16.03.1990 (Kazancı).

¹² “Mirasbırakan tapuda taşınmaz mal temlik etmediğinden, kooperatif payı devrine ilişkin tasarrufu ile ilgili olarak 1.4.1974 tarih ve 1/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama yeri bulunmadığı, (...)” Y. 1. HD, E. 2023/5290, K. 2024/4124, 4.06.2024 (Kazancı). “(...) para veya kendine ait menkul mal bağışında bulunması hâlinde 01.04.1974 tarihli ve 1/2 Sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararı uygulanamaz. Anılan karar, konusu ve sonuç bölümü itibarıyla, murisin kendi üzerindeki tapulu taşınmazlar yönünden yaptığı temlik işlemleri için bağlayıcıdır.” Y. 7. HD, E. 2024/4437, K. 2024/5604, 10.12.2024 (Kazancı).

tanınmaktadır¹³. Yüksek Mahkeme, bu durumda davanın kabulü için muvazaanın mirasçılardan mal kaçırma amacıyla yapılmış olması koşulunu aramaktadır¹⁴. Uygulamada mirasçının açtığı tapu sicilinin düzeltilmesi davasında taşınmazın terekeye döndürülmesini veya taşınmazın miras payı oranında adına tescilini talep edebileceği kabul edilmektedir¹⁵. Böylece mirasçılara miras paylarının tamamını elde etme imkânı tanınmış olmaktadır.

Yargıtay, mirasbırakanın sağlığında akdettiği muvazaalı sözleşme mirasçıların kanunen kendilerine intikal etmesi gereken miras haklarına engel olduğundan, mirasçıların muvazaa iddiasına dayanarak tapu iptal talebinde bulunmakta hukukî yararlarının olduğunu ifade etmektedir¹⁶. Buna göre, Yargıtay, mirasbırakanın muvazaalı devirlerinin (saklı paylı olan olmayan

¹³ Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında “Uygulama ve öğretide “*muris muvazaası*” olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibarıyla nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu muvazaada miras bırakan (...) mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir. Yargıtay içtihatlarında ve 1.4.1974 tarih 1/2 sayılı İctihatları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Kanun'un 706, Borçlar Kanunu'nun 213 (TBK.m.237) ve Tapu Kanunu'nun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.” ifadelerine yer verilmiştir. Y. HGK, E. 2014/560, K. 2015/2371, 4.11.2015 (Lex Pera). Aynı yönde: Y. HGK, E. 2022/1-865, K. 2024/293, 29.05.2024 (Kazancı); Y. HGK, E. 2017/1231, K. 2018/1549, 23.10.2018 (Lex Pera); Y. 1. HD, E. 2016/10634, K. 2019/4058, 24.06.2019 (Lex Pera); Y. 1. HD, E. 2016/7081, K. 2019/2100, 21.03.2019 (Lex Pera); Y. 1. HD, E. 2022/3830, K. 2022/7027, 26.10.2022 (Lex Pera); Y. 1. HD, E. 2022/3675, K. 2022/6816, 19.10.2022 (Lex Pera).

¹⁴ Y. HGK, E. 2023/270, K. 2024/507, 9.10.2024 (Lex Pera); Y. HGK, E. 2022/1-865, K. 2024/293, 29.05.2024 (Kazancı). Bu noktada mirasbırakanın mirasçılar arasında hak dengesini gözetken kabul edilebilir bir paylaşırma yapıp yapmadığı da göz önünde bulundurulmaktadır. Örneğin bkz. Y. 1. HD, E. 2015/17367, K. 2018/13781, 22.10.2018 (Lex Pera): “Öte yandan miras bırakan sağlığında hak dengesini gözetken kabul edilebilir ölçüde ve tüm mirasçıları kapsar biçimde bir paylaşırma yapmışsa mal kaçırmak kastından söz edilmeyeceğinden olayda 01.04.1974 tarih 1/2 sayılı Yargıtay İctihadi Birleştirme Kararının uygulanamayacağı da kuşkusuzdur.”.

¹⁵ ÖZKAYA, Eraslan: Açıklamalı-İctihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, B. 7, Ankara 2017, s. 435.

¹⁶ “Kanunen kendilerine intikal etmesi gereken miras haklarına, miras bırakan tarafından muvazaalı olarak yapılan sözleşme ile engel olduğundan bu sözleşmenin muvazaalı olduğunu ileri sürerek iptalini istemekte hukuki yararlarının bulunduğu açıktır.” Y. HGK, E. 2023/270, K. 2024/507, 9.10.2024 (Lex Pera).

ayrımı yapmaksızın) tüm mirasçılarının miras haklarını ihlâl ettiğini kabul etmektedir.

Yargıtay ayrıca muris muvazaası davalarında davacı mirasçılarının muvazaalı sözleşmenin tarafları dışında kalan üçüncü kişi konumunda oldukları, bu nedenle muvazaa iddialarını tanık dâhil her türlü delille ispatlayabilecekleri görüşündedir¹⁷.

II. DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Doktrinde mirasbırakanın tapulu taşınmazını aslında bağışladığı halde tapuda satış gösterdiği durumlarda saklı paylı olsun olmasın tüm mirasçılara üçüncü kişi sıfatıyla muris muvazaası davası açma imkânı tanıyan 1.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararını ve buna uygun gelişen Yargıtay uygulamasını isabetli bulan bir görüş olduğu gibi, bu uygulamayı şiddetle eleştiren görüşler de ileri sürülmektedir:

A. Tüm Mirasçılarının Üçüncü Kişi Olarak Muris Muvazaası Davası Açabileceği Görüşü

Doktrinde bazı yazarlar 1.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararında kabul edilen prensipleri benimsemektedir. Bu görüşteki yazarlara göre¹⁸, mirasbırakanın sağken mirasçılarını miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla gerçekte bağışlamak istediği bir taşınmazını tapuda satış göstermek suretiyle bir mirasçıya veya mirasçı olmayan bir kişiye devretmesi halinde, görünürdeki satış sözleşmesi muvazaa nedeniyle, gizlenen bağışlama sözleşmesi ise resmî geçerlilik şekline uyulmadan yapıldığı için şekle aykırılık nedeniyle geçersizdir. Bu itibarla, saklı paylı olsun olmasın miras hakkı ihlâl edilen tüm mirasçılar muris muvazaasına dayalı olarak tapudaki tescilin yolsuz olduğu gerekçesiyle TMK m. 1025 uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilir. Bu durumda tereke iştirak halinde olsa dahi her mirasçı miras payı oranında iptal ve tescil talep edebilir.

1.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı içtihadı birleştirme kararını isabetli bulan yazarlardan Sungurbey'e göre, şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olan bir bağışlama sözleşmesinin taraflarca karşılıklı olarak ifasından sonra sözleşmenin

¹⁷ Y. HGK, E. 2023/270, K. 2024/507, 9.10.2024 (Lex Pera); Y. HGK, E. 2022/1-865, K. 2024/293, 29.05.2024 (Kazancı).

¹⁸ ÖZKAYA, s. 429, 433; TOPUZ, s. 715; ANTALYA, s. 368; EVİZ, Esra: Muris Muvazaası, İstanbul 2019, s. 54-55; İNCİ, s. 70; SERT SÜTÇÜ, s. 174, 181.

şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğini ileri sürmek kural olarak hakkın kötüye kullanılması teşkil eder ise de muris muvazaası halinde durum farklıdır. İfayla düzelme ancak şekil eksikliğine ilişkin olup, bu düzelme şekil eksikliği dışında kalan kanuna aykırılık, ahlâka aykırılık gibi başkaca geçersizlik nedenlerini kapsamaz¹⁹. Yazara göre, muris muvazaası davalarında gizli işlem olan bağışlama sözleşmesi bakımından şekle aykırılığın ötesinde ahlâka aykırılık da söz konusudur. Mirasbırakan sağ iken mirasçılarını miras hakkından yoksun bırakmak için diğer bir mirasçıyla veya mirasçı olmayan bir kişiyle öğretide “Kollusion” olarak adlandırılan hileli anlaşma yoluna başvurarak bağışlamayı tapuda satış gibi gösterirse, mirasçının hakkına zarar vermek için yapılan hileli işlem ahlâka aykırı olur. Mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü sınırları içinde kazandırma bulunmuş olması da başkasına zarar verme kasdıyla hareket edildiği, kazandırmanın karşı tarafı ile bu hususta bilinçli bir işbirliği yapıldığı, dolayısıyla ahlâka aykırılık bulunduğu gerçeğini bertaraf etmez. Bu durumda bağışlama sözleşmesi TBK m. 27 uyarınca ahlâka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzdür²⁰.

Muris muvazaası davası açma hakkının tüm mirasçılara tanınması gerektiği görüşünü savunan yazarlar, saklı paylı olsun olmasın tüm mirasçıların, ortağı bulundukları terekeye dâhil olması gerekirken geçersiz bir sözleşmeyle tapuda şeklen başkasına devredilmiş bulunan taşınmaza ilişkin tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmakta hukukî yararı ve hakkı olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşe göre, mirasçıların buradaki dava hakları mirasbırakanın muvazaalı işleminden zarar görmelerinden kaynaklandığından, mirasçılar bu davada mirasbırakanın

¹⁹ SUNGURBEY, İsmet: “*Mirasbırakanın Muvazaası Durumuna İlişkin Yargıtay’ın 1.4.1974 Gün, 1/2 Sayılı Doğru İçtihadı Birleştirme Kararı Değiştirilemez*”, YASA Hukuk Dergisi, 1989, C. XII, S. 6, s. 751, 755. (Mirasbırakanın Muvazaası). Sungurbey’e göre, örneğin, bizzat kendisi dürüstlük kuralına aykırı hareket ederek kız kardeşleri miras hakkından yoksun bırakmak üzere babasıyla hileli bir anlaşma yoluna başvurup bağışlamayı satış gibi gösteren erkek kardeş, kız kardeşlerin bağışlamanın resmî şekilde yapılmamış olmasından dolayı açacakları tapu iptali davasında dürüstlük kuralını gerekçe göstererek davanın reddini isteyememelidir. SUNGURBEY, Mirasbırakanın Muvazaası, s. 752.

²⁰ SUNGURBEY, İsmet: Mirasbırakanın Danışıklı İşlemleri, Dürüstlük Kurallarının Uygulama Alanı, Çifte Satış Sözleşmeleri, İstanbul 1992, s. 64-65 (Danışıklı İşlemler); SUNGURBEY, Mirasbırakanın Muvazaası, s. 751. Bu yönde: TOPUZ, Murat: “*Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler*”, İKÜHFD, 2016, C. 15, S. 2, s. 713. Topuz, bu tür durumlarda bağışlama sözleşmesinin ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu, geçersiz olan bu kazanma sebebine dayalı olarak tapuda yapılan tescil de yolsuz olduğundan, mirasçıların yolsuz tescilin terkinini davası (tapu sicilinin düzeltilmesi davası) açarak kaydın terkinini sağlayabileceklerini ifade etmektedir.

külli halefi değil üçüncü kişi konumunda olup muvazaayı tanık dâhil her türlü delille ispatlayabilir²¹.

B. Tüm Mirasçıların Külli Halef Olarak Muris Muvazaası Davası Açabileceği Görüşü

Doktrinde mirasbırakanın tapulu taşınmazlarına ilişkin muvazaalı devirlerine ilişkin yargı uygulamasını mirasçılara tapu sicilinin düzeltilmesi davasını üçüncü kişi sıfatıyla açma imkânı tanıdığı için eleştiren görüş de ileri sürülmüştür. Bu eleştiriyi yönelten yazarlardan Oğuzman’a göre, görünürdeki satış sözleşmesi muvazaa nedeniyle, gizlenen bağışlama sözleşmesi de şekle aykırılık nedeniyle geçersiz ise, taşınmazın mülkiyeti karşı tarafa geçmediği için, saklı paylı olsun olmasın bütün mirasçılar tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK m. 1025) açabilir. Ancak, 1.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararında kabul edilenin aksine, mirasçılar bu davayı üçüncü kişi sıfatıyla açamaz. Zira, saklı payı bulunmayan mirasçının, murisin tasarruflarına karşı korunan bir hakkı bulunmadığı, dolayısıyla “mirasçıyı miras hakkından yoksun etme” ifadesi bu mirasçılar için kullanılamayacağı gibi, hakkının ihlâlinden kaynaklanan ve onun şahsına tanınmış bir dava hakkı da söz konusu değildir. Saklı paylı mirasçının ise, ancak saklı payın ihlâli sebebiyle açabileceği tenkis davası şahsına ait bir davadır. Bu itibarla, saklı paylı olsun veya olmasın mirasçılar, mirasbırakanın muvazaa ve şekle aykırılık nedeniyle açma hakkına sahip olduğu tapu sicilinin düzeltilmesi davasını ancak onun külli halefi sıfatıyla açar ve muvazaa iddiasını da tanıkla ispat edemez²².

C. Mirasçıların Saklı Payları İhlâl Edilmediği Takdirde Külli Halef, Edildiği Takdirde Üçüncü Kişi Olarak Muris Muvazaası Davası Açabileceği Görüşü

Doktrinde bazı yazarlar ise muvazaalı kazandırma ile saklı paylı mirasçıların saklı paylarının ihlâl edilmiş olup olmadığına göre bir ayırım yapmaktadır. Bu yazarlardan Kuru’ya göre, mirasçı, mirasbırakanın taraf olduğu bir hukukî işleme karşı ileri sürdüğü iddiayı ispat etmesi bakımından,

²¹ SUNGURBEY, Danışıklı İşlemler, s. 32; TOPUZ, s. 715-716; ÖZKAYA, s. 433; SERT SÜTÇÜ, s. 181.

²² OĞUZMAN, s. 189 vd. Yazara göre, buna karşılık, saklı paylı mirasçılar tenkis davası açtıklarında mirasbırakana değil kendi şahıslarına ait bir dava hakkını kullandıklarından, mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla muvazaalı işlem yaptığını her tür delille ispatlayabilir. OĞUZMAN, s. 197.

külli halefiyet nedeniyle, kural olarak taraf kavramına dâhildir²³. Buna karşılık, mirasçı açtığı davada mirasbırakanın hakkına değil kendi hakkına dayanıyorsa, mirasbırakanın taraf olduğu hukukî işlem bakımından üçüncü kişi durumundadır²⁴. Mirasçının, muvazaayı tanık delili ile ispatlayabilmesi onun yalnız kendi hakkına dayanarak dava açtığı, yani muvazaalı işlemin mirasçının hakkına zarar verdiği durumlarda mümkün olup, bu da ancak mirasçının saklı payına tecavüz edilmişse söz konusu olur. Mirasbırakanın saklı payına zarar vermeyen bağışlamada bulunmasına bir engel bulunmadığından, bağışlama mirasçının miras yoluyla kendisine intikal edecek malvarlığında azalma meydana getirirse de saklı pay ihlâl edilmedikçe teknik olarak mirasçıdan mal kaçırıldığından söz edilemez. Bu itibarla, miras bırakanın bağışlamayı satış olarak gösterdiği durumlarda bir ayırım yapılmalıdır. Muvazaalı taşınmaz satış sözleşmesi mirasçının saklı payına zarar veriyorsa, saklı paylı mirasçı bu durumda kendisine tanınan bir hakka (saklı payına) dayanarak dava açtığından, muvazaalı işlem bakımından üçüncü kişi durumunda olup muvazaa iddiasını tanık delili ile de ispatlayabilir. Buna karşılık, muvazaalı satış sözleşmesi mirasçının saklı payına zarar vermiyorsa, (saklı paylı olmayan veya saklı paylı mirasçı olmakla birlikte saklı payına tecavüz edilmemiş olan) mirasçı, mirasbırakanın külli halefi sıfatıyla hareket ettiğinden, muvazaa iddiasını tanıkla değil, ancak yazılı delille ispat edebilir²⁵.

Eren de muvazaalı kazandırma ile saklı payın ihlâl edilip edilmediğine göre bir ayırım yapmaktadır. Eren'e göre, muvazaalı taşınmaz satış sözleşmesi arkasında gizlenen bağışlama sözleşmesindeki şekil eksikliğinin yaptırımı kendine özgü geçersizlik olup, bunu yalnız taraflar ileri sürebilir. Saklı paylı mirasçılar dışındaki mirasçılar külli halef olarak taraf kavramına dâhildir. Ancak taraflarca ifa edilmiş bir sözleşmenin geçersizliğinin taraflarca ileri sürülmesi şeklin koruma amacına veya hakkın kötüye kullanılma yasağına

²³ KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt: II, B. 6, İstanbul 2001, s. 2375.

²⁴ KURU, s. 2378-2379.

²⁵ KURU, s. 2385 vd. Aynı yönde: PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, B. 8, İstanbul 2020, s. 395. Kuru, saklı pay ihlâlinin söz konusu olmadığı durumlarda davacı mirasçıya muvazaayı ispat bakımından mirasbırakanın sahip olduğu ispat imkânından farklı bir imkân tanınmaması gerektiğini çeşitli gerekçelerle açıklamaktadır: Yazara göre, saklı payı ihlâl edilmemiş mirasçıya muvazaayı tanıkla ispat imkânı tanınırsa, gerçek (muvazaasız) satış sözleşmeleri dahi yalancı tanık ifadeleriyle geçersiz hale getirilebilir. Öte yandan, mirasbırakan sağlığında işlemin muvazaalı olduğu iddiasıyla kendisi tapu sicilinin düzeltilmesi davası açıp dava sırasında ölse, saklı payı ihlâl edilmemiş mirasçı bu davaya ancak mirasbırakanın külli halefi sıfatıyla devam edebilir ve onun ispat imkânlarına sahip olur. KURU, s. 2386.

aykırı olacağından, saklı paylı olmayan mirasçılarının ve saklı payları dışındaki miras payları bakımından saklı paylı mirasçılarının şekle aykırılık nedeniyle geçersizliği ileri sürmeleri hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Buna karşılık, saklı payı düzenleyen kurallar emredici olduğundan, saklı paylı mirasçılarının TBK m. 27 f. 2 uyarınca saklı payları oranında şekle aykırılık nedeniyle geçersizliği ileri sürmeleri mümkündür. Muvazaalı işlemlerde saklı payına tecavüz edilen mirasçı muvazaalı işlemin tarafı olmayan üçüncü kişi durumunda olup muvazaayı tanıkla ispat etmesi mümkünken, saklı paylı mirasçılık dışında mirasçı mirasbırakanın küllî halefi olarak hareket edip taraf durumunda olduğundan muvazaayı ancak yazılı delil ile ispat edebilir²⁶.

Dural ve Öz de mirasçıları muvazaayı ileri sürmeleri konusunda mirasbırakan ile aynı şartlara bağlayan, yani onları küllî halef olarak kabul eden, sadece saklı paylı mirasçıları saklı paylarına tecavüz edildiği takdirde üçüncü kişi kabul ederek özel olarak koruyan görüşün kanunun sistematığına ve amacına daha uygun olduğunu ifade etmektedir. Yazarlara göre, mirasbırakan muvazaalı işlem yapmak yerine açıkça bağışlamada bulunsaydı ileri sürecek hiçbir hakkı olmayan mirasçılara sırf mirasbırakan ahlâken kınanabilecek bir yola başvurduğu için fazladan hak tanımak tereddütle karşılanmalıdır²⁷.

Aydın da Dural ve Öz ile benzer görüştedir. Aydın'a göre, kural, mirasçılarının muris muvazaası davasında mirasbırakanın küllî halefi sıfatıyla hareket ettiklerinin kabulüdür. TMK bir yandan yasal mirasçılığı ön plânda tutarak diğer yandan da mirasbırakana saklı pay kuralları ile sınırlı olmakla birlikte tasarruf özgürlüğü tanıyarak aileyi koruyan sistem ile bireyi koruyan sistem arasında bir denge kurmuştur. TMK'nın saklı pay üzerinden kurduğu bu denge göz önünde bulundurulmalı, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü içinde kalan sağlararası tasarrufları bakımından sadece saklı payı ihlâl edilen saklı paylı mirasçılara üçüncü kişi sıfatıyla muris muvazaası davası açma hakkı tanınmalıdır²⁸.

D. Sadece Saklı Paylı Mirasçıların Saklı Payları İhlâl Edildiği Takdirde Muris Muvazaası Davası Açılabileceği Görüşü

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş ise muris muvazaası davasını sadece saklı payı ihlâl edilen mirasçıların açabileceği ve bu davayla ancak saklı paylarını elde edebileceği yönündedir. Bu görüşteki yazarlardan

²⁶ EREN, s. 419-420.

²⁷ DURAL/ÖZ, s. 273-274.

²⁸ AYDIN, s. 203 vd., 213.

Hatemi'ye göre, mirasbırakan tarafından bağışlamanın satış gibi gösterildiği durumlarda muvazaa iddiasıyla tapu sicilinin düzeltilmesi davasını (muris muvazaası davasını) sadece saklı paylı mirasçılar açabilmelidir. Saklı paylı mirasçı kendisinden mal kaçırma amacıyla muvazaalı işlem yapılmış olduğunu üstün hak sahibi olarak ve üçüncü kişi sıfatıyla ileri sürebilir. Ancak saklı paylı mirasçının açacağı muris muvazaası davası miras sebebiyle istihkak davasının süreleri ile sınırlandırılmalıdır. Buna karşılık, saklı paylı olmayan mirasçılar muris muvazaası davası açamamalıdır. Yazara göre, saklı paylı olmayan mirasçılar ancak, her mirasçı gibi, şartları gerçekleşmişse ehliyetizlik, irade bozukluğu gibi butlan sebeplerini küllî halef sıfatıyla ileri sürerek sağlararası kazandırmanın hükümsüzlüğünü dava edebilir²⁹.

Muris muvazaası davası açma hakkının sadece saklı paylı mirasçılara tanınması gerektiğini savunan Yılmaz'a göre ise, muris muvazaası davası, mahiyeti itibariyle borçlar hukukundaki muvazaa davalarından farklı olup, borçlar hukuku temelli değıl, miras hukuku temelli bir dava olarak görülmelidir. Zira, borçlar hukuku alanında muvazaa davaları açısından meseleye bakıldığında, muvazaa tespit edilip işlemin geçersizliğı ortaya konulduğunda, taraflar gizledikleri işlemi geçerli olacak biçimde tekrar yapabilir. Oysa muris muvazaasında, mirasbırakan ölmüş olduğu için gizli işlemi tekrar bu defa geçerli olacak şekilde yapma imkânı yoktur. Öte yandan, mirasbırakan muris muvazaası yoluna başvurmakla aslında mirasın paylaşılması bakımından bir irade ortaya koymuş olmaktadır. Muris muvazaası davasında da ölünün son arzularına saygı gösterilmesi ilkesi (*favor testamenti* ilkesi) uygulanmalıdır. Bu nedenle muris muvazaası davası sadece saklı paylı mirasçılar tarafından açılabilmesi ve onlar bu dava ile sadece saklı paylarını alabilmelidir³⁰.

Tüm mirasçılara muris muvazaası davası açarak tapu kaydının iptalini talep hakkının tanınmasını eleştiren Kaplan'a göre de bu durum TMK'nın saklı paylı mirasçılarının korunmasına yönelik tenkis davası ve iptal davası açma haklarına ilişkin miras hukuku düzenlemelerinin tamamen göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir. Yazara göre böyle bir durum, miras hukukundaki saklı pay kuralları ve mirasbırakanın tasarruf serbestisine sahip olması ilkesi ile bağdaşmamakta olup TBK ile TMK arasında bağlantı kuran TMK m. 5 (İsv.MK m. 7) hükmünün anlamına da aykırıdır³¹.

²⁹ HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, B. 9, İstanbul 2021, s. 61.

³⁰ YILMAZ, s. 227 vd.

³¹ KAPLAN, İbrahim: "Muris Muvazaası", İKÜHFD, 2016, C. 15, S. 1, s. 363.

E. Mirasçıların Muris Muvazaası Davası Açamayacağı Görüşü

Doktrinde mirasçıların muris muvazaası davası açamayacağı, ancak şartları gerçekleştiğinde saklı paylı mirasçılarının tenkis davası açabileceğine ilişkin görüş de ileri sürülmüştür. Bu görüşteki yazarlardan Karayalçın, saklı paylı olsun veya olmasın tüm mirasçılara muris muvazaası davası açma hakkı tanıyan 1.04.1974 ve 22.05.1987 tarihli Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının miras hukukunun benimsediği esaslara aykırı olduğu görüşündedir. Yazara göre, saklı payın ihlâli durumu hariç, mirasbırakanın sağlığında yaptığı tasarruflarla mirasçılarının miras hakkı ihlâl edilmiş olmaz. Bu itibarla, bu gibi durumlarda, mirasbırakanın mirasçıları miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla hareket ettiğinden de söz edilemez. Mirasçılarının mirasbırakanın sağken taşınmaza ilişkin yapmış olduğu sözleşmenin muvazaa ve şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğini ileri sürme hakları olmadığından, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının incelenmesi de söz konusu olmaz. Mirasbırakan tasarruf nisabı dâhilinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Tasarruf nisabını aşan tasarrufları söz konusu ise, bu durumda saklı paylı mirasçılar sadece tenkis davası açabilir. Saklı paylı mirasçılar tenkis davasında hukukî menfaati ihlâl edilmiş üçüncü kişi konumundadır³².

Postacıoğlu da farklı gerekçelerle aynı sonuca ulaşmaktadır. Postacıoğlu'na göre, muvazaalı satış sözleşmesini akdetmek için resmî şekle başvurulmakla resmî şeklin sağlayacağı korumaya fiilen kavuşulduğundan, bağışlama sözleşmesi şekle aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edilmemeli; muvazaalı satış sözleşmesi geçerli bir bağışlama sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir. Yazara göre, buradaki geçerli bağışlama sözleşmesi ancak saklı payı ihlâl ettiği oranda iptal edilebilir. Tenkis davasında saklı paylı mirasçı müstakilen kendisine ait bir hakkın (saklı payın) ihlâline dayandığı için iddialarını her türlü delille ispatlayabilir³³. Yazar muvazaalı satış sözleşmesini geçerli bir bağışlama sözleşmesi olarak kabul ettiği için, bu görüş kabul edildiği takdirde, ortada yolsuz tescil bulunmayacağından mirasçılarının tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmaları söz konusu olmaz; sadece saklı paylı mirasçılarının bağışlama ile saklı payları ihlâl edildiği takdirde bağışlamanın tenkisi için dava açma imkânından söz edilebilir.

³² KARAYALÇIN, Yaşar: “Mirasçının Muvazaa Nedeniyle İptal Davası Açma Hakkı Var mıdır”, Yargıtay Dergisi, 1989, C. 15, S. 1-4, s. 328-329, 337.

³³ POSTACIOĞLU, İlhan: Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, B. 2, İstanbul 1964, s. 229. Bu yönde: BELEN, Herdem/TURGUT, Cemile: “Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Bazı Muvazaa Sorunları/Çözüm Önerileri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, C. 17, S. 211, s. 1222, 1226.

III. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖRÜŞÜMÜZ

Türk/İsviçre miras hukuku sistemi, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü esas kabul etmiş ve bu özgürlüğü ancak saklı pay kuralları ile sınırlandırmıştır (TMK m. 505/İMK m. 470). Bu anlayışın temelinde mirasbırakanın işlem özgürlüğü ve mülkiyet hakkı ile yasal mirasçıların korunması arasında bir denge gözetilmiş olması yatmaktadır³⁴. Tasarruf sınırlaması, kural olarak, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufları bakımından söz konusudur. Mirasbırakanın sağlararası işlemler ile terekesini sağken azaltmama gibi bir yükümlülüğü yoktur. Ancak TMK m. 565'te belirtilen bazı istisnâî durumlarda sağlararası karşılıksız kazandırmalar da ölüme bağlı tasarruflar gibi saklı pay kuralları ile sınırlamaya tâbi tutulmuştur³⁵. Miras hukuku sistemimiz mirasbırakanın tasarrufları bakımından yasal mirasçıların tümüne koruma sağlamadığı gibi, saklı paylı mirasçıların da tüm miras paylarını değil, sadece saklı paylarını korumuştur³⁶.

Tapulu taşınmazlara ilişkin muris muvazaası davalarında mirasbırakanın sağlararası hukukî işlemleri dava konusu edilmekte; görünürdeki satış sözleşmesinin muvazaa nedeniyle geçersizliği TBK m. 19 hükmüne, gizli bağışlama sözleşmesinin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliği ise TBK m. 27 hükmüne dayandırılmaktadır. Söz konusu sağlararası işlemlerin geçersizlikleri TBK çerçevesinde ileri sürülüyor olsa da kanaatimizce Türk Borçlar Kanunu ile Türk Medenî Kanunu'nun şeklî bakımdan bağımsız kanunlar olmakla birlikte, maddî ve organik bakımdan birbirini tamamlayan bir bütün teşkil ettiği gerçeği³⁷ gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim TBK m. 646 hükmünde Borçlar Kanunu'nun Medenî Kanun'un beşinci kitabı ve onun tamamlayıcısı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle, Borçlar Kanunu'na dayalı muvazaa/geçersizlik iddiasıyla açılan muris muvazaası davalarında Medenî Kanun'un emredici nitelikteki saklı pay hükümleri ve bu hükümleri düzenlemekle kanun koyucunun ulaşmayı hedeflediği amaç göz ardı edilmemelidir. Muris muvazaası davalarında Medenî Kanun'un miras hukukuna ilişkin temel prensiplerinin ihlâl edilmemesi gerekliliğinden hareketle, saklı paylı mirasçıların saklı payları dışında mirasçıların

³⁴ BREİTSCHMİD, Peter/EGGEL, Martin/EİTEL, Paul/FANKHAUSER, Roland/GEİSER, Thomas /JUNGO, Alexandra: Erbrecht, B. 4, Zürcih 2023, s. 38; DURAL/ÖZ, s. 242 vd.; ANTALYA, s. 315; AYDIN, s. 203 vd.

³⁵ DURAL/ÖZ, s. 243.

³⁶ BREİTSCHMİD/EGGEL/EİTEL/FANKHAUSER/GEİSER//JUNGO, s. 38; DURAL/ÖZ, s. 244.

³⁷ EREN, s. 11.

mirasbırakan tarafından ihlâl edilebilecek bir miras haklarının bulunmadığı; sadece saklı paylı mirasçılarının muvazaalı kazandırma ile saklı paya tecavüzün söz konusu olduğu durumlarda kendilerine şahsen tanınmış bir hakkın ihlâl edildiği iddiasında bulunabileceği görüşüne katılıyoruz. Saklı pay kurallarının ihlâli dışında, mirasçılar ancak mirasbırakanın küllî halefi sıfatıyla onun ileri sürebileceği hakları onun ispat imkânları ile sınırlı olarak ileri sürebilmelidir. Zira, miras hukukumuzun belirttiğimiz prensipleri göz önünde bulundurulduğunda, -mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün sınırını oluşturan saklı paya tecavüz durumu dışında- mirasbırakanın sahip olduğu haklardan ve ispat imkânlarından ötesini mirasçılara tanımanın haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, saklı paylı olsun olmasın tüm mirasçılara üçüncü kişi sıfatıyla muris muvazaası davası açma hakkı tanıyan görüş isabetli değildir. Bu yöndeki 1.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararının ve aynı yönde gelişen yargı uygulamasının değiştirilmesi gerektiği yönündeki eleştirilere katılıyoruz.

Mirasçılara muris muvazaası davası açma hakkı tanınmaması gerektiği, onların ancak şartları varsa tenkis davası açabileceği yönündeki görüşe de katılmıyoruz. Öncelikle, mirasçılarının mirasbırakanın muvazaayı/ geçersizliği ileri sürme hakkına dayanarak küllî halef sıfatıyla muris muvazaası davası açmalarının önünde hukukî bir engel bulunmamaktadır. Zira küllî halefiyet prensibinin sonuçlarından biri terekeye dâhil olan aynî hakların mirasbırakanın ölümü ile kendiliğinden mirasçılara geçmesidir³⁸. Görünürdeki işlem muvazaalı, gizli işlem ise şekle aykırı olduğundan taşınmaz mülkiyetinin karşı tarafa geçmediği iddiası da bir aynî hak iddiasıdır. Öte yandan, saklı paylı mirasçılarının muvazaalı kazandırmayla saklı paylarına tecavüz edildiği gerekçesiyle üçüncü kişi sıfatıyla tenkis davası açma hakları bulunmakla birlikte, onların bunun yerine yine üçüncü kişi sıfatıyla muris muvazaası davası açmakta menfaatleri bulunabilir. Örneğin, tenkis davası bir ve on yıllık hak düşürücü sürelerle tâbi olduğu halde (TMK m. 571), muris muvazaası davası hak düşürücü süre veya zamanaşımına tâbi değildir³⁹. Bu bakımdan mirasçılarının hiçbir surette muris muvazaası davası açamayacağı görüşü isabetli değildir.

Kanaatimizce doktrinde savunulan görüşler arasında en isabetli görüş, muris muvazaası iddiasına dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davalarında

³⁸ DURAL/ÖZ, s. 17.

³⁹ YILMAZ, s. 241; ÖZKAYA, s. 446. Y. HGK, E. 2014/560, K. 2015/2371, 4.11.2015 (Lex Pera): “Muvazaası iddiasına dayalı davaların da zamanaşımına ve hak düşürücü süreye tabi olmaksızın her zaman açılabilmesi yargısal uygulamayla benimsenmiştir.”

muvaazaayı ileri sürme bakımından mirasçılar kural olarak mirasbırakan ile aynı şartlara tâbi tutan ve ancak saklı paylı mirasçılar saklı paylarına tecavüz edildiği durumlarda özel olarak koruyan görüştür. Zira bu görüş, kanun koyucunun mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü esas almak, bunu ancak saklı pay kurallarıyla sınırlamak ile ulaşmak istediği amaca ve TBK ile TMK hükümlerinin bütünlük içinde değerlendirilmesi gerekliliğine uygundur. Mirasbırakan muvazaa yoluna başvurmuyup doğrudan bağışlamada bulunsaydı ileri sürebilecek hiçbir hakkı olmayan saklı paylı olmayan mirasçılara ve saklı payı ihlâl edilmemiş saklı paylı mirasçılara sırf mirasbırakan ahlâken kınanabilir bir yola başvurduğu için fazladan hak tanımının isabetli olmadığı yönünde doktrinde ifade edilen haklı eleştirilere⁴⁰ de katılıyoruz.

Katıldığımız görüşe göre, mirasçı mirasbırakanın akdetmiş olduğu taşınmaz satış sözleşmesinin muvazaalı olduğu iddiasıyla tapu sicilinin düzeltilmesi davası açtığında, kural olarak onun mirasbırakanın küllî halefi olarak hareket ettiği kabul edilmelidir. Mirasbırakan sağlığında bu davayı açsaydı muvazaalı işlemin tarafı olarak muvazaa iddiasını ancak yazılı delille ispatlayabilecek olduğundan, onun küllî halefi olan mirasçı da muvazaa iddiasını tanıkla değil, ancak yazılı delil ile ispatlayabilmelidir (HMK m. 201)⁴¹. Bu durumda mirasçının yazılı delil göstermesi, dolayısıyla muvazaayı ispatlaması çoğunlukla mümkün olmaz. Kaldı ki mirasçı satış sözleşmesinin muvazaalı olduğunu ispatlasa dahi gizli bağışlama sözleşmesi taraflarca ifa edilmiş, tapuda alıcı adına tescil yapılmış olduğundan, bağışlama sözleşmesinin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması yasağı ile bertaraf edilebilir. İfa edilen sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğinin sonradan taraflarca ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edebileceğinden, sözleşmenin tarafı olan mirasbırakan bakımından geçerli olan bu husus, onun küllî halefi olan mirasçının geçersizlik iddiası bakımından da söz konusu olur⁴². Buna

⁴⁰ DURAL/ÖZ, s. 274; AYDIN, s. 215 vd.

⁴¹ KURU, 2386-2387; EREN, s. 419; AYDIN, s. 215 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 395.

⁴² EREN, s. 419. Doktrinde gizli bağışlama sözleşmesinin ahlâka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olduğu görüşü de ileri sürülmektedir. Örneğin bkz. SUNGURBEY, Danışıklı İşlemler, s. 64-65. Kanaatimizce mirasbırakanın bir kişiye ivazsız kazandırmada bulunması tek başına ahlâka aykırı bir durum teşkil etmez. Mirasbırakanın bir mirasçısının miras payını almamasını istemesi ahlâka aykırılık teşkil etmez. Bu noktada ahlâka aykırılığından söz edilebilecek olan bağışlama sözleşmesi değil, muvazaa anlaşmasıdır. Bu nedenle gizli bağışlama sözleşmesinin ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu görüşüne katılmıyoruz.

karşılık, mirasbırakanın yaptığı kazandırma ile saklı paylı bir mirasçının saklı payına tecavüz edilmişse, bu noktada saklı paylı mirasçı kendi şahsına tanınan bir hak (saklı paya ilişkin hakkı) ihlâl edildiğinden, tapu sicilinin düzeltilmesi davası açtığında onun muvazaalı işlemin tarafı olarak değil, muvazaalı işlemle hakkı ihlâl edilen üçüncü kişi sıfatıyla hareket ettiği kabul edilmelidir. Bu nedenle, saklı payı ihlâl edilen mirasçı muvazaa iddiasını tanık dâhil her türlü delille ispatlayabilmelidir (HMK m. 203/1-d)⁴³. Kanun koyucu emredici saklı pay kuralları ile saklı paylı mirasçının miras payının tamamını değil saklı payını korumayı amaçladığından, muris muvazaası davasında muvazaa iddiasını ispatlayan saklı paylı mirasçı taşınmazın ancak saklı payı oranında adına tescilini talep edebilmelidir.

Belirtmek gerekir ki, murisin üzerine kayıtlı taşınmazını aslında bağışladığı halde mirasçılardan mal kaçırmak için bağışlamayı tapuda satış olarak gösterdiği durumlarda saklı paylı mirasçıların tenkis davası açma imkânları da vardır. Zira tenkise tâbi olan sağlararası kazandırmalar arasında “*Mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar*” da yer almaktadır (TMK m. 565/b. 4). Bu nedenle, bağışlamanın satış arkasına gizlenmesi saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacı ile yapılmışsa, sağlararası bu tasarrufun TMK m. 565/b. 4 uyarınca tenkisi mümkündür. Bu durumda TBK m. 565/b.3’te yer alan kazandırmanın ölümden önceki bir yıl içinde yapılmış olması gibi bir sınırlama da yoktur. Bağışın satış arkasına gizlenmeye çalışılması, aksine bir neden ortaya konulmadıkça, saklı payı etkisiz kılma maksadının varlığına işaret eder⁴⁴. Taşınmazlara ilişkin muvazaalı satışlarda gizlenen bağışlama sözleşmesi resmî şekle uyulmadan yapıldığı için geçersiz ise de saklı paylı mirasçı bu bağışlama bakımından tenkis davası açabilir. Bu durumda saklı paylı mirasçının saklı payına tecavüz eden kısmın tenkisine karar verilir⁴⁵. Saklı paylı mirasçı, tenkis davası şahsına tanınmış bir dava hakkı olup bu davada kendi hakkına dayandığından, mirasbırakanın muvazaalı işlemi bakımından

⁴³ KURU, 2386-2387; EREN, s. 419-420; AYDIN, s. 215 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 395.

⁴⁴ Oğuzman, haklı olarak, başka delillerin bu durumun aksini göstermesi halinde, salt muvazaanın varlığının, saklı pay kurallarını bertaraf etme kastının varlığının kabulünü gerektirmeyeceğini ifade etmektedir. OĞUZMAN, s. 189 ve oradaki dn. 3. Örneğin, mirasbırakan haciz tehlikesini bertaraf edip alacaklılarından mal kaçırmak için de malını görünürde satmış olabilir. DURAL/ÖZ, s. 278 ve oradaki dn. 760.

⁴⁵ DURAL/ÖZ, s. 278; OĞUZMAN, s. 197.

üçüncü kişi durumunda olup muvazaa iddiasını tanık delili dâhil her türlü delil ile ispat edebilir⁴⁶.

SONUÇ

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 1.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile mirasbırakanın mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla tapulu taşınmazını gerçekte bağışladığı halde bunu gizlemek üzere tapuda muvazaalı satış sözleşmesi akdettiği durumlarda saklı paylı olsun olmasın tüm mirasçıların üçüncü kişi sıfatıyla tapu sicilinin düzeltilmesi davası açma hakkının bulunduğu kabul edilmiştir. Yargıtay uygulamasında da söz konusu içtihadı birleştirme kararındaki esaslar uygulanmaktadır. Bu itibarla, kendilerine üçüncü kişi sıfatıyla muvazaayı her türlü delille ispat imkânı tanınan mirasçılar, muris muvazaası iddiasına dayalı olarak açtıkları tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile taşınmaz üzerindeki miras paylarının tamamını elde edebilmektedir.

Söz konusu yargı uygulaması, kanun koyucunun amacına ve Türk Borçlar Kanunu ile Türk Medenî Kanunu'nun maddî ve organik açıdan birbirini tamamlayan bir bütün teşkil etmesi esasına aykırı olduğundan, isabetli değildir. Bu uygulamayla TBK'da düzenlenen muvazaa/geçersizlik hükümlerine dayandırılan muris muvazaası davasında mirasçıya mirasbırakanın sahip olduğunun ötesinde ispat imkânları sağlanmakta ve bu dava aracılığıyla miras payının tamamını elde etme olanağı tanınmış olmaktadır. Oysa bu durum, kanun koyucunun mirasçıların miras hakkını saklı payla sınırlı olarak koruma yönündeki amacına aykırıdır. Zira kanun koyucu TMK'da miras hukuku hükümleri ile mirasbırakanın tasarruf nisabını aşmayan kazandırmaları serbestçe yapabileceğini öngörmüş, tasarruf özgürlüğünü ancak saklı pay kuralları ile sınırlandırmıştır. Bu nedenle, muris muvazaasında saklı paylı olsun olmasın tüm mirasçılara üçüncü kişi sıfatıyla tapu sicilinin düzeltilmesi davası açma imkânı tanıyan 1.04.1974 tarihli ve 1/2 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararı ve bu yönde gelişen yargı uygulaması değiştirilmelidir.

Mirasbırakanın muvazaalı taşınmaz temlik işlemlerine ilişkin tapu sicilinin düzeltilmesi davalarında muvazaalı kazandırma ile saklı pay kurallarının ihlâl edilip edilmediğine göre bir ayırım yapılmalıdır. Muvazaalı kazandırma ile saklı pay kuralları ihlâl edilmemişse, mirasçıların kanunen

⁴⁶ KURU, s. 2379; OĞUZMAN, s. 197.

korunan bir haklarının ihlâli söz konusu olmadığından, her mirasçı ancak mirasbırakanın küllî halefi sıfatıyla dava açıp muvazaa iddiasını yazılı delille ispatlamalıdır. Buna karşılık, muvazaalı kazandırmayla saklı paya tecavüz edilmişse, saklı paylı mirasçı kanunun özel olarak koruduğu saklı payı muvazaalı işlemle ihlâl edilen kişi olması itibariyle muvazaalı işlemin tarafı değil üçüncü kişi durumundadır. Bu durumda saklı paylı mirasçı üçüncü kişi sıfatıyla tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilmeli ve muvazaayı tanık dâhil her türlü delille ispatlayarak taşınmazın saklı payı oranında adına tescilini talep edebilmelidir.

Mirasbırakanın muvazaalı kazandırması nedeniyle saklı payı ihlâl edilen mirasçının tenkis davası açma imkânı da mevcuttur. Ancak tenkis davası hak düşürücü sürelerle tâbi olduğundan (TMK m. 571), bu sürelerin geçmesi halinde, muvazaalı kazandırma ile saklı payına tecavüz edilen mirasçı muvazaa iddiasını ancak muris muvazaası davası ile ileri sürebilir.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, O. Gökhan: Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku, Cilt III, B. 4, Ankara 2019.
- AYDIN, Öztürk: Muris Muvazaası, İstanbul 2023.
- BELEN, Herdem/TURGUT, Cemile: “*Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Bazı Muvazaa Sorunları/Çözüm Önerileri*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, C. 17, S. 211, s. 1205-1228.
- BREİTSCHMİD, Peter/EGGEL, Martin/EİTEL, Paul/FANKHAUSER, Roland/GEİSER, Thomas/JUNGO, Alexandra: Erbrecht, B. 4, Zürcih 2023.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, B. 20, İstanbul 2024.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 29, Ankara 2024.
- EVİZ, Esra: Muris Muvazaası, İstanbul 2019.
- HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, B. 9, İstanbul 2021.
- İNCİ, Onur: Yargıtay Uygulamasında Muris Muvazaası, Ankara 2020.
- JÄGGİ, Peter/GAUCH, Peter/ HARTMANN, Stephan: Art. 18 OR - Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, ZK-Zürcher Kommentar (editör Jörg SCHMİD), B. 4, Zürich 2014.
- KAPLAN, İbrahim: “*Muris Muvazaası*”, İKÜHFD, 2016, C. 15, S. 1, s. 349-369.
- KARAYALÇIN, Yaşar: “*Mirasçının Muvazaa Nedeniyle İptal Davası Açma Hakkı Var mıdır*”, Yargıtay Dergisi, 1989, C. 15, S. 1-4, s. 323-337.
- KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt: II, B. 6, İstanbul 2001.
- MÜLLER, Christoph: Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, BK-Berner Kommentar (editörler Regina E. Aebi-MÜLLER, Christoph MÜLLER) Zürich 2018.
- OĞUZMAN, Kemal: “*Miras Bırakanın Gayrimenkule İlişkin Muvazaalı İşlemleri Bakımından Tankis Davası ve Tapu Kaydının Tashihi Davası*”, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan, (editör Yavuz ALANGOYA) İstanbul 1990, s. 187-198.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I, B. 21, İstanbul 2023.
- ÖZKAYA, Eraslan: Açıklamalı-İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, B. 7, Ankara 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, B. 8, İstanbul 2020.
- POSTACIOĞLU, İlhan: Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, B. 2, İstanbul 1964.
- SERT SÜTÇÜ, Selin: Miras Bırakanın Muvazaalı Hukukî İşlemleri ve Sonuçları, Ankara 2018.
- SUNGURBEY, İsmet: “*Mirasbırakanın Muvazaası Durumuna İlişkin Yargıtay’ın 1.4.1974 Gün, 1/2 Sayılı Doğru İçtihadı Birleştirme Kararı Değiştirilemez*”, YASA Hukuk Dergisi, 1989, C. XII, S. 6, s. 749-756 (Mirasbırakanın Muvazaası).
- SUNGURBEY, İsmet: Mirasbırakanın Danışıklı İşlemleri, Dürüstlük Kurallarının Uygulama Alanı, Çifte Satış Sözleşmeleri, İstanbul 1992 (Danışıklı İşlemler).
- TOPUZ, Murat: “*Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler*”, İKÜHFD, 2016, C. 15, S. 2, s. 709-727.
- YILMAZ, Süleyman: Mirasbırakanın Mirasçılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemleri ve Sonuçları (Muris Muvazaası), Ankara 2021.

TÜRK HUKUK DEVRİMİNİN ANAYASAL ZEMİNİ: 1924 ANAYASASI

*The Constitutional Basis of the Turkish Legal Revolution:
The 1924 Constitution*

Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN*

ÖZ

Cumhuriyetin ilk anayasası olan 1924 Anayasası, ulusal egemenlik ilkesine dayalı siyasal devrimi kurumsallaştırırken, Meclis üstünlüğünü esas alarak hukuk devriminin önündeki engellerin kanun yoluyla aşılmasını mümkün kılmıştır. Bu açıdan 1924 Anayasası'nın Türk hukuk devriminin uygulanma sürecinde hangi açılardan etkili olduğu önem arz etmektedir. Zira Anayasanın yürürlük dönemi, Türk Medeni Kanunu'nun kabulü başta olmak üzere hukuk birliği, laiklik ve çağdaşlaşma hedefini gerçekleştiren temel adımlara sahne olmuştur. 1926'da Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesiyle şer'i hukukun uygulama alanı kalmamış; 1928 ve 1937 yıllarında yapılan anayasa değişiklikleriyle laiklik ilkesi anayasal düzeyde ele alınmıştır. Kadınların siyasal haklara kavuşması ise 1930-1934 arasında atılan adımlarla gerçekleşmiş; böylece devrimin toplumsal boyutu güçlenmiştir. Ayrıca 1924 Anayasası, Lozan Antlaşması ile tescillenen bağımsızlık ve eşitlik ilkeleri doğrultusunda uluslararası hukuk alanında da modernleşmeyi desteklemiştir. Bu çalışmayla Türk hukuk devriminin hayata geçirilme sürecinde 1924 Anayasası'nın hangi özelliklerinin rol oynadığının belirlenmesi amaçlanmakta; Türk hukuk devriminin çağdaşlaşma hedefi açısından, 1924 Anayasası döneminde edinilen tecrübenin sonraki anayasaları da etkilediği sonucuna ulaşılması öngörülmektedir.

Anahtar Kelimeler: 1924 Anayasası, Türk hukuk devrimi, laiklik, Türk Medeni Kanunu, Lozan Antlaşması.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, E-posta: orsten@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7634-8092.

Bu çalışma, 26 Nisan 2024 tarihinde Atatürk Araştırma Merkezi ve Bilkent Üniversitesi işbirliğiyle düzenlenen "Cumhuriyet'in İlk Anayasası: 1924 Anayasası'nın 100. Yılı Paneli"nde sunulan tebliğin gözden geçirilmiş halidir.

ABSTRACT

The 1924 Constitution, the first constitution of the Republic, institutionalised the political revolution grounded in the principle of national sovereignty. By establishing the supremacy of the Assembly, it also enabled the removal of obstacles to the legal revolution through legislation. In this regard, the period during which the Constitution was in force witnessed fundamental steps towards achieving the goals of legal unity, secularism, and modernisation, particularly the adoption of the Turkish Civil Code. With the entry into force of the Turkish Civil Code in 1926, the application of Islamic law ceased. Furthermore, the constitutional amendments of 1928 and 1937 addressed the principle of secularism at the constitutional level. Women gained political rights through steps taken between 1930 and 1934, thereby strengthening the social dimension of the revolution. In addition, the 1924 Constitution supported modernisation in the field of international law in line with the principles of independence and equality set out in the Treaty of Lausanne. This study aims to identify the features of the 1924 Constitution that played a role in implementing the Turkish legal revolution. It is anticipated that the experience gained during the period of the 1924 Constitution influenced subsequent constitutions, particularly with respect to the modernisation envisioned by the Turkish legal revolution.

Keywords: 1924 Constitution, Turkish legal revolution, laicism, Turkish Civil Code, Treaty of Lausanne.

GİRİŞ

Yüzyılı geride bırakmış olan Cumhuriyet dönemi Türk hukuk sistemi, başarıya ulaşmış üç anayasa yapım girişimine ve birbirinden farklı özellikler taşıyan bu anayasaların uygulanma süreçlerine tanık olmuştur.

Batı’da birkaç yüzyıla yayılan gelişim süreciyle karşılaştırıldığında, Millî Mücadele koşullarından çıkılarak ilan edilen Cumhuriyetin ilk yüzyılında Türk anayasa hukukunda yumuşak anayasa-katı anayasa; kuvvetler birliği-kuvvetler ayrılığı; meclis hükümeti, parlamenter sistem ya da cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi; tek partili sistem-çok partili sistem; tek meclisli-çift meclisli parlamento gibi birbirinden farklı uygulamalar tecrübe edilmiştir. Bu durum, Türk anayasa hukukunun yüzyıl boyunca değişime açık, dinamik ve çözüm odaklı bir yaklaşım izlediğini ortaya koymaktadır.¹

Cumhuriyet döneminin ilk anayasası, demokratik bir yapım süreciyle ortaya çıkan 1924 Anayasası olup, sonraki anayasalar birer askeri darbe sonucunda hazırlanmışlardır. 1924 Anayasası’nın bir diğer önemli özelliği ise, Türk hukuk devriminin önemli adımlarının bu anayasanın yürürlük dönemi içinde gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu çalışmanın amacı da, 1924 Anayasası’nın nasıl bir anayasal zemin hazırlayarak, Türk hukuk devrimine hizmet ettiğini ortaya koymaktır.

I. 1924 ANAYASASI’NIN KABULÜ

Türk devrimi içinde hukuk devrimi, özelliği gereği diğer tüm devrimlerin hem temelini, hem de güvencesini oluşturmuştur. Bunu yaparken yöntem olarak, eşitlik ve genellik ilkelerinin ışığında ülkede çağdaş hukuk kurallarının hakim kılınması benimsenmiştir. Böylece hukuk devriminin gerçekleştirilmesiyle “dışa bağımlılıktan kurtulmak için kalkınma” ve “demokratik toplumlardaki siyasal, sosyal ve ekonomik özgürlüklere kavuşmak” amaçlanmıştır.² Dolayısıyla Türk hukuk devriminin ana eksenini, Tanzimat döneminden itibaren “çağdaşlaşma” hedefi belirlemekle birlikte, tarihsel

¹ ÖRSTEN ESİRGİN, Seda: “*Cumhuriyetin Yüzyıllık Hukuk Birikimi*”, Türkiye’nin 100 Yıllık Birikimi: Hukuk (Editör Belkıs KONAN), Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara 2024, s. 93.

² IŞIKTAÇ, Yasemin: “*Türk Hukuk Devriminin Felsefesi*”, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (İLKE) Atatürk’ün Doğumunun 125. Yılı ve Cumhuriyetimizin 83. Yılı Özel Sayısı, 2006, S. 125, s. 125.

süreklilikten farklı olarak bu kez hedefin gerçekleştirilmesinde ulusal egemenlik başroldedir.

23 Nisan 1920’de T.B.M.M.’nin açılmasıyla, yani ulusal egemenlik anlayışına dayanarak başlayan Türk devriminde, saltanat kaldırılmış ve Lozan’daki barış görüşmelerinde milletin tek temsilcisi olarak Ankara Hükümeti yer almıştır. Haziran 1923’te yapılan milletvekili genel seçimlerinin ardından ikinci dönem T.B.M.M., 24 Temmuz 1923 tarihinde imzalanan Lozan Antlaşması’nı onaylamış ve Cumhuriyetin ilanıyla birlikte, artık yeni bir anayasa için adım atılmıştır.³

Yeni bir anayasanın hazırlanması gündeme geldiğinde, ülkede iki anayasalı bir dönem yaşanmaktadır. 1921 Anayasası, 1876 Anayasası’nı açıkça yürürlükten kaldırmadan, hukuk tarihinde örneğine az rastlanabilecek bir durum yaratmış; 1876 Anayasası’nın yeni anayasaya aykırı olmayan bazı hükümlerinin uygulanması söz konusu olmuştur.⁴ Cumhuriyetin ilanı, bu koşullar altında bir anayasa değişikliğiyle gerçekleşmiştir.

Cumhuriyetin ilanına ilişkin 29 Ekim 1923 tarihli Anayasa değişikliği, 1924 Anayasası’nın yapım sürecinde teklif gerekçesinin başında yer verilmesi açısından da önemlidir.

Teklif gerekçesinin başında söz konusu anayasa değişikliğine atıfta bulunulması, yeni Anayasa’nın Cumhuriyetin ilanı ile başlayan sürecin doğal bir devamı olduğu şeklinde yorumlanmıştır. Şöyle ki, gerekçede layihanın *“tanziminde ilim ve fennin son terakkiyatından vesair cumhuri devletlerin kavanin-i esasiyesinden bir hayli istifade edildiği gibi inkılâbımızın ruhu daima nazar-ı dikkatte tutulmuştur”* ifadelerine yer verilmesi⁵, bir yandan anayasanın çağdaş gelişmelerin ışığında hazırlandığını, diğer yandan Türk devriminin ruhunun anayasaya yansıtılmaya çalışıldığını açıkça göstermektedir.

Ancak 1924 Anayasası’nın yapım sürecinde bir diğer dikkat çekici nokta, tasarının milletvekillerinden gelen bir öneri olmadan, doğrudan doğruya

³ MUMCU, Ahmet: Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri, İnkılap Kitabevi, İstanbul 1996, s. 102.

⁴ Detaylı bilgi için bkz. ÖRSTEN ESİRGEN, Seda: *“1921 Anayasası Döneminde Kanun-i Esasi”*, 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ve Makaleler, (Editör Murat Alper PARLAK), Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara 2022, s. 107-142.

⁵ ÖZBUDUN, Ergun: 1924 Anayasası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s. 1-3.

Kanun-ı Esasî Encümeni (Anayasa Komisyonu) tarafından hazırlanarak Meclis Genel Kurulu'na sunulmasıdır.

Aslında ikinci T.B.M.M., bir kurucu meclis değil, olağan bir yasama organı niteliğinde olup; konunun önemi nedeniyle, yeni anayasanın kabulünde özel bir nisap (yetersayı) kuralı kabul etmek suretiyle, kendi iradesini bir ölçüde sınırlandırmıştır. Müzakere yetersayısı, salt çoğunluk olup, Meclis görüşmelere salt çoğunlukla başladıktan sonra, kabul için mevcudun üçte ikisinin oyu gerekli kılınmıştır.⁶

1924 Anayasası'nı oluşturan taslak, bu şartlar altında hazırlanıp sunulmuş; hilafetin kaldırılması ve önemli bazı devrim kanunlarının kabulünden 6 gün sonra, 9 Mart 1924'te Anayasa taslağı Genel Kurul'da görüşülmeye başlanmıştır.

Gerekçede açıkça görülen çağdaşlaşma hedefi, görüşmelere de yansımış; anayasanın devrimci yönü, mebusların ifadelerinde açıkça dile getirilmiştir.

Örneğin Eskişehir mebusu Emin Bey “Biz, birçok inkılâplar geçirdik. Birçok inkılâplar yapmaktayız”, Şükrü Saraçoğlu “herhangi bir devlete verilecek Teşkilâtı Esasiye Kanunu, bendenizin kanaatimce her şeyden evvel ihtilâlin prensiplerini hâdisata tespit etmektir. Her şeyden evvel ihtilâlin aramızda yaşattığı, yazılı ve yazısız ahkâmını tespit etmektir. Her şeyden evvel maziye rücu ve avdet ihtimalini bütün kuvvetiyle kapatmak ve nihayet efendiler, milletin doğrudan doğruya hakkını işgal ederken hakkı meclisten millete doğru olan yolları mümkün olduğu kadar açık bırakmak ve milletin hâkimiyet-i fiiliyesine doğru yürümektir...” şeklindeki sözleriyle⁷, anayasanın millî egemenliğe dayanan devrimin yansıması olduğunu ifade etmişlerdir.

Bu çerçevede 9 Mart 1924'te başlayan Genel Kurul görüşmeleri, 20 Nisan 1924'te sona ermiş ve kabul edilen 1924 Anayasası, devrimci bir iktidarın eseri olmakla birlikte, çoğulcu demokrasiye değil, yapıldığı dönemin ana hedefi olarak çağdaşlaşmaya yönelmiştir.⁸ Nitekim anayasa görüşmelerinin devam ettiği süreçte Meclis'in yasama faaliyetlerine bakıldığında da, Köy Kanunu, Muhamat Kanunu, Hükûkâm ve Mensubin-i Adliyenin Resmî Kisveleri Hakkında Kanun gibi kanunların kabul edildiği

⁶ ÖZBUDUN, s. 2.

⁷ T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Devre: II, İçtima Senesi: 2, C: 7, 13. İçtima, 16 Mart 1924, s. 525-568.

⁸ TANÖR, Bülent: Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, YKY Yayınları, İstanbul 2002, s. 329.

görülmektedir. Dolayısıyla ikinci T.B.M.M., bir yandan anayasa yapım çalışmalarını sürdürürken, hukuk devrimi çerçevesinde çağdaşlaşma yolunda kanun ve kararlar alarak çağdaşlaşmayı sağlayacak adımlar atmıştır.

Devrimci bir Meclis tarafından yapıldığı için 1924 Anayasası'nda devrimci düşünceye engel oluşturacak veya kısıtlayacak nitelikte hükümler bulunmamaktadır. Bu açıdan, Anayasa'da Meclis iradesinin sınırlandırılmaması veya Meclis'i denetleyecek bir mekanizmaya yer verilmemesi, bu durumun devrimci kadronun amaçlarına uygun olduğunu göstermektedir.⁹ Dolayısıyla 1924 Anayasası'nın kabulü, Meclis'i milletin tek temsilcisi olarak geniş yetkilerle donatırken, Meclis'in devrimlerin yürütülmesindeki kararlılığının da anayasal zeminini oluşturmuştur.

1924 Anayasası çatısı altında Türk hukuk devrimiyle yaşanan dönüşüm, esas itibarıyla otoriter yöntemlerle gerçekleşmesine karşın, eşitlikçi ve demokratik anlayış ve yapılar getirmeyi hedeflemiştir. En kapsayıcı şekilde “çağdaşlaşma” olarak ifade edilebilecek bu amaç, laiklik, demokrasi ve uluslaşma gibi kavramları da bünyesinde barındıracak nitelikte Türk hukuk devriminin bütününe hakim kılınmıştır.¹⁰

Bu noktada Anayasa'nın 88. maddesinde “*Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla Türk ıtlak olunur*” şeklindeki ifade, ırksal temelli değil, yurttaşlık temelli bir vurgu yapmış; devlette dinsel kimlik yerine, ulus-devletin bir gereği olarak ulus oluşturma düşüncesini yansıtmıştır.¹¹

Ayrıca “*Her Türk hür doğar, hür yaşar*” (md.68/1) şeklinde doğal hukuka yapılan atıf, eşitlik ve özgürlüğün doğuştan sahip olunan haklar olarak tescilini, aynı zamanda bu hakların vazgeçilmezliğini de göstermiştir.¹² Dolayısıyla yüzlerce yıllık kölelik tarihine tanıklık eden bir coğrafyada işgale karşı verilen bağımsızlık mücadelesinin ardından, vatandaşlık anlayışı anayasal düzeyde yeniden tanımlanmıştır.

1924 Anayasası'nın çizdiği çerçevenin ardından, eşit ve özgür bireylerin hukuki ilişkilerinin düzenlenmesinde en önemli alanı oluşturan medeni

⁹ MUMCU, Ahmet: “1924 Anayasası”, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Mart 1986, C. 2, S. 5, s. 391, 398.

¹⁰ TANÖR, s. 321-326.

¹¹ VURAL DİNÇKOL, Bihterin / IŞIK, Alper, “1924 Anayasası Döneminde Yurttaşlık Anlayışı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2015, C. 21, S. 1, s. 24.

¹² IŞIKTAÇ, s. 129.

hukukta 1926 yılında Türk Medeni Kanunu’nun kabulüyle, hukuk devriminin en önemli temellerinden birisi atılmıştır.

II. TÜRK MEDENİ KANUNU’NUN KABULÜ

Türk medeni hukuk tarihinde Cumhuriyet öncesi dönemde ülkede uygulanan İslam hukukunun yanında, aynı ülkede yaşayan gayrimüslimler, aile hukuku ve miras hukukunda kendi dinî hukuklarını uygulama fırsatına sahip olmuşlardır. Dolayısıyla bu alanda kanunlaştırma yapılmasındaki zorluk, İslam hukukunun içtihat zenginliğine dayanan yapısından kaynaklandığı kadar, gayrimüslimler yönünden var olan çok hukukluluk nedeniyle de ortaya çıkmıştır. 1868-1876 yılları arasında yürürlüğe giren Mecelle, medeni hukukun bir kısmının tüm Osmanlı vatandaşlarına uygulanmasını mümkün kılarken, aile hukuku alanında bu uygulama için 1917 yılında Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nin yürürlüğe girmesi beklenmiştir.

Birinci Dünya Savaşı’nın ardından yaşanan işgaller ve ortaya çıkan Millî Mücadele hareketi, yeni bir devletin kuruluş sürecini başlattığında, kanunlaştırma çalışmalarına tekrar girişilmesi 1923 yılının başında mümkün olmuştur.

Eski kanunların gözden geçirilerek zamanın ihtiyaçlarına göre değerlendirilmesi amacıyla Adliye Vekaleti tarafından komisyonlar kurulmuş; bu komisyonların, daha önce yapılmış çalışmalara devam etmeleri öngörülürken, özellikle ülkenin ekonomik kalkınmasına yardımcı olacak kuralların konulması ve bu amaca ulaşmak için gerek fıkıh kurallarından, gerek diğer milletlerce uygulanan esaslardan yararlanılması istenmiştir. Dolayısıyla laik bir hukuk sistemi kurulması için düşünsel altyapının ve siyasi şartların henüz olgunlaşmaması¹³, medeni hukuk alanında yapılacak çalışmaların da eski çizgisinde sürdürülmesi sonucunu doğurmuştur.

Kanun-ı Medeni Komisyonu’nun ortaya koyduğu tasarı, 30 Aralık 1923 tarihinde Meclis’e sunulmuş; Encümen’de ele alındıktan sonra, kanunlaşması için beklenirken 3 Nisan 1924 tarihli oturumda tekrar görüşüleceği gerekçesiyle Vekalet adına geri çekilmiştir.¹⁴ Dolayısıyla Meclis’te anayasa

¹³ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku-Umumi Esaslar, C: 1, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1956, s. 70, 71; BOZKURT, Gülnihal: “Mahmut Esat Bozkurt’un Laik Hukuka Geçişte Katkıları”, Çağdaş Türkiye Araştırmaları Dergisi, 1994, C. 2, S. 4, s. 203.

¹⁴ AYDIN, M. Akif: Osmanlı Aile Hukuku, Klasik Yayınları, İstanbul 2017, s. 209, 210.

görüşmeleri devam ederken, medeni hukuk alanında bir yol ayrımına gelindiği görülmektedir.

1924 Anayasası'nın kabulünden sonra, 19 Mayıs 1924 tarihinde Komisyonlar yeniden düzenlendiğinde, bu kez Batı hukukundan yararlanılarak köklü bir hamle yapılacağı açıkça anlaşılmıştır. Adalet Bakanlığı'nın profesör, milletvekili ve avukatlardan oluşturduğu 26 kişilik bir komisyon, 11 Eylül 1924'te İsviçre Medeni Kanunu'nun resepsiyonu konusunda çalışmalara başlamış; İcra Vekilleri Heyeti'nin 20 Aralık 1925 tarihli toplantısında hazırlanan tasarının Meclis'e sevkine karar verilmiştir.¹⁵

Türk Medeni Kanunu Tasarısı, 17 Şubat 1926 tarihinde T.B.M.M.'nde herhangi bir itirazla karşılaşmadan, bir bütün halinde görüşülerek kabul edilmiş ve 4 Ekim 1926'da yürürlüğe girmiştir.

Meclis'e sunulurken hazırlanan "Esbab-ı Mucibe Layihası"nda da belirtildiği gibi, Türk Medeni Kanunu, kişilerin din ve inançlarından bağımsız hükümler içeren laik nitelikte bir düzenlemedir.¹⁶

Görüldüğü üzere, 1924 Anayasası, henüz laiklik konusunda radikal adımlar atmamışken; sağladığı anayasal zemin çerçevesinde Türk Medeni Kanunu'nun kabulü, laik bir hukuk sisteminin ülkeye girişini ve hukuk birliğinin sağlanmasını mümkün kılmıştır.

Bu doğrultuda, 1926 yılında Medeni Kanun'un kabulüyle, artık ülkede şer'i hukukun herhangi bir uygulanma alanı kalmamıştır. Dolayısıyla 1928 yılına gelindiğinde yapılacak anayasa değişikliği de, hukuk devrimi çerçevesinde atılması doğal ve zorunlu bir adım haline gelmiştir.¹⁷

III. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ KAPSAMINDA ÖNEMLİ ADIMLAR

1924 Anayasası, yürürlükte kaldığı 36 yıl boyunca ikisi şekil yönünden (1945 ve 1952 anayasa değişiklikleri) olmak üzere, toplam 7 kez değişiklik

¹⁵ VELİDEDEOĞLU, s. 76; BOZKURT, s. 188; ARIK, Kemal Fikret: "*Medeni Kanun ve Yapılan Bazı Tenkitler*", AÜSBFD, 1963, C. 18, S. 1, s. 194.

¹⁶ Bu hususta özellikle evlilikte dinî törenin zorunlu olmaması, resmi tören yapılmadan dinî tören yasağı ya da çocuklarına din eğitimi verip vermeme konusunda anne-babalara tanınan serbesti örnek verilebilir. KILIÇOĞLU, Ahmet: "*Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik?*", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmalar Dergisi, 2016, C. 22, S. 3 s. 1725-1727.

¹⁷ ÖZBUDUN, s. 9.

geçirmiştir (1928, 1931, 1934, 1937 yılında 2 kez).¹⁸ Bu değişikliklerden özellikle ikisi, Türk hukuk devriminin kapsamının anlaşılması ve uygulanmasında çağdaşlaşma hedefini sağlayacak en önemli dinamikler arasındadır: Laiklik ilkesinin kabulü ve kadınların siyasal haklara kavuşmaları.

A. Laiklik

14 Nisan 1928 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanan 1222 sayılı Kanun’la, Anayasa’nın 2., 16., 26. ve 38. maddeleri değiştirilerek, Anayasa’nın ilk metnindeki tüm İslamî referanslar kaldırılmıştır. Bunlar, 2. maddedeki “Türkiye Devletinin dini, din-i İslâmdır” ve Meclis’in yetkilerine ilişkin 26. maddedeki “ahkâm-ı şer’iyyenin tenfizi” hükümleri ile 16. ve 38. maddelerde milletvekili ve Cumhurbaşkanı yeminlerindeki “vallahî” kelimeleridir.¹⁹

Söz konusu anayasa değişikliği ile Türk hukuk devrimi arasında kurulacak bağlantı, değişiklik teklifinde şu şekilde ifade edilmiştir:

“Muasır medeniyet hukuk-ı ammesinde, millet hâkimiyetinin tecellisine medar (hizmet eden) en mütekâmil (gelişmiş) devlet şeklinin laik ve demokratik cumhuriyet olduğu müsellemtandır (bilinen gerçeklerdendir)... Din ve Devlet işlerinin birbirinden ayrılması; dinlerin, devleti idare edenlerle edecekler elinde bir alet olmaktan kurtuluş teminatıdır...Muasır hukukiyat ilminden ve tarihten iktibas eylediği tecrübe ve bilgilerini nazarda tutan Türk inkılâbı, din ile dünya işlerini karıştıran ve türlü müşkülâta sebep olmağa müsait bulunan mevadı kaldırarak Teşkilât-ı Esasiye’ye sarîh ve samimi bir metin vermekle Türkiye Cumhuriyeti’ne pürüzsüz bir surette vaz-ı hakikisini bahşetmiş olacaktır”.

Görüldüğü üzere, tarihsel tecrübe ve çağdaş hukuk ilkeleriyle şekillenen Türk devriminde yüzlerce yıllık hukuk sistemi değişikliği, bu kez anayasal düzeyde yer bulmuştur.

Bu durum, Anayasa metninde “laik” kelimesinin kullanılmasına gerek olmadan sağlanırken, artık Cumhuriyet açıkça laik bir karakter almış; 1924 Anayasası’nın devrimci niteliği de en belirgin düzeye çıkmıştır.²⁰

¹⁸ ARSEL, İlhan: Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Birinci Kitap: Cumhuriyetin Temel Kuruluşu, Mars Matbaası, Ankara 1965, s. 87.

¹⁹ ÖZBUDUN, s. 8.

²⁰ ÖZBUDUN, s. 14; MUMCU, 1924 Anayasası, s. 392.

1928 Anayasa değişikliği, rejimin laikleşme yönündeki evriminin temel taşı olurken; 5 Şubat 1937 tarihli Kanun’la gerçekleşen Anayasa değişikliği de, o zamana kadar yapılan devrimlerin bir özeti niteliğindedir. Anayasa’nın 2. maddesine başta laiklik olmak üzere Türk devriminin niteliklerinin konulması, rejimin otoriter karakterinin daha da belirginleştiğinin bir göstergesi olduğu kadar²¹; hukukun kaynağının tam anlamıyla rasyonelleştirilmesine de hizmet etmiştir. Bu nedenle 1924 Anayasası’nın, artık Türk devriminin “tam bir aynası” olarak nitelendirilmesine de neden olmuştur.²²

B. Kadınların Siyasal Haklara Kavuşması

Türk hukuk devrimi kapsamında anayasa değişiklikleriyle gerçekleştirilen bir diğer adım, kadınların siyasal haklarına kavuşmaları konusunda atılmıştır.

Tarih boyunca kadınların hukuki statüsünü belirleyen birçok etken söz konusu olurken, siyasal hakların kazanılması, kadınların bizzat verdiği uzun bir mücadelenin sonucunda gerçekleşmiştir.

Türk hukuk tarihinde Tanzimat Fermanı ile başlayan anayasal gelişmeler içinde eşitlik anlayışı, kadınların hukuki statüsü açısından ciddi bir fark yaratmamış; ancak II. Meşrutiyet dönemi, savaş koşullarının da etkisiyle çalışma hayatının içine daha çok giren kadınlar tarafından hak taleplerinin gerek basın, gerek cemiyetler vasıtasıyla dile getirilmesine sahne olmuştur. Bu talepler arasında siyasal haklar da yer almıştır.

Türk hukuk tarihinde kadınların hukuki statüsünde eşitliğin her alanda sağlanması, ülkenin işgal sürecine karşı Millî Mücadele’de kadın-erkek tüm halkın yan yana mücadele vermesinin ardından yeni kurulan devletin çatısı altında gerçekleşmiştir.

Osmanlı döneminde başladığı kadın hakları mücadelesini Millî Mücadele döneminde de sürdüren Nezihe Muhiddin’in öncülüğünde Haziran 1923’te Kadınlar Halk Fırkası, 7 Şubat 1924 tarihinde Türk Kadın Birliği kurulmuş;

²¹ 1937 Anayasa değişikliğinde ayrıca din ve vicdan hürriyetine ilişkin 75. maddeden “tarikat” kelimesi çıkarılmıştır. ÖZBUDUN, s. 9, 12 dn. 26.

²² MUMCU, 1924 Anayasası, s. 392; IŞIKTAÇ, s. 125.

1927 yılında Birliğin tüzüğünde yapılan bir değişiklikle hedefler arasında siyasal hakların kazanılmasına da yer verilmiştir.²³

Bu gelişmelerle ilgili olarak 1924 Anayasası'nın kabul sürecine bakıldığında, ilginç bir husus dikkat çekmektedir. Şöyle ki, 1924 Anayasası'nın hazırlık çalışmalarında Komisyon üyelerinin ileri görüşlü ve devrimci yaklaşımlarıyla, Komisyon metninde kadınların seçme ve seçilme hakkına da yer verilmiştir. Ancak bu haliyle Genel Kurul'a gelen taslak üzerinde yapılan tartışmalar sonucunda söz konusu madde, Meclis çoğunluğu tarafından “her erkek Türk” şeklinde kabul edilmiştir.

Türk hukukunda kadınlar, siyasal haklarını 1930 yılından itibaren yapılmaya başlanan kanun değişiklikleriyle adım adım elde etmişlerdir.

1930 yılında Belediye Kanunu'nda, 1933 yılında Köy Kanunu'nda yapılan değişikliklerin ardından, 1934 yılında İsmet İnönü ve 191 milletvekilinin verdikleri teklifin kabul edilmesiyle, 1924 Anayasası'nda değişiklik yapılmış ve 5 Aralık 1934 tarihinde kadınların milletvekili seçme ve seçilme hakkı düzenlenmiştir.²⁴

İsmet İnönü, Meclis'te yaptığı konuşmada, söz konusu anayasa değişikliğinin Türk hukuk devrimindeki yerini şu sözlerle açıklamıştır:

*“..bu teşebbüs, Büyük Millet Meclislerinin ve Türk inkılâbının yıllardan beri güttüğü siyasanın tam bir varımıdır... Bizim inkılâbımızın, bu memlekette görülen birçok ıslahat teşebbüslerinden en baş ayırımlarından biri, kadınlığa verdiğimiz mevki ve kadın haklarını tanımakta gösterdiğimiz isabettir. Türk inkılâbı denildiği vakit, bunun, kadının kurtuluş inkılâbı olduğu beraber söylenecektir. Şimdi almakta olduğumuz teşebbüs, bu kurtuluş istikametinin tamamlanması, neticelenmesi ve en verimli bir hale getirilmesidir...”*²⁵

Bu doğrultuda yapılan anayasa değişikliğini takiben gerçekleşen ilk seçimlerin sonucunda 1 Mart 1935 tarihinde açılan T.B.M.M.'nde öğretmen, doktor, pedagog, çiftçi gibi değişik meslek gruplarına mensup 18 kadın milletvekili yer almıştır.

²³ TOPRAK, Zafer: Türkiye’de Kadın Özgürlüğü ve Feminizm (1908-1935), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 2016, s. 462-467.

²⁴ RG, 11.12.1934, S. 2877.

²⁵ T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Devre: IV, İçtima Senesi: 4, C: 25, 12. İnikat, 5 Aralık 1934, s. 82, 83.

Aynı yıl Türk Kadınlar Birliği'nin ev sahipliğinde İstanbul'da toplanan Uluslararası Kadınlar Birliği Kongresi'nde konuşan Nancy Witcher Astor (Viscountess Astor); *“Bundan 15 yıl önce tamamıyla köle konumunda olan Türk kadınlarının içinden çıkan milletvekillerini burada görmekten gurur duyuyorum”* diyerek²⁶, Türk hukuk devriminin kadının hukuki statüsünde yarattığı etkiyi uluslararası düzeyde dile getirmiştir.

IV. ULUSLARARASI HUKUK

Türk hukuk devriminin çağdaşlaşma hedefi, ulusal hukuk sistemi açısından olduğu kadar, uluslararası hukuk yönünden de izlenmiş ve çağdaş gelişmeler yakından takip edilmiştir. Bu açıdan hareket noktasını, Lozan Antlaşması'yla tescillenen bağımsızlık ve eşitlik ilkeleri oluşturmuştur.

1924 Anayasası, Lozan Antlaşması'nı onaylayan Meclis tarafından kabul edilmiş; bu durum, uluslararası hukuk açısından Meclis'e Lozan Antlaşması'yla kazanılan ivmeyi sürdürme fırsatını da vermiştir.

1924 Anayasası'nda uluslararası antlaşma yapma konusunda tüm yetki, T.B.M.M.'nde toplanmış; antlaşmaların onaylanmasını düzenleyen 26. maddesinde de kuvvetler birliği ve Meclis Hükümeti sistemine göre bir düzenleme getirilmiştir.²⁷ Dolayısıyla 1924 Anayasası, uluslararası antlaşmaların onaylanması hususunda da Meclis'i yetkili kılmıştır.

Bu açıdan dikkat çekici bir husus, 1924 Anayasası'nın söz konusu maddesinde -1921 Anayasası'ndan farklı olarak- yalnızca “antlaşma” deyiminin kullanılmasıyla yetinilmeyerek, “sözleşme” ifadesinin de maddeye eklenmiş olmasıdır. Ayrıca maddede yer alan “gibi” ifadesinin, antlaşma ve sözleşme benzeri işlemlerin dışındaki protokol, senet ve tahkimnameyi içermediği yönünde görüşler de ileri sürülmüş; diğer işlemler konusunda Meclis İçtüzüğü de dikkate alınarak, Meclis onayı aranmaksızın yürürlüğe girebilecekleri iddia edilmiştir.²⁸

²⁶ YILMAZ, Mustafa: *“Dünyanın Gözünde Atatürk”*, Cumhuriyet Tarihi Araştırmaları Dergisi, Güz 2005, S. 2, s. 111.

²⁷ HALATÇI ULUSOY, Ülkü: *Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Uluslararası Antlaşmaların Yapımı ve Sona Ermesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 50, 51.

²⁸ HAMZAÇEBİ, Mehmet: *Türk Hukukunda Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması Usulü ve Andlaşmaların Anayasa ve Kanunlar Karşısındaki Yeri ve Değeri*, (Yayımlanmamış

Bu husus, Lozan Antlaşması'nın 99. ve 100. maddelerinde yeniden yürürlüğe girmesi ve katılım sağlanması taahhüt edilen uluslararası düzenlemelerin niteliklerine uygundur. Zira söz konusu maddelerde antlaşma, sözleşme, protokol vb. isim altında pek çok düzenlemeye yer verilmiştir. Nitekim bu taahhüdün yerine getirilmesi, uluslararası hukuk alanında Türk hukuk devriminin hareket noktasını oluşturan Lozan Antlaşması'nın bir gereğidir.

Antlaşma'nın 99. ve 100. maddelerinden başka maddelerde de bazı uluslararası antlaşmalara değinilmiştir. Buna göre “Ulaşım Yolları” başlığı altında 101.-104. maddeler arasında 1921 tarihli Barselona Konferansı'nda kabul edilen belgelere katılım kabul edilirken, 105. maddede ise 14 Ekim 1890, 20 Eylül 1893, 16 Temmuz 1895, 16 Haziran 1898 ve 19 Eylül 1906 tarihlerinde Bern'de imzalanan demiryolları ile eşya taşınmasına ilişkin Sözleşmelerin kabul ve onaylanması taahhüt edilmiştir.

Ayrıca Antlaşma'ya ek Ticaret Sözleşmesi'nin 14. maddesinde de, endüstri mülkiyetinin korunmasına ilişkin olup, 2 Haziran 1911'de Washington'da değiştirilen, 20 Mart 1883 tarihli Uluslararası Paris Sözleşmesi'ne öngörülen biçimde katılım ile edebiyat ve sanat eserlerinin korunmasına ilişkin Berlin'de 13 Kasım 1908'de değiştirilen, 9 Eylül 1886 tarihli Bern Sözleşmesi ile edebiyat ve sanat eserlerinin korunmasına ilişkin ve 22 Mart 1914 tarihli Bern Ek Protokolü'ne de katılım taahhüt edilmiştir.

Söz konusu antlaşma ve sözleşmelerden İcra Vekilleri Heyeti Kararnamesi'yle onaylananlar olduğu gibi (örneğin Gümrük Tarifesi Yayımlama Bürosu), onay işlemi esas itibarıyla T.B.M.M. tarafından kanunla yapılanlar da bulunmaktadır. Bu şekilde açıkça onaylanan örneklerin yanında, onay işlemi tamamlanmadan temsilci atanan uluslararası örgüt üyelikleri de olmuştur. Her şekilde yeni Türk devletinin, uluslararası ilişkilerin düzenlenmesi ve iş birliklerinin yenilerinin kurulması, var olanlarının sürdürülmesi ve geliştirilmesi yönünde her türlü adımı attığı görülmektedir. Nitekim Atatürk döneminde Lozan Antlaşması'ndaki çoğu uluslararası düzenleme hakkında onay işlemlerinin tamamlandığı, tamamlanmayanlarla ilgili güncel toplantıların takip edilerek, ortaya çıkan yeni antlaşmalara katılım sağlandığı sonucuna ulaşılmıştır.²⁹

Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 1997, s. 32, 33; HALATÇI ULUSOY, s. 50, 51.

²⁹ Detaylı bilgi için bkz. ÖRSTEN ESİRGİN, Seda: “Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Uluslararası Antlaşmalar”, Adalet Dergisi, 2023, C. 2, S. 71, s. 391-418.

SONUÇ

1924 Anayasası ile siyasal devrim, hukuki yapıya kavuşurken³⁰; öngörülen Meclis üstünlüğü, hukuk devriminin gerçekleştirilmesindeki tüm engellerin kanunla aşılmasını sağlamıştır. Bu doğrultuda, öngörülen sistem sayesinde Anayasanın kabulünün ilk yılından itibaren yaşananlara rağmen, çağdaşlaşma hedefinin gerçekleşmesi için yürütülen çalışmalar aksamamıştır. Anayasanın uygulanma süreci, tek partili ve çok partili dönemlerde farklı sorunlara tanık olsa da, 1924 Anayasası, Türk hukuk devriminin gerçekleşmesi açısından -Tanör’ün ifadesiyle- “esnek çerçeveyi sağlamıştır”.

Sonuç olarak, 1924 Anayasası, meclis hükümeti ve parlamenter sistem gibi iki sistemin farklı yönlerini barındırması, önceki ve sonraki anayasalarda düzenlenen veya kaldırılan kurumlar açısından geçiş sürecine anayasal tecrübe sağlayarak köprü görevi görmesi gibi yönlerden önemlidir. Dolayısıyla 1924 Anayasası döneminde asıl birikim, Türk hukuk devrimi açısından yaşanmış; Türk hukuk devrimiyle elde edilen bütün kazanımlar, sonraki anayasaların ve getirilen anayasa yargısının koruması altına alınmıştır.

³⁰ MUMCU, Türk Devriminin Temelleri, s. 117.

KAYNAKÇA

- ARIK, Kemal Fikret: “*Medeni Kanun ve Yapılan Bazı Tenkitler*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1963, C. 18, S. 1, s. 193-213.
- ARSEL, İlhan: Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Birinci Kitap: Cumhuriyetin Temel Kuruluşu, Mars Matbaası, Ankara 1965.
- AYDIN, M. Akif: Osmanlı Aile Hukuku, Klasik Yayınları, İstanbul 2017.
- BOZKURT, Gülnihal: “*Mahmut Esat Bozkurt’un Laik Hukuka Geçişte Katkıları*”, Çağdaş Türkiye Araştırmaları Dergisi, 1994, C. 2, S. 4, s. 201-209.
- HALATÇI ULUSOY, Ülkü: Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Uluslararası Antlaşmaların Yapımı ve Sona Ermesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- HAMZAÇEBİ, Mehmet: Türk Hukukunda Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması Usulü ve Andlaşmaların Anayasa ve Kanunlar Karşısındaki Yeri ve Değeri, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 1997.
- İŞIKTAÇ, Yasemin: “*Türk Hukuk Devriminin Felsefesi*”, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (İLKE) Atatürk’ün Doğumunun 125. Yılı ve Cumhuriyetimizin 83. Yılı Özel Sayısı, 2006, S. 125, s. 117-131.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: “*Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik?*”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmalar Dergisi, 2016, C. 22, S. 3 s. 1725-1727.
- MUMCU Ahmet: Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri, İnkılap Kitabevi, İstanbul 1996.
- MUMCU, Ahmet: “*1924 Anayasası*”, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Mart 1986, C. 2, S. 5, s. 383-400.
- ÖRSTEN ESİRGİN, Seda: “*Cumhuriyetin Yüzyıllık Hukuk Birikimi*”, Türkiye’nin 100 Yıllık Birikimi: Hukuk (Editör Belkıs KONAN), Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara 2024, s. 77-109.
- ÖRSTEN ESİRGİN, Seda: “*Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Uluslararası Antlaşmalar*”, Adalet Dergisi, 2023, C. 2, S. 71, s. 391-418.
- ÖRSTEN ESİRGİN, Seda: “*1921 Anayasası Döneminde Kanun-i Esasi*”, 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ve Makaleler, (Editör: Murat Alper PARLAK), Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara 2022, s. 107-142.
- ÖZBUDUN, Ergun: 1924 Anayasası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012.
- TANÖR, Bülent: Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, YKY Yayınları, İstanbul 2002.
- TOPRAK, Zafer: Türkiye’de Kadın Özgürlüğü ve Feminizm (1908-1935), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 2016.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku-Umumi Esaslar, C: 1, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1956.
- VURAL DİNÇKOL, Bihterin / İŞIK, Alper: “*1924 Anayasası Döneminde Yurttaşlık Anlayışı*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2015, C. 21, S. 1, s. 13-41.
- YILMAZ, Mustafa: “*Dünyanın Gözünde Atatürk*”, Cumhuriyet Tarihi Araştırmaları Dergisi, Güz 2005, S. 2, s. 105-117.

İLİM VE EDEBİYAT ESERLERİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINI MEN HAKKI (FSEK M. 16): YASAL ÇERÇEVE VE YARGI KARARLARI

*Right of Integrity in Scientific and Literary Works
(FSEK art. 16): Legal Framework and Judicial Decisions*

Doç. Dr. Selin ÖZDEN MERHACI*

ÖZ

Bu çalışma, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 16. maddesinde düzenlenen eserde değişiklik yapılmasını men hakkını, ilim ve edebiyat eserleri özelinde incelemektedir. Çalışmada, Bern Sözleşmesi ile uluslararası bir standart kazanan manevi hakların tarihsel gelişimi ve Türk hukukundaki yasal çerçevesi ele alınmaktadır. Özellikle yayıncılık sektörünün dinamikleri karşısında, eser sahibinin eserin bütünlüğünü korumadaki menfaati ile mali hak sahiplerinin teknik zorunlulukları arasındaki hassas denge tartışılmaktadır. FSEK m. 16/2 kapsamında mali hak sahiplerine tanınan “teknik icabı zorunlu değişiklikler” yapma yetkisi ve FSEK m. 16/3 kapsamında düzenlenen mutlak sınır olan “şeref ve itibarın zedelenmesi” ve “eserin mahiyet ve hususiyetinin bozulması” ölçütleri analiz edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Eserde değişiklik yapılmasını men hakkı, manevi haklar, FSEK m. 16, ilim ve edebiyat eserleri, eserin bütünlüğü.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı, FİSAUM Müdür Yardımcısı, E-posta: sozden@law.ankara.edu.tr, ORCID 0000-0002-8233-1166.
Bu çalışma 14-15.10.2024 tarihlerinde yapılan II. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Hukuk Uygulamaları Sempozyumu'nda sunulan “Yargıtay Kararları Işığında Eserde Objektif Değişiklik Yapma Hakkı” başlıklı tebliğden türetilmiştir.

ABSTRACT

This study examines the right of integrity, regulated under Article 16 of the Law on Intellectual and Artistic Works (FSEK) No. 5846, specifically within the context of scientific and literary works. In the study, the historical development of moral rights, which gained an international standard through the Berne Convention, and their legal framework in Turkish law are discussed. The delicate balance between the author's interest in protecting the integrity of the work and the technical necessities of economic right holders is addressed, particularly in light of the dynamics of the publishing sector. The authority granted to economic right holders to make “technically necessary modifications” under FSEK Art. 16/2, and the criteria of “prejudice to honor and reputation” and “distortion of the nature and characteristics of the work”, which serve as absolute limits under FSEK Art. 16/3, are analyzed.

Keywords: *Right of integrity, moral rights, FSEK art. 16, scientific and literary works, integrity of the work.*

GİRİŞ

Eser sahibinin manevi hakları, eser ile yaratıcısı arasındaki o koparılamaz bağı simgeleyen ve eseri, yaratıcısının kişiliğinin bir dışavurumu olarak koruyan temel yetkililerdir. Tarihsel süreçte Bern Sözleşmesi ile uluslararası bir standart kazanan bu haklar, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (FSEK) da karşılığını bulmuş ve eser sahibinin mali haklarını devretmiş olsa dahi eseri üzerindeki manevi kontrolünü sürdürmesini amaçlamıştır. Bu yetkilerden biri olan ve FSEK m. 16'da düzenlenen “eserde değişiklik yapılmasını men hakkı” (eserin bütünlüğünün korunması), özellikle yayıncılık dünyasının dinamikleri ve dijitalleşen yayın süreçleri karşısında eser sahibinin menfaatleri ile eserin kullanım zorunlulukları arasında hassas bir dengeyi gerektirmektedir.

Bu çalışmanın amacı; FSEK m. 16 hükmü çerçevesinde eser sahibinin “eserde değişiklik yapılmasını men” hakkını, Bern Sözleşmesi'nin getirdiği asgari ölçütler ve Türk hukukundaki yasal çerçeve ışığında incelemektir. Çalışmada, güzel sanat eserlerinden farklı bir nitelik taşıyan ve özellikle yayım sözleşmeleriyle ticarileştirilen “ilim ve edebiyat eserleri” odağa alınmıştır. Bu kapsamda, eser sahibinin mutlak yetkisi ile yayıncıların veya mali hak sahiplerinin teknik zorunluluklardan kaynaklanan müdahale yetkileri arasındaki sınır, öğretilerdeki görüşler ve Yargıtay'ın güncel içtihatları bağlamında analiz edilecektir.

I. ESERLERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINI MEN HAKKINA GENEL BİR BAKIŞ

1886 tarihli İlim ve Edebiyat Eserlerinin Korunmasına ilişkin Bern Sözleşmesi'nde tarihsel olarak, eser sahibinin manevi haklarını korumak için üç temel hak ortaya çıkmıştır: Bunlar, eser sahibinin eserlerini açıklama veya ifşa etme hakkı (umuma arz hakkı), eser sahipliğinin tanınması hakkı (adın belirtilmesi hakkı) ve eserlerde izinsiz değişiklik ve düzeltmeleri engelleme hakkıdır (eserde değişiklik yapılmasını men hakkı). Avrupa hukuk öğretisinde, bu haklarla korunan menfaatler, genellikle eser sahibinin manevi menfaatleri olarak adlandırılır ve bu menfaatleri koruyan haklara eser sahibinin manevi hakları olarak ifade edilmektedir¹.

¹ RICKETSON, Sam / GINSBURG, Jane: International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond, Oxford 2022, para. 10.11 (<https://research.ebsco.com/c/pvrcl/y/ebook-viewer/epub/srid5vaitv/section/navPoint-521,27.11.2025>).

A. Bern Sözleşmesinde Manevi Haklar ve Eserde Değişiklik Yapılmasını Men Hakkının Tarihçesi

Manevi hakları koruyan ilk ülke, 19. yüzyılın başlarından itibaren Fransa'ydı. Yüksek Mahkeme kararlarında eser sahiplerinin, tüm mali haklarının bir başkasına devredilmesinden sonra bile, eserlerinin kullanımı üzerinde bir miktar kontrole sahip oldukları kabul edilmişti. Sonraki yıllarda Fransa'da eser sahiplerinin manevi haklarını korumaya yönelik bir içtihat birliği oluşmuştur. 19. yüzyılın sonlarına doğru, “manevi haklar” olarak bildiğimiz haklar ortaya çıkmıştır. Ancak bu haklar, genel kabul görmüş bir isme ve tutarlı ilkelere sahip değildi. Buna karşılık, Almanya'da, Kant'ın fikirlerinden yararlanan daha kapsamlı bir manevi haklar anlayışı, yasal metinlerde geliştirilmişti; ancak buna yönelik çok az yasal veya yargısal destek vardı. Bu gelişmeler sonrasında 20. yüzyılın başlarında Fransa'da manevi haklar adı altında eser sahibinin birtakım haklarının bulunduğu kabul edilmiştir².

1920'lerin ortalarına gelindiğinde, bazı Bern Birliği ülkeleri manevi hakları da koruma kapsamına almıştı veya bunu yapmayı düşünüyordu. Bu hakların tanınma derecesi farklılık gösterse de korunan temel haklar adın belirtilmesi, eserin bütünlüğünün korunması ve eseri kamuya sunma haklarıydı. Bu haklar genellikle devredilemez olarak kabul ediliyordu ve eser sahipleri mali haklarından vazgeçtikten sonra da bu hakları kullanmaya devam ediyorlardı. Ancak, ölümden sonra bu hakların süresi ve kullanımı konusunda belirgin farklılıklar bulunmaktaydı³.

Buna karşılık, bu dönem boyunca, Anglo-Amerikan hukukunda manevi haklar için doğrudan bir koruma yoktu; çünkü manevi haklar sistematığı bu ülkelerde benimsenen eser sahipliği haklarına ilişkin işlevsel bakış açısına oldukça yabancı bir kavramdı. Bu, Anglo-Amerikan hukukunda manevi hakların tamamen korunmadığı anlamına gelmemekteydi. Bu hukuk düzenindeki ilk yayınlama hakkı ve yayınlanmamış mektup ve el yazmalarını koruyan içtihatlar, en azından bir dereceye kadar, eser sahibinin “eserin kamuya sunulması” hakkını korumaktaydı. Ayrıca, Birleşik Krallıktaki 1862 tarihli Güzel Sanatlar Telif Hakkı Yasası, güzel sanat eserlerinde izinsiz değişiklikler ve tahrifatlar konusunda sınırlı bir koruma biçimi sağlamıştı⁴.

² RICKETSON / GINGSBURG, para. 10.12.

³ RICKETSON / GINGSBURG, para. 10.13.

⁴ RICKETSON / GINGSBURG, para. 10.15.

Ulusal mevzuatta manevi hakların korunmasına ilişkin tutarlı bir ilkeler bütününe ortaya çıkması 1920'lere kadar gerçekleşmemiştir. Manevi hakların korunmasına yönelik Bern Sözleşmesi'ne bir hüküm eklenmesi için resmi bir önerinin yapılmamış olmasının da nedeni olarak bu husus gösterilmektedir. Ancak, 1928 Roma Konferansı'na gelindiğinde, manevi hakların düzenlenmesine ilişkin öneriler sunulabilir hale gelmiştir⁵.

Bern Sözleşmesi'ne eklenmek üzere sunulan öneri, adın belirtilmesi hakkı (*right of paternity*), eserin kamuya sunulması hakkı (*right of disclosure*) ve eserde değişiklik yapılmasını men haklarını (*right of integrity*) içermektedir. Eserde değişiklik yapılmasını men hakkı öneride, eser sahibinin “*manevi menfaatlerine zarar verecek şekilde eserde yapılacak herhangi bir değişikliğe karşı çıkma hakkı*” olarak ifade edilmiştir⁶.

Yapılan tartışmalar sonucunda eserin kamuya sunulması hakkı, lisans sahiplerinin ve devralanların eserlerin ilk ve sonraki yayınlarına ilişkin haklarıyla uyumlu hale getirilmesinin zor olması nedeniyle kaldırılmıştır. Eserde değişiklik yapılmasını men hakkı bakımından ise, daha önce önerilen eser sahibinin “manevi menfaatleri” ifadesi “şeref ve itibarı” ifadesiyle değiştirilerek kabul edilmiştir⁷.

Neticede Bern Sözleşmesi m. 6bis manevi haklar başlığı altında, “*Eser sahibinin mali haklarından bağımsız olarak ve söz konusu hakların devrinden sonra bile, eser sahibinin eserin sahipliğini talep etme ve söz konusu eserin onuruna veya itibarına zarar verecek şekilde herhangi bir şekilde çarpıtılmasına, bozulmasına veya başka bir şekilde değiştirilmesine ya da söz konusu eserle ilgili başka bir onur kırıcı eyleme itiraz etmek hakkına sahiptir*” şeklinde manevi haklardan adın belirtilmesi ve kamuya sunma haklarını kabul etmiş ve düzenlemiştir⁸.

⁵ RICKETSON / GINGSBURG, para. 10.16.

⁶ RICKETSON / GINGSBURG, para. 10.16.

⁷ RICKETSON / GINGSBURG, para. 10.18; Bern Sözleşmesi'nde diğer manevi hakların düzenleniş biçimi için ve eserin kamuya sunulması hakkının kapsam dışı bırakılması için ayrıca bkz.: WIPO: Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, WIPO Publication No. 615, Geneva 1978, s. 42-43 (https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/615/wipo_pub_615.pdf, 27.11.2025).

⁸ Bu noktada kısaca belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği düzenlemeleri manevi haklar konusunda sessiz kalmıştır. Zira AB manevi hakların iç pazarın işleyişiyle ilgili bulunmaması nedeniyle bir uyumlaştırma gereksinimi duymamıştır; Ayrıntılı bilgi için bkz.: DE WERRA, Jacques: “*The moral right of integrity*”, Research Handbook on the Future of EU Copyright (ed. Esther Derclaye), UK 2009, s. 270. TRIPS ise Bern Sözleşmesi'ne atıf

B. Bern Sözleşmesinde Eserde Değişiklik Yapılmasını Men Hakkının Düzenleniş Biçimi

Bern Sözleşmesi 1928 Roma revizyonu ile Sözleşme'ye eklenen ve 1948 Brüksel revizyonu ile son şeklini alan m. 6bis, telif hakkının parasal veya ekonomik menfaatlara ek olarak manevi nitelikte hakları da içerdiğini vurguladığı için önemli bir hükümdür. Sözleşmeyle belirlenen manevi haklar, eserin yaratıcısının kişiliğinin bir yansıması olmasından kaynaklanır⁹.

Bern Sözleşmesi m. 6bis para. 1, eser sahibinin iki manevi yetkisini güvence altına alır: Birincisi ve en önemlisi, eser sahipliğini talep etme hakkı, yani eserin yaratıcısı olduğunu ileri sürme hakkıdır. Eser sahibi bunu genellikle kopyaların üzerine adını koyarak yapar. Bu hakkı, eser sahibi tarafından dilediği gibi kullanılabilir; hatta olumsuz (negatif) bir şekilde de kullanılabilir, örneğin eserini bir takma adla yayımlayarak veya anonim kalarak da hakkın kullanılması mümkündür. Eser sahibi, herhangi bir zamanda fikrini değiştirip takma adını reddedebilir veya anonimliğini bırakabilir¹⁰.

İkinci yetki, eserin onuruna veya itibarına zarar verecek, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen eserdeki herhangi bir tahrifat, tahribat ya da herhangi bir değişikliği engelleme hakkıdır. Bu hak bazen “Saygı Hakkı-*Right of Respect*” olarak da adlandırılır. Bu hüküm, esektir ve mahkemelere geniş bir takdir yetkisi tanır¹¹.

Bern Sözleşmesi m. 6bis kapsamındaki manevi haklar, mali haklardan tamamen bağımsızdır ve sözleşme ile ortadan kaldırılamaz. Her ülke uygulamayı kendi iç hukukunda farklı yöntemlerle düzenlese ve uygulamada farklılıklar bulursa da Bern Sözleşmesi asgari standartları düzenlediğinden, Sözleşme'ye üye tüm devletler, eser sahibinin bu iki manevi hakkına ulusal düzenlemelerinde ve uygulamada yer vermiştir. Özellikle eserde değişiklik yapılmasını men hakkı bakımından Bern Sözleşmesi ile kabul edilen “*prejudicial to honor or reputation*”-şeref veya itibarın zedelenmesi” ölçütü

yapmakla yetinmiş ancak manevi hakları tamamen dışlamıştır. Zira TRIPS m. 9/1 “*Üyeler, Bern Sözleşmesi'nin (1971) 1 ila 21. maddeleri ve Ek'ine uymak zorundadır. Ancak Üyeler, bu Sözleşme kapsamında, Sözleşme'nin 6bis maddesi uyarınca verilen haklar veya bunlardan türetilen haklar bakımından hak veya yükümlülüklerle sahip olmayacaktır*” hükmünü haizdir.

⁹ WIPO, s. 41.

¹⁰ WIPO, s. 41.

¹¹ WIPO, s. 42.

değişmez ve bu koruma asgari düzeyde dahi mutlak niteliktedir. Zira bu hüküm, eserin bütünlüğünün ihlalinin, eser sahibinin şeref ve itibarı üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olmamasını bir asgari koşul olarak düzenlemektedir.

Avrupa Birliği'ne dahil bazı ulusal telif hakkı yasaları eserin bütünlüğünün korunmasını eser sahibinin şeref veya itibarına verilen herhangi bir zararın gösterilmesine bağlı olmayacağını belirterek daha kapsamlı bir koruma getirmiştir. İlke olarak, böyle bir koruyucu yaklaşım hakkın, eser sahibinin yaratıcılığının sonucunu bu yaratıcılığın ifade edildiği şekilde tam olarak koruması gerçeğiyle meşrulaştırılmaktadır. Bir başka ifadeyle bu hak, eserin eser sahibinin yarattığı haliyle kalmasını ve böylece başka hiç kimsenin, bu değişikliklerin eser sahibinin şerefini veya itibarını iyileştirip iyileştirmedigine veya olumsuz etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın, eseri herhangi bir şekilde değiştirme hakkına sahip olmamasını sağlar¹².

Bern Sözleşmesi eserde değişiklik yapılmasını men hakkına iki basamaklı bir inceleme getirmiştir. Öncelikle söz konusu eserin herhangi bir şekilde çarpıtılması, tahrir edilmesi veya başka bir şekilde değiştirilmesi ya da başka bir aşağılayıcı eylemin bulunup bulunmadığı tespit edilmeli; ikinci olarak bu eylemlerin eser sahibinin şeref veya itibarına zarar verecek bir eylem olup olmadığı incelenmelidir. Öğretide eserin çarpıtılması veya bozulması ölçütlerinin sübjektif bir değerlendirme getirdiği belirtilmektedir. Buna karşılık diğer değişiklik ifadesi daha nesneldir ve bu nedenle eserde çarpıtma veya bozulma kapsamına girmeyen, ancak yine de aşağılayıcı olarak kabul edilecek herhangi bir sakıncalı değişikliği kapsamalıdır. Ayrıca çarpıtma, bozulma veya diğer değişikli ifadesinin kapsamına daha fazla sınırlama getirilmesi söz konusu olmuş, bu değişikliklerin eser sahibinin şeref veya itibarına zarar vermesi gerektiği yönündeki nesnel gereklilik getirilmiştir¹³.

O halde şeref veya itibar kavramı, özellikle eserin bütünlüğünü koruma hakkının sınırını ve uygulanabilirliğini belirler¹⁴. Bu kavram eser sahibine yönelik zarar veya zedelenmenin değerlendirme standardını objektif bir hale getirmiştir; eser sahibinin sübjektif olarak işin gidişatından memnun olmaması yeterli değildir¹⁵.

¹² DE WERRA, s. 269.

¹³ RICKETSON / GINGSBURG, para. 10.31.

¹⁴ DE WERRA, s. 268.

¹⁵ RICKETSON / GINGSBURG, para. 10.38; GOLDSTEIN, Paul / HUGENHOLTZ, P. Bernt: International Copyright: Principles, Law, and Practice, 2019, s. 342 (<https://research.ebsco.com/c/pvrclly/search/details/6jqu5lft7v?db=nlebk>, 28.11.2025).

Şeref veya itibara zarar veren davranışlara örnek olarak bir ders kitabının lisans sahibi veya devralanının, kitapta çok sayıda tipografik hata veya dipnot hatası yapması hali gösterilmektedir. Bu durumun eser sahibinin itibarını zedeleyeceği, zira araştırmasının ve akademik muhakemesinin hatalı olduğu izlenimini vereceği ifade edilmektedir. Benzer şekilde eserin içeriğinin, eser sahibinin aslında sahip olmadığı aşırı görüşleri veya teorileri savunuyormuş gibi değiştirilmesi, eser sahibinin genel itibarını ciddi şekilde etkileyebilir¹⁶

Madde 6bis'te ayrıca, eser sahibinin eserin bizzat değiştirilmesi, bozulması veya tahrif edilmesinin yanı sıra diğer onur kırıcı eylemlerin de eser sahibinin şeref veya itibarını zedeyebileceği kabul edilmiştir. Bu hüküm Bern Sözleşmesi'ne 1948 yılında Brüksel Revizyonu ile eklenmiştir¹⁷. Bu durum bir eserin orijinal haliyle yeniden üretildiği, ancak bunun eser sahibine zarar verecek şekilde yapıldığı durumları açıkça kapsamaktadır. Bir başka ifadeyle hüküm, eser üzerinde herhangi bir değişiklik bulunmasa da eserin başka onur kırıcı eylemlere konu edilmesi hali düzenlenmektedir. Eserin özünü değiştirmeden, bir kitabın saldırgan bir kapakla yayımlanması, ciddi bir oyunun eser sahibi veya görüşleriyle alay edecek şekilde gösterilmesi ya da bir sanat eserinin pornografik materyalle yan yana çoğaltılması gibi durumlar buna örnek olarak verilmektedir¹⁸.

II. İLİM VE EDEBİYAT ESERLERİ BAKIMINDAN FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDA VE YARGITAY UYGULAMALARINDA ESERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINI MEN HAKKI

Eserde değişiklik yapılmasını men hakkı, Türk öğretisinde özellikle mimari eserler bakımından incelenmiştir¹⁹. Zira mimari eserler bakımından eser sahibinin eser sahipliğinden doğan hakkı ile, eserin mülkiyetine sahip

¹⁶ RICKETSON / GINGSBURG, para. 10.38.

¹⁷ WIPO, s. 42.

¹⁸ RICKETSON / GINGSBURG, para. 10.33.

¹⁹ BOZGEYİK, Hayri: *Mimaride Telif Hakları*, Ankara 2023; DOĞRUL, Gürhan Sefa: *Mimarın Telif Hakları*, Ankara 2013; GÜRKAYNAK, Gönenç / KARAOĞLAN, Ceyda / GÖNEN, Coşku: “*Mimari Yapıların Eser Niteliği ve Eser Sahibinin Değişiklik Yapılmasını Önleme Hakkı*”, *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, C. 10, S. 38, s. 55-78; KAYA, Arslan: *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Dersleri I*, İstanbul 2024, s. 179 vd.; EREL, Şafak: *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Ankara 2009, s. 148 vd.; Güzel sanat eserlerinde değişiklik yapılmasını men hakkı bakımından bkz.: POLATER, Salih: *Fikri ve Sanat Eserleri Hukukuna Göre Güzel Sanat Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları*, İstanbul 2021.

olan kişinin mülkiyet hakkı çatışmaktadır. Ancak bu çalışmada eserde değişiklik yapılmasını men hakkı, ilim ve edebiyat eserleri bakımından ele alınacaktır.

İlim ve edebiyat eserleri herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve hazırlık tasarımları; her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri; pandomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri ve bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleridir (FSEK m. 2). Görüldüğü üzere FSEK’te ilim ve edebiyat eserleri kavramı oldukça geniş bir biçimde tanımlanmıştır. Buna karşılık tarihi gelişim sürecinde ilim ve edebiyat eserleri kavramı yazılı eserleri ifade etmek üzere kullanılmıştır²⁰. Bu çalışma anlamında da ilim ve edebiyat eserlerinin ilk kategorisi olan dil ve yazı ile ifade edilen eserler bakımından eserde değişiklik yapılmasını men hakkı inceleme konusu yapılacak ve özellikle yayımcıların eserde değişiklik yapmasının manevi hakkı hangi durumlarda ihlal ettiği değerlendirilecektir. Bu nedenle de güzel sanat eserleri ve el yazması eserler bakımından eser sahibinin zilyet ve malike karşı haklarını düzenleyen FSEK m. 17 hükmü çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

FSEK m. 16, eserde değişiklik yapılmasını men hakkını, eser sahibiyle eser arasındaki manevi bağın temel dayanağı olarak kabul eder. Maddenin üç fıkrası sırasıyla, eserde ve eser sahibinin adında yapılacak değişiklikler (m. 16/1), teknik icabı zorunlu değişiklikler (m. 16/2) ve şeref ve itibarın ihlali (m. 16/3) ile bu manevi hakkın sınırlarını çizmektedir.

A. Eserde ve Eser Sahibinin Adında Değişiklik (FSEK m. 16/1)

FSEK m. 16/1 hükmü, eserin bütünlüğünü ve eser sahibinin kişiliğini yansıtan hususiyetini korumaya yönelik birincil bir korumadır. Eser sahibinin izni olmadan eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, eklemeler ve başka değiştirmeler yapılmasını kesin olarak yasaklamaktadır. Bir başka ifadeyle FSEK m. 16/1 genel bir kural getirmektedir.

²⁰ ATEŞ, Mustafa: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, s. 62.

1. Eserde Değişiklik

Bu hüküm yukarıda açıklanan Bern Sözleşmesi'nin yaklaşımına nazaran daha sıkı bir koruma getirmektedir. Zira sadece şeref veya itibarı zedeleyen değişiklikler değil, eser sahibinin izni olmadan yapılan tüm değişiklikler, manevi hakkın ihlaline yol açmaktadır²¹. Hatta *Öztan*, eserin değerinin azalmış veya artmış olmasından bağımsız olarak objektif olarak eserde tespit edilebilecek her türlü değişikliğin eser sahibi tarafından yaratılan manevi içeriğe zarar verdiğini belirtmekte ve hâkimin bunu tespit ederken bir sanatkar veya bilim adamı gibi davranmasına gerek bulunmadığını belirtmektedir²². Bir başka ifadeyle eserde objektif olarak tespit edilebilen her türlü değişiklik manevi hakkın ihlali için yeterlidir.

Buna karşılık öğretilde, eser sahibinin hususiyetini değiştirmeyen değişikliklerin, FSEK m. 16/1 kapsamına girmediği yönünde görüşler bulunmaktadır²³. Bazı yazarlar ise eserin nitelik ve özelliklerinin bozulmasının eser sahibinin manevi haklarına aykırılık oluşturacağını ifade etmektedir²⁴. Kanaatimizce FSEK m. 16/1 hükmü açıktır; eser sahibinin izni olmadan eserde herhangi bir değişiklik yapılması FSEK m. 16/2'deki istisnai hal söz konusu olmadığı halde veya eser sahibi tarafından kayıtsız ve şartsız izin verilmediği müddetçe²⁵, eser üzerindeki eserde değişiklik yapılmasını men hakkını ihlal edecektir.

Eser vasfını haiz bir makale metninde kısaltma ve ekleme yapmak, bir şiirin asıl metne sadık kalınmaksızın değiştirilmesi, bilimsel bir eserden bölüm çıkartılması gibi haller FSEK m. 16/1'in tipik ihlal örnekleridir.

²¹ TEKİNALP, Ünal: *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 2012, s. 172, § 14 N. 39; ÖZTAN, Fırat: *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Ankara 2008, s. 320; BAK, Başak: “*Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson Sistemlerinde Eser Sahibinin Manevi Haklarına İlişkin Farklı Yaklaşımlar Üzerine Bir Değerlendirme*”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 140, Nisan 2018, s. 16-17; YILMAZTEKİN Hasan Kadir / YALÇIN, Banu Eylül: “*Manevi Hakların Türk Telif Hukukundaki Tarihî Gelişimi*”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, 2021, s. 1841; Ateş, eserin mevcut şekil veya muhtevasının az veya çok değiştirilmesinin FSEK m. 16/1 kapsamına girdiğini ifade etmektedir; ATEŞ, s. 146.

²² ÖZTAN, s. 320.

²³ BOZGEYİK, s. 127.

²⁴ AYİTER, Nüşin: *Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri*, Ankara 1972, s. 117; EREL, s. 145; KAYA, s. 176.

²⁵ Bu halde de eser sahibinin şeref ve itibarına zarar verilmemesi veya eserin mahiyet veya hususiyetinin bozulmaması gerekir. Bkz.: II, C.

2. Eser Sahibinin Adında Değişiklik

Eser sahibinin adının değiştirilmesi, eserin bütünlüğünün ihlali anlamına gelecek ve doğrudan eser sahibinin manevi haklarına aykırılık oluşturacaktır. Bu şekilde FSEK eser sahibinin adını da eserin bütünlüğüne dahil etmiştir²⁶. Buna karşılık kanaatimizce bu hüküm bir tekrardan ibarettir, zira eser sahibinin adı FSEK m. 15'i ilgilendiren bir konudur. Bu nedenle adın belirtilmesi hakkı kapsamında düzenlenmesi ve değerlendirilmesi daha uygundur²⁷. Aslında bu durum kanun koyucunun manevi hakları birbirinden kesin çizgilerle ayıramadığının bir göstergesidir²⁸.

Eser sahibinin adı, müstear adı, rumuzu ve işaretinde kısaltma veya ekleme gibi herhangi bir değiştirme yapılması, FSEK m. 16/1 ve FSEK m. 15'teki adın belirtilmesi hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir²⁹. Yargıtay kararlarında başka yazarların eklenmesi ve ön kapakta davacı yazar adının belirtilmemesi gibi eylemlerin, FSEK m. 15 ve m. 16'nın birlikte ihlali olduğu kabul edilmiştir³⁰.

Son olarak öğretide eser sahibinin adındaki değişikliklerle birlikte eserin adındaki değişikliklerin de eser sahibinin manevi hakkını ihlal eder nitelikte

²⁶ TEKİNALP, s. 171, § 14 N. 37.

²⁷ Aynı yönde bkz.: ÖZTAN, s. 316.

²⁸ *Tosun'a göre bu durum, "kanun koyucunun eser sahibinin adının yanlış yazılması durumunun eser bütünlüğünün bir parçası olduğunu vurgulamak isteyen çabasının bir sonucudur"*; TOSUN, Yalçın: Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikri ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar, İstanbul 2016, s. 142.

²⁹ "..... vb."nin FSEK uyarınca güzel sanat eseri niteliğinde olduğu, bu eserler üzerinden davacının imzasının silinmesinin, davacının FSEK'ten doğan manevi haklarından 15. maddede düzenlenen "adın belirtilmesi salahiyeti" ile 16. maddede düzenlenen "eserde değişiklik yapılmasını men etme" haklarını ihlâl ettiği, mahkemece hükmedilen manevi tazminat miktarının dosya kapsamı ile uyumlu olduğu, hakkaniyete uygun bulunduğu anlaşılmakla, davacı ile davalı vekillerinin istinaf başvurularının esas yönünden reddine dair hüküm kurmak gerekmiştir" Ankara BAM 20. H.D., E. 2020/214, T. 2021/1444, T. 11.11.2021 (Lexpera); "eser sahibinin adının belirtilmesi hususunda mühnasır bir hakkı olup, eser sahibinin adsız olarak umuma arz edilmesini istemediği bir eserin ad belirtilmeden umuma arzı da FSEK 15'ten kaynaklanan hakları ihlal etmekte olup, somut uyumsuzlukta da bu şartlar gerçekleşmiştir. Diğer taraftan ... kitap serisinin çizerinin izni alınmaksızın değiştirilmesi ve adının belirtilmeden yayınlanması da FSEK 16. maddedeki hakkını ihlal etmektedir."; Ankara BAM. 20 H.D., E. 2019/1231, K. 2021/363, T. 17.03.2021 (Lexpera).

³⁰ Y. 11. H.D., 2019/2476 E., 2019/5446 K., T. 16.09.2019 (UYAP); Y. 11. H.D., E. 2021/191, K. 2022/2575, T. 30.03.2022 (UYAP).

olduğu ifade edilmiştir³¹. Bu bakımdan eserin adının değiştirilmesi FSEK m. 16'nın ihlali olarak değerlendirilirken, eserin adının bir başka eserde kullanılması FSEK m. 83'ün uygulama alanına girecektir³².

B. Teknik İcabı Zorunlu Değişiklikler ve Sınırları (FSEK m. 16/2)

FSEK m. 16/2 hükmü, mali hakları devralan veya kanunen bu hakları kullanma yetkisine sahip olanların, eserde belirli sınırlı değişiklikler yapabilmesine imkân tanıyan bir istisna hükmüdür. Bu çerçevede, FSEK m. 16/2'nin amacının FSEK m. 16/1'de getirilen kesin yasağın yumuşatılması olduğu söylenebilir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki eğer eser sahibi, eserin bütünlüğüne ilişkin herhangi bir değişikliğe karşı ise, mali haklarını devretmemek yönünde tasarrufta bulunmayı tercih edebilir. Ancak bir şekilde mali haklarını devretme yoluna gitmişse, teknik icabı zorunlu değişikliklerin yapılmasına da karşı çıkmaması gerekir³³.

Bu hükmün uygulanabilmesi için iki temel şartın varlığı aranır. Öncelikle değişikliği yapan kişi, FSEK'in veya eser sahibinin izniyle eseri işleme, umuma arz etme, çoğaltma, yayma veya temsil etme hakkına sahip olmalıdır. Bir başka ifadeyle mali haklardan birini hukuka uygun şekilde elde etmiş olması gerekir.

Eser üzerinde herhangi bir mali hak elde eden kimsenin eserde teknik icabı gereken değişiklikleri yapabilmesi için eser sahibinin iznine ihtiyaç bulunmamaktadır³⁴. Zira bu halde eser sahibi, eser üzerindeki mali hakkın devriyle birlikte eserde teknik icabı gerekli değişikliklerin yapılacağını kabul etmiş sayılır³⁵.

İkinci olarak yapılan değişiklik, işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülmelidir. Bir başka ifadeyle, eser üzerinde mali hakkı devralan kimselerin her değişikliği değil, usulüne ve mutata kullanışa uygun

³¹ AYİTER, s. 77-78; TOSUN, s. 142-143; YILMAZTEKİN / YALÇIN, s. 1843; MERDİVAN, Fethi / YAVUZ, Levent / ALICA, Türkiye: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara 2014, s. 468.

³² AYİTER, s. 77-78; TOSUN, s. 142-143; TOSUN, s. 143; YILMAZTEKİN / YALÇIN, s. 1843, dp. 168.

³³ HIRSCH, Ernst: Hukuki Bakımdan Fikri Say C. 2 Fikri Haklar, İstanbul 1943, s. 142.

³⁴ ARSLANLI, Halil: Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954, s. 85.

³⁵ HIRSCH, s. 142.

olan değişiklikleri yapması mümkündür³⁶. Zaruri olmayan değişikliklerin yapılması mümkün değildir³⁷.

FSEK m. 16/2'de belirtilen teknik zorunlulukların pratikte en çok karşıma çıktığı alan yayım sözleşmeleridir. Bu nedenle de Türk Borçlar Kanunu m. 487 vd. yer alan yayım sözleşmesine ilişkin hükümlerin de eserin bütünlüğü bakımından incelenmesi gerekir. Zira yazılı eserlerin yayımı için yapılan sözleşmelerin TBK'nın uygulama alanına da girmesi mümkündür. TBK m. 492, “Yayımcı, eseri hiçbir kısaltma, ekleme ve değişiklik yapmaksızın uygun biçimde çoğaltmakla yükümlüdür...” hükmünü haizdir. TBK m. 493'te ise “Yayımcının menfaatlerini zedelememek ve onun sorumluluğunu artırmamak koşuluyla, eser sahibi eserde düzeltme ve iyileştirme, halefleri ise ancak güncelleştirme yapabilir.” düzenlemesi yer almaktadır. Öğretide yayımcının eserde değişiklik yapabilmesi için FSEK m. 16 kapsamında yazılı izin almış olması gerektiği ifade edilmektedir³⁸.

FSEK m. 16/2 özellikle işleme hakkının devri bakımından tartışılmıştır³⁹. Zira bir eserin işlenmesi, eserde değişiklikler yapılmasını gerektirir. Hatta ilim ve edebiyat eserleri (yazılı eserler) bakımından işleme, eserin başka bir mahiyete sokulmasını da zorunlu kılar. Örneğin bir romanın sahneye uyarlanması veya bir şiirin başka bir dile çevrilmesinde durum böyledir. Bu nedenle FSEK m. 16/2 hükmü özellikle işleme hakkının devrinde özel bir öneme sahiptir. Bu halde teknik icabı zorunlu değişikliğin eserin sahnelenmesi veya başka bir dile çevrilmesi için usulüne uygun olarak yapılacak her türlü değişikliğe izin verdiğini kabul etmek gerekir. Ancak bu halde FSEK m. 16/3 uyarınca eser sahibinin şeref ve itibarına zarar verilmemesi gerekmektedir⁴⁰. O halde işleme hakkının devrinde eserde yapılacak değişikliğin büyük veya küçük olması değil, usulüne uygun olup olmadığına, eser sahibinin şeref ve haysiyetine zarar verip vermediğine bakılmalıdır. Zira işleme eylemiyle eserin mahiyet ve hususiyetine az da olsa dokunulacağı açıktır.

³⁶ HİRSCH, s. 143; MERDİVAN / YAVUZ / ALICA, s. 463-464.

³⁷ AYİTER, s. 117; ATEŞ, s. 147.

³⁸ SERİM ARKAN, Azra: Yayım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların Yükümlülükleri, İstanbul 2017, s. 133.

³⁹ YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya: “İlim ve Edebiyat Eserlerinin Sinemaya Uyarlanmasında Esere Sadakat”, BATİDER, C. 40, S. 3, s. 587-588.

⁴⁰ EREL, s. 146; Kaya, işleme hakkının devrinde eserde değişiklik yapılmasını menetme hakkının büyük ölçüde daraldığını hatta ortadan kalktığını ifade etmektedir; KAYA, s. 177.

Yargıtay, özellikle yayımcılar özelinde (ilim ve edebiyat eserleri) bu zorunluluk hallerini somutlaştırmış ve eser sahibi ile yayımcının haklarını dengelemiştir. Yargıtay, KPSS, YDS gibi sınavlara yönelik eserlerde, mevzuat değişikliklerinin (sınav isim ve biçimlerinin değişmesi, konu çıkartılması, konuların ağırlıklarının değişmesi) zorunlu kıldığı güncellemeleri, FSEK m. 16/2 kapsamında değerlendirmiştir. Yargıtay, bu değişikliklerin eserin güncelliğini korumak amacıyla yapıldığını ve eser sahibinin objektif iyiniyet kurallarına göre bu tür teknik zorunluluklara müsamaha göstermesi gerektiğini belirtmiştir. Buna karşılık aynı kararda, Yargıtay kitaba eklenen soruların esere ekleme yapmak ve kitabın künyesinde ekleme yapılan soru ve çözümlerin de davacıya ait olduğu zannını uyandırmak ve önceki baskıdan farklı olarak eserin üst ve iç kapak sayfasından eser sahibinin adının çıkarılmasının FSEK'in 15. maddesine göre “adın belirtilmesi salahiyeti” ile FSEK'in 16. maddesine göre “eserde değişiklik yapılmasını menetme” haklarının ihlali olduğuna karar vermiştir⁴¹.

Günümüzde ilim ve edebiyat eserlerinin basılı nüshaların ötesine geçerek dijital mecralarda (e-kitap, e-dergi vb.) varlık göstermesi, FSEK m. 16/2'de düzenlenen “teknğin icabı” kavramının kapsamının yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Geleneksel yayıncılıkta sayfa düzeni sabitken, yeni nesil dijital yayıncılıkta eserin farklı ekran boyutlarına (tablet, akıllı telefon, e-okuyucu) uyum sağlayabilmesi için kullanılan teknolojiler, okuyucunun yazı tipini, puntosunu veya satır aralıklarını cihaz üzerinden değiştirmesine olanak tanımaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, eserin özünü ve bilimsel bütünlüğünü zedelemeyen, yalnızca eserin dijital ortamda görüntülenebilmesini ve okunabilmesini sağlayan bu tür format değişikliklerinin, eser sahibinden izin alınmasını gerektirmeyen “teknik icabı zorunlu değişiklikler” olduğu kabul edilmelidir. Zira bir eserin basılı formattan dijital formata dönüştürülmesinde, bu tekniğin doğası gereği meydana gelen şekilsel farklılaşmalar (sayfa numarasının değişmesi, satırın kayması vb.) olabilmesi mümkündür.

Ancak, dijitalleştirme sürecindeki bu teknik serbesti sınırsız değildir. Şayet dijital formata dönüştürme işlemi özensiz yapılır ve metinde karakter bozulmaları, paragrafların karışması veya matematiksel formül ve görsellerin kaybolması gibi kusurlar meydana gelirse, artık bu değişikliklerin teknik icabı bir değişiklik olarak nitelendirilmesi uygun değildir. Eser sahibinin bilimsel yetkinliği ve titizliği konusunda okuyucuda yanlış izlenim uyandıran bu tür

⁴¹ Y. 11. H.D., 2019/2476 E., 2019/5446 K., T. 16.09.2019 (UYAP).

hatalı değişiklikler, hem FSEK m. 16/2'nin ihlalini oluşturacak, hem de FSEK m. 16/3 uyarınca eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyici nitelikte olarak değerlendirilebilecektir.

C. Şeref ve İtibarın Zedelenmesi veya Eserin Mahiyet ve Hususiyetinin Bozulması (FSEK m. 16/3)

FSEK m. 16/3, manevi hakların mutlak niteliğini en güçlü şekilde vurgular ve eser sahibine en geniş korumayı sağlar. Bu hüküm, FSEK m. 16/2'deki istisnai halin ve eser sahibinin verdiği izin sınırlarını çizer.

Eser sahibi, kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile; şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri men edebilir. En önemlisi, menetme yetkisinden, bu hususta sözleşme yapılmış olsa dahi vazgeçmek hükümsüzdür. Bu mutlak vazgeçilmezlik, Bern Sözleşmesi'nin yaklaşımının bir yansımasıdır. Yanı sıra bu hükme dayanarak eser sahibinin mirasçıları da bu hakkı kendi namına kullanabilir (FSEK m. 19/2). Böylelikle eser sahibinin ölümünden sonra da şeref ve haysiyetini zedeleyecek nitelikteki manevi hak ihlallerinin önlenmesi amaçlanmıştır⁴².

FSEK m. 16/3'te düzenlenen ilk hal, eser sahibinin şeref ve itibarının zedelenmesidir. Bu hal, eser sahibinin manevi bütünlüğünü korumayı amaçlamaktadır. Eserin sahibinin şeref ve itibarın zedelenmesi hallerinin, eser sahibinin kişisel duyguları ile değil, kamuoyu nezdindeki objektif algının dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir⁴³.

İkinci hal ise eserin mahiyetinin veya hususiyetinin bozulmasıdır. Burada ise eser sahibinin değil, eserin bütünlüğünün korunması amaçlanmıştır. Eserin hususiyetini ve eserin içeriğini bozan değişiklikler yani doğrudan değişiklikler⁴⁴ ile eserdeki dolaylı değişikliklerin bu kapsamda değerlendirilmesi uygun olacaktır⁴⁵. Bir başka ifadeyle eserin somut ve objektif değişikliğe uğratılmasının yanı sıra, eserin herhangi bir değişikliğe uğratılmadan ancak bağlam ve kapsamının aşılması da FSEK m.

⁴² Y. HGK., E. 2008/368 K. 2008/393 T. 28.05.2008 (Lexpera).

⁴³ ARSLANLI, s. 82; EREL, s. 146; ÖZTAN, s. 321; ATEŞ, s. 139.

⁴⁴ Doğrudan değişiklikler eserin bizzatı değişikliğe uğratılması olarak anlaşılmaktayken, dolaylı değişiklikler eserin bütünlüğüne dokunmadan eserin uygun olmayan bir bağlamda kullanılması olarak değerlendirilmektedir; bkz.: ATEŞ, s. 146; TOSUN, s. 144.

⁴⁵ TEKİNALP, § 14 N. 38.

16/3 kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin eserin pornografik bir kapak ile yayınlanması manevi hakkın ihlali niteliğinde kabul edilmelidir.

Eserin mahiyet ve hususiyetinin bozulması eserin özünü, sanatsal veya bilimsel bütünlüğünü ortadan kaldıran değişiklikleri ifade eder. Uygulamada eser sahibinin şeref ve haysiyetinin zedelenip zedelenmediği veya eserin mahiyet ve hususiyetinin bozulup bozulmadığı, bilirkişi marifetiyle tespit edilmektedir⁴⁶. Örneğin, şiirin bir kısmının alınıp dizelerin ve sözlerinin yeri değiştirilerek, eser parçalanmak suretiyle işlenerek musiki eserinin güftesi olarak kullanılması eserin mahiyet ve hususiyetini bozar nitelikte görülmüştür⁴⁷. Bilimsel bir eserin eser sahibinin mirasçılarının izni olmadan tıpkı basımı halinde eserin mahiyet ve hususiyetinin bozulmadığı değerlendirilmiştir⁴⁸.

⁴⁶ “Davalı tarafça, uyumsuzluk konusu eserin önceki baskısının KPDS sistemine uygun olmasına karşılık, eserdeki değişikliğin, sınav sisteminin YDS formatına dönüşmesinden kaynaklandığı savunulmuştur. 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 16/2 hükmü gereğince, yayıncı yayın tekniği icabı zaruri görülen değişikliği, eser sahibinin izni olmaksızın yapabilecektir. Bu durumda, öncelikle YDS sisteminin yürürlüğünün, davalı yayıncı bakımından, yayım teknik icabına dayalı olarak zorunlu değişiklik niteliğinde olup olmadığı hususunda, içlerinde bir yayıncı bilirkişinin bulunduğu yeni bir heyetten görüş alınmak suretiyle tartışılması ve buna dayalı olarak davacı tarafın manevi hak ihlali olup olmadığı ve davalı eyleminin sözleşmeye aykırılık oluşturup oluşturmadığı değerlendirilerek hasil olacak sonuca göre hüküm tesisi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak hüküm kurulması yerinde olmamış, hükmün bozulması gerekmiştir”; Y. 11. H.D., E. 2017/3103, K. 2019/337, T. 30.01.2019 (UYAP); “İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi’nin 2020/190 Esas, 2021/4 Karar sayılı kararı ile; “davacının 20.05.2004 tarihli sözleşme kapsamında iktisap etmiş olduğu hak ve salahiyetlerden gereği gibi faydalanıp faydalanmadığı ve bu yüzden eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilip edilmediği, davalı tarafça, davacının 2011 yılı başlarından itibaren yeni bir logo kullanmaya başladığı iddia edildiğine göre; yeni logonun önceki eserin değiştirilmiş hali olup olmadığı, daha önce kullanılan eserin mahiyet ve hususiyetinin bu kapsamda bozulup bozulmadığı, sonuç olarak sözleşmeden cayma hakkının kullanılabilmesi için 5846 Sayılı FSEK’in 16/3. ve 58.maddelerinde belirtilen koşulların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği hususlarının mahkemenin hukuki bilgisi ile çözebileceği bir konu olmayıp, özel ve teknik bir bilgiyi gerektirmesi nedeniyle, bir grafik alanında uzman, bir telekomünikasyon alanında uzman ve bir de sektörde uzman bilirkişilerden teşekkül heyet oluşturularak, heyetçe düzenlenecek raporun denetlenmesi suretiyle varılacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken, bilirkişi incelemesi yaptırılmadan hüküm tesisinin usul ve yasaaya aykırı olduğu” gerekçesiyle kararın kaldırıldığı ve dosyanın Mahkemeye iade edildiği...”; İstanbul BAM 37. HD, E. 2021/2224, K. 2021/1646, T. 1.11.2021 (Kazancı).

⁴⁷ Y. HGK., E. 2008/368, K. 2008/393, T. 28.05.2008 (Lexpera).

⁴⁸ Y. 11. HD, E. 2021/7757, K. 2022/8635, T. 5.12.2022 (Kazancı).

SONUÇ

Eser sahibinin manevi hakları arasında eserin özgünlüğünü ve bütünlüğünü koruyan en güçlü kalkan şüphesiz “eserde değişiklik yapılmasını men” hakkıdır. Yapılan inceleme neticesinde, FSEK m. 16 kapsamında bir değişikliğin manevi haklara aykırılığının tespiti için üç aşamalı bir değerlendirme yapılması gerektiği görülmektedir.

Öncelikle, esere bir müdahale (değişiklik) olup olmadığı tespit edilmelidir. Herhangi bir müdahale varsa ve bu müdahale FSEK m. 16/2’de sayılan kişiler tarafından veya eser sahibinin yazılı izniyle yapılmadıysa bu değişiklik başka herhangi bir şart aranmaksızın eserde değişiklik yapılmasını men hakkının ihlali olarak değerlendirilmelidir.

Eğer esere bir müdahale varsa, bu değişiklik aynı zamanda FSEK m. 16/2’de sayılan mali hakları kanun veya sözleşme ile devralan kişi tarafından yapıldıysa, eserdeki değişikliğin teknik icabı bir değişiklik olup olmadığı tespit edilmelidir. Eğer teknik icabı yapılan bir değişiklikse, bu halde FSEK m. 16’nın ihlal edilmediği kabul edilmelidir. Kanaatimizce bu incelemede tereddüt edilirse bir başka ifadeyle, eser sahibi ile mali hak sahiplerinin çıkarlarından hangisi üstün tutulmalıdır sorusunun yanıtlanması gerekirse; bu dengelemeyi eser sahibinin lehine (eserin bütünlüğü lehine) çözmek uygun düşmektedir.

Son olarak değişiklik eğer eser sahibinin yazılı izniyle veya FSEK m. 16/2’de belirtilen şekilde yapılmış olsa dahi, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyip zedelediğine veya eserin mahiyet veya hususiyetini bozup bozmadığının tespit edilmesi gerekir. Elbette bu değerlendirme objektif kriterlere uygun şekilde yapılmalıdır.

Konumuz bakımından ilim ve edebiyat eserleri (yazılı eserlere) gelindiğinde, yayımcıların teknik icabı birçok değişiklik yapmasının mümkün olduğu ve bu değişikliklerin objektif olarak hoş görülebilir olması halinde eserde değişiklik yapılmasını men hakkının ihlal edilmediği kabul edilmelidir. Örneğin yayım tekniği gereği yapılan ve eserin özüne dokunmayan yazı karakteri veya punto değişikliği, dipnotların sayfa sonundan metin içine alınması veya eser adının bir kısmının küçük önem arz eden kısmının büyük punto ile yazılması gibi hallerin eser sahibinin şeref ve haysiyetini zedelediği gibi, eserin mahiyet veya hususiyetini de bozmadığı kabul edilmelidir.

Mahkeme kararlarına bakıldığında, eserin sınav sistemindeki değişiklikler veya Millî Eğitim Bakanlığı'nın eğitim modellerindeki değişiklikler gibi nedenlerle soru dağılımlarının veya konu sıralamasının değiştirilmesi gibi nedenlerle yapılacak soru çıkarma veya fasikül düzenindeki değişikliklerin, hoş görülmesi gereken değişiklikler olarak değerlendirildiği görülmektedir.

KAYNAKÇA

- ARSLANLI, Halil: Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954.
- ATEŞ, Mustafa: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003.
- AYİTER, Nûşin: Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, Ankara 1972.
- BAK, Başak: “*Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson Sistemlerinde Eser Sahibinin Manevi Haklarına İlişkin Farklı Yaklaşımlar Üzerine Bir Değerlendirme*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 140, Nisan 2018, s. 14-23.
- BOZGEYİK, Hayri: Mimaride Telif Hakları, Ankara 2023.
- DE WERRA, Jacques: “*The moral right of integrity*”, Research Handbook on the Future of EU Copyright (ed. Esther Derclaye), UK 2009, s. 267-285.
- DOĞRUL, Gürhan Sefa: Mimarın Telif Hakları, Ankara 2013.
- EREL, Şafak: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 2009.
- GOLDSTEIN, Paul / HUGENHOLTZ, P. Bernt: International Copyright: Principles, Law, and Practice, 2019, (<https://research.ebsco.com/c/pvrclly/search/details/6jq51ft7v?db=nlebk>, 28.11.2025)
- GÜRKAYNAK, Gönenç / KARAOĞLAN, Ceyda / GÖNEN, Coşku: “Mimari Yapıların Eser Niteliği ve Eser Sahibinin Değişiklik Yapılmasını Önleme Hakkı”, Legal Fikir ve Sınai Haklar Dergisi, C. 10, S. 38, s. 55-78.
- HİRSCH, Ernst: Hukuki Bakımdan Fikri Say C. 2 Fikri Haklar, İstanbul 1943.
- KAYA, Arslan: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Dersleri I, İstanbul 2024.
- ÖZTAN, Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008.
- POLATER, Salih: Fikri ve Sanat Eserleri Hukukuna Göre Güzel Sanat Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul 2021.
- RICKETSON, Sam/ GINSBURG, Jane: International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond, Oxford 2022 (<https://research.ebsco.com/c/pvrclly/ebook-viewer/epub/srid5vaivt/section/navPoint-521>, 27.11.2025).
- TEKİNALP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012.
- TOSUN, Yalçın: Medeni Hukuk, Sözleşme Hukuku ve Fikri ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Manevi Haklar, İstanbul 2016.
- WIPO: Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, WIPO Publication No. 615, Geneva 1978, (https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/615/wipo_pub_615.pdf, 27.11.2025).
- YAVUZ, Levent / MERDİVAN, Fethi / ALICA, Türkay: Türkay: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara 2014.
- YILMAZTEKİN Hasan Kadir / YALÇIN, Banu Eylül: “*Manevi Hakların Türk Telif Hukukundaki Tarihi Gelişimi*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 3, 2021, s.1813-1866.
- YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya: “*İlim ve Edebiyat Eserlerinin Sinemaya Uyarlanmasında Esere Sadakat*”, BATİDER, C. 40, S. 3, s. 575-605.

Yargı Kararları

Y. 11. H.D., 2019/2476 E., 2019/5446 K., T. 16.09.2019 (UYAP).

Y. 11. H.D., E. 2021/191, K. 2022/2575, T. 30.03.2022 (UYAP).

Y. HGK., E. 2008/368 K. 2008/393 T. 28.05.2008 (Lexpera).

Y. 11. HD, E. 2021/7757, K. 2022/8635, T. 5.12.2022 (Kazancı).

Y. 11. H.D., E. 2017/3103, K. 2019/337, T. 30.01.2019 (UYAP).

Ankara BAM, 20. H.D., E. 2020/214, T. 2021/1444, T. 11.11.2021 (Lexpera).

Ankara BAM, 20. H.D., E. 2019/1231, K. 2021/363, T. 17.03.2021 (Lexpera).

İstanbul BAM 37. HD, E. 2021/2224, K. 2021/1646, T. 1.11.2021 (Kazancı).

1961 ANAYASASININ 114. MADDESİNDE İDARİ YARGI YETKİSİNİN SINIRLANMASINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLERİN ANLAMI ÜZERİNE

*On the Significance of the Amendments Concerning the Restriction of
Administrative Judicial Power in Article 114 of the 1961 Constitution*

Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY*

ÖZ

İdari yargı yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasada ve idari yargı mevzuatında yer alan düzenlemelerin değerlendirilmesinde, 1961 Anayasasının 114. maddesinin değiştirilmesi başlangıç alınabilir. 114. madde değişikliğinden sonra 521 sayılı Danıştay Kanununa ek madde eklenmiş, bu maddeye ilişkin yasama sürecinde Anayasada öngörülenden daha ağır bir sınırlama yapılmaya çalışılmıştır. Bu süreç yasama tutanaklarına yansıyan ve o dönemde yapılan tartışmalar çerçevesinde incelenmiştir. Yapılan değişikliklerin idari yargı yetkisine, bu yetkinin kullanılmasına ve sınırlarına ilişkin idari yargının özelliklerinden kaynaklanan bir tartışmaya dayanmadığı görülmektedir. Değişiklikler, sınırlı bir alanda, kamu görevlilerinin görevden alınmasına ilişkin davalarda Danıştay tarafından verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarını önleyebilmek amacını gerçekleştirmeye yöneliktir. Değişikliklerin yapıldığı dönemde siyasal iktidarın Danıştay'a ve kararlarına yönelik rahatsızlığı ve tepkisi temel belirleyici olmuştur. Ancak somut sorunun çözülmesine yönelik ilgili mevzuatta değişiklik yapılması yerine genel olarak idari yargı yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu nedenle günümüzde yerleşikleşen ve kanıksanan sınırlamaya yönelik birtakım ifadelerin anlamları değişiklik gerekçeleri ve sebebine göre değerlendirilmelidir. İncelenen değişikliklerin idare hukuku ve idari yargı ilke ve müesseselerine aykırı, normatif etkisi itibarıyla anlamsız olduğu sonucuna varılmaktadır.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: tekinsoy@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-9327-8762.

Anahtar Kelimeler: İdari yargı yetkisi, 1961 Anayasası, yargı yetkisinin sınırlandırılması, yürütmenin durdurulması, iptal kararı.

ABSTRACT

In assessing the provisions in the Constitution and in administrative procedural legislation concerning the restriction of administrative jurisdiction, the amendment of Article 114 of the 1961 Constitution may be taken as a starting point. Following the amendment of Article 114, an additional provision was inserted into Law No. 521 on the Council of State (Danıştay). Notably, the legislative process surrounding this provision sought to impose limitations on judicial review that exceeded even the restrictive framework authorized by the Constitution itself. This process is examined within the framework of the parliamentary records and the debates held at the time. It is observed that the amendments were not based on a discussion stemming from the intrinsic characteristics of administrative jurisdiction with respect to the scope, exercise, and limits of administrative judicial power. Rather, the amendments were aimed at achieving a specific objective within a narrowly defined field: preventing the Council of State from issuing decisions on the suspension of execution and annulment in cases concerning the dismissal of public officials. The political authority's discomfort with, and reaction to, the Council of State and its decisions constituted the principal determinant during the period in which these amendments were enacted. However, instead of amending the relevant legislation to address the concrete problem, the legislature opted for regulations that generally restricted administrative judicial power. For this reason, certain expressions concerning restrictions that have become settled and normalized in contemporary law should be interpreted in light of the grounds and purposes of those amendments. It is concluded that the amendments examined are contrary to the principles and institutions of administrative law and administrative jurisdiction and are, in terms of their normative effect, devoid of legal meaning.

Keywords: Administrative jurisdiction, 1961 Constitution, restriction of judicial power, suspension of execution, annulment decision.

GİRİŞ

1982 idari yargı reformuyla ilk derecede bağımsız mahkeme niteliğinde idare ve vergi mahkemeleri kurulurken, idari yargılama usulünü düzenleyen genel kanun niteliğiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde idari dava türleri belirlenmiş ve aynı maddede idari yargı yetkisinin sınırına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Maddenin başlığı bile idari dava türleri ile idari yargı yetkisinin sınırını birleştirmektedir. Sonraki tarihli 1982 Anayasasının 125. maddesinde de aynı sınırların belirtilmesiyle yargı yetkisinin sınırları anayasal norm ile pekiştirilmiştir.

Cumhuriyet rejiminde 1924 Anayasasının 51. maddesinde öngörülen ve 669 sayılı “Şûrayi devlet kanunu”¹ ile yeniden kurulan Danıştay’ın 1927’de faaliyete geçmesinden itibaren idarecilerin tepkileriyle karşılaştığı bilinmektedir.² Bu açıdan idari yargının gelişiminin aynı zamanda idari yargı denetimine, idari yargı yerlerine ve idari yargı yetkisine tepkiyle eşzamanlı bir tarihi süreci vardır.³ İdari yargı tarihinde olumlu tepkilerden biri hem lafzıyla hem gerekçesiyle 1961 Anayasasının 114. maddesidir. Ancak bu madde de tepki görmüş ve 1971 Anayasa değişiklikleriyle idari yargı yetkisinin Anayasa düzeyinde sınırlarının düzenlendiği madde haline getirilmiştir.

Bu çalışmada günümüzde yerleşikleşip kanıksanan birtakım ifadelerin anayasalaşma süreci ve sonrasında kanunlarla yapılan düzenlemeler ve düzenleme girişimleri değerlendirilecektir. Böylece söz konusu sınırlamaların anayasalaştırma/yasalaştırma gerekçeleri de dikkate alınarak hukuksal içeriklerinin ne olduğu sorusuna yanıt aranacaktır. Bu nedenle temel olarak yasama belgelerini ve görüşmelerini esas alan bir inceleme yapılmıştır.

¹ 23 Ekim 1341 (1925) tarihli ve 669 numaralı Kanun, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400669.pdf.

² “Danıştay’ın görev yaptığı ilk on yıl içerisinde, yöneticilerden gelen bu tepkiler, giderek azalacak yerde artmış, yargısal denetimin nitelik ve etkinliği ile kurumun gerekliliği ve varlığı üzerinde tartışmalara kadar varmıştır.” Lutfi DURAN, “Atatürk Döneminde Danıştay”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 2011, C. 2, S. 3, s. 22.

³ ÜNLÜÇAY’ın belirttiği üzere “Gelişme, çekici, olumlu çağrışımlar yaptıran bir kavram. Ancak idare hukukundaki gelişmeleri konu olarak seçince, gelişme kavramının olumlu çağrışımlarından vazgeçmek; olan biteni, çözümlenemeyip kronikleşen sorunları anlatıp, sıralamak kaçınılmazdır.” Mehmet ÜNLÜÇAY, “İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun Üstünlüğü”, Danıştay Dergisi, 2004, Y. 34, S. 107, s. 1.

I. 1961 ANAYASASININ 114. MADDESİYLE ÖNGÖRÜLEN YARGI DENETİMİ

1961 Anayasasının 114. maddesi “*Yargı Denetimi*” başlıklıdır ve “*İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz*” hükmünü vazetmiştir. Maddenin mutlak ifadesi hem yasama kısıntılarına hem yargı kısıntılarına tepkiyi ve bunların engellenmesine yönelik iradeyi göstermektedir. Madde gerekçesinde idari işlemlere karşı yargı yolunu kapatan kanunların hukuk devleti ilkesine aykırılığı vurgulanarak bu durumun ortadan kaldırılmak istendiği belirtilmektedir. Madde gerekçesi⁴ şöyledir:

“MADDE - 113.

Birçok kanunlarımızda o kanunlara ilişkin idarî kararlara karşı kazaî müracaat yollarının kapatılmış bulunduğu bilinen bir vakıadır. Bu gibi hükümlerin hukuk devleti anlayışına aykırılığı aşikâr olmakla beraber mahkemeler, bâzı tereddütlerden sonra, açılan dâvaların reddi yolunu tutmuşlardır. Bundan böyle geçmiş tatbikata, hiçbir veçhile yer ve imkân vermemek maksadiyle yeni Anayasada bu maddenin sevkî zarurî görülmüştür.

Maddede (Kazaî murakabe) terimi yerine (yargı mercilerinin denetimi) deyiminin kullanılması, özel bir önem taşımaktadır. Gerçekten her kazaî murakabe, kaza organı tarafından yapılan bir murakabe demek değildir. Bir merciin kaza organı olarak vasıflandırılabilmesi için, kazaî bir usul uygulanmasından başka, üyelerin de bağımsız olması ve hâkim niteliğini haiz ve hâkim statüsünde bulunması da şarttır. Memleketimizde idarî kaza manzumesinde kaza ve vilâyet idare heyetleri, vergi - itiraz ve temyiz komisyonları, gümrük eksperler heyeti ve disiplin kurulları gibi tam bir kaza organı sayılmayacak merciler de mevcuttur. Bu organların kazaî usuller içinde vazife görmeleri sevk edilen bu madde hükmüne göre yeter sayılmamıştır. Bu bakımdan kazaî merci vasfında olmayan mercilerin kararlarına karşı, genel idare mahkemesi olarak kabul edilen ve üyeleri tam bir hâkimlik statüsüne kavuşturulan DANIŞTAY’A müracaat hakkı kanunlarla önlenemeyecektir, bu formülü ile, ileride ihdas edilebilecek idare mahkemelerini de gözetmiş ve bunların tam bir kaza

⁴ Anayasa tasarısında 113. madde olarak düzenlenmiş ve ilk görüşmede aynen kabul edilmiştir. Tasarının ikinci müzakeresinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasa tasarısı ve Anayasa Komisyonu raporu (5/7) S. Sayısı 35’e 4. Ek ile 114. madde olarak görüşülmüş ve kabul edilmiştir. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi Cilt: 4 Elli sekizinci Birleşim 2.5.1961. Madde metni: “MADDE 113. - İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, her hangi bir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.”

organı vasfını taşımaları halinde önem derecesi ne olursa her çeşit meselenin behemehal DANIŞTAY'A kadar gitmesi gibi yersiz bir derecelenmeyi önlemek istemiş ve bu sebeple madde metninde DANIŞTAY kelimesi kullanılmamıştır.

Bundan başka madde metninde «her hangi bir halde» deyiminin kullanılmasındaki maksat, yargı denetiminin, sıkı yönetim olağanüstü hallerde de ortadan kalkmayacağını belirtmektir.”⁵

Anayasa tasarısının genel gerekçesinde “Yargı” başlığı altında hukuk devleti ilkesinin gereği olarak bütün devlet faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu sağlamak üzere normlar hiyerarşisi çerçevesinde yargısal denetim sisteminin kurulduğu açıklanmaktadır.⁶ Anayasa tasarısının ikinci müzakeresinde 114. Madde olarak görüşülen madde metninde Anayasa Komisyonunun «her hangi bir» kelimesinin «hiçbir» olarak tashihi edileceği belirtilmiş ve böylece madde son halini almıştır.⁷

Anayasa tasarısının birinci müzakeresinde madde görüşülürken hükûmet tasarruflarının yargı denetimine tabi olup olmadığı sorulmuş ve Anayasa Komisyonu sözcüsü tarafından idari tasarruflara karşı yargı yolunun kapatılamayacağı vurgulanmıştır.⁸ 1924 Anayasası döneminde Danıştay hükûmet tasarrufları teorisini uygulayarak günümüzde yargısal denetimi özellikle önemli kabul edilebilecek birtakım konularda denetimden kaçınmıştır.⁹ Anayasasının yürürlüğe girmesiyle hükûmet tasarrufları

⁵ Temsilciler Meclisi S. Sayısı 35 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa tasarısı ve Anayasa Komisyonu raporu (5/7), s. 41-42.

⁶ “Hukuk Devletin temel unsuru bütün Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Bu uygunluğu sağlayacak makamlar yargı organlarıdır. Tasarı bütün Devlet faaliyetlerini kaideler hiyerarşisi içinde kazaî murakabeye tâbi tutmuş bulunmaktadır.

Yasama organının faaliyetleri yeni kurulan Anayasa Mahkemesinin kazaî denetimi altındadır. Bu denetimin müessiriyetini sağlamak için ilgililere tanınan iptal dâvası yetkisi yanında, defî yoluyla murakabe imkânı da açık bırakılmıştır.

Tasarının 113 üncü maddesi de kazaî denetimi bütün idarî eylem ve işlemlere teşmil etmek suretiyle Devlet faaliyetlerinin kazaî denetim sistemini tamamlamaktadır.” S. Sayısı 35, s. 6.

⁷ Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi Cilt: 4 Elli dokuzuncu Birleşim 3.5.1961, s. 593, 598.

⁸ “SAİT ERDİNÇ — Hükûmet tasarrufları yargı denetimi içinde midir?

KOMİSYON SÖZCÜSÜ TURAN GÜNEŞ — Hükûmet tasarrufu orduda [ortadan] kaybolmaya yüz tutmuş bir şekildedir. Hükûmet tasarrufları ile [diye] bir şey mevcudolmadığını benam kimseler izah etmektedirler. İlmî bakımdan idari tasarruflar hakkında kazaî murakabe yolları kapatılmıyacaktır.” Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi Cilt: 3 Kırk dokuzuncu Birleşim 20.4.1961, s. 570.

⁹ Metin GÜNDAY, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 69-70.

teorisinin ortadan kalktığı genel olarak kabul edilmektedir.¹⁰ Anayasanın hazırlanması sürecinde hükümet tasarrufları teorisiyle Danıştay'ın denetlemediği örneklerin de dikkate alındığı açıktır. Nitekim Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun, “etüd metni” kabul ettiği İstanbul Komisyonunca hazırlanmış olan öntasarı yanında yardımcı metin kabul ettiği¹¹ Siyasal Bilgiler tasarısında¹² “İdarî işlemler aleyhine yargı yolu açıktır” (m. 95) hükmü ile yetinilmişken (s. 42), 25. Maddede “Vatandaşlık hakkındaki işlemlere karşı yargı yolu kapatılamaz” hükmüne yer verilmiş (s. 23) ve buna ilişkin “*İdari işlemler aleyhine kazaî müracaat yolunu açık tutan umumi bir anayasa hükmü teklif edilmiş olmakla beraber Türk vatandaşlığının kaybına müteallik idari işlemleri kazaî murakabe dışında tutma yolundaki eski bazı yanlış içtihat ve vatandaşlık işlemlerini kazaî murakabe dışında bırakan teşriî tasarruflar çıkarma yolundaki meyiller göz önünde tutularak prensibin burada da tekrarına lüzum görülmüştür*” (s. 49) açıklaması yapılarak içtihat yoluyla (hükümet tasarrufları teorisi kullanılarak) denetimin engellenmesi önlenmek istenmiştir.

Anayasa tasarısının ikinci müzakeresinde 114. madde üzerindeki görüşmelerde değişiklik önermeleri verilmiş ancak bunlar kabul

¹⁰ GÜNDAY, s. 71. Doktrinin ezici çoğunluğunun hükümet tasarruflarına karşı olduğunu belirten GÖZLER, hükümet tasarruflarının idari işlem olmadığını açıklayarak bu nedenle dava açılmayacak işlemleri belirlemektedir Kemal GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt 1, Ekin Kitabevi Yayınları, 3. Baskı, Bursa 2019, s. 757. ULUSOY hükümet tasarruflarının teknik olarak idari fonksiyona giren tipik idari işlem olduğunu belirterek, hükümet tasarrufu niteliğinde olmayan ama idari fonksiyona girmediğinden denetime konu olamayacak işlemleri ayırdetmektedir. Ali D. ULUSOY, Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2025, s. 722-724. 1961 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra Danıştay'ın bazı kararlarında “Devletin hükümranlık/egemenlik hakkı” kavramını kullanmasının hükümet tasarrufları bağlamında değerlendirilmesi için bkz. Bahtiyar AKYILMAZ / Murat SEZGİNER / Cemil KAYA, Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 142 vd.

¹¹ S. Sayısı 35, s. 3.

¹² Siyasal Bilgiler Fakültesi İdarî İlimler Enstitüsü'nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü, AÜSBF Yayınları No.: 116-98, Ankara 1960.

edilmemiştir.¹³ Bir değişiklik önergesi¹⁴ üzerine yapılan tartışmalarda takdir yetkisinin denetimi ile ilgili açıklamalar yapıldığı görülmektedir. Öğrencilerin sınav notlarının iptali için açılacak davalarla ilgili önerge üzerine Komisyon sözcüsü GÜNEŞ tarafından “Devlet Şûrası içtihatlarında ve ilmî görüşlerde tamamiyle takdirî mahiyette olduğundan, takdir çerçevesine girdiğinden nihai olarak Devlet Şûrası bu kabîl dâvaları reddetmek durumundadır. Binaenaleyh idare hukukunun esaslarına göre bunlar takdire taallûk eden hususlardır. Devlet Şûrasında bunlar, müzakere ve münakaşa edilmeyeceğinden bunun için ayrıca bir fıkra sevkına lüzum yoktur”¹⁵ açıklaması yapılmıştır. Sınavlarda not takdirinin tamamen takdiri nitelikte olduğunun kabul edilmediği açıktır. Ancak GÜNEŞ’in açıklamalarının takdir yetkisinin denetimine ilişkin yine

¹³ “BAŞKAN — Maddeyle ilgili önergeleri okuyoruz.

Yüksek Başkanlığa

Tasarının 114 ncü maddenin gerek metni ve gerekse gerekçesi böyle bir hükmün konmasını gerektirmekte ve bu ciheti geçmiş tatbikat da haklı göstermekte ise de maddenin bu hali ile kifayetsiz bulunduğu da meydandadır. Bu itibarla sözü edilen maddenin aşağıdaki şekilde değiştirilmesini arz ve teklif ederim.

Vecihi Tönük

Madde 114. — Kamu idarelerinin muamele ve kararları aleyhine hakkın ve meşru menfaatlerin kazai himayesi zımında idari veya adli yargı mercilerine her vakit müracaat edilebilir. Bu kazai himaye, özel itiraz usulleri konulmak veya belli nevi ve nitelikteki muamele ve kararlara hasredilmek suretiyle sınırlanamaz veya tamamiyle ortadan kaldırılamaz.

Kamu idarelerinin muamele ve kararlarının hangi yargı mercilerince ve hangi hallerde ve ne gibi hukuki neticeler hâsıl etmek üzere iptal edilebileceğini kanun tâyin eder.”

“Yüksek Başkanlığa

114 ncü maddenin birinci fıkrasının aşağıdaki şekilde değiştirilmesini arz ve teklif ederim. Sırrı Atalay

İdarenin eylem ve işlemleri yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.” Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi Cilt: 4 Elli dokuzuncu Birleşim 3.5.1961, s. 593.

¹⁴ “Yüksek Başkanlığa

İdarenin bütün eylem ve işlemlerini yargı denetimine bağlı tutma prensibi çok yerinde olmakla beraber, bu esasın öğretim müesseselerinde, öğretim işleri bakımından istisnasız bir şekilde yürümesi, idareyi zor durumlara düşürebilir. Meselâ kırık not alan öğrencilerin bu konuda açacakları idari dâvalar idareyi de yargı mercilerini de lüzumsuz ve yorucu külfetler altında bırakabilir. Bunu önlemek üzere 114 ncü maddenin birinci fıkrası (öğretim işleri bakımından kanunda gösterilen istisnalar saklıdır) şeklinde bir hüküm eklenmesini arz ve teklif ederim.

Necip Bilge” Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi Cilt: 4 Elli Dokuzuncu Birleşim 3.5.1961, s. 593. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi olan ve Kurucu Mecliste Üniversite Temsilcisi olarak bulunan BİLGE’nin teklifi, kişilerin kendilerini ilgilendiren konularda yargı denetimine yaklaşımını gösterir niteliktedir.

¹⁵ Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi Cilt: 4 Elli dokuzuncu Birleşim 3.5.1961, s. 593-594.

idari yargı tarihi boyunca devam ettiğini söyleyebileceğimiz ve devam edeceği açık olan tartışmalar bağlamında idari yargı yetkisinin, doğal sayılan sınırları olduğunu göstermesi açısından önemli olduğunu düşünüyoruz. İzleyen dönemde Anayasa ve kanunlarda takdir yetkisinin denetimi konusunda yapılan değişikliklerin nedeni, takdir yetkisinin denetimi ve bu denetimin sınırına ilişkin çözülememiş meseledir ve kanuni düzenleme ile meselenin çözüleceğini düşünmek yanıltıcıdır. Nitekim idari yargı yetkisinin sınırlanmasına ilişkin düzenlemelerde bu motivasyonun önemi 114. maddenin değiştirilme gerekçelerinde görülecektir.

II. 114. MADDE DEĞİŞİKLİĞİ

1961 Anayasasında “on yıllık uygulamanın ışığında”¹⁶ 20/09/1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla¹⁷ yapılan değişikliklerde 114. maddenin ilk fıkrası değiştirilmiş ve maddeye ikinci fıkra eklenmiştir:

“c) Yargı yolu.

MADDE 114. - İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.

Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez.”¹⁸

Madde gerekçesine göre,

“MADDE — 114

İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı, bu eylem ve işlemlerden halkları zıya uğrıyan kimselerin yargı yoluna başvurmaları, yani yargı yolunun açık oluşu hiçbir sebep ve suretle kısıtlanması düşünülemiyen bir haktır. Anayasamızın 31 nci maddesi, bu hususu hiçbir tereddüde mahal bırakmıyacak şekilde hüküm altına almış bulunmaktadır.

¹⁶ Değişiklik teklifi bu ifadelerle başlıyor. Millet Meclisi Dönem: 3 Toplantı: 2 S. Sayısı 419 Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi (430) üyesinin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının bazı maddelerinin değiştirilmesi ve geçici maddeler eklenmesi hakkında teklifi ve Anayasa Komisyonu raporu (2/558), s. 1.

¹⁷ RG, 22.09.1971, S. 13964.

¹⁸ 3. ve 4. Fıkralar: “İdarenin işlemlerinden dolayı açılacak dâvalarda süre aşımı, yazılı bildirim tarihinden başlar, idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

Ancak uygulamada, «Yargı denetimi» deyimini bâzı hallerde yanlış anlamalara yol açmış, yargının re'sen murakabede bulunmasına ve idarenin yerine geçerek idari eylem ve işlemler tesis etmesine imkân verici bir yetki gibi anlaşılmak istenmiştir. Kavram karışıklığından doğan bu duruma vuzuh vermek maksadiyle madde yeniden kaleme alınmıştır.

Anayasanın 132 nci maddesi «Yasama ve yürütme organlarıyla idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.» hükmünü va'zetmiştir. Öngörülen değişiklik ise, «Yargı yetkisinin yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirmesini sınırlıyacak tarzda kullanılamıyacağı» hükmünü getirmektedir. Böylece, yargı yetkisinin kullanılışı ile, yürütme görevinin kanunlarla belli edilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesindeki yetkinin kayıtlanamıyacağı açıklığa kavuşmuş olmaktadır. İkinci fıkraya eklenen cümle ile de, yargı kararları ile idari eylem ve işlem tesis edilemeyeceği esası konulmuştur.

Madde başlığı da, bu gerekçelerle değiştirilmiştir.”¹⁹

114. madde değişikliğinde madde metnindeki değişikliklerin anlamı üzerinde durmak gerekmele birlikte, görüşmeler sırasında yapılan açıklamalar dikkate alındığında öncelikle literatürde pek değer atfedilmeyen madde başlığında yapılan değişikliğe değinmek uygun olacaktır. 114. madde Anayasanın “Cumhuriyetin Temel Kuruluşu başlıklı Üçüncü Kısım, İkinci Bölüm – Yürütme, C) İdare I. İdarenin esasları c) Yargı denetimi” başlığı altında yer almaktadır. Madde başlığının “Yargı Denetimi” iken “Yargı Yolu” olarak değiştirilmesi gerekçede belirtildiği üzere metindeki değişiklikler doğrultusunda yapılmıştır.

Madde görüşmeleri sırasında AYBAR tarafından değişiklik önergesi verilmiştir.²⁰ Önergesini izah için söz alan AYBAR, Avrupa Kıtasında idari

¹⁹ S. Sayısı 419, s. 12.

²⁰ İstanbul Milletvekili Mehmet Ali AYBAR’ın değişiklik önergesi şöyledir:

“b) Yargı denetimi.

Madde 114. — idarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.

İdarenin işlemlerinden dolayı açılacak dâvalarda süre aşımı, yazılı bildirim tarihinden başlar.

İdare, mahkemenin kararma içtenlikle uymak ve eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

Millet Meclisi Tutanak Dergisi Dönem: 3, Cilt: 17, Toplantı: 2, 157 nci Birleşim 28.8.1971 Cumartesi, s. 383.

yargının gelişimine değindikten sonra, idari yargının elindeki iki önemli yargı yolunun iptal davası ve tam kaza davası denilen tazminat davası olduğunu, bunlardan iptal davasının “kamu hizmetlerinin yürütülmesinin kontrolü bakımından” daha önemli olduğunu belirterek tazminat verilmesi ile idarenin bir kararının iptal edilmesi karşılaştırıldığında “kamu hizmetinin yerine getirilmesi ve vatandaş haklarının korunması bakımından hiç şüphesiz iptal davası(nın) önemli” olduğunu vurgulamıştır. AYBAR’ın konuşmasından görüşmeler sırasında özellikle kamu görevlilerinin görevden alınmasına ilişkin işlemlerin Danıştay tarafından denetlenmesi ve verilen iptal kararlarının rahatsızlık yarattığı anlaşılmaktadır.²¹

Önerge üzerine yapılan tartışmalarda DİNÇER tarafından şu açıklama yapılmıştır:

“Bir kere, halen mer’i olan Anayasamızın 114 ncü maddesi, matlabı ve muhtevası itibariyle yargı denetimini esas almıştır. Yargı denetimi terimi ve 114 ncü maddenin 1 nci fıkrasının yazılış tarzı - ki, 1 nci fıkranın mahiyeti - şöyledir: «idarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.»

Burada matlaptaki denetim ve fıkradaki denetim teriminde bir kavram yanlışlığını, bir kavram ayrılığını tatbikat meydana koymuştur. Denetim tâbirinden; bunu istimal eden yargı, idarenin üzerinde bir nevi vesayet

²¹ “Şimdi bu getirilen hüküm ile iptal davaları sınırlanmak isteniyor, bunu iyi bilelim. Bu kürsüden yeni Hükümetin Başbakan Yardımcısı şöyle bir beyanda bulundu, dedi ki; «Elbette biz, memurlar, valiler, umum müdürler arasında bizim fikrimize uygun olanları tutacağız, bizim fikrimize uymayanlar hakkında da gerekli kanuni işlemleri yapacağız.» Değerli milletvekilleri; demokratik bir idarede bu şekilde bir beyana yer yoktur, olamaz. Biraz sonra gelecek olan maddede diyorsunuz ki, «memur siyasi partiye giremez.» Ben ona da karşıyım. Siyasi partiye memur girmelidir, vatandaşın hakkı kısıtlanamaz, hem öyle diyeceksiniz, hem de sonra diyeceksiniz buraya; «Benim meşrebime uygun gelmiyor, bunu vekâlet emrine alırım, emeklilik işlemini yaparım» diyeceksiniz. Olmaz böyle şey. Bu yapıldı mı, demokrasiye veda edilir. Şimdi, getirilen hükümle Danıştay; bu iptal davalarının açılması halinde karar verince, idarenin icraatına müdahale sayılarak Anayasaya aykırılık yönünden bu kararların durdurulması isteniyor. O zaman işte kamu menfaati temelden zedelenir, bunu iyi bilelim. Denilebilir ki, «falan işten memuru aldık, tekaüte sevkettik, Bakanlık emrine aldık ve tazminatını verdik.» Yok. Mesele; böyle bir tazminat meselesi değildir. Çünkü orada mevzu bahis olan husus kişisel bir hak değil, öncelikle efektif hukuk düzeninin savunusudur, iptal dâvası nedir? İptal dâvası kanunî hükmün idare tarafından esas, maksat saik, şekil bakımından yerinde kullanılmaması halinde verilen bir hükümdür. Demek ki hukuk devleti ilkesi zedelenmiştir. Hukuk devleti ilkesi zedelendiği zaman da «tazminat veririz işin içinden çıkarız» denilemez.” Aynı yerde s. 384.

hakkı olduğu şüphesini ve iddiasını uyandıracak davranışlara geçmiş, kararlar almıştır.

İşte bu yanlışlığı, bu kavram yanlışlığını düzeltmek ihtiyacı hâsıl olmuştur. Aslında 114 ncü maddedeki, «Yargı denetimi» tâbirinden, yargı denetiminden maksat, idarenin işlem ve eylemleri karşısında yargı yolunun açık olmasından başka bir şey değildir. Ama burada «denetim» kelimesinin kullanılmış olması, yargının idare üzerinde bir nevi murakabe ve bir nevi ön kontrol hakkının mevcudolduğu ve her işine müdahale edebileceği gibi bir anlayışa yol açmış ve tatbikat bu yolda yürüye gelmiştir.

Binaenaleyh bu teklifle, matlap da, maddenin 1 nci fıkrasının muhtevası da bir değişikliğe tabi tutulmuştur. Matlaptaki «yargı denetimi», «yargı yolu» olarak değiştirilmiş ve «idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması» ibaresi de «idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır» şeklinde bir hüviyet almıştır ki, bu, tatbikattaki yanlışlığı düzeltmek maksadına matuftur.

Fakat hiçbir şekilde yargı yolunu kapıyan ve yargının, kendisine başvuranlara karşı -şayet varsa- haksızlık ve kanunsuzluk yönünden haklarını teslim etme imkânını hiçbir şekilde kısıtlamamaktadır.”²²

İdari yargı yetkisine ilişkin önemli bir düzenleme yapılırken görüşmeler sırasında verilen örnekler, Danıştay’ın kamu görevlileriyle ilgili verdiği kararları esas almakta, böylece yargı denetimine ilişkin esaslı değişiklik girişiminin aslında sınırlı bir alandaki sorunun çözümünü hedeflediğini göstermektedir. DİNÇER’in açıklamalarında verdiği örnekler meselenin dar bir alanda “memur meselesi” olarak ele alındığını göstermektedir:

“Bu maddede, idari yargı yetkilerinin kısıtlandığını ifade ettiler. Aslında bu madde yargının yetkilerini kısıtlıyacak bir mâna taşımamaktadır. Yalnız bu maddede, şimdiye kadarki tatbikatta idari yargının, Anayasanın kendisine verdiği yetkileri tecavüz eden tatbikatını nazara almak suretiyle, bu tatbikatı rayına oturtmak ve daha salim bir istikamette yargı ile idarenin yetki hudutlarını tesbit etmek ve böylece tedahülleri önlemek için tanzim edilmiş bir mahiyet vardır.

Bu teklifte iki yeni unsur getirilmektedir. Bunlardan birisi, yargı, yetkisini istimal ederken durumu şöyle düzenlenmiştir: «Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen sekil ve esaslara uyurun olarak

²² Hasan DİNÇER’in konuşması, Aynı yerde s. 385. DİNÇER, 27/10/1965 – 01/08/1969 arası Adalet Bakanı olarak görev yapmıştır (<https://www.adalet.gov.tr/onceki-adalet-bakanlari>).

yerine getirilmesini sınırlıyacak bir şekilde kullanılamaz.» Burada yargının keyfî bir tasarrufunu önleyici bir hüküm konmuştur. Bu, sınırlama değildir. Yargının yapacağı ve yapamayacağı şeyleri belirtmiş, yani kendisini idarenin yerine koyarak bâzı kararlar almasına mâni olucu bir hüküm getirilmiştir.

Yine; «yargı, idari eylem ve işlem niteliğinde karar veremez» şeklinde bir unsur da ilâve edilmiştir.

Bunlar neden olmuştur? Tabiatıyla 10 yıllık tatbikatın içinde yaşayan bütün arkadaşlarım bilirler; bir iktidarın bir polis müdürünü değiştirme hakkının, yetkisinin istimali karşısında yargının davranışını Türk kamu efkârı ve Türk Parlâmentosu çok iyi bilmektedir. Bunların misalleri çoktur, bunları tekrar tekrar ve teker teker burada zikretmek suretiyle vaktinizi almak istemiyorum. Bilinen şeylerin tekrarında da fayda yoktur. Ama bu madde, 10 yıllık tatbikatın ilham ettiği ihtiyaçların düzenlenmesinden ibarettir ve her hal ve kârda yargının yetkilerini kısıtlayıcı bir mahiyet taşımamaktadır.

Tabiatıyla bu teklif bu haliyle Parlâmentomuzun kabulüne mazhar olursa, bu maddenin taşıdığı unsurlar ve ihtiva ettiği mâna ve hüviyete uygun olarak Danıştay Kanunu da yeni baştan düzenlenmek zaruretinde olacaktır.”²³

Aşağıda değinilecek olmakla birlikte madde başlığında değişiklik yaparak Danıştay’ın yargısal denetiminin sınırlanmasına ilişkin normatif bir etki beklemek anlamlı görünmemektedir. Madde metninde yer verilen ifadelerin idare hukuku ve idari yargı açısından ne kadar anlamlı ve geçerli olabileceği ise ayrıca tartışılmalıdır.

III. 114. MADDE DEĞİŞİKLİĞİ UYARINCA DANIŞTAY KANUNU DEĞİŞİKLİĞİ

1488 sayılı Kanunla 1961 Anayasasına eklenen Geçici 14. maddenin 2. fıkrasında “Anayasanın 114 ve 140 ıncı maddelerinde yapılan değişiklik gereğince, 521 sayılı Danıştay Kanunu, Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde değiştirilir” hükmüne yer verilmiştir.

Kanun tasarısının 17. maddesiyle 521 sayılı Danıştay Kanununa eklenmesi teklif edilen Ek Madde 1 şöyledir:

²³ Hasan DİNÇER’in konuşması, s. 385-386.

“Danıştay, yargı yetkisini, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlıyacak tarzda kullanamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez.”²⁴

Tasarının Millet Meclisindeki görüşülmesi sırasında “Ek madde 1'in, Anayasanın 114 ncü maddesindeki değişiklik esprisine uygun olarak, Anayasa metninin aynen alınması yerine, aşağıdaki şekilde değiştirilmesi” teklif edilmiştir:

“Ek madde 1. - Danıştay, yargı yetkisini, telâfisi imkânsız ağır zararlar doğuracak nitelikte olan işlem ve kararlar hakkında 94 ncü maddenin ikinci fıkrası gereğince verilebilecek yürütmenin durdurulması kararları saklı olmak üzere, idarî makamların kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yaptığı tasarrufları durdurucu, geciktirici veya ortadan kaldırıcı tarzda kullanamaz. İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı veremez.”

Teklif Komisyon katılmamış, Hükûmet takdiri genel kurula bırakmıştır. Teklifi açıklamak üzere söz alan ÖNDER şunları ifade etmiştir:

“Biz, bu maddeyi şu sebeple teklif etmekteyiz, yüksek malumunuz olduğu veçhile, Anayasanın 114 ncü maddesinde 1488 sayılı Kanunla değişiklik yapılmıştır. Anayasanın 114 ncü maddesinin ikinci fıkrası şöyledir; «Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlıyacak tarzda kullanılamaz. İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez.»

Malumunuz olduğu veçhile, 114 ncü madde daha evvel böyle değildi. Danıştay, âdeta, idare yerine geçmiş vasiyeteydi. Yürütmenin durdurulması kararları, Danıştayın aynen idare gibi tasarrufta bulunması gibi hareketleri idarenin elini kolunu bağlamış vaziyeteydi. Adalet Partili arkadaşlarımı da işhadederek beyan etmek isterim - Sayın Seyfi Öztürk arkadaşımız buradadırlar biz bu 114 ncü maddenin ikinci fıkrasına daha vuzuh vermek arzusunu duyduk, fakat asgarî bu şekilde mutabakata varabildik.

²⁴ Madde gerekçesi şöyledir: “Ek Madde 1. — Anayasanın 114 ncü maddesinde yapılan değişiklikle getirilen yeni hüküm, Danıştay Kanununun 30 ve 31 nci maddelerinde sayılan idari dâva türlerinin çözümlenmesinde göz önünde tutulması gereken genel bir esas olduğundan Ek 1 nci madde olarak kanuna aynen alınmıştır. Millet Meclisi Dönem: 3, Toplantı: 3 S. Sayısı 583 Danıştay Kanununun bâzı maddelerinin değiştirilmesine ve bu kanuna bâzı maddeler eklenmesine dair kanun tasarısı ve Adalet, İçişleri ve Plân komisyonlarından seçilen 5 er üyeden kurulu 71 numaralı Geçici Komisyon raporu (1/612), s. 8-9.

Buna, şu andaki Devlet Bakanımız Sayın Arar da şahittirler. Biz 114 ncü maddeye daha da vuzuh getirmek, Hükümeti yetki ile mücehhez kılmak maksadiyle bu ek maddeyi teklif etmiş vaziyetteyiz. Sayın Adalet Bakanı Fehmi Alpaslan arkadaşımız burada yoklar, o da bu maddenin hazırlanmasında, itiraf edeyim ki bize yardımcı olmuşlardır. Meseleyi böyle değerlendirdiğimiz takdirde komisyonun da, Hükümetin de buna iltifadetmeleri gerekmektedir. Hükümetin de, takdiri Heyeti Umumiye'ye bırakmasını yine izah etmek mümkün değildir. Komisyonun da katılmaması sebebini anlamamaktayız.

Takririmi kısaca bu şekilde arz ediyorum. Bu, Anayasanın 114 ncü maddesine vuzuh vermek, Hükümeti işler duruma getirmek maksadiyle verilmiş, hüsnüniyete dayanan, gayet yerinde bir ek maddedir. Takdir, şüphesiz Yüce Heyetinizindir. Saygı ile arz ederim.”²⁵

Değişik şekliyle oylanan madde kabul edilmiştir. Cumhuriyet Senatosu Geçici Komisyonu maddeyi değiştirmiş ve madde metni şöyle olmuştur:

“EK MADDE 1. — Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlandıracak tarzda kullanılamaz, İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez.

Danıştay Kanununun 94 ncü maddesinde yazılı yürütmeyi durdurma kararları telâfisi güç durumlar ortaya çıkması veya dilekçede ileri sürülen hususlar dosyanın durumuna göre ciddi ve idarî yargı kararının iptalini haklı gösterecek nitelikte olması halinde verilebilir.

Dava Daireleriyle, Dava Daireleri Kurulunca yürütmenin durdurulması istemli davalarda 76 ncı maddede yazılı süreler kısaltılabileceği gibi tebliğin memur eliyle yapılmasına da karar verilebilir.”²⁶

Geçici Komisyonun değiştirilme gerekçesine göre,

“Millet Meclisi metni Komisyonumuzca geniş tartışmalara konu kılınmış ve Komisyonumuz çoğunluğu işbu metnin Anayasaya uygun olmadığı görüşünü savunmuşlar ve madde metninin Anayasaya uygun bir biçimde

²⁵ Cevat ÖNDER'in konuşması, Millet Meclisi Tutanak Dergisi Dönem: 3 Cilt: 26 Toplantı: 3 120 ncı Birleşim 5.7.1972 Çarşamba, s. 334.

²⁶ Cumhuriyet Senatosu S. Sayısı 133 e 1 ncı ek “Danıştay Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesine ve bu kanuna bazı maddeler ve geçici maddeler eklenmesine dair kanun tasarısının Millet Meclisince kabul olunan metni ve Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet, İçişleri ve Bütçe ve Plân komisyonlarından 4'er üye alınmak Suretiyle kurulan Geçici Komisyon raporları (M. Meclisi: 1/612; C. Senatosu: 1/100) (Not: M. Meclisi S. Sayısı: 583)”, s. 33.

yeniden kaleme alınması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu tartışmalar sırasında Devlet Bakanı İsmail Arar, Danıştay Başkanı ve temsilcileri tarafından hazırlanıp Hükümet olarak benimsedikleri bir metni açıklamış ve bu yeni metin Komisyonumuzun bir üyesi tarafından benimsenerek müzakerelere esas alınmış ve Millet Meclisi metnine nazaran Anayasaya daha uygun olduğu ve maksat yönünden de yine Millet Meclisi metnine nazaran daha yeterli olduğu görüşü ile Komisyonumuz üyelerinin çoğunluğunun oyu ile kabul edilmiş ve ek 1 nci madde bu şekilde kabul edilmiştir.”²⁷

Komisyonunda iki üye bu hususta muhalif kalmıştır. Bir üyenin muhalefet şerhinde yazdıklarını, tartışmanın nerede yaşandığını gösterdiğinden alıntılıyoruz:

“Anayasanın değişik 114 ncü maddesi Danıştayın idarî eylem ve işlem niteliğinde karar veremeyeceğini amirdir. Bu hüküm açıktır. Buna göre Danıştay tehiri icra kararı veremez. Bu suretle değişik Anayasa Danıştayın yetkisini tahdidetmiştir. Komisyonumuzun yaptığı değişiklik Anayasanın bu tahdidine aykırıdır. Anayasada yapılan değişikliğin manasını tamamen kaldırmış bulunmaktadır.”²⁸

Cumhuriyet Senatosunda yapılan görüşmede Geçici Komisyon metni²⁹ kabul edilmiş, Millet Meclisinde değiştirilip oylanarak kabul edilmiş³⁰ ve kanunlaşmıştır.³¹

Danıştay Kanununa eklenen söz konusu maddenin yasalaşma sürecindeki tartışmaları, bu süreçte yer alan Danıştay Başkanı İsmail Hakkı ÜLGEN’in açıklamaları aydınlatmaktadır. ÜLGEN, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde 10/08/1972 tarihinde “İdari Mahkemeler Kanunu Tasarısı”

²⁷ Cumhuriyet Senatosu S. Sayısı 133 e 1 nci ek, s. 4.

²⁸ Osman Mecdi AGUN’un (Cumhuriyet Senatosu – Rize) muhalefet şerhi, S. Sayısı 133 e 1 nci ek, s. 5. AGUN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu olup savcı ve hâkim olarak görev yaptıktan sonra serbest avukat olarak çalışmıştır (TBMM Albümü - 1920-2010, 4. Cilt 1960-1983, s. 1736).

²⁹ Geçici Komisyon raporunda (S. Sayısı 133 e 1 nci ek) yer aldığı şekliyle “ve idarî yargı kararının” olan ifade, “ve idarî veya yargı kararının” olarak okutularak oylanmış ve kabul edilmiştir. Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, Cilt: 7 Toplantı: 12, 6 ncı Birleşim, 23.11.1972 Perşembe, s. 156.

³⁰ Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 36 Dönem: 3 Toplantı: 4 73 ncü Birleşim 7.3.1973 Çarşamba, s. 18.

³¹ “Danıştay Kanununun bâzı maddelerinin değiştirilmesine ve bu kanuna bâzı maddeler ve geçici maddeler eklenmesine dair Kanun” No. 1740 Kabul tarihi 18.6.1973 (Resmî Gazete ile yayımı 30/06/1973 - Sayı: 14580).

konulu toplantıda yaptığı konuşmada söz konusu tartışmaların tutanaklara yansımayan kısımlarını anlatarak kendi görüşlerini belirtmiştir:

“Bildiğiniz gibi 22 Eylül 1971 de yapılan Anayasa değişikliği gereğince altı ay içinde değiştirilmesi gereken Danıştay Kanununa ait tasarıya 114 üncü maddenin yeni şekli aynen alınmış ve Hükümet tarafından bu şekliyle Meclise sevk edilmiş idi. Millet Meclisi Geçici Komisyonundan bu madde aynen geçti. Ve fakat Genel Kurulda Adalet, Güven ve Demokratik Partili üç milletvekilinin verdiği bir takrirle yeni bir metin kabul edilerek değiştirilmiş bulunuyor. Halk tabiriyle tepeden inme - serpmeye- derler buna; bunun çaresi yok. Metin şu: "Danıştay yargı yetkisini, telafisi imkânsız ağır zararlar doğuracak nitelikte olan işlem ve kararlar hakkında 94 üncü maddenin ikinci fıkrası gereğince verilebilecek yürütmenin durdurulması kararları saklı olmak üzere, idari makamların, kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yaptığı tasarrufları durdurucu, geciktirici veya ortadan kaldırıcı tarzda kullanamaz. İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı veremez."

Bu metin hakkında dairelerimizden mütalaalar aldım ve bunların değerlendirilmesi yönünde de Genel Kurulu topladım. Sizi temin ederim ki muhterem arkadaşlar, Danıştay'ın, bu mümtaz, İdare Hukuku üzerinde yetişmiş arkadaşlarımız bu hükmün anlam ve kapsamı üzerinde görüşlerde mutabık kalmadılar. Ne demek istiyordu bu metin? Bir yönü ile yürütmenin durdurulması kararlarını hemen hemen kökten kaldırıyor, ancak telafisi imkânsız ağır zararlar doğuracak hale istisnaen inhisar ettiriyor; diğer yönü ile de, acaba, idari makamlar -hem de idari makamların, yürütme organının değil- kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yaptığı tasarrufları durdurucu, geciktirici veya ortadan kaldırıcı tarzda kullanamaz diyerek iptal kararlarını da mı kaldırmayı veya kısıtlamayı öngörüyor?

Senatoya geldi bu metinle birlikte tasarı. Senato Geçici Komisyonunda tasarinın müzakeresine iştirak ettik. Bu metin üzerinde uzun tartışmalara girildi. Ve biz, geniş izahat verdik. Şimdi bu izahatın tamamını burada anlatmama müsait zaman yok ama ana esaslarda bazı hususları belirtmekte fayda var:

Bir defa, maddenin yukarıki kısmı, tehiri icralara matuf, bunu büyük nisbette tahdit edici hüküm getiriyor, anlaşılıyor. Ama aşağısındaki kısmı, iptal kararlarını da mı içine alıyor acaba? "Tasarrufları durdurucu..." Olsa olsa bu, idari yargılamada tehiri icraya matuf. E, "geciktirici..."? Yok böyle bir müessese hukukta. İdare hukukunda, idari yargı usulünde geciktirici diye bir sistem, bir müessese yok. "Veya

ortadan kaldırıcı..." Bu, olsa olsa iptal kararına matuf olabilir. Eğer manası böyle ise dedik; Hukuk Devleti, Demokratik Hukuk Devleti zedelenir.

Anayasanın temel hükümlerine ve bizzat Anayasanın değişik 114 üncü maddesine de aykırı olur.

Filhakika, değişik 114. maddenin 1. fıkrası "İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır" demek suretiyle yargı yolunu tümü ile açık bırakmakta, yargı yetkisini kısıtlayıcı bir hüküm getirmediği gibi, buna imkân vermeyen bir anlam da taşımaktadır. Maddeye ilave edilen 2. fıkra hükmünün anlam ve kapsamına gelince; bu hüküm, doktrinde ve Danıştay uygulamasında mevcut olmakla beraber, şimdiye kadar Anayasada ve diğer kanunlarda açıkça ifade edilmemiş olan bir ilkeyi Anayasa metnine dahil etmekte. Bu ilke, yargı organının yetkisinin de kanunlarla sınırlı bulunduğu ve kanunların (ve Anayasanın) çizdiği yetki sınırlarını aşarak, yürütme organının yetkilerine tecavüz edemeyeceği ilkesidir. Bu ülkenin tabii sonuçları Anayasanın 6. maddesinin koyduğu esas veçhile, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak, başka deyişle, kanunlar çerçevesinde yerine getirilmesinin yargı yetkisiyle sınırlandırılmıyacağıdır. Bundan başka, idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyecektir. Esas itibarıyla bu hüküm idare hukukunda, idari yargıda mevcut durumu açıklığa kavuşturmayı, idarenin adliye karşısındaki istiklali ilkesini dillendirmeği öngörmüştür. Bu itibarla bu hüküm, Danıştay Kanunun 30 uncu maddesinin (A) bendinde yer alan yargı denetimi yetkisini kısıtlayıcı bir anlam taşımamakta, bu yetkinin sınırını göstermektedir. Bu bir direktif maddesidir. Binaenaleyh bu hükmün uygulama kanununa yani Danıştay Kanununa aynen alınması gerekli ve yeterlidir. Bu hüküm, kurulacak İdare Mahkemeleri Kanun tasarısına da aynen konulmuştur. Bu suretle Danıştay ve kurulacak diğer idare mahkemeleri, bu hüküm gereğince karar verecek ve badema -eğer varsa ve doğruysa- bu sınırı aşmış ve taşmış kararları veremeyecektir.

Bir senatör, dedi ki, bu maddede anlaşılmayacak hiç bir şey yok; bunu herkes anlar; manası aşikâr. Bu hüküm yalnızca yürütmenin durdurulması kararlarına ait. Zira Anayasa, 114 üncü maddedeki değişikliği ile yalnızca ve doğrudan doğruya yürütmenin durdurulması kararlarını ortadan kaldırmıştır; iptal kararları ile ilgili değildir. İşte bu madde de bunu ifade ediyor; yürütmenin durdurulması kararlarının kaldırılmasını ifade ediyor. Hatta Anayasa, yürütmenin durdurulması müessesesinin tamamen kaldırılmasını öngördüğü halde, bu metin bir noktada onu muhafaza ediyor, yani Anayasa hükmünü tahfif ediyor;

telafisi imkânsız ağır zararlar doğuracak hallerde verebilirsiniz hiç değilse diyor. İşte okuyorum: "tasarrufları durdurucu..." Manası belli, tehiri icra kararları. "Geciktirici..." Tehiri icra kararı verilmiş, koymuşsunuz dosyayı dolaba, beş sene duruyor, geciktirdiniz. "Ortadan kaldırıcı..." İşte bu dosya beş sene durunca, ortada verilmiş bir yürütmenin durdurulması kararı olduğu için idare de o muameleyi yürütmeyeceğini göre, o işlemi fiilen ortadan kaldırdınız demektir. Manası budur.

Biz anayasanın 114 üncü maddesini bu manada anlamamakla beraber, teşekkür ettik muhterem üyeye. Demek ki, millet meclisinin kabul ettiği bu maddenin manası, yalnızca yürütmenin durdurulmasına matuftur. Onu tahdit ediyor, onu büyük nisbette kaldırıyor, ancak muayyen bir noktada imkan sağlıyor. Tamam. O halde ne lüzum var bu kadar mana karışıklığına sebep olacak bir tanzim şekline? Zaten maddenin ilk kısmı açıkça bunu belirtiyor. "Saklıdır" de, kes. Altında, durdurucu, geciktirici, ortadan kaldırıcı demeğe ne lüzum var?"³²

ÜLGİN, bu hükmün "Danıştay'ın yargı yetkisini, yürütmenin durdurulması kararları yönünden ve telafisi imkansız ağır zararlar doğuracak nitelikteki işlemlere inhisar ettir(diğini)", "Anayasanın değişik 114 üncü maddesinin açık tuttuğu yargı yolunu, yargı yetkisini yürütmeyi durdurma kararları yönünden, adeta tamamen kaldır(diğini)", "telafisi imkansız ağır zarar haline ait, belki yıkma kararları dışında, belirli bir misal bulamadık(larını)" maddenin bu şekliyle Anayasaya aykırı olacağını açıkladıklarını, Komisyon'un ne yapılabileceğini sorması üzerine "bunun emsal Fransız Danıştay'ı için 1962 dekresiyle kabul edilmiş bir şekli" olduğunu ve maksadın yürütmenin durdurulması kararlarının sınırını tespit etmek ise bunun esas alınabileceğini söyleyerek yasalaşan metni ifade ettiklerini belirtmiştir.³³

ÜLGİN konuşmasında, Komisyon'da görüşmeler sürerken "Hükümet beyanı diye Başbakanlıktan bir tebliğle partilere yapılan bir teklif halinde" Anayasanın 114. Maddesinin yeniden değiştirilmesi meselesinin çıktığını belirterek, "bu teklifi ihtiva eden Milliyet gazetesi"nden teklifi okumuş ve eleştirmiştir. Söz konusu teklif şöyledir:

³² Türkiye Barolar Birliğince Düzenlenen "İdari Mahkemeler Kanunu Tasarısı" ile İlgili Panel Konferans Tutanağı 10.8.1972 Ankara Hukuk Fakültesi (Teksir), s. 9-12.

³³ Konferans Tutanağı, s. 14. Böylece metin, "Uzun tartışmalardan sonra, büyük bir anlayış gösteren Senato Geçici Komisyonunda, o gün Komisyona başkanlık eden zatın bunu bir öneri haline getirip tekabül etmesiyle reye konu ve aynen kabul edildi." Aynı yerde s. 15-16.

“Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak anayasamız idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açık tutmuştur. Fakat, yargının yürütme organının yerine kaim olurcasına, kanunla verilmiş takdir haklarını fiilen tahdit ve hatta iptale varır kararlar vermesi devlet hayatımızı düzensizliklere götüreme istidadı taşımaktadır. (...)

Duyulan ihtiyaçlar muvacehesinde anayasanın 114 üncü maddesi ile yargı yetkisinin ne tarzda kullanılacağı hususunda bir açıklık kazandırılmıştır. Lakin, devlet hayatında bazı kilit noktalara gelmiş kimselerin o yerlerde kalmalarındaki mahzurlar anlaşıldıktan sonra, yapılan idari tasarrufların yürütmeyi durdurma ve iptal kararlarına konu teşkil edebildiği de görülmektedir. (...)

Yargı organları şüphesiz idarenin yetkisi dışında olacak. (...) Ve fakat kendilerini mutlaka kanunlarla bağlı sayacaktır. (...)

Yürürlükteki bir kanunun verdiği takdir yetkisini usulüne göre kullanmış idari bir makamın tasarrufu, ne yürütmeyi durdurma kararına ne de netice itibariyle bir iptal kararına konu teşkil etmelidir. (...)

Diğer taraftan, Devlet hizmetlerinde çalışanların kazanılmış hakları da belli makam ve mevkilerin, belli sıfatları her şart altında muhafaza etmeleri anlamında görülmemelidir. Devlet hizmetinde çalışan kimselerin aylık, kıdem ve derece gibi hakları saklı tutulduğu halde, bir başka göreve ve bir başka yere tayinleri (...) her zaman İptal davalarına konu teşkil ederse, Devletin kilit noktalarında yer almış ve devamları mahzurlu görülmüş kimselerin yerine daha ehil kimseler getirmek imkânsız hale gelebilir. Bu bakımdan, kamu hizmetlerinde yer ve sıfat itibarıyla iktisap edilmiş hak anlayışını sınırlamak zorunluluğu vardır.”³⁴

Söz konusu teklif doğrultusunda hazırlanan metne ulaşamadık ancak bu girişimin kadük kaldığı açıktır. Bu teklifte açıklanan anlayış, 1961 Anayasasının 114. maddesiyle başlayan ve 521 sayılı Danıştay Kanununa eklenen maddeyle devam eden değişikliklerin temel motivasyonunun ne olduğunu göstermektedir.

³⁴ ÜLGEN, söz konusu teklifi okuyarak eleştirmektedir. Eleştiriler çıkarılarak konuşmasının 17-24. sayfaları arasında yer alan teklife ilişkin tırnak içinde aktarılan ifadeler bir araya getirilmiştir.

KISA DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İdari yargı yetkisi ile ilgili öngörülen sınırlamalar literatürde tartışılmıştır. Bu çalışmada 1961 Anayasasının 114. maddesi değişikliğine ve sonrasında 521 sayılı Danıştay Kanununda yapılan değişikliklere ilişkin tartışmalar incelendiğinden, değişikliklerin anlamı bu tartışmalar kapsamında değerlendirilecektir. Yukarıda yasama tutanaklarından aktarılan tartışmalardan ve Danıştay Başkanı ÜLGEN'in tanıklığından söz konusu değişikliklerin anlamı berraklaşmaktadır. GÜRAN, Anayasa Mahkemesi'nde düzenlenen sempozyumda sunduğu bildiride söz konusu değişiklikleri zikrederek “(y)apılan eklemedeki İdare Hukuku yanlışları, imkânsızlıkları ve beyhudelikleri(ne), bu incelemenin konusu olmadığından” değinmediğini ifade etmiştir.³⁵ GÜRAN'ın zikrettiği idare hukuku yanlışları, imkansızlıkları ve beyhudelikleri değişikliklerle yapılanın anlamını ortaya çıkarmak açısından önemlidir. Değişikliklerde ileri sürülen savlar ve tartışmalar bu çerçevede değerlendirildiğinde bunların önemli bir kısmının idari yargıya ilişkin yanlış argümanlara dayandığı, yapılan düzenlemelerin bir kısmının beklenen sonuç açısından yararsız olduğu görülmektedir.

- 114. maddenin başlığının değiştirilmesi

Maddenin başlığı “Yargı denetimi” iken “Yargı yolu” şeklinde değiştirilmiştir. Madde başlığındaki “denetim” teriminin anlamına ve bu nedenle Danıştay'ın idare üzerinde “vesayet hakkı” olduğu anlayışıyla karar verdiğine ilişkin tutanaklara yansıyan açıklamalar, Danıştay kararlarına yönelik tepkinin uygun olmayan birtakım hukuki kavramlarla ortaya konması niteliğindedir. Burada hukuki kavramlara ilişkin bir yaklaşım ya da anlayış farkının olduğu söylenemez.

Öncelikle 1961 Anayasasının “Başlangıç ve kenar başlıkları” başlıklı 156. maddesinde Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç Kısmının Anayasa metnine dâhil olduğu, madde kenar başlıklarının, sadece ilgili oldukları maddelerin konusunu ve maddeler arasındaki sıralanma ve bağlantıyı gösterdiği ve bu başlıkların Anayasa metninden sayılmayacağı öngörülmüştür.³⁶ Anayasa metninden sayılmayan

³⁵ “Yapılan eklemedeki İdare Hukuku yanlışları, imkânsızlıkları ve beyhudelikleri, bu incelemenin konusu olmadığından bunlara değinilmeyecektir. Bizim, burada göstermek istediğimiz nokta, hem değişikliğe egemen olan “anlayış”tır, hem de kuvvetler ayrılığına ve yönetim-yargı ilişkisine “bakış”tır.” Sait GÜRAN, “Anayasa'nın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, Anayasa Yargısı Dergisi, 1994, S. 11, s. 192.

³⁶ TUNCA, Resmî Gazete’de yayımlandığı haliyle 1961 Anayasası’nın kenar başlıkları ismine uygun şekilde ilgili hükümlerin yanında bulunduğunu belirtmektedir. Hükmün

başlığın değiştirilmesi aslında “kenar başlıklarının, sadece ilgili oldukları maddelerin konusunu ve maddeler arasındaki sıralanma ve bağlantıyı göstermesi” açısından sakıncalıdır. Şöyle ki,

114. madde Anayasanın “Cumhuriyetin Temel Kuruluşu başlıklı Üçüncü Kısım, İkinci Bölüm – Yürütme, C) İdare I. İdarenin esasları” altında yer aldığından bağlantısı itibarıyla doğrudan “İdare” ile ilgilidir ve İdarenin yargısal denetimini düzenlemektedir. Bu nedenle madde metninde yargı denetimine getirilen sınırlamalar idari yargı yetkisi açısından anlamlandırılmaktadır. İdarenin taraf olduğu özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda adli yargı yerlerince verilecek kararlar açısından bağlayıcı sayılamaz. Ayrıca literatürde “yargı denetimi” ile “yargı yolu” arasında Anayasa koyucunun anladığı gibi bir ayrım da yapılmamaktadır.

- “İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır” hükmü

Genellikle bu hükümle idarenin işlem ve eylemlerine yargı yolunun açık olduğunun teyid edildiği kabul edilmektedir. Ancak bu hüküm, maddenin ilk halinde idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun kapatılamayacağı hükmünü ortadan kaldırmak, en azından hafifletmek için bu hale getirilmiştir. İdari yargıda iptal davasının olağan ve genel bir başvuru yolu olması nedeniyle temel ilkeye göre “(s)öz konusu başvuru yolu, hukukça vardır ve genel olarak bütün idari işlemlere karşı açıktır; bunun için yasalarda öngörülmesine gerek olmadığı gibi, hiçbir halde ve konuda kapatılması da mümkün değildir.”³⁷

Anayasada hak arama özgürlüğü ve temel hakların sınırlanmasına ilişkin hükümler dikkate alındığında idari yargıda iptal davası açılabilmesi için, dava açılabileceğinin mevzuatta öngörülmesi gerekmektedir. Bu nedenle idari işlem ve eylemlere yargı yolunun açık olduğunun öngörülmesine gerek olmadığı da söylenebilir. Ancak bazı idari işlem ve eylemleri yargı denetimi dışına çıkarma eğiliminin sürekliliği dikkate alındığında, bu hükmün

gerekçesi şöyledir: “Anayasanın muhtelif kısım ve bölümlerinde yer alan maddeler arasındaki sıralanmayı ve bağlantıları göstermek ve Anayasanın incelenmesini ve anlaşılmasını kolaylaştırmak maksadiyle her madde için bir kenar başlığı konulması faydalı görülmüştür. Ancak bu madde kenar başlıklarının o maddeyi bütünüyle ifadeye yetmiyeceği düşünüldüğünden, bu kenar başlıklarının madde metninden sayılamayacağı tasrih edilmiştir.” Murat Aybars TUNCA, “Madde Başlıklarının Türk Hukukundaki Yeri”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, 13(2), s. 461, 465.

³⁷ Lûtfi DURAN, “İptal Davası Olağan ve Genel Bir Başvuru Yoludur”, İnsan Hakları Yıllığı, 1997-1998, C. 19-20, s. 189.

Anayasal bir koruma sağlayarak yargı yolunun kapatılması önünde bir engel oluşturduğu düşünülebilir. Yargı yolunun kapatılmasına ilişkin tartışmaları ve bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımına yönelik eleştirileri ise incelememiz dışında tuttuğumuzu belirtelim. Sonuçta demokratik bir hukuk devletinde gerekli olmadığını söyleyebileceğimiz bu hükmün bile hak arama özgürlüğünü koruyucu bir etkisi vardır.

- “Yargı yetkisi, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz” hükmü

Bu hükmün idari yargı yetkisinin doğal bir sınırını ifade ettiği genel olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede takdir yetkisinin denetimi, yerindelik denetimi bu hükümle ilişkili olarak tartışılabilir. Yukarıda yer verildiği üzere bu hüküm *yetkisini istimal ederken yargının keyfî bir tasarrufunu önleyici* olarak düşünülmüş, *“yargının yapacağı ve yapamayacağı şeyleri belirtmiş, yani kendisini idarenin yerine koyarak bâzı kararlar almasına mâni”* olmak üzere getirilmiştir. Bu açıdan “idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilememesi” ile bağlantılıdır. İyiniyetli bir yorumla ÜLGEN'in “Esas itibarıyla bu hüküm idare hukukunda, idari yargıda mevcut durumu açıklığa kavuşturmayı, idarenin adliye karşısındaki istiklali ilkesini dillendirmeği öngörmüştür” değerlendirmesi yapılabilir.

Bu tür değerlendirmeler kabul edilebilir olmakla birlikte hükmün mantıksal çelişki içerdiği de vurgulanmalıdır. İdari yargı zaten “kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygunluk” yönünden bir denetim yapmaktadır. Bu nedenle (yürütme görevinin) kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olmadığı gerekçesiyle verilen bir iptal kararı nasıl (yürütme görevinin) kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlama olabilir? Burada yargı denetiminde idare yargıcının uygulayacağı hukuk ile ilgili bir yaklaşımın olduğunu düşünmek aşırı yorum olacaktır. Yani yargı denetiminin yalnızca mevzuat hükümleriyle sınırlı olarak yapılması, yargıcın mevzuatla birlikte davaya uygulayacağı “hukuka uygunluk bloku”³⁸ olmadığı anlamında bir tartışma söz konusu değildir.

Ayrıca değişikliklerin yapıldığı dönemde temel meselenin bazı kamu görevlilerinin görevden alınmasına ilişkin Danıştay'ın verdiği iptal kararları olduğu açıktır ve değişiklikler, idari yargı yetkisinin gerçekten ne olduğu ile ilgili değildir. ÜLGEN'in kısaca değindiği gibi, hükümde “idare görevinden” değil “yürütme görevi”nden bahsedilmektedir. Bu açıdan Anayasa koyucunun

³⁸ Celâl ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi), Kavram Yayınları, İstanbul 1996, s. 84 vd.

açık gerekçeleri dikkate alındığında, bu hususta idare ile yürütme ayrımı, yürütme işlemleri, yürütmenin salt siyasal nitelikli işlemleri, idari işlev tartışmaları da gereksiz kalmaktadır. Sonuçta idari yargı yerlerince denetlenen işlemlerin çok büyük çoğunluğu “yürütme işlevi” kapsamında değildir hatta tersinden ifade edilirse, idari yargı önüne gelen işlemlerden “yürütme işlevi”ne ilişkin olanları ihmal edilebilir düzeydedir. Memur atamalarına odaklanan değişikliklerin bu kavramlarla tartışılması abes olacaktır.

- “İdari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez” hükmü

Bu hükmün de klasik idari yargı ilkelerinden olduğu savunulabilir. Teknik olarak bir yargı kararının işlem ya da eylem olması mümkün değildir ancak yargı kararını uygulama zorunluluğu nedeniyle idarenin yargı kararı doğrultusunda işlem yapma ya da eylemde bulunması söz konusu olabilir.³⁹

Bu hükmün temel amacının yürütmenin durdurulması kararlarını engellemek olduğu, doğru ifadeyle yürütmenin durdurulması kararlarının idari eylem ve işlem olarak algılandığı açıktır.⁴⁰ Yargı yetkisine yönelik sınırlamaların, “sözcüklerin ve tümcelerin taşıdığı anlam, var olan, bilinen gerçekler hiçe sayılarak” bu düzenlemeleri yapanların istediği gibi yorumlanması durumunda “yürütmenin bazı işlem ve eylemlerinin yargı denetimi bağımsızlığından yararlanmasına yol açılmış olacağını”⁴¹ vurgulayan DURAN idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceğine ilişkin düzenlemenin, uygulamada yürütme ve idare aleyhine de etkileri olabileceğinin öngörülmemiş olduğunu ve bu bakımdan olumsuz sonuçların ortaya çıktığını belirtmektedir.⁴² İdari yargıda kısmi iptal kararı verilmesi çerçevesinde yapılacak tartışmanın söz konusu kuralın aslında çok basit gerekçesi karşısında anlamlı olmayacağını belirtmeliyiz.⁴³

³⁹ Yıldırım ULER, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, AÜHF Yayınları, Ankara 1970, s. 79 vd.

⁴⁰ Yürütmenin durdurulması kararlarının niteliği ve tartışmalar için bkz. M. Ayhan TEKİNSOY, İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s. 151 yd.

⁴¹ Lûtfi DURAN, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, Amme İdaresi Dergisi, 1987, C. 20, S. 4, s. 4-5.

⁴² DURAN, a.g.m., s. 4 vd. Ayrıca bkz. Lûtfi DURAN, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)”, Amme İdaresi Dergisi, 1988, C. 21, S. 1, s. 63-77.

⁴³ GÜRAN incelediğimiz değişikliklerden ve 1982 değişikliklerinden de bahsettikten sonra “Bütün bu malzeme, sonuçta, hem Yargı’da, hem Yönetim’de, “Kuvvetler ayrılığının bulunduğu Türkiye’de, “mahkemelerin idarî makam ve mercilere emir veremeyeceği” sadece kararları iptal ile yetineceği” şeklinde özetlenebilecek bir düşünceyi yerleştirmiştir”

114. madde değişikliği ve 521 sayılı Kanuna eklenen ek madde yukarıda da vurgulandığı üzere siyasal iktidarın yargısal denetimle ilgili yaklaşımından ve görevden alınan kamu görevlileriyle ilgili Danıştay'ın verdiği yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarından duyulan rahatsızlıktan⁴⁴ kaynaklanmaktadır. Bu süreç bilinmeden söz konusu hükümlerin, iktisadi ve sosyal hayatı etkileyebilecek yürütme politikalarına ilişkin yargı kararları ile ilgili olduğu düşünülebilir. Ancak değişikliklerin “yüksek siyaset” ya da toplumsal hayata ilişkin siyasal tercihler ile de ilgili olmadığı anlaşılmaktadır. Bu açıdan Danıştay Başkanı ÜLGEN'in görüşlerine tekrar başvurursak:

“Hükümet teklifinin memurlarla ilgili kısmı yönünden, anayasanın 114 üncü maddesinin yeniden tadiline asla ihtiyaç yoktur. Bu, memur rejimiyle ilgili bir meseledir. Ve arzulanan maksat ne ise, o husus - Anayasanın memurlarla ilgili hükümleri çerçevesinde- kanunla düzenlenebilir. Sırf bu nedenle 114 üncü maddeye yargı yetkisini kısıtlayıcı veya bu yönden kaldırıcı nitelikte bir hüküm getirilmesi, Demokratik Hukuk Devleti ilkesiyle ve Anayasamızın Başlangıç kısmı ve ikinci ve yedinci maddeleri hükümleri ve temel prensipleriyle asla bağdaşmaz. Böyle bir değişiklik, Devletin üçüncü kuvveti olan "yargı yetkisi"nin zedelenmesine yol açar. "Üç kuvvet" dengesi bozulur. Ve ilerde "keyfi idare" sistemine imkân verilmiş olur.”⁴⁵

“(M)emur tayin ve nakillerinde serbestçe işlem yapmak isteniyorsa, bunu kanunlarda gösterirsiniz, kanunlarda tatil yaparsınız. Biz, kanunlara riayet ederiz. Ama bizim yargı yetkimiz devam eder. O kanunun anlam ve kapsamı neyse, biz ona göre muhakeme yaparız. Yani, bu teklifler ile

diyerek bu düşüncenin doğruluğunu ABD ve sistemimiz çerçevesinde tartışmaktadır. GÜRAN, s. 193 vd.

⁴⁴ Dönemin siyasal iktidarının bu konudaki tavrına ilişkin geniş bir literatür bulunmaktadır. Biz burada yalnızca bir örneğe değinmekle yetiniyoruz. “Anayasa Mahkemesi”ne anayasa tarafından tanınan yetkilerin yasama ve yürütme üzerindeki denetiminin DP-AP geleneğinin millî irade anlayışını zedelediği sürekli gündemde tutulan bir tartışma olmuştur. Yine bu tartışma ve eleştirilerden Danıştay'ın yürütme erkine yönelik denetleyici işlemleri de nasibini almıştır” saptamasını yapan OTAÇ'ın çalışmasında dipnotta belirttiği bir ifade Danıştay'ın nasıl algılandığını -ayrıntılı literatür aktarmaya gerek kalmadan- göstermektedir: “Abdullah Uraz'ın yaptığı bir tanımlama, tartışma ve eleştirilerin anlaşılmasında pekiştirici olacaktır: “Danıştay her konuda ‘vesikalık fotoğraf’ çekimi gibi, bir saat içinde icraatı durdurma ‘tedbir’ kararı veriyordu. Her işte durum bu idi...” Uraz 1993, 84.”, Tuğrul OTAÇ, “Adalet Partisi'nin Anayasa Eleştirileri ve 1971 Anayasa Değişikliklerinde Yürütmenin Güçlendirilmesi”, SDÜ Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2023, Cumhuriyet'in 100. Yılı Özel Sayısı, s. 72, dn. 99. Bu tür ifadeler ve daha ağırları söz konusu dönemin çok önemli sayılan tartışmalarında dile getirilmiştir.

⁴⁵ ÜLGEN, Konferans Tutanağı, s. 29.

ne yapılmak isteniyorsa, memur rejimiyle alakalı kanunlarda yapılması düşünülebilecek hususlardır. Yargı yetkisinin, Devletin temelini teşkil eden yargı yetkisinin rahnedar edilmesiyle, kısıtlanmasıyla, kaldırılmasıyla asla ilgili değil ki bunlar? Bu yoldan nasıl gidilebilir?"⁴⁶

Bu yoldan gidilerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesi, 1982 Anayasasının 125. maddesi ve bunlarda yapılan değişikliklerle yeni "idare hukuku yanlışları, imkansızlıkları ve beyhudelikleri"ne ulaşılmıştır. Danıştay'ın kamu görevlilerinin görevden alınmalarıyla ilgili verdiği kararlarına tepki olarak yürütmenin durdurulması kararlarını ve iptal kararlarını engelleme girişimleri, buna ulaşmak için de idari yargı yetkisinin sınırlanmasına ilişkin düzenlemeler yapılması hem ilk amacı olan "memur meselesini" çözecek nitelikte değildir hem de idari yargı yetkisini dönüştürmek için elverişsizdir.

⁴⁶ ÜLGEN, s. 23-24.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- DURAN, Lûtfi: “Atatürk Döneminde Danıştay”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 2011, C. 2, S. 3, s. 19-39.
- DURAN, Lûtfi: “İptal Davası Olağan ve Genel Bir Başvuru Yoludur”, İnsan Hakları Yıllığı, 1997-1998, C. 19-20, s. 187-195.
- DURAN, Lûtfi: “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (I)”, Amme İdaresi Dergisi, 1987, C. 20, S. 4, s. 3-17.
- DURAN, Lûtfi: Lûtfi Duran, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)”, Amme İdaresi Dergisi, 1988, C. 21, S. 1, s. 63-77.
- ERKUT, Celâl: Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi), Kavram Yayınları, İstanbul 1996.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt 1, Ekin Kitabevi Yayınları, 3. Baskı, Bursa Mayıs 2019.
- GÜNDAY, Metin: İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara 2022.
- GÜRAN, Sait: “Anayasa’nın Kuvvetler Ayrılığı İlkesine ve Yönetim Yargı İlişkilerine Bakış Açısında Değişiklik”, Anayasa Yargısı Dergisi, 1994, S. 11, s. 191-200.
- Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü’nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü, AÜSBF Yayınları No.: 116-98, Ankara 1960.
- OTAÇ, Tuğrul: “Adalet Partisi’nin Anayasa Eleştirileri ve 1971 Anayasa Değişikliklerinde Yürütmenin Güçlendirilmesi”, SDÜ Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2023, Cumhuriyet’in 100. Yılı Özel Sayısı, s. 64-91.
- TEKİNSOY, M. Ayhan: İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Savaş Yayınevi, Ankara 2013.
- TUNCA, Murat Aybars: “Madde Başlıklarının Türk Hukukundaki Yeri”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, 13(2), s. 458-480.
- ULER, Yıldırım: İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, AÜHF Yayınları, Ankara 1970.
- ULUSOY, Ali D.: Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, 8. Baskı Ankara 2025.
- ÜLGİN, İsmail Hakkı: Konuşma metni, Türkiye Barolar Birliğince Düzenlenen “İdari Mahkemeler Kanunu Tasarısı” ile İlgili Panel Konferans Tutanağı 10.8.1972 Ankara Hukuk Fakültesi (Teksir) içinde.
- ÜNLÜÇAY, Mehmet: “İdarenin Yargısal Denetimi ve Hukukun. Üstünlüğü”, Danıştay Dergisi, 2004, Y. 34, S. 107, s. 1-7.



Takım Numarası: 978-605-136-992-1

ISBN: 978-605-136-993-8



Ankara Üniversitesi Basımevi
<http://basimevi.ankara.edu.tr>